



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO DE NOMEAÇÃO PARA O CARGO DE MINISTRO
DE ESTADO SOB O PRISMA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Mike Douglas Muniz Chagas

Rio de Janeiro
2019

MIKE DOUGLAS MUNIZ CHAGAS

O CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO DE NOMEAÇÃO PARA O CARGO DE
MINISTRO DE ESTADO SOB O PRISMA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso da Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professor Orientador:

Dr. Valter Shuenquener de Araújo

Professora Coorientadora:

Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2019

MIKE DOUGLAS MUNIZ CHAGAS

O CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO DE NOMEAÇÃO PARA O CARGO DE
MINISTRO DE ESTADO SOB O PRISMA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu* da
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em _____ de _____ de 2019. Grau atribuído: _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro-EMERJ.

Convidado: Prof. Marcelo Leonardo Tavares – Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro-EMERJ.

Orientador: Prof. Valter Shuenquener de Araújo - Escola da Magistratura do Estado do Rio
Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

Aos meninos da Rua Hermelindo Pereira Vaz, para que saibam que jamais será uma questão de capacidade, mas sempre de oportunidade. A P.L.A para que saiba que, apesar dos pesares, ainda somos mais do que mil e, para todo o sempre, somos um.

AGRADECIMENTOS

À minha família, a minha namorada e aos meus amigos que me apoiaram, suportam-me e fazem do meu caminho mais leve e ameno, apesar dos percalços.

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, por ter me ajudado a evoluir como profissional e me fazer enxergar que, no fim, a nossa verdadeira base são os nossos valores.

Ao professor Valter Shuenquener de Araújo, por compartilhar o seu conhecimento e ordenar minhas ideias, orientação sem a qual as minhas crenças esboçadas no presente trabalho seriam meros devaneios.

Às professoras Mônica Cavaleri Fetzner Areal e Cláudia França, por toda atenção, auxílio e paciência ao longo da elaboração desse trabalho.

“Para a política o homem é um meio; para a moral é um fim. A revolução do futuro será o triunfo da moral sobre a política”.

Ernest Renan

SÍNTESE

O presente trabalho analisa a possibilidade do controle jurisdicional do ato de nomeação para o cargo de Ministro de Estado sob o crivo da moralidade administrativa. Busca-se traçar um paralelo entre o desenvolvimento da teoria dos limites das funções estatais e o da moralidade, ambos na perspectiva do Estado de Direito. Trata-se do alcance da discricionariedade da Presidência da República, a natureza jurídica do respectivo ato e o papel da moralidade administrativa como um filtro constitucional no exercício da composição orgânica do Poder Executivo. Por fim, examina-se a postura do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade tendo, por parâmetro, a moral jurídica.

Palavras-chave: Direito constitucional. Direito administrativo. Discricionariedade. Moralidade administrativa. Controle jurisdicional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. A NATUREZA JURÍDICA DO ATO DE NOMEAÇÃO PELA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA PARA O CARGO DE MINISTRO DE ESTADO.....	12
1.1. Aspectos gerais sobre o ato político e a discricionariedade administrativa	13
1.2. A interpretação da Constituição como uma atividade administrativa e jurisdicional	23
1.3. Ativismo judicial: entre a efetividade da norma constitucional e a autocontenção ..	28
2. A MORALIDADE ADMINISTRATIVA COMO LIMITE AO ATO DE NOMEAÇÃO PARA O CARGO DE MINISTRO DE ESTADO.....	34
2.1. O começo da história: a crítica de Maurice Hauriou ao controle do ato administrativo na jurisprudência francesa	34
2.1.1. A teoria da instituição.....	35
2.1.2. A teoria do abuso de poder.....	36
2.1.3. A teoria da boa administração	38
2.1.4. A evolução jurisprudencial dos conceitos elaborados por Maurice Hauriou	39
2.2. A moralidade administrativa como elemento autônomo da legalidade	44
2.2.1. Apontamentos sobre a vontade psicológica e a normativa.....	46
2.2.2. A moralidade administrativa como espécie de moralidade comum: a ideia de consenso	50
2.2.3. O direito fundamental à boa administração estatal.....	54
3. A MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA CRFB/88.....	59
3.1. A moralidade administrativa como um dever jurídico	60
3.2. A moralidade administrativa como preceito jurídico	66
3.3. A moralidade administrativa como princípio jurídico	71
4. O CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO DE NOMEAÇÃO PARA O CARGO DE MINISTRO DE ESTADO PELA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA SOB O PRISMA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.....	79
4.1. Os parâmetros políticos para a escolha dos Ministros de Estado pela Presidência da República.....	80
4.2. A legitimidade da escolha do Presidente para a nomeação aos cargos de Ministros de Estado: um diálogo entre os princípios republicano e o democrático	83
4.3. O controle jurisdicional do ato de nomeação para o cargo de Ministro de Estado sob o prisma da moralidade	92
4.3.1. A violação do dever da moralidade no desvio de finalidade: os casos Lula e Moreira Franco	94
4.3.2. A violação da moralidade administrativa: o caso Cristiane Brasil.....	98
4.3.3. A aplicação da súmula vinculante nº13 como parâmetro de juridicidade.....	101
CONCLUSÃO.....	105
REFERÊNCIAS	108

INTRODUÇÃO

A redemocratização da Federação brasileira conferiu uma nova roupagem ao ordenamento jurídico. A busca pela efetivação de um Estado Democrático de Direito importou na redefinição das funções republicanas. Com o mesmo intuito, as novas legislações e a própria Carta Fundamental procuraram positivizar e nortear o máximo possível da atividade estatal.

Aliás, cada título e cada capítulo da Constituição prevê uma normatividade específica que se integra e influencia reciprocamente. Se por um lado o Título III – que versa sobre a organização do Estado – dispõe que a Administração Pública será regida pelos princípios da legalidade, da impessoalidade, da eficiência, da publicidade e da moralidade, por outro, o dos direitos e garantias fundamentais preveem procedimentos cujo intuito é a própria defesa dessas normas.

É justamente esse o pano de fundo do presente trabalho. Por sua vez, o cenário é o ato de nomeação dos cidadãos para o cargo de Ministro de Estado do Poder Executivo sob o prisma da moralidade administrativa.

Há um descompasso entre os fundamentos e os objetivos republicano-democráticos com a praxe administrativa dos órgãos estatais. Em uma análise histórica, os cargos e as funções públicas preenchidos via indicações diretas sempre foram utilizados para desenvolver a influência pessoal de agentes políticos em seu território de jurisdição.

A partir da vigência da CRFB/88, institucionalizou-se o presidencialismo de coalizão, prática inerente ao sistema presidencialista brasileiro. A grande concentração de poderes no Executivo lhe exige dialogar constantemente com o Legislativo em busca de uma base política que permita a concretização dos projetos de governo. Nesse contexto, a moeda de barganha são os altos cargos de chefia dos Ministérios que permitem o fortalecimento de determinados políticos ou de seus partidos, garantindo-lhes uma grande influência para o pleito eleitoral posterior.

Por vezes, essas nomeações trazem um desconforto social, muito em razão da dúvida quanto aos motivos que levaram a escolha de um ou outro cidadão. Surgem, assim, diversos processos judiciais cuja causa de pedir envolve única e exclusivamente essas indicações

políticas. Em sede defensiva, argumenta-se que o ato está inserido nas competências discricionárias da Presidência da República, plano esse insuscetível de sindicabilidade.

Indubitavelmente, o constituinte originário buscou – além de vincular os agentes públicos a determinados objetivos e finalidades – nortear a discricionariedade na conduta da Administração. Deve-se recordar, porém, que a jurisdição é, concomitantemente, uma função e um direito dos indivíduos em um Estado de Direito.

Diante dessa conjuntura conflituosa, o presente trabalho busca, no primeiro capítulo, delinear o sentido e a aplicação da discricionariedade, a interpretação da Constituição como uma limitação conjunta aos Poderes estatais, assim como esboçar um marco que separe a atividade jurisdicional de uma possível violação ao princípio da separação das funções republicanas.

No segundo capítulo, examina-se a evolução da discricionariedade administrativa e as suas balizas, principalmente no que concerne ao desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário franceses. Essa investigação tem por base o trabalho acadêmico do professor Maurice Hauriou – precursor na teorização da moralidade pública – e dos demais autores que se basearam em sua doutrina. Adequando-se os seus estudos com a evolução das instituições e do Direito, os tópicos que se seguem buscam traçar o caminho dogmático realizado por outros pesquisadores que influenciaram diretamente o Direito Administrativo brasileiro – tais como Manuel de Oliveira Franco Sobrinho e o professor português José Brandão –, encerrando-se com a posição contemporânea acerca da moralidade administrativa.

Por sua vez, a investigação quanto ao teor da moralidade administrativa no ordenamento jurídico pátrio é realizada no terceiro capítulo. A análise feita pormenoriza o seu conteúdo, apontando-se o dever, o preceito e o princípio que dela decorrem.

Por fim, no quarto capítulo, apresentam-se os parâmetros políticos levados em consideração para a escolha dos cidadãos para o preenchimento do cargo de Ministro de Estado, assim como se o controle jurisdicional do respectivo ato – tendo por parâmetro a legitimidade dos órgãos judicial e presidencial – importaria na violação dos freios e contrapesos constitucionais. Em conclusão, encerra-se o presente trabalho com o tópico dedicado aos recentes casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, expondo-se as suas teses e apresentando uma solução no sentido de pacificar os conflitos que venham surgir a respeito da presente temática.

Tratando-se dos procedimentos metodológicos, propõe-se o encaminhamento da pesquisa pelo método explicativo, analisando-se a doutrina e a jurisprudência acerca do tema, buscando fundamentos para responder qualitativamente o alcance do conteúdo da moralidade administrativa e a viabilidade do controle jurisdicional sobre o tema abordado.

Por outro lado, utiliza-se também do método hipotético-dedutivo, em razão da identificação de um conjunto de proposições hipotéticas que funcionam como premissas para analisar o problema aqui apresentado, conferindo uma dogmática específica para a pacificação de conflitos que, nos últimos anos, têm sido levados ao Poder Judiciário.

1. A NATUREZA JURÍDICA DO ATO DE NOMEAÇÃO PELA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA PARA O CARGO DE MINISTRO DE ESTADO

Dentre as formas de regime de governo, o presidencialismo é adotado pelo poder constituinte desde 1891 e ratificado, até então, duas vezes pela sociedade brasileira. Durante quase 200 anos de independência e de aproximadamente cento e vinte nove anos de República, a democracia nunca completou mais do que cinquenta anos de vigência. Desde 1988, com a promulgação da Constituição cidadã, o respectivo Presidente da República sofreu dois processos de *impeachment* acarretando, em menos de trinta anos, a destituição dos presidentes diretamente eleitos. Esse cenário aponta que há uma instabilidade nas instituições políticas e um forte descompasso entre as escolhas democráticas e os fatores reais de poder.

Diversas são as críticas ao jeito de se fazer política no Brasil. Sérgio Abranches¹ apontava que o poder constituinte originário de 1988 se equivocou ao conferir um modelo único de presidencialismo, que combina sistema de representação do Poder Legislativo proporcional, um multipartidarismo sem regulamentação coesa, um presidencialismo concentrado e a composição de Ministérios com base em uma grande aliança para possibilitar a governabilidade. Se o presidencialismo de coalizão é um problema para a ciência política e a sociologia, sem dúvidas, há sérias repercussões no Direito. Isso porque os grandes “acordões” eleitorais são feitos, por um lado, sob o prisma da legalidade, mas, por outro, há questionamentos quanto à sua legitimidade.

Dentro da estrutura orgânica do Poder Executivo, os Ministérios são órgãos do Poder Executivo que organizam a pauta da Administração Pública Direta e a prioridade da concretização dos interesses públicos, gerindo vultosas receitas públicas para a sua execução². Tradicionalmente, em todas as Constituições nacionais, o papel a ser realizado pelos

¹ LOUREIRO, Maria Rita; OLIVIERI, Cecília; MARTES, Ana Cristina Braga. Burocratas, partidos e grupos de interesse: o debate sobre política e burocracia no Brasil – In: LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando Luiz; E PACHECO, Regina Silvia. *Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI*. Rio de Janeiro: FGV, 2010, p. 104.

² Em recente pesquisa desenvolvida pela Fundação Getúlio Vargas, a Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e a Universidade de Oxford do Reino Unido, chegaram-se ao valor político de cada Ministério, tendo por base de valorização os critérios de “grau de visibilidade, orçamento, capacidade de orientar políticas públicas, número de cargos no segundo escalão para empregar apadrinhados e capacidade regulatória em contratos e concessões”. PASSARINHO, Nathália. *Os ministérios mais cobiçados pelos políticos do Brasil, segundo pesquisa inédita de Oxford*. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43218087>>. Acesso em: 23 dez. 2018.

Ministros de Estado é o de auxílio³ à Presidência da República no exercício da chefia do Poder Executivo, ou melhor, na direção superior da Administração Federal.

Dessa maneira, o constituinte estabeleceu que a nomeação e a exoneração para os cargos políticos de Ministro de Estado são de competência privativa do Presidente da República. Esses respectivos atos exigem uma forma para a sua exteriorização, o que acaba por repercutir em um debate acerca da sua natureza jurídica, se seriam administrativos ou políticos. Consequentemente, a adoção de uma ou outra ocasiona uma reflexão mais profunda, que seria a possibilidade de um controle jurisdicional sobre tal ato e, se possível, quais os seus limites.

Para esclarecer essas questões, passa-se para a análise da natureza jurídica do ato nominativo, o papel do Poder Judiciário na interpretação dos dispositivos normativos e a sua proatividade como concretizador da Constituição.

1.1. Aspectos gerais sobre o ato político e a discricionariedade administrativa

O poder político, como um fenômeno sociocultural, decorre da concessão dos indivíduos de suas liberdades em prol da organização e promoção do bem comum. Caracteriza-se pela sua unidade, indivisibilidade e indelegabilidade a ser exercido por um conjunto de órgãos. Essa atividade é desdobrada em funções repartidas entre instituições independentes e harmônicas entre si que a executam de maneira especializada, compondo o que se chama de governo⁴, cabendo, essencialmente, ao Judiciário dizer o direito, ao Legislativo traçar normas gerais e abstratas e ao Executivo administrar e executar as políticas públicas.

Em um primeiro momento, a ideologia que consagrara a repartição do Poder Político – conhecida como o modelo francês da separação de Poderes – bifurcou a função executiva em duas áreas que se distinguem pela incidência ou não do controle jurisdicional: a primeira,

³ As Constituições nacionais reconhecem o papel auxiliar dos Ministros ao exercício do Poder Executivo nos seguintes dispositivos constitucionais: art. 102 da Constituição de 1824; art. 49 da de 1891; art. 59 da de 1934; art. 88 da de 1937; art. 90 da de 1946; art. 74 da de 1967; art. 81, I da de 1969; e, por fim, art. 84, II da de 1988. “A Constituição, como se recorda, consagra o sistema de governo presidencialista, mantendo, com algumas peculiaridades (comparecimento de Ministros ao Congresso Nacional), a orientação da primeira lei fundamental da República, que fora buscar o modelo na Carta Magna norte-americana. Essa decisão repercute fundamentalmente nas funções dos Ministros de Estado. No parlamentarismo, estes, capitaneados pelo Primeiro Ministro (ou presidente do Conselho de Ministros), é que exercem efetivamente as funções de governo, enquanto, no presidencialismo, não passam de simples auxiliares do Presidente da República na condução dos assuntos do Poder Executivo e especialmente na direção superior da administração”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 665-666.

⁴ *Ibid.*, p. 108-110.

justitia, caracterizava-se pelo seu poder contencioso, que destinava aos tribunais administrativos a atribuição para analisar as matérias passíveis de revisão; a segunda, *politia*, era nominada de poder gracioso, em que as matérias de polícia “formavam um poder autônomo do Estado, não limitado pela lei e não sujeito a controle pelos Tribunais Administrativos”⁵.

Posteriormente, com o desenvolvimento e o fortalecimento do Estado de Direito, percebeu-se que a ausência de controle das atividades administrativas ensejara a arbitrariedade no exercício das funções políticas. A necessidade de regulamentação e de organização da atividade estatal fomentara a criação de um ramo jurídico próprio que, ao mesmo tempo em que servia para a limitação do poder político, estruturou a ruptura do Estado Absolutista para o Estado Moderno. Surge, assim, o Direito Administrativo – pela visão clássica dos administrativistas – como a submissão do poder ao Direito, à legalidade e à separação dos Poderes⁶. O marco desse novo ramo jurídico é a edição em 1800 da “*Loi de 28 do pluviose* do ano VIII”⁷.

A organicidade das funções políticas da Europa continental foi formada no sentido de cindir o controle jurisdicional entre o contencioso administrativo – que julga questões as quais envolvem a Administração Pública –, de competência do Poder Executivo, e o comum – que trata dos demais assuntos –, atribuída ao Poder Judiciário⁸. Não obstante, essa opção mitigou a rigidez da separação de poderes para conferir ao Poder Executivo, pelas vias do Conselho de Estado, a reserva de jurisdição para reformar, revogar ou anular atos administrativos⁹.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 81.

⁶ “A corrente majoritária dos administrativistas identifica o surgimento do direito administrativo com o momento em que o poder passa a se submeter ao Direito, à legalidade e à tripartição de Poderes. (...) O direito administrativo seria, portanto, caudatário do processo de universalização da legalidade (entendida como submissão de todos ao comando legal emanado do Parlamento) e da segregação de poderes (com isolamento dos poderes administrativos no Executivo e alocação da atividade normativa no Parlamento e da atividade de julgar no Judiciário, ainda que esta última dimensão fosse logo contornada com a dualidade de jurisdição nos Países que a adotaram)”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A bipolaridade do direito administrativo e sua superação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 359-360.

⁷ BINENBOJM Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 10.

⁸ “(...) mesmo no âmbito do Conselho de Estado, desenvolveu-se uma ampla e intensa jurisprudência sobre os limites da própria jurisdição administrativa, seja excluindo-se certos atos da esfera de reexame – como os atos de governo e os atos de pura administração –, seja limitando-se artificialmente o espectro de fundamentos do recurso contencioso, ou ainda pelo desenvolvimento de uma estrita legitimidade processual ativa”. *Ibid.*, p. 14.

⁹ “O direito administrativo não surgiu da submissão do Estado à vontade heterônoma do legislador. Antes, pelo contrário, a formulação de novos princípios gerais e novas regras jurídicas pelo *Conseil d’État*, que tornaram viáveis soluções diversas das que resultariam da aplicação mecanicista do direito civil aos casos envolvendo a

Adverte-se que a opção pela ruptura jurisdicional não fora imotivada, tendo-se, por principal objetivo, a fuga da submissão da Administração Pública ao crivo do Poder Judiciário¹⁰.

A paulatina ampliação do controle jurisdicional dos atos do Poder Executivo permitira a virada da justiça graciosa para a delegada¹¹, solidificando-se a teoria da sindicabilidade dos atos do Poder Executivo, ainda que *interna corporis*. Todavia, embora se controlasse a conduta administrativa diante da violação de direitos estabelecidos pelo legislador, mantiveram-se alguns resquícios da graciousidade, especialmente os chamados atos discricionários¹² – compostos pelos atos de governo e os de pura administração –, que permaneceram imunes ao controle¹³.

Durante os séculos XIX e XX, embora o Conselho de Estado francês reconhecesse a existência de espécies de ato discricionário, diversos doutrinadores se dedicaram a solver a

Administração Pública, só foi possível em virtude da postura ativista e insumissa daquele órgão administrativo à vontade do Parlamento. A conhecida origem pretoriana do direito administrativo, como construção jurisprudencial (do Conselho de Estado) derogatória do direito comum, traz em si esta contradição: a criação de um direito especial da Administração Pública resultou não da vontade geral, expressa pelo legislativo, mas de decisão autovinculativa do próprio legislativo”. *Ibid.*, p. 11.

¹⁰ Floriano de Azevedo, afirmando ser a visão de Paulo Otero, reproduz que “(...) a dualidade de jurisdição se presta justamente para evitar que a Administração se submeta ao Judiciário”, o que, segundo o autor, “coincide com a lição de Guy Braibant Bernard Stirn: ‘Esta situação tem desvantagens óbvias de fato. Poderia levar rapidamente a uma espécie de despotismo administrativo ou a Administração se tornaria poderosa e descontrolada. (...) Ela já não seria mais compatível com os princípios liberais que dominaram a Revolução, incluindo o respeito aos direitos humanos. Não foi por outro motivo que tal instituição se deu sob o regime liderado por um homem de perfil autoritário como Napoleão, mediante a criação de uma jurisdição especial para controlar a Administração. A Administração, já então forte, precisava ser controlada, mas não pelos órgãos jurisdicionais, donde, então, a consequência lógica de se criar um tribunal especial encarregado desse controle’”. MARQUES NETO, *op. cit.*, p. 361.

¹¹ A República francesa sofrera um retrocesso com o retorno do período monárquico na segunda quinzena do século XIX, retornando-se ao, agora mitigado, Estado de Polícia. Os atos emanados pela realeza se equivaliam aos do legislativo e judiciário, sendo nominados de atos de alta polícia, imunes de fato ao controle jurisdicional. Foi necessário trazer contornos jurídicos a arbitrariedade. Para tanto, o Conselho de Estado foi obrigado a cingir os atos de administração em atos controláveis e não controláveis, como a saída para a sobrevivência ao período monárquico, mantendo-se como uma instituição legítima para exercer a jurisdição do contencioso administrativo. A Corte, porém, perdera a oportunidade de excluir a dicotomia entre ato administrativo discricionário e ato de governo, o que prorrogou o debate na doutrina francesa, como aponta Virally, aponta que “o ato de governo, subtraído a todo exame jurisdicional por motivos puramente políticos, permanece inencontrável. Desapareceu da jurisprudência desde o célebre caso *Prince Napoleon Bonaparte* (1815)”. MEDAUAR, Odete. *Atos de governo*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 191, jan./mar. 1993, p. 71; 79.

¹² “Para saber quando um ato era discricionário, era preciso saber se ele esbarrava em um direito adquirido; se isso ocorresse, ele deixaria de ser discricionário e tornava-se suscetível de controle judicial. Se o ato atingisse meros ‘interesses’ dos particulares, era considerado discricionário, e o Conselho de Estado furtava-se a sua apreciação”. DI PIETRO, *op. cit.*, p. 82.

¹³ Posicionando-se sobre a existência da dualidade de jurisdição, Floriano Marques aponta que, ao mesmo tempo em que surgem o imperativo da legalidade e a separação dos Poderes, criam-se a dualidade de jurisdição e a ampliação das margens da discricionariedade. Citando Romeu Felipe Bacellar Filho, afirma que “ao mesmo tempo em que a dualidade de jurisdição permite uma especialidade maior do julgador na solução dos conflitos envolvendo a Administração Pública, ‘a presença de uma jurisdição especial para a Administração pode ser encarada como um privilégio que conduz à formação de um direito de exceção’”. MARQUES NETO, *op. cit.*, p. 357.

divergência sobre a possibilidade de controle jurisdicional. Assim, faz-se necessário tecer alguns comentários sobre a evolução da dicotomia do ato da Administração em administrativo e de governo.

A primeira teoria justificadora da autonomia do ato de governo se refere ao período da justiça retida, no qual o Conselho de Estado estava vinculado ao rei, e não exatamente ao Poder Executivo. A proteção do autoritarismo no exercício do poder político impunha uma autocontenção da atividade jurisdicional, que reconhecia a natureza política a partir da autoridade competente para editar o ato, não se atendo à finalidade para tal. A falência da justificativa referida ocorre com a incorporação da teoria política e da jurídica na evolução do Estado de Direito¹⁴.

Ainda no século XIX, tentou-se incluir no ordenamento jurídico a distinção entre a atividade de governo e a administrativa. A primeira se fundamentava no sentido de que o governo seria a soma da organização política – elaboração da pauta pública, formação das alianças políticas, etc – e o exercício da soberania interna e externa; já a segunda, a sua maior característica seria a execução do projeto de governo e a administração dos órgãos, pautando-se em uma função burocrática. A crítica feita a essa teoria é que, embora seja possível repartir as funções, ambas estão racionalmente interligadas. Nas palavras de Giannini¹⁵:

O governo sempre participou da formação de diretrizes políticas, de um modo ou de outro (...). Existiu e existe, portanto, não um poder executivo, mas um poder governamental, que nas diversas constituições consta ora do Chefe de Estado (república presidencialista), ora do governo em conjunto com o Chefe de Estado (p. ex.: nos Estados parlamentares do século passado), ora do governo somente (p. ex.: na Constituição italiana atual), junto ao complexo de órgãos que formam a administração do Estado. De tal modo, a Administração Estatal pode ser simplesmente indicada como o aparato de poder governamental, tendo todos os atributos e as funções deste.

Por fim, as duas últimas teorias demonstram o objetivo da distinção entre atos administrativos e atos de governo. A primeira é a teoria negativa, que toma a consequência como a substância da teoria, defendendo-se que ato de governo é aquele que não permite a

¹⁴ Embora a sua teoria seja nominada de teoria do fim político, o elemento justificante para a isenção de controle jurisdicional é o da competência, e não o da finalidade, sendo essa interpretação retirada das lições de Odete Medauar: “ainda na época da chamada ‘justiça retida’, autores franceses procuraram explicar a casuística jurisprudencial que rejeitava apreciar medidas do Executivo mediante invocação do ato de governo. A teoria do fim político predominou no período (...). De acordo com essa teoria o que especifica o ato de governo é o fim que norteia o seu autor; é a natureza política do ato que impede o controle jurisdicional. MEDAUAR, op. cit., p. 72.

¹⁵ GIANNINI apud ibid., p. 75.

apreciação jurisdicional¹⁶. A segunda é o critério da taxatividade ou empírico, que parte da compreensão jurisprudencial sobre os atos classificados como políticos/governo¹⁷.

Essa discussão perde ainda mais força quando analisada no âmbito do direito inglês e norte-americano¹⁸. No primeiro, o critério territorial e a taxatividade são elementos intrínsecos para o ato de Estado: a Coroa apenas poderá editá-los quando emitidos em face de Estado estrangeiro ou indivíduo não protegido pela soberania inglesa, desde que a sua emissão seja fora do território inglês. Já as questões políticas do direito norte-americano repercutem nos limites do controle jurisdicional: a atuação do Poder Judiciário é, ao mesmo tempo, subsidiária e preferencial, pois para que se possa se imiscuir em assuntos politicamente sensíveis, é preciso que outra função estatal não tenha competência sobre o tema, que seja hipótese de ausência de padrões de resolução do conflito e, por último a possibilidade de conflitos entre manifestações de órgãos distintos¹⁹.

Percebe-se, portanto, que a doutrina clássica europeia se preocupava prioritariamente com a organização estatal, a execução dos interesses públicos pelo Executivo e a não intervenção judicial, reforçando a tese do ato político como uma contenção à atividade jurisdicional.

Nesse contexto, Paulo Otero tece críticas a essa visão clássica, afirmando que a Lei 28 do *pluiose* do ano VIII teve o condão de reproduzir as práticas administrativas do Antigo Regime, ou seja, de tornar os atos elaborados pelo Poder Executivo não controláveis pela função jurisdicional. Dessa forma, a referida lei apenas organizou a estrutura da Administração Pública, mas não a limitou nem a conteve²⁰. Nesse diapasão, com a evolução

¹⁶ “A dificuldade de encontrar critério identificador da natureza dos atos de governo acarreta, em grande parte da doutrina, o enunciado de sua noção na insuscetibilidade de controle jurisdicional. Ato de governo é o que escapa à apreciação pelo Judiciário”. *Ibid.*, p. 77.

¹⁷ “No direito francês buscou-se ainda contornar a dificuldade de conceituar-se o ato de governo com a solução prática: considera-se ato de governo o que figura em lista decorrente de decisões do Conselho de Estado ou Tribunal de Conflitos; atualmente, na França a lista contém dois tipos de atos: os que se referem às relações entre o Executivo e o Legislativo e às relações do governo com Estado estrangeiro ou organismo internacional. Para Marienhoff o critério é vazio de conteúdo científico. Segundo Rannelletti, ‘dizer que atos de governo são aqueles que a jurisprudência considera como tais significa renunciar à solução do problema sem saber com qual critério a jurisprudência deverá definir um ato de governo ou administrativo’”. *Ibid.*, p. 77.

¹⁸ “Vale notar que a relutância dos países vinculados ao sistema de *common law* (...) em reconhecer autonomia didático-científica ao direito administrativo e o repúdio à adoção da jurisdição administrativa deveram-se à tradição existente, naquelas nações, de submissão das relações de submissão das relações entre Administração e cidadãos às mesmas regras e aos mesmos juízes que decidiam os litígios entre particulares. Embora também lá tenham existido – e ainda existam – normas que contemplavam imunidades ao poder político (v.g., a ideia da irresponsabilidade civil do Estado expressa na máxima *the king can do no wrong*, só superada em meados do século XX), o direito administrativo anglo-saxão não se formou como uma estrutura dogmática munida de categorias a serviço do poder”. BINENBOJM, op. cit., p. 16.

¹⁹ MEDAUAR, op. cit., p. 72-79.

²⁰ MARQUES NETO, op. cit., p. 373.

do Estado de Direito e a ampliação dos recursos administrativos contra as ações dos administradores públicos, o meio para a manutenção dos privilégios e das arbitrariedades foi a separação dos atos políticos dos administrativos: esses controláveis pelo poder jurisdicional; aqueles imunes a qualquer controle.

Mostrava-se ilusória, portanto, a equação jurídica de produção normativa pelo Legislativo, a juridicidade do Judiciário e a mera execução pelo Executivo, uma vez que o regramento desse último fora desenvolvido pelo próprio órgão a que se destinaria, ou seja, o Conselho de Estado francês traçaria os limites da sua própria estrutura funcional, criando-se uma imunização decisória contrária à ideologia de separação dos poderes estatais²¹.

No cenário nacional, apenas as Constituições de 1934 e 1937 limitaram expressamente o controle do Poder Judiciário às questões políticas²². A doutrina histórica de Rui Barbosa e o pioneirismo de Miguel Seabra Fagundes apontam as premissas de como o tema evoluiu: o primeiro disserta que as questões exclusivamente políticas são aquelas executadas por um poder unicamente político, não limitado juridicamente²³; o segundo, por sua vez, leciona que o ato político se caracteriza pela sua finalidade exclusivamente política de âmbito interno da estrutura do Estado que, de forma alguma, poderá atingir direitos individuais²⁴. Esses posicionamentos, contudo, não mais se coadunam com a visão contemporânea quanto à divisão das funções estatais e ao papel do Estado Democrático de Direito.

O avanço do constitucionalismo e do regime de governo democrático impôs a possibilidade do controle social e, conseqüentemente, jurisdicional, dos órgãos públicos, submetendo-os aos parâmetros jurídicos de validade, eficácia e legitimidade, sendo essa a principal característica da Teoria do Estado contemporânea.

Defende-se, assim, que a distinção entre o ato político – assim como os seus sinônimos ato de governo e questões políticas – e o ato administrativo tem única e

²¹ BINENBOJM, op. cit., p. 14.

²² Embora a Constituição de 1891 implicitamente também tenha limitado o controle jurisdicional, as cartas de 1946, 1967, 1969 e 1988 assim não o fizeram. FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed. atual. [Atualização e revisão Gustavo Binjenbojm]. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.196.

²³ Ibid., p. 83.

²⁴ “A determinação do ato estritamente político se nos afigura mais simples e fácil. Sim, porque aqui, além da finalidade, há também, como elemento distintivo, o conteúdo, isto é, o limite da sua repercussão jurídica. Para que o ato administrativo seja estritamente político, há de conter medida de fins unicamente políticos (finalidade) e, ao mesmo tempo, há de circunscrever-se ao âmbito interno do mecanismo estatal e, se o exceder, não deve alcançar direitos individuais explicitamente reconhecidos, mas apenas interesses (conteúdo)”. Ibid., p. 199.

exclusivamente por intuito excluir aquele dos limites da ordem jurídica²⁵. A sua existência autônoma busca ressuscitar antigas teorias que defendiam a sua ausência de controle, as quais, para o presente trabalho, não merece guarida, uma vez que vai de encontro com o modelo de Estado Democrático e Constitucional de Direito. Na precisa lição de Duez²⁶:

O ato de governo configura receita técnica de arte política para circunscrever o papel em relação a certa atividade governamental que requer maior liberdade do autor do ato; a teoria do ato de governo não é tão necessária para salvaguardar a legítima independência do Executivo em matérias políticas vitais; o direito oferece meios suficientes para que se atinja essa finalidade, permitindo abolir um símbolo que lembra a antiga razão de Estado, que significa atentado muito vivo ao princípio da legalidade para ser mantido, mesmo com caráter residual; suficiente proteção dos atos de governo contra o controle jurisdicional pode ser assegurada pela reserva do poder discricionário; a teoria do ato de governo deve ser eliminada como praticamente inútil.

Assim, com o reconhecimento da força normativa da Constituição e o avanço da constitucionalização do direito administrativo, inverte-se o fluxo anteriormente estipulado pela distinção entre ato político e ato jurídico: o direito passa a abranger a política, estando essa subordinada a ele.

Nesse sentido, os autores que transitaram entre as Constituições de 1967 e a de 1988 – como Celso Antônio Bandeira de Mello²⁷, Odete Medauar²⁸, José dos Santos Carvalho Filho²⁹, Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁰ e Hely Lopes Meirelles³¹ – compreendem pela impossibilidade da existência do ato de governo como categoria autônoma, incluindo-o como espécie de ato da Administração – sendo essa a natureza do ato de nominativo de Ministro de

²⁵ Conforme adverte Oswaldo Aranha Bandeira de Mello “Nada justifica no Estado de Direito essa figura de atos de governo em oposição ao atos administrativos. Se dizem respeito à manifestação da vontade individual, concreta, pessoal do estado, enquanto poder público, na consecução do seu fim, de criação e realização da utilidade pública, de modo direto e imediato, para produzir efeitos de direito, constituem atos administrativos”. MELLO apud MEDAUAR, op. cit., p. 80.

²⁶ DUEZ apud *ibid.*, p.79.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo* 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 390.

²⁸ MEDAUAR, op. cit., p. 81.

²⁹ O autor, pela leitura da obra de Odete Medauar, filia-se a teoria da execução da Constituição que, “Segundo Chalvidan, a doutrina encontra outro alento para indicar a base jurídica da função governamental apoiando-se solidamente em disposições constitucionais. Vem primeiramente de Ducrocq a afirmação de que os atos de governo são aqueles que executam diretamente disposição formal da Constituição e os atos administrativos resultam da execução de lei ordinária. O argentino Manuel Maria Diez adota esse entendimento. Ranelletti critica a teoria alegando que muitas constituições contêm matéria de natureza estritamente administrativa. Acrescente-se ainda que vários atos administrativos também executam diretamente preceito constitucional”. *Ibid.*, p. 76.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 232.

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 46.

Estado –, assim como o ato administrativo. A principal consequência da inclusão dos atos de governo como atos da Administração é a obrigatoriedade da observância das normas constitucionais e infralegais, sob pena de revogação ou anulação do respectivo ato.

Na visão dos autores tradicionais, o ato de governo decorre do exercício de competência eminentemente política prevista na Constituição ou no texto infraconstitucional, o que lhe confere um grau máximo de discricionariedade³². Por sua vez, o ato administrativo seria aquele elaborado por agente dotado de competência, regidos basicamente pelo direito público cujos efeitos jurídicos se coadunam com a finalidade pública, podendo o ato ser classificado em discricionário ou vinculado³³.

O ato vinculado seria aquele em que a norma jurídica taxa categoricamente o agir estatal, enquanto o discricionário possuiria o condão de conferir ao agente a oportunidade e a conveniência da sua atuação³⁴. Essa diferença decorre da viabilidade de interpretação de certos elementos do ato administrativo.

Em sua estrutura, o ato administrativo é composto pelos seguintes elementos: sujeito/competência, forma, motivo, objeto e finalidade. Essa ordem traz uma estrutura lógica sobre a formação da conduta estatal: o agente (sujeito³⁵) só poderá agir quando houver uma autorização normativa (competência³⁶), que deverá atender a uma formalidade (forma³⁷)

³² Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, "por corresponderem ao exercício de função política e não administrativa, não há interesse em qualificá-los como atos administrativos, já que a sua disciplina é peculiar. Inobstante também sejam controláveis pelo Poder Judiciário são praticados de modo amplamente discricionário, além de serem expedidos em nível imediatamente infraconstitucional - ao invés de infralegal -, o que lhes confere fisionomia própria". MELLO. op. cit., 2009, p. 380.

³³ José dos Santos Carvalho Filho define ato administrativo como "a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público". Indo além, o referido autor define, ainda, a distinção entre ato vinculado e discricionário, entendendo que "a vontade do agente, exteriorizada pelo ato administrativo, tem que reproduzir, às vezes, a própria vontade do legislador. Em outras situações, é a lei que permite ao agente que faça o delineamento do que pretende com sua manifestação de vontade. Quando se trata de atividade vinculada, o autor do ato deve limitar-se a fixar como objeto deste o mesmo que a lei previamente já estabeleceu. (...) Em outras hipóteses, todavia, é permitido ao agente traçar as linhas que limitam o conteúdo de seu ato, mediante a avaliação dos elementos que constituem critérios administrativos". CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 105; 115.

³⁴ Diógenes Gasparini disserta que "Há conveniência sempre que o ato interessa, convém ou satisfaz ao interesse público. há oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público". CARVALHO FILHO, José dos Santos. *A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico*. In: GARCIA, Emerson. *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 22.

³⁵ "É aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato". DI PIETRO, op. cit., 2014, p. 212.

³⁶ Maria Sylvania Zanella Di Pietro define a competência como "conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo". *Ibid.*

³⁷ "No direito administrativo, o aspecto formal do ato é de muito maior relevância do que no direito privado, já que a obediência à forma (no sentido estrito) e ao procedimento constitui garantia jurídica para o administrado e para a própria Administração; é pelo respeito à forma que se possibilita o controle do ato administrativo, quer pelos seus destinatários, quer pela própria Administração, quer pelos demais Poderes do Estado". *Ibid.*, p. 217.

previamente prescrita e apontar os pressupostos de fato e de direito (motivo³⁸) cujos efeitos jurídicos (objeto) deverão observar obrigatoriamente o interesse público (finalidade)³⁹.

A posição majoritária entende que só é possível a discricção do agente público quanto ao objeto e ao motivo, sendo a competência, a forma e a finalidade elementos vinculados do ato administrativo. Nesse cenário, a legalidade e o mérito⁴⁰ formam o conteúdo do ato discricionário: “o primeiro diz respeito à conformidade do ato com a lei e o segundo diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir”⁴¹. Dessa maneira, afirma-se que não há ato propriamente discricionário, pois haverá sempre um mínimo de vinculação do agente ao ordenamento jurídico que será controlável⁴².

Hodiernamente, discute-se se essa dicotomia polarizada do ato administrativo é a mais correta. A leitura que tradicionalmente se faz da discricionariade é no sentido de que, ao observar as regras de competência, forma e finalidade, o agente público poderá tomar qualquer decisão que não viole o ordenamento jurídico⁴³.

³⁸ “Motivo é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo. Pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato. Pressuposto de fato, como o próprio nome indica, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato. (...). Não se confunde motivo com motivação do ato. Motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram”. *Ibid.*, p. 219.

³⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro reproduz o posicionamento clássico de Caio Tácito: “a) a primeira é a verificação da competência específica; nessa fase, não há qualquer discricionariade, porque ‘cada autoridade dispõe de uma capacidade de agir que provém da regra de direito’; b) a fase seguinte é a de constatação dos motivos, ou seja, das situações de fato ou de direito que determinam sua iniciativa; aqui não há qualquer discricionariade, porque se trata de mera constatação; a existência ou não dos motivos é matéria de ordem objetiva: sua observação imperfeita provocará um erro de fato ou de direito, sujeito ao controle de legalidade; c) a seguir, vem a apreciação do valor dos motivos que corresponde a um ‘processo psicológico, pertencente ao prisma discricionário’; d) segue-se a concretização do objeto comissivo ou omissivo, fase em que opera com maior amplitude o poder discricionário; ‘é este, por excelência, o seu terreno próprio. Não existindo norma legal que vincule obrigatoriamente a autoridade a praticar determinado ato, ou a se abster de praticá-lo, pertence, livremente, à administração a faculdade de decidir, segundo sua convicção, da oportunidade, da justiça, da conveniência ou da necessidade do ato administrativo’”. *Id.*, op. cit., 2012, p. 71-72.

⁴⁰ “O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas da boa-administração, ou, noutras palavras, é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso, exprime um juízo comparativo. Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo”. FAGUNDES, op. cit., p. 180.

⁴¹ DI PIETRO, op. cit., 2014. p. 226.

⁴² “não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao fim e à competência, pelo menos”. MELLO, op. cit., 2009, p. 424.

⁴³ “Tradicionalmente, afirmava-se que os atos administrativos – aqui considerados os atos praticados pela Administração Pública de forma geral – seriam discricionários ou vinculados, tendo em vista a norma com a qual estão, de algum modo, relacionados. Os atos discricionários seriam aqueles em relação aos quais a norma atribui ao Poder Executivo, ou, de forma mais geral, à Administração Pública, a competência para decidir a conveniência de sua prática e, em alguma medida, até qual seu exato conteúdo. Não se tratava de arbítrio, mas de uma avaliação, feita pelo legislador, de que seria melhor para o interesse público que o administrador tomasse tais decisões diante das circunstâncias concretas, ao invés de o legislador tentar tomá-las em abstrato. No caso do

Não existe, porém, ato administrativo dotado de presunção absoluta de discricionariedade⁴⁴. Isso porque a discricção decorre da utilização de hipóteses abstratas – circunstâncias fáticas – e de prescrições legais autorizativas, o que expande o controle para o plexo de juridicidade abrangendo, portanto, todos os elementos do ato⁴⁵.

A constitucionalização do Direito Administrativo na CRFB/88 trouxe consideráveis modificações no regime administrativista. A positivação de regras, preceitos e princípios no texto constitucional destinados a Administração Pública importou no desprestígio da lei – como fonte imediata da conduta administrativa –, além de instituir os critérios fundamentais a serem levados em consideração no momento da elaboração do ato administrativo⁴⁶.

Essa nova vertente do Direito altera substancialmente a ideia de mérito administrativo. *A priori*, adverte-se que a visão tradicional sobre o instituto – antes da CRFB/88 – se fundamenta na livre apreciação do administrador sobre a oportunidade e a conveniência dos seus atos. Há, portanto, uma correspondência ideológica com o sistema da íntima convicção ou certeza moral do julgador no mérito judicial, qual seja, a liberdade decisória do juiz no deslinde jurisdicional⁴⁷.

A mudança essencial ocorre com a limitação de ambas aos mandamentos constitucionais e infralegais, sob pena de anulação ou revogação dos atos jurisdicional e administrativo. Não mais basta o simples apontamento da autorização legal – motivo – e dos

ato vinculado, por seu turno, a norma não apenas atribui a competência para a prática do ato, mas já define o conteúdo deste e a circunstância que exige sua prática. A realidade, porém, é que são raros os atos totalmente discricionários e aqueles inteiramente vinculados. (...) Daí porque se conclui que, a rigor, as competências do Poder Executivo, e da Administração Pública como um todo, são formadas por elementos discricionários e vinculados, mesmo que eventualmente haja, de fato, maior predominância de uns que de outros”. BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 346-347.

⁴⁴ “(...) (A) norma legal *per se* não é condição suficiente para a atribuição da discricionariedade administrativa. Apenas quando o mundo dos fatos se apresenta para a incidência normativa é que se poderá afirmar, com certeza, se existe ou não uma efetiva discricionariedade para a ação administrativa. Até antes disso o que pode fazer a norma legal é apenas apresentar uma discricionariedade potencial”. CARDOZO, José Eduardo Martins. *A discricionariedade e o Estado de Direito*. In: GARCIA op. cit., p. 61.

⁴⁵ DI PIETRO. op. cit., 2012, p. 73.

⁴⁶ “Com efeito, a Constituição se presta (i) não só como norma direta e imediatamente habilitadora de competências administrativas, como também (ii) serve de critério imediato de decisão administrativa. a Constituição, porém, não só é fonte direta de habilitação de competências administrativas, funcionando também como critério imediato da tomada de decisões pelo administrador. Neste aspecto, evidencia-se a constitucionalização do direito administrativo, numa clara limitação dos espaços discricionários da Administração Pública, que se devem pautar não apenas pela finalidade legal, como também pelos fins constitucionais”. BINENBOJM, op. cit., p. 131.

⁴⁷ “A primeira concepção da legalidade administrativa, do ponto de vista cronológico, surgiu de uma analogia entre o ato administrativo e a sentença judicial. Segundo esse entendimento, o ato administrativo se constituiria em uma mera particularização dos mandamentos genéricos e abstratos veiculados na lei, em sua atuação concreta. Otto Mayer observou argutamente que tal noção de ato administrativo surgiu por analogia ao conceito que os juristas integrantes das assembleias e quadros revolucionários franceses tinham da sentença judicial aplicativa da lei. E assim foi que se forjou o conceito-chave de ato administrativo como declaração concreta de vontade com a qual a Administração Pública particulariza e aplica uma previsão normativa geral”. *Ibid.*, p. 136.

efeitos a serem produzidos – objeto – com o ato estatal. É necessário fundamentar, expor a motivação, a racionalidade que permite a aferição da consonância da conduta pública com a lei e com a teleologia do Direito⁴⁸.

De outro lado, a atividade legislativa busca, em regra, a generalidade e abstração dos comandos normativos legais. Todavia, a impossibilidade de regulamentação de todas as situações sociais possíveis, o legislador se utiliza de *standards*, princípios, palavras vagas e imprecisas para traçar objetivos e finalidades, que necessitam de um preenchimento em seu conteúdo⁴⁹. A interpretação desses instrumentos semânticos utilizados nos enunciados normativos resulta na discricionariedade ou na vinculação da conduta do agente estatal⁵⁰.

Assim, pode-se afirmar que compete ao administrador interpretar o texto legal quando se tratar de ponderação de interesses públicos conflitantes, de juízo de (in)ação administrativa que não envolva direitos fundamentais e sobre assuntos tecnicamente complexos. De outra parte, o agente também poderá fazer a intelecção em se tratando de matérias juridicamente sensíveis ou de particular expertise jurídica, mas, em tais hipóteses, será resguardado o direito ao controle jurisdicional⁵¹.

Dessa forma, em se tratando de conceitos jurídicos – regras, preceitos e princípios – determinados e indeterminados, assim como de parâmetros implícitos – abuso de poder, excesso de poder, desvio de finalidade e motivos determinantes – o juiz está autorizado em intervir no ato administrativo percorrendo o caminho lógico realizado pelo administrador, interpretando o dispositivo à luz do Direito, para, no fim, determinar o grau de discricção prescrita na norma⁵². No próximo capítulo trabalhar-se-á tanto com os parâmetros implícitos, quanto com o conceito jurídico da moralidade administrativa e a sua aplicação no Direito.

1.2. A interpretação da Constituição como uma atividade administrativa e jurisdicional

Em um Estado que se postula democrático e constitucional, faz-se necessário que as decisões estatais sejam tomadas em consonância com os fins e os objetivos previstos na Carta

⁴⁸ DI PIETRO, op. cit., 2014, p. 228.

⁴⁹ “A transformação de conceitos linguísticos em conceitos jurídicos já é suficiente para dotá-los de uma certa precisão, em prol da segurança jurídica”. TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e o controle constitucional da discricionariedade administrativa. In: GARCIA. op. cit., p. 102.

⁵⁰ DI PIETRO, op. cit., 2012, p. 46.

⁵¹ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

⁵² BINENBOJM, op. cit., p. 199.

Política, instituindo-se mecanismos de participação popular no exercício do poder⁵³. A nova roupagem dogmática conferida à Constituição pátria importou em uma redistribuição de papéis entre os três órgãos vitais de uma República, quais sejam, o Judiciário, o Legislativo e o Executivo⁵⁴.

Afastou-se a ideia clássica – insular e fechada – de competências típicas de legislar, dizer o direito, administrar e executar os anseios populares previstos na legislação, para se instituir, em contrapartida, um diálogo permanente e recíproco entre os Poderes cujo objeto e finalidade são efetivar os objetivos fundamentais da República. Dessa maneira, a interpretação da CRFB/88 é realizada por todos os órgãos e agentes públicos, incluindo-se o Poder Executivo, o que importa em uma necessária metodologia básica atinente a todas as funções.

Aponta-se que há diversos elementos que instrumentalizam a interpretação constitucional feita pelo operador para se chegar à norma jurídica ou administrativa. Em um primeiro momento, o intérprete deverá afastar toda compreensão que vá em sentido inverso do estabelecido no texto⁵⁵, priorizando-se os elementos gramaticais, entendendo-os em seu sentido comum, salvo se houver referência a termos tecnicamente jurídicos⁵⁶. Chega-se, nessa primeira fase, a diversas normas constitucionais que poderão ser acolhidas ou rechaçadas⁵⁷.

Posteriormente, deve-se analisar a historicidade e o sentido normativo do texto, não se podendo negar a atualização da Constituição – via interpretação evolutiva e pela mutação constitucional – sob o pretexto da vontade do legislador ou do momento histórico em que a

⁵³ “Democracia significa soberania popular, governo do povo, vontade da maioria. Constitucionalismo, por sua vez, traduz a ideia de poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, abrigados, como regra geral, em uma Constituição escrita”. BARROSO, Luís Roberto. *Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/publicacoes/>>; Acesso em: 8 mar. 2019, p. 14.

⁵⁴ “A reestruturação do Poder Judiciário não era prioridade de qualquer das correntes que predominavam na constituinte de 87-88. Por isso, o tema não suscitou maiores controvérsias. Mas, apesar dessa apatia, uma reestruturação de monta houve, decorrente de uma combinação de propostas desconexas e de variada inspiração. Disto resultou, por surpreendente que seja, uma profunda, porém inesperada, transformação do Judiciário (...)”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: Judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*. n. 198, out./dez. 1994, p. 8.

⁵⁵ A exceção a essa regra dependerá do caso concreto, de maneira excepcional. SOUZA NETO, Cláudio Ferreira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 416.

⁵⁶ Segundo Linares Quintana, “as palavras empregadas na Constituição devem ser entendidas em seu sentido geral e comum, a menos que resulte claramente de seu texto que o constituinte quis referir-se ao seu sentido técnico-jurídico”. *Ibid.*, p. 415.

⁵⁷ “A norma jurídica não se confunde com o seu texto. O texto, dispositivo ou enunciado normativo é o significante, a norma é o seu significado. Em outras palavras, o texto é algo que se interpreta; a norma é o produto da interpretação, que, além do texto, deve considerar toda uma gama de outros elementos, dentre os quais o âmbito da realidade social sobre o qual a norma incide. Estas noções importantes de Teoria Geral do Direito são válidas também no campo constitucional”. *Ibid.*, p. 362.

norma foi editada⁵⁸. No intermédio, considera-se o texto como pertencente a um ordenamento, buscando a harmonização e a unidade do sistema jurídico⁵⁹. Destaca-se que, embora não haja hierarquia formal entre as normas constitucionais, devem-se preferir aquelas que desempenham função de diretriz para a interpretação e a aplicação do texto constitucional, levando-se em máxima consideração a finalidade social do texto a ser interpretado⁶⁰.

Encerrando-se a intelecção da norma jurídica ou administrativa, o intérprete deve passar para a construção da norma de decisão, que se baseia na aplicação dos métodos de resolução das normas constitucionais em colisão⁶¹. Para a compreensão do presente trabalho, destacam-se dois dos principais métodos: a ponderação e a proporcionalidade⁶².

A técnica da ponderação foi sistematizada por Robert Alexy, sendo aplicada aos chamados casos difíceis, que são aqueles em que se tem uma ambiguidade da linguagem textual, um desacordo moral razoável ou uma tensão entre normas constitucionais ou direitos fundamentais⁶³.

Dessa forma, diante da insegurança sobre qual norma a ser aplicada, a ponderação se mostra como a melhor a ser observada pelo intérprete. Nessa, incidem princípios específicos que funcionam como vetores de integração do fato ao Direito, destacando-se, entre eles, os da

⁵⁸ Ibid., p. 417.

⁵⁹ Ibid., p. 419.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Adere-se ao posicionamento de Eros Roberto Grau, para quem “a norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. Essa aplicação se dá – digo-o seguindo a conhecida exposição de Kelsen – mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de decisão. Ai a distinção entre norma jurídica e a norma de decisão. Esta é definida a partir daquela”. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto erga omnes direito pressuposto*. 9. ed. rev. ampl., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 278.

⁶² Conforme adverte Daniel Sarmiento, a “ponderação e proporcionalidade, apesar de envolverem ideias muito próximas, não se confundem, seja porque se emprega a proporcionalidade em hipóteses que não envolvem conflitos entre normas constitucionais, seja porque a ponderação não se resume à aplicação da proporcionalidade”. SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 519.

⁶³ Luís Roberto Barroso expõe a compreensão dos casos difíceis, assim leciona: “Há três grandes situações geradoras de casos difíceis: A. Ambiguidade da linguagem. O direito se socorre de termos que têm múltiplos significados ou que por serem indeterminados somente podem ser definidos à luz do caso concreto. (...). B. Desacordos morais razoáveis. No mundo contemporâneo, nas sociedades plurais e complexas em que nós vivemos, pessoas esclarecidas e bem intencionadas pensam de maneira diferente acerca de temas moralmente controvertidos. (...). C. Tensões de normas constitucionais ou de direitos fundamentais. Não é possível chegar-se a uma solução para estas situações pelos métodos tradicionais de interpretação. Há mais de uma solução possível e, em princípio, razoável disputando a escolha do intérprete. Neste admirável mundo novo da interpretação constitucional foram desenvolvidas ou refinadas diversas categorias jurídicas novas, que incluem: (i) o reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras; (ii) o equacionamento do fenômeno das colisões de normas constitucionais, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais; (iii) a ponderação como técnica de solução desses conflitos, superando as limitações do raciocínio puramente subsuntivo; e (iv) a reabilitação da argumentação jurídica, da razão prática, como fundamento de legitimação de decisões judiciais que não se sustentam na lógica tradicional da separação de Poderes, por envolverem uma parcela de criatividade judicial. Constituição, por ser um documento dialético, abriga valores contrapostos”. BARROSO. op. cit., p. 10-11.

força normativa e da unidade da Constituição, assim como o da presunção graduada da constitucionalidade dos atos administrativos *lato sensu*⁶⁴.

A força normativa da Constituição se caracteriza como o reconhecimento da juridicidade do seu texto formal, fruto do movimento denominado neoconstitucionalismo⁶⁵. Nesse sentido, a Constituição deixa de ser um documento de inspiração ao legislador e passa a ser revestida de autonomia e máxima efetividade no sistema jurídico, servindo de filtro para o controle de juridicidade dos processos legislativos e das legislações vigentes⁶⁶. Isso porque, nas hipóteses de não observância ou contrariedade à norma constitucional, os Poderes republicanos – Legislativo, Executivo⁶⁷ e Judiciário⁶⁸ – poderão afastar a sua incidência.

No que tange ao princípio da unidade da Constituição, esse é derivado do elemento sistemático de interpretação constitucional. Por ela, busca-se aferir a preponderância material de uma norma frente à outra. Esse exercício não implica, porém, no sacrifício de qualquer uma delas, tendo em vista que caberá ao intérprete perseguir a concordância prática das normas ponderadas, utilizando-se da harmonização e da coerência integrativa do fato ao sistema jurídico constitucional⁶⁹.

⁶⁴ “No Brasil, duas listas de princípios lograram ampla penetração: a elaborada pelo jurista alemão Konrad Hesse, que aludiu aos princípios da unidade da Constituição, da concordância prática, da correção funcional, da eficácia integradora, da força normativa da Constituição e da interpretação conforme a Constituição, e que foi adotada por diversos autores brasileiros; e a formulada por Luís Roberto Barroso, que elencou os princípios da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, da interpretação conforme à Constituição, da razoabilidade e da proporcionalidade (que ele considera fungíveis), e da efetividade”. SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 438. Por uma questão lógica e pela adesão à doutrina de Eros Grau, entende-se que a proporcionalidade é um método jurídico, e não um princípio. GRAU, op. cit., p. 278.

⁶⁵ Segundo Daniel Sarmento e Cláudio Souza Neto, há uma associação do neoconstitucionalismo aos fenômenos da força normativa dos princípios, da rejeição ao formalismo e a consequente abertura interpretativa do discurso jurídico, a constitucionalização do Direito, a reaproximação do Direito e da Moral e, por fim a judicialização da política. *Ibid.*, p. 202.

⁶⁶ “(...) a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição”. BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/publicacoes/>>; Acesso em: 8 mar. 2019. p. 5.

⁶⁷ Nas lições de Luís Roberto Barroso, o Poder Executivo pode deixar de aplicar lei ou ato que considere inconstitucional, bem como expedir determinação, em razão do poder hierárquico, para que os órgãos e os entes hierarquicamente inferiores deixem de aplicá-los. Embora seja legitimado para impetrar ação visando controle de constitucionalidade, o principal fundamento para a manutenção dessa postura é a supremacia da Constituição, pois “aplicar lei inconstitucional é negar aplicação à Constituição”. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 67.

⁶⁸ Competirá ao Poder Judiciário impor a efetividade da Constituição via anulação ou conformação do ato ao texto constitucional, de acordo com a lição de Daniel Sarmento e Cláudio Pereira. SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 442.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 439-441.

Por fim, a presunção graduada de constitucionalidade e legalidade dos atos administrativos *lato sensu* tem o condão de reconhecer, ao menos relativamente, que o respectivo ato está de acordo com as normas constitucionais. A sua aplicação traz consequências processuais importantes. A primeira é o ônus probatório e argumentativo recair sobre quem alega a inconstitucionalidade ou a ilegalidade. O segundo é o dever do intérprete conformar o texto aos ditames constitucionais, antes de lhe negar aplicabilidade. Em último, a declaração de inconstitucionalidade só será devida quando não houver possibilidade de resolução da lide por outro fundamento⁷⁰.

A proporcionalidade, por sua vez, é a faceta contemporânea da equidade, a qual busca a correção da norma pelo crivo da justiça a ser aplicada no caso concreto⁷¹. Nessas hipóteses, a interpretação da norma jurídica ou administrativa deve ser feita sobre o prisma da tópica, ou seja, amparar-se-á na sistematicidade do ordenamento jurídico para se chegar à solução mais justa para o caso concreto⁷².

A sua utilização como método de pacificação de conflitos permite a correção dos excessos e das omissões pelas condutas do Estado⁷³. Dessa maneira, verifica-se se a norma positivada é adequada, necessária e proporcional para a justiça do problema apresentado⁷⁴.

⁷⁰ Ibid., p. 460.

⁷¹ Segundo expõe Eros Grau, a equidade é a complementação da lei. O legislador, ao elaborar a lei, leva em consideração a regularidade dos fatos a serem abstratamente positivados. Todavia, “quando a lei expressa uma regra geral e surge algo que se coloca fora dessa formulação geral, devemos, onde o legislador omitiu a previsão do caso e pecou por excesso de simplificação, corrigir a omissão e fazer-nos intérpretes do que o legislador teria dito, ele mesmo, se estivesse presente neste momento, e teria feito constar da lei se conhecesse o caso em questão”. GRAU, op. cit., p. 276.

⁷² A tópica, como método de interpretação, não pode ser aplicada isoladamente. A sua base teórica indica que o intérprete deve conferir a solução mais justa ao caso concreto, independentemente das normas postas. Como assevera Daniel Sarmiento, “a sua adoção pode conduzir a um sistema de plena liberdade judicial na resolução dos casos, que seria devastador para a segurança jurídica e para a legitimidade democrática do Direito”. Todavia, a instrumentalização do Direito para a pacificação dos conflitos sociais permite que se utilize da tópica se conjugada à interpretação sistemática das normas, o que resultaria na ponderação entre o caso concreto e o direito posto. SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 423-424.

⁷³ Lênio Streck afirma que “a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado (...) de outro lado, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos”. STRECK apud FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 65.

⁷⁴ “Alexy esclarece que os princípios da adequação e da necessidade dizem respeito à otimização dentro dos limites das possibilidades de fato presentes na situação específica. De outra parte, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito diz respeito às possibilidades jurídicas de otimização. A ponderação, em última análise, envolve a busca da solução ótima à vista de princípios concorrentes”. BARROSO, Luís Roberto. *Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*. Disponível em: <<http://luisrobertobarroso.com.br/publicacoes/>>; Acesso em: 8 mar. 2019, p. 13.

O ponto nodal que diferencia atividade intelectual do administrador para a do juiz é o grau de imutabilidade e indiscutibilidade do mérito da decisão. Hodiernamente, ampliaram-se as atribuições dos juízes, garantindo-lhes uma função política de equilíbrio e de controle no exercício da governança frente às outras instituições republicanas⁷⁵. Para tanto, a atividade jurisdicional foi alargada, principalmente pela inafastabilidade de jurisdição, levando-se aos juízes questões que antes pertenciam única e exclusivamente aos demais Poderes estatais.

Por outro lado, também foi conferida aos membros do Judiciário a competência para encerrar divergências de representatividade institucional, assim como a constitucionalidade de normas advindas do processo legislativo⁷⁶. Assim, o controle da Administração Pública apresenta uma complexidade que exige do juiz a apresentação de uma metodologia juridicamente racionalizada – afastando-se ou se acatando a interpretação realizada pelo administrador –, diante da tenuidade entre a interpretação do Direito e a invasão à discricionariedade dos atos administrativos⁷⁷.

1.3. Ativismo judicial: entre a efetividade da norma constitucional e a autocontenção

O pluralismo político de uma sociedade democrática permite que o texto constitucional preveja normas que sejam contraditórias entre si⁷⁸. Por sua vez, a integração do texto poderá ocorrer de duas formas: uma pela atividade legiferante, a qual explicitar-se-á os

⁷⁵ “A transformação do Judiciário em um dos órgãos de controle que devem existir no Estado contemporâneo, foi há bom tempo antecipada por Karl Loewenstein. Este mostra que a tipologia das funções de que se serviu Montesquieu está superada na realidade hodierna. Não, todavia a idéia de distribuir o seu exercício por órgãos separados. A seu ver é necessária uma nova "separação dos poderes" que leve em conta as três tarefas que lhe parecem fundamentais atualmente: a definição da política (*policy decision*), a execução da política (*policy execution*) e o controle da política (*policy control*)”. FERREIRA FILHO, op. cit., p. 17.

⁷⁶ A título de exemplo, tem-se a competência do Supremo Tribunal Federal para resolução de conflitos dos entes federativos União e Estados entre si ou com organismos internacionais, assim como a eficácia vinculante das suas decisões nas ações que versem sobre controle de constitucionalidade, ambos previstos no artigo 102, I e §2º da CRFB/88. BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 9 abr. 2019.

⁷⁷ Veda-se, com isso, a arbitrariedade judicial e o governo de juízes, uma vez que “os magistrados só estão autorizados a fazer um ‘uso público da razão’. Não podem invocar nas suas decisões as orientações axiológicas cultivadas no interior das doutrinas religiosas ou metafísicas as que se filiam”. SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 450.

⁷⁸ “A exigência da harmonização ou concordância prática das normas constitucionais tem em seu cerne a ideia de coerência. Isso não quer dizer que o sistema constitucional seja absolutamente coerente, desprovido de tensões internas. Os valores que o sistema constitucional abarca são, muitas vezes, contraditórios entre si. O pluralismo de valores constitucionais é resultado também da do pluralismo político que teve lugar durante o momento constituinte”. Ibid., p. 441.

meios como a aplicação, a interpretação ou a ponderação deverão ser feitas; e a outra é mediante a inteligência do agente público competente para executar a norma⁷⁹.

A natureza fragmentária da Constituição impossibilita o exaurimento da regulamentação normativa, sejam elas essenciais ou não⁸⁰. Conseqüentemente, entre as diversas formas de se manifestar, o constituinte e o legislador podem se valer de conceitos indeterminados, omitindo-se propositada ou involuntariamente⁸¹. Dessa forma, a integração do texto vazio de norma será realizada pelos métodos tradicionais da analogia, do costume, da convenção e ou da equidade, dependendo sempre da tópica diante do intérprete⁸².

Adverte-se que, assim como nas normas contraditórias, o preenchimento do vácuo normativo competirá ao órgão de maior capacidade institucional⁸³, não se reservando a um ou outro Poder⁸⁴.

A interação democrática contemporânea determina que as tomadas de decisões públicas nem sempre devam ser realizadas sob a ótica do critério majoritário: primeiro porque o processo legislativo típico do Congresso Nacional tem, por requisito, extensas rodadas dialéticas para a sua produção, o que pode acarretar no esvaziamento e na perda de um direito ou interesse fundamental⁸⁵; segundo, questões sensíveis podem ser ignoradas por

⁷⁹ “O Estado, uma vez constituído, realiza os seus fins por meio de três funções em que se reparte a sua atividade: legislação, administração e jurisdição. A função legislativa liga-se aos fenômenos de formação do Direito, enquanto as outras duas, administrativa e jurisdicional, se prendem à fase de sua realização. Legislar (editar o direito positivo), administrar (aplicar a lei de ofício) e julgar (aplicar a lei contenciosamente) são três fases da atividade estatal, que se completam e que a esgotam em extensão”. FAGUNDES, op. cit., p. 3.

⁸⁰ “A Constituição é, portanto, uma norma fragmentária, que não trata de todos os temas, mas tão somente daqueles escolhidos pelo poder constituinte, pela sua singular importância, ou por outras razões atinentes à conveniência do seu entrançamento. Mesmo nestes temas, a Constituição, no mais das vezes, não exaure a respectiva disciplina, mas apenas fixa as suas principais coordenadas normativas, deixando a complementação para o legislador”. SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 532.

⁸¹ As omissões no texto constitucional pode ocorrer em dois sentidos: o primeiro é a lacuna constitucional, que se caracteriza pelas situações constitucionalmente relevantes ou extraordinárias não reguladas pela Constituição, o que impõe ao intérprete buscar a *mens legislatore*; o segundo é o silêncio eloquente, em que a omissão é intencional por opção política, técnica ou jurídica. Ibid., p. 534-535.

⁸² Deve-se apontar que nas hipóteses trabalhadas há um vácuo normativo. O seu preenchimento ocorrerá de maneira antecedente à interpretação, à ponderação ou à proporcionalidade. Adverte-se, conforme leciona Daniel Sarmento e Cláudio de Souza Neto, que a aplicação dos “princípios jurídicos – inclusive aqueles implícitos de caráter mais abstrato, geralmente identificados como ‘princípios gerais de Direito’ – são autênticas normas jurídicas. Portanto, quando eles incidem, não há lacuna”. Ibid., p. 536.

⁸³ “(...) uma boa teoria não é aquela que parte da idealização da figura do intérprete, mas a que se baseia numa visão mais realista sobre as suas capacidades institucionais”. Ibid., p. 435.

⁸⁴ “Não é apenas o Poder Judiciário que preenche as lacunas constitucionais. Outros órgãos e entidades podem também fazê-lo, sempre que tenham que aplicar a Constituição e não encontrem normas constitucionais disciplinando o caso”. Ibid., p. 535.

⁸⁵ “Essa atuação proativa do Judiciário tem-se tornado possível mercê da *inertia deliberandi* do Legislativo, seja porque não alcança o consenso necessário a solução das controvérsias políticas, seja porque não está disposto a arcar com o ônus político-eleitoral das escolhas, convenientemente transferidas ao Judiciário”. FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 183.

conveniência da maioria congressual, aniquilando, por vezes, possibilidades de ampliação de tutelas específicas em virtude de razões privadas; por fim, a heterogeneidade das sociedades hodiernas não permite uma representação exaustiva de todos os grupos sociais, o que ocasiona a marginalização de uma parcela da comunidade, gerando um déficit de representatividade⁸⁶.

No mesmo sentido, situações não emergenciais que exijam uma maior discussão acerca de suas consequências, que se revistam de tecnicidade ou escolhas possíveis diante de bens escassos, não indicam serem os juízes capazes de proferir a melhor decisão para a satisfação da finalidade pública⁸⁷.

A importância desse raciocínio é estabelecer a premissa de que a integração e a aplicação do texto constitucional não podem partir sempre do pressuposto das competências orgânicas tradicionais. É possível que, em determinados cenários, uma questão seja mais bem interpretada por um determinado órgão, ainda que isso ocasione uma criação normativa que extrapole a sua competência pré-definida pelo desenho republicano⁸⁸.

Isso não significa que a deliberação realizada por um ente estatal deva ser considerada como a última palavra sobre determinada questão constitucional. Pelo contrário, os assuntos controvertidos que necessitam de uma interpretação proativa podem, e devem, ser dialogados institucionalmente entre os Poderes Republicanos, cabendo, a cada rodada interpretativa, haver o sopesamento argumentativo em busca de um consenso⁸⁹.

⁸⁶ “A teoria democrática tem avançado, neste sentido, a partir da festejada distinção de Arend Lijphart entre democracia majoritária, em que prevalece a regra da maioria, e democracia consensual (ou cosociativa), em que se prevalece a regra consensual conjunta, elogiada esta por Giovanni Sartori pela afirmação de que sociedades altamente complexas e segmentadas não podem basear-se na regra da maioria, pois sua opção é ou serem democracias consensuais ou deixarem de ser democracias, na medida em que, devido à fragmentação e à intensidade das opções, as decisões passem a ser tomadas por cada vez menores margens majoritárias”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Princípios do Direito Público*. In: ÁVILA, Humberto (org.) *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 111.

⁸⁷ “(...) (N)os casos em que uma questão envolva híbrida natureza e sensibilidade (jurídica, técnico, política) a opção pelo tipo de controle aplicável evidencia uma ponderação entre finalidades públicas contrastantes, não sendo adequado falar-se em alguma solução abstratamente superior, mas apenas em soluções mais ou menos adequadas para a satisfação da finalidade pública que se opta por privilegiar”. JORDÃO, op. cit., p. 41.

⁸⁸ Eduardo Jordão analisando o controle judicial sobre atos administrativos do Poder Executivo expressa que “mesmos nos casos de decisões preponderantemente técnicas ou políticas, há argumentos bastante razoáveis em favor de um controle não deferente, como forma, por exemplo, de compensar ou reduzir os problemas decorrentes do chamado déficit de legitimidade democráticas de algumas autoridades administrativas ou da inescrutabilidade de opções técnicas”. *Ibid.*, p. 41-42.

⁸⁹ Segundo Daniel Sarmento e Cláudio Souza Neto “(...) não é salutar atribuir a um órgão qualquer a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. Definitivamente, a Constituição não é o que o Supremo diz que ela é. Em matéria de interpretação constitucional, a Corte, composta por intérpretes humanos e falíveis, pode errar, como também podem fazê-lo os poderes Legislativo e Executivo. É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição – nem do Judiciário, nem do Legislativo – o ‘direito de errar por último’, abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica

Abstratamente, três são os objetos possíveis a serem questionados no Poder Judiciário acerca das decisões administrativas: atos que versem sobre matérias juridicamente sensíveis; questões tecnicamente complexas e; decisões de natureza política⁹⁰.

As matérias juridicamente sensíveis são aquelas que, direta ou indiretamente, envolvam um núcleo duro de direitos e interesses constitucionais. Nelas, o comportamento judicial pode implicar em uma gerência máxima na qual a sua intensidade importe em um controle de plena jurisdição⁹¹. Entre elas, destacam -se os assuntos de particular expertise jurídica, sendo compreensível e aceitável que o Judiciário julgue plenamente a questão, ainda que a sua interpretação tenha sido realizada por um órgão diferente.

Todavia, diante da qualificação jurídica dos fatos – que extrapolam a análise do Direito e adentram no mérito administrativo –, é possível que o controle sofra variações: se o intérprete fizer uma leitura correta da legislação e optar por uma entre diversas opções de mesmo grau de efetividade (sendo essa a quintessência da discricionariedade), o controle jurisdicional será deferente com a escolha; por outro lado, se a alternativa realizada for menos eficiente ou ilegítima, poderá o juiz, em um juízo de intensidade intermediária, anular o ato⁹².

Percebe-se que uma postura judicial proativa, ativista, é necessária e saudável ao Estado de Direito. O juiz não pode, porém, substituir a vontade do agente, ao ponto de determinar qual a decisão a ser tomada. Se assim o fizer, estar-se-á incorrendo no aspecto negativo do ativismo judicial, qual seja, a inaptidão/ilegitimidade institucional do Poder Judiciário para determinar a execução das pautas públicas ou governamentais⁹³. Nessas hipóteses, a postura política que se espera dos magistrados é a autocontenção no processo decisório, ou seja, o juiz deverá decidir por não decidir.

constitucional, com base na ideia de diálogo, em lugar da visão mais tradicional, que concede a última palavra nesse área ao STF". SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 406.

⁹⁰ Eduardo Jordão aponta que essas são as três questões que versam sobre a atuação da Administração Pública em sua complexidade. O autor disserta, em sua obra, que "(...) a tese aqui defendida é a seguinte: há uma pluralidade de formas e de graus em que a intensidade do controle judicial pode ser adaptada à complexidade da Administração Pública contemporânea, não sendo nenhuma solução abstratamente superior às demais". JORDÃO, op. cit., p. 34.

⁹¹ Segundo Eduardo Jordão, é o que ocorre no sistema francês e italiano, nos quais se admite o controle de plena jurisdição de intensidade máxima. Ibid. p. 65-68. Por uma lição dialética, deve-se lembrar que o sistema republicano francês e o italiano adotam a jurisdição dual, enquanto no Brasil, vige o sistema único.

⁹² Ibid., p. 72-75.

⁹³ Como bem assevera Patrícia Baptista, "no juiz, em regra, recaem todas as esperanças e deposita-se a maior parte da responsabilidade de impedir a arbitrariedade do administrador. O controle jurisdicional, todavia, tem limitações. A adoção do modelo da separação de poderes impõe que alguma zona de escolhas da Administração remanesça ao abrigo do controle do Judiciário. Até porque a discricionariedade do juiz não é, em si, melhor que a do administrador" BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 21.

No que versa sobre as questões tecnicamente complexas, a sua compressão parte de uma dúpla análise: uma quanto ao grau de discricionariedade conferido ao agente e a outra quanto à complexidade técnica administrativa. Assuntos com alto grau de vinculação e com tecnicidade objetiva impõem um controle judicial, devendo, o juiz, exigir do administrador a observância dos mandamentos legais. De outro giro, se se tiver diante de temas de baixa vinculação e com subjetividade técnica – sem que se atinja direitos e interesses públicos sensíveis –, a decisão judicial deverá ser deferente à administrativa⁹⁴.

Por fim, e não menos complexa, tem-se o controle judicial quanto às questões políticas. Com o advento da CRFB/88 a política e o direito passam a ser objetos de ciências que antes não se comunicavam⁹⁵. Atualmente, as funções de governança e de administração se entrelaçam mais do que se cingem, uma vez que há relação direta entre os programas políticos e as pautas de concretizações dos interesses públicos⁹⁶. Nesse ponto, ambos se submetem ao Direito, mas resta a incerteza sobre qual o órgão com a melhor capacidade para solucionar eventual divergência.

A opção pelo Poder Judiciário suscita o reconhecimento da atividade jurisdicional como a supervisora e garantidora da observância obrigatória das normas constitucionais, assim como uma ampliação da democracia⁹⁷. Todavia, há um ônus de legitimação, em razão

⁹⁴ Exemplificando os regimes que o adotam, Eduardo Jordão disserta que, enquanto o modelo italiano adota um controle intenso das questões técnicas complexas, o francês é menos interventivo, a depender do objeto tutelado. JORDÃO, op. cit., p. 124-126.

⁹⁵ “É com a Ciência Política, fora das Ciências Jurídicas, que o Direito Constitucional mantém mais apertados vínculos. Se alguns constitucionalistas fazem o Direito Constitucional inseparável do Direito Administrativo (...), outros entendem uni-lo de maneira particular e profunda à Ciência Política. Traço, este, de observação usual e de toda a clareza na orientação didática que modernos autores franceses têm, de último, imprimido às suas obras, em grande parte também por efeito de reforma curricular havida no ensino superior da França. A ênfase foi posta, alias, nas instituições políticas, ao lado de cuja designação sói aparecer o Direito Constitucional. Trabalhos de Duverger, Prélot e Burdeau assinalam a sobredita tendência ou diretriz, que parece atar, definitivamente, nos compêndios, o Direito Constitucional e a Ciência Política”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 49.

⁹⁶ Marçal Justen Filho leciona que função administrativa e de governo não se confundem, pois “a expressão função de governo indica um conjunto de competências não relacionadas aos direitos fundamentais. São aquelas atinentes à existência do Estado e à formulação de escolhas políticas primárias. (...). Adota-se o entendimento de que função de governo não apresenta natureza administrativa, o que significa ausência de aplicação do mesmo regime jurídico reservado para a função administrativa. Isso exige dois acréscimos indispensáveis. O primeiro se relaciona com a dificuldade de estabelecer um limite preciso e exato entre função administrativa e função política. Não é possível invocar, sem mais, a natureza política de certa competência para tentar escapar ao regime jurídico da função administrativa, até porque em inúmeros casos se conjugam funções administrativas e políticas. O segundo se refere a existência de controles e limites apropriados para a função política, ainda que diferenciados. Admite-se que o regime jurídico da função de governo é diverso, mas isso não significa impossibilidade de controle nem ausência de limites”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 43-44.

⁹⁷ Reconhecendo que o avanço da expansão judicial é consentâneo da democracia, Rodrigo Brandão afirma que “se vê que há uma propensão natural a que o Judiciário e a democracia avancem juntos. Explica-se: se a alternância dos grupos políticos no poder e a incerteza eleitoral são características básicas das democracias bem ordenadas e também da expansão do Judiciário, pode-se dizer que uma das causas principais para a ampliação

da impossibilidade de um órgão não eleito, anular atos de instituições formalmente democráticas.

Priorizando-se o primeiro argumento, o controle judicial das questões políticas permite uma exigência aos administradores para que exponham com maior racionalidade, transparência e lógica – ainda que seja possível desviar-se a finalidade em defesa de interesses privados – o porquê de uma determinada conduta/escolha administrativa. Por outro lado, a autocontenção tem, por benefício institucional, a responsabilização dos governantes eleitos pelo crivo majoritários da concretização de determinada pauta pública, acarretando-lhes o ônus eleitoral e a responsividade por suas escolhas, assim como manter o debate político nas arenas democráticas específicas⁹⁸.

Essa dúvida acerca de uma postura mais ativa do Poder Judiciário é agravada quando, em virtude de uma atuação preponderantemente política, mas com reflexos administrativos, a vontade do administrador vai de encontro à finalidade e à sistemática do Direito.

Seria viável um controle jurisdicional de constitucionalidade sobre os atos de nomeação para o cargo de Ministro de Estado pela Presidência da República ou essa ingerência acarretaria uma intervenção inconstitucional? E, se positiva a resposta, é possível a sindicabilidade quando o parâmetro seja conceitos jurídicos indeterminados, tais como a legitimidade e a moralidade? É sobre esse tema que o próximo capítulo versará.

dos poderes dos juízes é a expansão — também global — da democracia”. BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, n. 263, mai./ago. Rio de Janeiro, 2013, p. 184-185.

⁹⁸ JORDÃO, op. cit., p.106.

2. A MORALIDADE ADMINISTRATIVA COMO LIMITE AO ATO DE NOMEAÇÃO PARA O CARGO DE MINISTRO DE ESTADO

No primeiro capítulo foi visto que a nomeação de Ministros de Estado se configura como ato da Administração que se submete aos limites do Direito. Dessa maneira, a interpretação acerca do texto normativo jurídico e administrativo incidente será feita, inicialmente, pelos órgãos da Presidência da República, dotando-se de presunção de juridicidade.

Todavia, poderá ocorrer que o significado atribuído pelo agente às palavras e expressões na interpretação da norma não corresponda à máxima eficácia dos mandamentos constitucionais ou dos direitos fundamentais. Nessa hipótese excepcional, há um campo de incerteza no que concerne na viabilidade de um controle jurisdicional para averiguar a conformidade do ato da Administração – ainda que verse sobre questão eminentemente política – ao ordenamento jurídico.

Na atualidade, a moralidade administrativa tem sido o conceito jurídico indeterminado que suscita maior divergência quanto o seu alcance. É necessário, porém, resgatar historicamente o surgimento do conceito, a sua correlação com a legalidade e, conseqüentemente, a sua ampliação com as mutações do Estado de Direito.

2.1. O começo da história: a crítica de Maurice Hauriou ao controle do ato administrativo na jurisprudência francesa

O controle jurisdicional dos atos da Administração Pública tem o seu marco inaugural no direito francês, em razão da institucionalização do recurso administrativo, impugnado perante o Conselho de Estado. Esse momento se caracteriza pela formalização inaugural do controle de legalidade, restringindo-se aos elementos externos de competência e de forma na elaboração e execução da atividade administrativa.

Posteriormente, no início do século XX, com o desenvolvimento da jurisprudência administrativa francesa, o Conselho de Estado expandiu os objetos do recurso administrativo para elencar o desvio de finalidade como um de seus elementos. Assim, os fins do ato estatal passam a compor a vinculação do intuito do agente aos mandamentos legais.

É nessa fase que, ao se debruçar sobre a vontade do agente público na formação dos atos administrativos, Maurice Hauriou – jurista francês e catedrático da Universidade de

Toulouse – identificou a ausência de uma mínima disciplina quanto aos móveis pessoais do administrador. A jurisprudência ignorava, portanto, os elementos subjetivos que gravitavam em torno da conduta administrativa⁹⁹.

Buscando teorizar quanto à existência de um conteúdo finalístico intrínseco à lei e, conseqüentemente, de um padrão comportamental a ser exigido do administrador público, o mestre francês idealiza a moralidade administrativa como o instrumento capaz de coadunar os dois objetivos. Esse novo dispositivo jurídico-administrativo se funda sob três pilares: o Estado como instituição, o abuso de poder como objeto de controle jurisdicional, e a boa administração como um dever jurídico.

2.1.1. A teoria da instituição.

A partir do texto “A teoria da instituição e da fundação (ensaio sobre o vitalismo social)” de Maurice Hauriou, é possível iniciar a compreensão sobre o papel exercido pelo Estado e seus órgãos, assim como a função do Direito na pacificação de interesses entre a Administração e os indivíduos.

Embora o livro exponha uma tentativa de harmonizar as teorias subjetivas e objetivas da formação do Estado como pessoa jurídica¹⁰⁰, a sua contribuição é percebida pela construção de um ânimo estatal, constituído por vontades e condutas que repercutem no mundo exterior via elaboração dos atos jurídicos.

A ideia de que o Estado surge como fruto da necessidade de realização de interesses individualmente inalcançáveis é fundada a partir da vontade subjetiva da coletividade em ser representada e organizada em prol do seu benefício. Para tanto, é necessário que a representação se faça em instituições que apenas se corporificarão quando preenchidos os

⁹⁹ Fora Welter, nos apontamentos José Giacomuzzi, quem, analisando a jurisprudência francesa sobre o controle de desvio de finalidade, compreende esses três como elementos da moralidade administrativa. Além disso, os autores que comentam sobre a moralidade administrativa o fazem sempre sob o prisma do dever de boa administração, ignorando, por outro lado, os outros dois fundamentos. GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 79.

¹⁰⁰ A primeira teoria, subjetivista, propunha que a vontade do Estado se caracterizava pela personificação da vontade individual daqueles que exerciam o poder político em instituições legítimas para criar, dizer e executar o Direito. Por sua vez, a segunda era a objetivista, diametralmente oposta, em que defendia a ideia de que o Direito antecedia a própria ideia de Estado, criando-lhe deveres e lhe outorgando poderes para concretizá-los. HAURIU, Maurice. *A teoria da instituição e da fundação: ensaio de vitalismo social*. Tradução: José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 13-16.

seus três vetores fundamentais: i) ideia da obra a realizar; ii) um poder organizado para a sua realização; e iii) manifestações de comunhão sobre o que se pretende realizar¹⁰¹.

Por fim, os agentes que compõem o órgão institucionalizado precisam, ao menos no exercício das suas funções públicas, abandonar o seu próprio subjetivismo – valores pessoais, tais como religião, moral individual, etc., – em favor do objetivismo da atividade estatal regulada pelo Direito Administrativo.

Portanto, a teoria da instituição teve o condão de delinear a atuação estatal em torno de uma proposta objetiva que inter-relaciona o Estado como instituição – os seus órgãos representando uma finalidade específica atuando via agentes próprios – com a ideia de organização e programa de ação estatal¹⁰².

2.1.2. A teoria do abuso de poder.

Maurice Hauriou, ao analisar a conduta do administrador público, percebera que, em muitas ocasiões, o móvel – ou intenção – do agente se destoava do dever jurídico previsto no texto legal a ser executado¹⁰³. Nesse diapasão, tendo por paradigma a teoria voluntarista do direito privado francês, o autor questiona a dificuldade da criação legislativa, e da própria jurisprudência do Conselho de Estado, em normatizar padrões comportamentais do agente público que permitisse a anulação ou a revogação do ato administrativo quando esse discrepasse do interesse comum. Isso porque, pela teoria subjetiva da vontade, o ato jurídico vinculava as partes pela intenção do administrador – elemento puramente subjetivo –, e não pela afirmação emanada na concretização do ato.

Visando romper com essa estrutura subjetivista, Maurice Hauriou tentara internalizar no sistema administrativo francês a *Erklärungstheorie* – teoria da declaração – do direito alemão. Essa tese se caracteriza por submeter as partes àquilo expressamente celebrado no

¹⁰¹ i) por ideia de obra a realizar, pode-se compreender como a organização e o programa de ação exercido por um governo político ideal, ou seja, a sua finalidade, não se podendo confundir a ideia de Estado com a sua meta e a sua função; ii) por sua vez, o poder organizado seria a composição dos órgãos públicos por pessoas interessadas em concretizar as ideias anteriormente citadas e; iii) sobre a manifestação de comunhão, os indivíduos pertencentes ao poder organizado se manifestam e consolidam regras técnicas que compõem os procedimentos e o conteúdo da gestão administrativa. Ibid.

¹⁰² Ibid., p. 21.

¹⁰³ Maurice Hauriou foi o precursor da Escola Institucional, que se contrapõe à Escola de Serviço Público, de León Duguit. Mostra-se importante expor o posicionamento daquela escola, uma vez que o seu ponto de partida é a própria teoria geral do Estado – correspondente à teoria da Instituição –, em que a utilização legítima do seu poder de império seria a satisfação e a gestão das finalidades estatais pela execução de serviços públicos. Todavia, em virtude dos riscos de desvios no exercício do poder, para o doutrinador francês, o papel do direito administrativo é, além de organizar e institucionalizar as funções estatais, “conter, limitar e condicionar o manejo desses poderes em detrimento dos indivíduos”. MARQUES NETO, op. cit., p. 377-378.

negócio jurídico, surgindo, portanto, um conteúdo objetivo da vontade subordinado ao Direito.

Assim, o intérprete poderia observar as causas¹⁰⁴ – ou motivos, para Hauriou – que moveram as partes na elaboração do ato para, caso ausente algum dos elementos de existência, validade ou eficácia, anulá-lo ou revogá-lo. Além disso, o referido autor procura no instituto do abuso do direito¹⁰⁵, um aliado para o combate das imunidades do poder na execução das atividades administrativas, conforme leciona Manuel de Oliveira Franco Sobrinho¹⁰⁶:

A essência do abuso de direito, como a essência do desvio de poder, é quase sempre a ilicitude. Ilicitude que se define na relação de contrariedade que fica estabelecida entre a conduta da Administração e o ordenamento jurídico. A norma de ação, ou o ato propriamente dito, é que dá a extensão da capacidade intervir do Estado no rigor do que é moral e jurídico.

A proposta do jurista francês buscava a fuga do lugar comum da cassação do ato administrativo apenas quando houvesse violação à legalidade externa em seus elementos competência, objeto e forma. Fazia-se necessário permitir a abertura do recurso administrativo para revogar o ato quando o agente público – ainda que agisse em conformidade com a lei – destoasse da finalidade jurídica autorizativa da atuação administrativa, ou seja, violasse o direito em seu conteúdo axiológico. Nesse sentido, o controle jurisdicional da licitude do ato administrativo seria sempre possível se o intérprete constatasse, no caso concreto, a

¹⁰⁴ Discorrendo sobre a importância da causa como elemento do ato jurídico, vale a leitura do trecho elaborado por Maria Celina Bodin de Moraes:” no fundo, o problema central da causa é o problema do reconhecimento jurídico do negócio: é o problema do porquê existe o negócio, de qual é a sua razão (jurídica) de ser, em suma, a sua causa. A principal utilidade da análise do elemento causal é apontada, exatamente, no serviço que presta como meio de recusa de proteção jurídica a negócios sem justificativa ou sem significação social. Assim é que o negócio pode ter como requisitos de validade apenas a declaração de vontade, o objeto e a forma (art. 104, CC 2002); mas, a causa – ou a especificação da função que desempenha – é o elemento que o define, que lhe é próprio e único, e que serve a diferenciá-lo de qualquer outro negócio, típico ou atípico. É, portanto, também o elemento que lhe dá – ou nega – juridicidade”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *A causa do contrato*. civilistica.com. a. 2. N. 1. 2013. In: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica-com-a.2.n.1.2013.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2018, p. 7.

¹⁰⁵ “Para se dar idéia sugestiva do parentesco entre ambos servirá talvez a seguinte fórmula: o abuso do direito é a forma que, no campo do direito privado, assume o desvio do poder; êste, por sua vez, é a forma que, no campo do direito público, assume o abuso de direito”. BRANDÃO, Antônio José. *Moralidade administrativa*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 25, p. 454-467, jul. 1951. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12140>>. Acesso em: 24 Out. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v25.1951.12140>, p. 464.

¹⁰⁶ FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva. 1974, p. 189.

simulação¹⁰⁷ de um interesse público para a tutela de uma vantagem privada. Nos esclarecimentos de José Guilherme Giacomuzzi¹⁰⁸:

O juiz, na sua interpretação, deverá não mais recorrer a investigações psicológicas, mas procurar no sentido normal da declaração aquilo a que teria visado o ‘homem honesto suficientemente esclarecido’. Se esse ‘homem-tipo’ lhe aponta vários sentidos, o juiz recorrerá às noções do ‘útil e do justo’. Essas visões da *Erklärungstheorie* serão também úteis à compreensão da ideia de ‘bom-pai-de-família’ e – o que mais nos importa – de ‘boa administração’ e ‘moralidade administrativa’.

Desse modo, a teoria do abuso de poder serviu como fundamento jurídico para permitir o controle jurisdicional do ato administrativo sob o aspecto interno do ato administrativo, ou seja, quando o agente extrapolasse não apenas a competência, o objeto ou a forma prescrita em lei, mas também a vontade normativa, ou melhor, a finalidade estipulada pelo Direito.

2.1.3. A teoria da boa administração

Ainda que para o controle de legalidade se vinculasse o móvel do agente à declaração da vontade externada, essa, por si só, não bastaria para afastar os desvios comportamentais nas tratativas entre as partes. Mostrou-se necessário criar um dever jurídico exclusivo àqueles que compunham o poder organizado e se submetessem à manifestação de comunhão da ideia de obra a se realizar, conforme se defendia na teoria da Instituição.

Novamente recorrendo ao objetivismo do ordenamento alemão, Maurice Hauriou importara o instituto da boa-fé do regime privado germânico ao direito administrativo francês, adaptando-o às peculiaridades do regime público. Assim, a definição de boa administração poder ser considerada, nas palavras do próprio autor¹⁰⁹, como:

uma noção puramente objetiva que o juiz administrativo aprecia soberanamente, segundo as circunstâncias, o meio, o momento. É equivalente à noção comum de boa-fé no tráfico jurídico privado a que se refere o legislador alemão. O Conselho

¹⁰⁷ Nas palavras de Henrique de Carvalho Simas, “a ilegalidade tanto pode ser formal como ideológica, tanto pode estar em dados concretos de conteúdo ou de forma, como nos motivos ilegítimos e na finalidade desviada. A imoralidade administrativa, o excesso ou abuso de poder, a deturpação do interesse público são aspectos frequentes de ilegalidade, que comumente vê dissimulados sob perfeita apresentação material e formal do ato”. SIMAS apud MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 97.

¹⁰⁸ GIACOMUZZI, op. cit., p. 58.

¹⁰⁹ HAURIU apud ibid., p. 68.

de Estado parte da ideia de que a Administração está vinculada por uma certa moralidade objetiva; a Administração tem uma função a cumprir, mas enquanto os motivos que a impulsionaram não são conformes aos fins gerais dessa função, o Conselho de Estado os declara ilícitos.

O dever jurídico da boa administração possuía o intuito de limitar o exercício arbitrário pelo agente público do poder estatal travestido de discricionariedade. Dessa maneira, todo administrador deveria observar os mandamentos legais e as regras de conduta estabelecidas pelos órgãos para o cumprimento das incumbências da Administração Pública. Conseqüentemente, a oportunidade e a conveniência da atuação administrativa estariam vinculadas aos motivos declarados pelo agente, sob pena de anulação ou revogação do ato jurídico.

2.1.4. A evolução jurisprudencial dos conceitos elaborados por Maurice Hauriou

O surgimento do Direito Administrativo é correlato ao fim do Estado Absolutista. Com o advento do Estado de Direito francês, o prelúdio da criação do direito público aplicável a Administração é a publicação da Lei nº 7-14.10.1790, segundo a qual “as reclamações de incompetência a respeito de corpos administrativos não são, em nenhum caso, competência dos Tribunais; elas devem ser dirigidas ao rei, chefe da administração geral”¹¹⁰. Outra importante legislação do mesmo período, a Lei nº 16-24 de 1790, reforçou a separação rígida das funções estatais¹¹¹.

Com o advento da Lei 28 *do Pluiose* de 1800, a doutrina aponta a inauguração do Direito Administrativo como ramo jurídico¹¹², uma vez que organizara as instituições públicas e criara o Conselho de Estado francês¹¹³. Ademais, o ato administrativo paulatinamente foi deixando de ser incontrolável externamente – à época, competiam aos órgãos e entidades

¹¹⁰ Ibid., p. 79.

¹¹¹ Suscitando a doutrina de Georges Vedel, a filosofia da separação das funções estatais elaborada por Montesquieu somada à desconfiança aos juízes que resistiam as reformas políticas, a lei 16-24 de 1790 positivou, em seu artigo 13, que “as funções judiciais são distintas e se manterão sempre separadas das funções administrativas; os juízes não poderão, sob pena de abuso de função, obstaculizar de modo algum a atividade dos corpos administrativos, nem convocar perante si os administradores em razão de suas funções” CARVALHO FILHO, op. cit., p. 19.

¹¹² MARQUES NETO, op. cit., p. 372.

¹¹³ O Conselho de Estado Francês fora criado no oitavo ano da República (1800) tendo por finalidades redigir os projetos de lei e assessorar as funções administrativa e executiva, principalmente nos conflitos *interna corporis* em que se analisava a ocorrência de excesso de poder. A opção por um contencioso jurisdicional administrativo decorreria da desconfiança filosófica quanto a resistência do judiciário francês quanto às reformas políticas. CARVALHO FILHO, op. cit., 2005, p. 19-20.

revisarem-nos pelo critério de oportunidade e conveniência – e é inserido na atividade judicante, sendo organizada e sistematizada pela jurisprudência do Tribunal.

Todavia, no que tange ao conteúdo do Direito Administrativo, o poder político relegara o papel de desenvolver à doutrina e à jurisprudência¹¹⁴. Assim, a sua evolução ocorre simultaneamente à progressão do recurso administrativo – e, conseqüentemente, aos precedentes – e ao desenvolvimento dos conceitos de legalidade e moralidade, analisando-a a partir de algumas etapas.

A primeira fase desse novo ramo jurídico pode ser definida como a elaboração de um conjunto de normas cujos objetivos são a estruturação do Estado de Direito e, ao mesmo tempo – ainda que formalmente –, a limitação do poder estatal organizado. Pode-se afirmar que, nessa fase, “o modelo teórico do direito administrativo o faz se aproximar de um direito próprio ao exercício do poder”¹¹⁵.

Não obstante, esse isolamento e intangibilidade das decisões administrativas acabaram por criar um regramento autoritário, distante do papel garantidor das liberdades públicas, e mais próximo da efetivação do exercício de autoridade¹¹⁶. A própria compreensão do Direito Administrativo como uma norma estatutária permitiu – preocupada em garantir e regulamentar o manejo de prerrogativas exorbitantes –, a compreensão de Henri Welter¹¹⁷ acerca da função do recurso do excesso de poder nesse período:

Antes de 1864, o recurso por excesso de poder não comportava ainda ao juiz administrativo a faculdade de anular decisões administrativas por violação ou falsa aplicação da lei de fundo, isso porque tal recurso fora concebido para assegurar um mínimo de disciplina ao funcionamento da Administração, a manter uma ordem superficial fundada sobre a observação estrita das competências legais e formas administrativas.

Aliás, é mister destacar que, no período antecedente a 1864, desenvolveram-se as teorias de atos de governo e os de pura administração que, como já visto, tiveram por finalidade institucionalizar o privilégio da Administração Pública frente aos interesses individuais, imunizando-se as decisões administrativas do poder de ingerência do Judiciário¹¹⁸. Como precisamente aponta Gustavo Binbenbojm¹¹⁹:

¹¹⁴ MARQUES NETO, *op.cit.*, p. 172.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 370.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 371.

¹¹⁷ WELTER apud GIACOMUZZI, *op. cit.*, p. 79-80.

¹¹⁸ “(...) revela destacar que, mesmo no âmbito do Conselho de Estado, desenvolveu-se uma ampla e intensa jurisprudência sobre os limites da própria jurisdição administrativa, seja excluindo-se certos atos da esfera de

Criou-se no interior da Administração um contencioso que não oferecia ao administrado as mesmas garantias processuais dos tribunais judiciais, mas, estranhamente, estava sujeito aos mesmos limites externos de atuação, como se se tratasse do próprio Poder Judiciário.

O início da ruptura do isolamento das funções estatais entre os Poderes institucionalizados ocorre a partir da decisão proferida no caso *Lesbats*¹²⁰, em 1865, pelo Conselho de Estado. Nesse julgado se estabeleceu que não se poderia anular o ato administrativo proferido em consonância com a lei, ou seja, conforme a competência e os fins legalmente determinados. Esse caso é de suma importância, pois fora o primeiro passo para o alargamento do recurso administrativo como uma disciplina necessária aos atos administrativos e, ao mesmo tempo, um instrumento de proteção às finalidades previstas em lei¹²¹.

Com a edição da Lei nº 24.5.1872, avançara-se para a fase seguinte da teoria do controle da conduta da Administração. O legislador francês estipulou a competência do Conselho de Estado como órgão soberano para o julgamento dos pedidos de anulação de atos administrativos por excesso de poder. A partir disso, gradativamente, a jurisprudência administrativista foi expandindo as possibilidades de anulação do ato para além dos casos tutelados pela legalidade formal, perquirindo-se os motivos e a finalidade deduzidos pelo agente como autorização para a sua conduta¹²². Contudo, as decisões administrativas eram oscilantes – tratando casos afins de maneira diferente –, permitindo-se a defesa administrativa contra os desvios de finalidade casuística e parcimoniosamente¹²³.

reexame – como os atos de governo e os atos de pura administração –, seja limitando-se artificialmente o espectro de fundamentos do recurso contencioso, ou ainda pelo desenvolvimento de uma estrita legitimidade processual ativa”. BINENBOJM, op. cit., p. 14.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ José Giacomuzzi reproduz uma passagem de Caio Tácito que explana versar o caso sobre uma “autorização da Municipalidade para o estacionamento em praça fronteira à estação de estrada de ferro, para atender ao transporte de passageiros. Evidenciou-se, à luz da prova, que a negativa de autorização a determinado transportador (ato, em princípio, discricionário) obedecia, em realidade, ao propósito de garantir exclusividade do serviço a outra empresa”. GIACOMUZZI, op. cit. p. 80.

¹²¹ Ibid., p. 81.

¹²² A opção por desconcentrar a função jurisdicional em duas instituições, no Poder Executivo e no Judiciário, além de ter sido uma escolha filosófica, como aponta José dos Santos Carvalho Filho – op. cit. 2005, p. 19 –, foi, também, um caminho para se evitar a judicialização da atividade administrativa, como leciona Paulo Otero, MARQUES NETO. op. cit., p. 361.

¹²³ José Giacomuzzi traz como exemplo o caso *Ponthas* julgado em 1888. “Um prefeito havia proibido a empreiteiro de transportes montar um serviço ininterrupto entre duas estações, proibição aparentemente motivada pela necessidade da manutenção da ordem, da salvaguarda da liberdade de circulação e da segurança pública, ainda que esa proibição fosse ao mesmo tempo proveitosa a uma outra empresa, a Cia. Geral de Ônibus. Considerada em si, a proibição não revelava vício algum tendente a qualquer irregularidade do fim perseguido.

Mais à frente, na primeira década do século XX, a teoria do desvio de poder se consolida como um remédio ao combate dos atos arbitrários travestidos de discricionariedade, sendo utilizado como fundamento jurídico dos recursos administrativos. A legalidade sofre, portanto, uma matização, preponderando aspectos finalísticos que coadunam legitimidade da conduta e os seus respectivos elementos. Nesse período, dois casos são destacados como prova da construção de uma teoria jurisprudencial para o controle da Administração: Maugras e Grazzietti, julgados em 1900 e 1902, respectivamente¹²⁴.

A partir da constatação de uma ausência teórica no que concernia aos móveis do agente – elemento naturalmente subjetivo e intrínseco –, Maurice Hauriou passou a se dedicar à criação de uma teoria de controle jurisdicional dos atos públicos transcendentais aos limites administrativos formais até então desenvolvidos. Assim, em 1903, o mestre francês discorrera sobre a necessidade de importação das teorias do abuso de poder e do dever jurídico da boa administração ao regime público francês. O seu intuito era de instrumentalizá-las – as referidas teorias – como fundamentos ao combate da arbitrariedade administrativa, formando o arcabouço da moralidade administrativa¹²⁵.

Conquanto esse instituto – moralidade administrativa – permitisse uma análise objetiva das intenções pessoais do administrador na execução do ato, ele não foi reconhecido como fundamento autônomo a justificar o controle do ato administrativo pelo Conselho de Estado. Essa negativa se deveu por dois motivos: o primeiro, jusfilosófico, haja vista que vigorava o ordenamento juspositivista, só revisto em meados do século XX; o segundo, jurídico, que foi a inclusão da finalidade – somada à competência e à forma – como elemento da legalidade e, por conseguinte, objeto do recurso administrativo.

Por outro lado, a medida era perfeitamente legal. Assim, sem duvidar da prerrogativa do prefeito de regulamentar a circulação de trânsito na cidade, o Conseil – contrariamente à tese sustentada pelo requerente, que entendia ter havido desvio de finalidade no ato, dizendo ter sido a a decisão motivada pelo desejo de salvaguardar os interesses de uma companhia privada –, não tendo podido, nas circunstâncias, reconhecer provadas tais razões, e como a decisão atacada apresentava, doutra parte, utilidade prática real, rejeitou o recurso, alegando que o prefeito havia exercido seus poderes no âmbito dos limites de sua competência legal, no interesse da comodidade da circulação e da segurança da vida pública”. GIACOMUZZI, op. cit., p. 82.

¹²⁴ No primeiro “foi anulado decreto de suspensão emitido por prefeito em relação a um agente de polícia por ter este último provocado a condenação de uma pessoa em relação à qual o prefeito tinha certos interesses”. No segundo, o Conselho de Estado francês “anulou um decreto de dissolução emitido pelo Conselho Municipal em razão de irregularidades que se produziram no curso de operações eleitorais”. Ibid., p. 83.

¹²⁵ “É fruto deste período (1903) o estudo de Hauriou sobre a declaração de vontade, acima enfocado. Recordo: a percepção da incapacidade de, com os mecanismos jurídicos de então, adentrar a perquirir os móveis do ato administrativo pelas razões antes expostas (supra, Capítulo Primeiro, itens 3 e 4), obrigou Hauriou a recorrer às noções de boa administração e moralidade administrativa. Uma forma de, com elementos objetivos – e isso é importante –, possibilitar o controle de elementos subjetivos do agir administrativo”. Ibid., p. 82.

Posteriormente, a partir do início de 1910, há uma ampliação dos elementos a serem sindicados. Os fatos que justificariam a conduta administrativa e os efeitos desse ato são dotados de relevância jurídica. Nesse contexto, a legalidade do ato estaria condicionada à existência da causa jurídica que, na hipótese de sua ausência, seria invalidado.

Assim, o reconhecimento dos motivos determinantes – sinônimo de causa, para alguns autores¹²⁶ – e do objeto¹²⁷ como elementos do ato administrativo ampliou o conteúdo da legalidade, ampliando-se o parâmetro para o ingresso de recursos administrativos ensejando a invalidação do ato estatal¹²⁸.

A justaposição entre motivo, objeto e finalidade como conceitos jurídicos subjetivos integrantes do instituto da legalidade permitiu a moralização da atividade administrativa, ainda que se reconhecesse o Direito e a Moral como ciências autônomas¹²⁹.

Com a evolução do âmbito da legalidade, hodiernamente, a doutrina francesa reconhece a divisão das modalidades de ilegalidade do ato administrativo em dois grupos de controle: um recai sobre os elementos externos – incompetência, vício de procedimento e de forma – e o outro, sobre os internos – conteúdo, motivos e intenção do agente¹³⁰.

Diante do exposto, pode-se afirmar que a construção jurisprudencial e doutrinária da teoria do controle jurisdicional teve o condão de consolidar a legalidade como o principal parâmetro para a invalidação dos atos administrativos. O fundamento jurídico para o combate do desvio de poder (abuso de poder, excesso de poder, desvio de finalidade e vícios nos

¹²⁶ José Giacomuzzi cita Hely Lopes Meirelles como exemplo na doutrina nacional. Ibid., p. 105.

¹²⁷ Em regra, os autores administrativistas entendem que objeto e o conteúdo significam a mesma coisa, sendo o efeito jurídico imediato do ato. Contudo, alguns autores, como Régis Fernandes de Oliveira, baseado em Zanobini, afirma que “objeto é a coisa, a atividade, a relação do que o ato se ocupa e sobre a qual vai recair o conteúdo do ato”. Filia-se, para o interesse do presente trabalho, com essa segunda vertente. DI PIETRO, op. cit., 2012, p.74.

¹²⁸ Novamente, dois julgados são importantes para a compreensão da evolução jurisprudencial: o caso *Monod* se trata de recurso interposto por um funcionário que, equivocadamente, havia sido aposentado e, subsequentemente, houve a nomeação de um novo agente para sua função. Nesse recurso não se discutia o desvio de poder, mas sim “a circunstância que a medida tomada a seu respeito fora baseada em fatos materialmente inexatos, considerando que ele jamais a havia solicitado. O *Conseil* (...) acabou por não se recusar a examinar o caso. Mesmo rejeitando o mérito do recurso, referiu o *Conseil* que o Sr. Monod havia cumprido os requisitos da aposentaria e que essa havia se dado não por uma medida disciplinar, como equivocadamente constara do decreto – inexatidão essa, que, entretanto, não tornava ilegal o ato”. Por sua vez, “o segundo julgado deu-se em análogas circunstâncias. Instado a pronunciar-se sobre a regularidade de licença concedida a um prefeito a qual se fundara em motivo diverso do que o funcionário havia solicitado, o Conselho de Estado anulou o ato administrativo sob a justificativa de que o fundamento do ato era baseado em um fato materialmente inexistente e que, portanto, havia sido pronunciado sobre uma causa jurídica inexistente”. GIACOMUZZI, op. cit., p. 103.

¹²⁹ José Giacomuzzi afirma que para Chapus, “a anulação do ato por desvio de poder aparece largamente como destinada a denunciar a má-fé da autoridade administrativa que, em conhecimento da causa – intencionalmente –, praticou desvio de poder. Essa anulação se revestirá de um caráter de ‘condenação moral’ da Administração”. CHAPUS apud ibid., p. 113.

¹³⁰ Tal classificação é remetida a René Chapus, trazida na obra de José Giacomuzzi. Ibid., p. 112.

motivos determinantes) nasce a partir da ideia de moralidade traçada por Maurice Hauriou. Entretanto, com a evolução do Direito Administrativo, é absorvido pela legalidade substancial. Nesse sentido, afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³¹:

A realidade é que a ideia de moralidade administrativa nasceu vinculada à de desvio de poder, pois se entendia que em ambas as hipóteses a Administração Pública se utiliza de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares. A imoralidade estaria na intenção do agente. Essa a razão pela qual muitos autores entendem que a imoralidade se reduz a uma das hipóteses de ilegalidade que pode atingir os atos administrativos, ou seja, a ilegalidade quanto aos fins (desvio de poder).

Não se pode deixar qualquer resquício de dúvidas quanto ao objetivo primordial de Maurice Hauriou em desenvolver a teoria da moralidade administrativa: combater o exercício arbitrário da administração sob a guarda do poder discricionário. A confusão entre a lei e o Direito – característico do século XIX e início do XX – elevava a discricionariedade como um poder administrativo externo ao próprio ordenamento jurídico¹³². Com o avanço da doutrina e da jurisprudência sobre a teoria do desvio de poder, inseriu-se o ato do administrador – seja de natureza administrativa, seja política ou de governo – ao regime do Direito.

Questiona-se, porém, se com a ampliação do conteúdo da legalidade – absorvendo institutos antes pertencentes à moralidade tais como motivo, finalidade, boa-fé etc. – restaria alguma autonomia à moralidade administrativa, conforme se verá no tópico a seguir.

2.2. A moralidade administrativa como elemento autônomo da legalidade

Na França, três autores – que sofreram imensa influência pelas obras de Maurice Hauriou – podem ser destacados na busca pela autonomia da moralidade administrativa frente à legalidade. Cronologicamente, o primeiro, Henri Welter, contribuiu no sentido de possibilitar o controle jurídico da conduta da Administração tendo, por base, a interpretação da realidade fática ou legal pelo agente. Todavia, conforme aponta José Giacomuzzi¹³³, o próprio autor afirma que seria possível “que um grande número dessas decisões que ele considerou como pertencentes ao controle da moralidade podiam ser ligadas ao controle da legalidade, entendido o senso largo da palavra”.

¹³¹ . DI PIETRO, op. cit., 2012, p. 169.

¹³² BINENBOJM, op. cit., p. 197.

¹³³ GIACOMUZZI, op. cit., p. 107.

Por sua vez, Marcel Waline¹³⁴, influenciado pela interpretação do Código Civil francês, apontava que a causa ilícita do ato e o desvio de poder se comunicam em razão de ambos serem contrários ao objetivo benéfico previsto em lei à sociedade, ou seja, qualifica a atuação administrativa à persecução de valores axiológicos, aparentemente subordinando-a a moralidade administrativa. Por fim, Léo Goldemberg fora o terceiro autor que, mais enfaticamente, se preocupava com a possibilidade de invalidação ou revogação do ato discricionário¹³⁵. Para ele, era admissível extrair da obra de Welter que a administrar moralmente é agir respeitando a boa administração.

Percebe-se, portanto, uma evolução lógica na tutela da autonomia da moralidade administrativa: primeiro se defendeu a necessidade de controle sobre os motivos do ato administrativo; posteriormente, buscou-se ampliar a incidência do desvio de finalidade na aplicação do Direito Administrativo; e, por fim, reconheceu-se que a moralidade administrativa seria uma cláusula geral oponível ao administrador público.

Definitivamente, a doutrina e a jurisprudência francesa foram fundamentais para o desenvolvimento do recurso administrativo. Todavia, a sua sistemática peculiar de dupla jurisdição, embora tenha sido suficiente para frear os impulsos arbitrários da Administração Pública francesa – cindindo o controle administrativo do jurisdicional –, não pode ser aplicada sem sopesamentos em regimes jurídicos de unidade jurisdicional.

Isso porque a sua internalização – do sistema francês – aos sistemas de jurisdição uma iria de encontro com o próprio arcabouço teórico, dogmático e jurisprudencial da sindicabilidade dos atos administrativos. A restrição da fiscalização pelo Poder Judiciário da conduta executiva acarretaria a imunização dos atos estatais. Dessa maneira, regredir-se-ia ao Estado de Direito policialesco, o qual havia uma presunção quase absoluta de legalidade dos atos da Administração.

O movimento de transição entre o positivismo puro e neopositivismo, no que se refere a moralidade no Direito Administrativo, perpassa pela leitura e compreensão de autores como o português Antônio José Brandão¹³⁶ e o brasileiro Manuel de Oliveira Franco Sobrinho. A ausência de uma normatividade dos princípios e dos preceitos exigiram desses

¹³⁴ Ibid., p. 105; 109.

¹³⁵ Ibid., p. 109.

¹³⁶ O texto original diz o seguinte: ‘Bom administrador’, portanto, é o órgão da pública Administração, que, usando da sua competência para o preenchimento das atribuições legais, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum. Se os primeiros delimitam as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto positivos, - a segunda espera dêle conduta honesta, verdadeira, intrínseca e extrinsecamente conforme à função realizada por seu intermédio. BRANDÃO, op. cit., 1951, p. 462.

doutrinadores uma releitura acerca do papel da moralidade administrativa como fundamento para o controle da Administração Pública. Assim, é a partir dessas ideias que a autonomia da moralidade passa a ser defendida e reconhecida.

2.2.1. Apontamentos sobre a vontade psicológica e a normativa

A personificação do Estado como ente jurídico, dotado de vontade, é, majoritariamente, aceita pela fundamentação da teoria do órgão, ou da imputação volitiva, criada por Otto von Gierke, em 1887, que, pela lição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹³⁷, seria:

(a) relação existente entre a vontade dos órgãos e dos agentes, ou até, para nos expressarmos com maior rigor, entre a vontade do Estado e de seus agentes, é uma relação de imputação direta dos agentes ao Estado. Esta é, precisamente, a peculiaridade da chamada relação orgânica. A vontade do agente é imputada diretamente ao Estado, ou seja, é havida como sendo própria do Estado e não de alguém diferente dele, distinto dele. O que o agente queira, no exercício de sua atividade funcional – pouco importa se bem ou mal desempenhada – entende-se ser o que o Estado naquele momento quis, ainda que haja querido mal. O que o agente nestas condições faça é o que o Estado fez. Nas relações externas não se considera se o agente obrou bem ou mal. Considera-se, isto sim, se o Estado agiu bem ou mal.

Observa-se que essa ideia clássica sobre os órgãos estatais não separa vontade psicológica – ligada à intenção do agente –, da normativa – considerada como a integralidade do ordenamento jurídico –, adotando-se uma visão estritamente pragmática sem se atentar aos desdobramentos dessa afirmação¹³⁸.

A teoria supramencionada resolve, perfeitamente, os problemas referentes aos atos administrativos provindos dos agentes públicos, principalmente sob o prisma da teoria da responsabilidade civil estatal. Contudo, reside a incerteza acerca da aplicação da teoria do

¹³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1972, p. 71-72.

¹³⁸ O posicionamento mais próximo a separar a vontade normativa da psicológica foi o de Jellinek, na vigência do Estado Liberal. Eurico Bitencourt Neto afirma que: “para Jellinek, consequência direta da consideração abstrata do Estado como pessoa jurídica e de seu instrumento jurídico de manifestação, o órgão é a consideração abstrata da esfera de competência interna da organização estatal, que assume relevância junto a pessoa natural que, nos termos do ordenamento jurídico, exercita tal competência. Tal distinção entre o órgão e o indivíduo que exerce as competências a ele correspondentes se refere à separação entre a vontade do indivíduo, enquanto tal, e a vontade do Estado, que ele manifesta. Dai se extrai a configuração da posição do indivíduo na teoria da organização administrativa: a pessoa natural não tem direitos próprios, no exercício da competência estatal; pode-se assim afirmar a continuidade da vida estatal, mesmo com a ausência daquele indivíduo que titularizava determinado órgão”. BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 55.

órgão – no que tange à vontade – aos atos administrativos predominantemente políticos uma vez que, para esses, a legalidade não basta por si, necessitando da legitimidade para a sua juridicidade.

Nesse sentido, alguns autores, buscando ampliar as balizas do controle de jurisdicionalidade, dedicaram-se a aprofundar os estudos quanto à temática da vontade estatal. Desenvolvida por Marcelo Caetano¹³⁹ e criticada por André Gonçalves Pereira¹⁴⁰, a importância da separação entre a vontade normativa e a psicológica foi apontada, na doutrina pátria, por Manuel de Oliveira Franco Sobrinho¹⁴¹:

Com respeito aos governos eles se fazem através da pessoa física do homem. Disso não há como fugir. Tornando difícil, no direito, separa a vontade dos indivíduos que governam, da vontade propriamente administrativa. é essa uma tarefa altamente complexa que não se realiza senão de plano e diante da evidência dos fatos.

A vontade normativa é a extração sistematizada e teleológica dos objetivos e finalidades do Direito¹⁴². O processo de definição de quais serão e a respectiva ordem de prioridade dos interesses públicos a serem concretizados perpassa pelo preenchimento da agenda de governo, a ser exercido pelos três Poderes¹⁴³. Nessa senda, as atividades

¹³⁹ Segundo Eder Dion de Paula Costa, essa divisão fora elaborada por Marcelo Caetano e recepcionada, com ressalvas, por André Gonçalves Pereira. COSTA, Eder Dion de Paula. Ato Administrativo: considerações sobre a vontade. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, V. 36, 2001, p. 298.

¹⁴⁰ Para esse outro autor português, a vontade normativa seria “um efeito legal da reunião de todos os seus elementos, ou seja, uma consequência imputada pela lei, (...) que é uma qualidade jurídica atribuída ao todo que não pode ser sequer por abstração separada”. PEREIRA apud COSTA, op. cit., p. 298-299.

¹⁴¹ FRANCO SOBRINHO, op. cit., p. 120.

¹⁴² Eurico Bitencourt Neto, ao comentar sobre a vinculação da atividade administrativa a reserva legal, constrói um raciocínio jurídico sob a perspectiva nacional de extrema relevância, a qual aqui se reproduz: “A noção de juridicidade aponta também para uma consideração do Direito para além da forma, indicando uma vinculação axiológica aos valores centrais do sistema constitucional. para além da lei formal, importam os princípios reitores da Administração Pública, os fundamentos e objetivos fundamentais do Estado e da sociedade (por exemplo, arts. 1º e 3º da Constituição brasileira de 1988) e o valor maior da dignidade da pessoa humana, vértice do Estado de direitos fundamentais. Essa ampla compreensão da legalidade obriga uma vinculação da Administração à Constituição e ao conjunto do ordenamento jurídico, em todas as suas manifestações: seja como organização ou como atividade, nos sentidos formal e material. Isso não significa, porém, que tal vinculação exija uma predeterminação constitucional e legal de todas as manifestações administrativas, mas que estas têm de ter seu fundamento de validade nos princípios da constitucionalidade e da legalidade – que podem variar de acordo com o ordenamento constitucional positivo e que podem impor ora sujeições mais rígidas, ora permitindo um maior espaço de flexibilidade para a decisão administrativa”. BITENCOURT NETO, op. cit., p. 72.

¹⁴³ “O Estado, como estrutura social, carece de vontade real e própria. Manifesta-se por seus órgãos que não exprimem senão vontade exclusivamente humana. Os órgãos do Estado são supremos (constitucionais) ou dependentes (administrativos). Aqueles são os a quem incumbe o exercício do poder político, cujo conjunto se denomina governo ou órgãos governamentais. Os outros estão em plano hierárquico inferior, cujo conjunto forma a Administração Pública, considerados de natureza administrativa. Enquanto os primeiros constituem objeto do Direito constitucional, os segundos são regidos pelas normas do Direito Administrativo. E aí se acha o cerne da diferenciação entre os dois ramos de Direito”. SILVA, op. cit., p. 109.

primordiais – legislativa, administrativa e jurisdicionária – só seriam legítimas se, ao serem aplicadas, observassem a teleologia da função estatal¹⁴⁴.

Por sua vez, a vontade psicológica é a interpretação do agente quanto à legislação vigente, que poderá corresponder à vontade normativa ou ser movida por motivos egoísticos, antijurídicos ou equivocados. O foco dessa espécie de vontade recai na intenção, ou móvel, do agente ao exteriorizar a sua conduta. O móvel, por conseguinte, pode ser dividido em subjetivo e objetivo¹⁴⁵: esse é a causa direta, externada ou presumida pelo agente em razão dos motivos ou da finalidade do ato; aquele é a causa indireta, é a influência de valores sociais que também são levadas em consideração no momento da conduta do administrador¹⁴⁶.

Dessa maneira, a vontade normativa corresponde à finalidade legítima do Direito, sendo considerada, portanto, um dos elementos do ato administrativo. Diversamente, a psicológica é a inteligência do agente quanto às razões de fato e de Direito, havendo um “intervalo que separa a intenção da ação e da sua execução pelo ato (...). Não é propriamente um espaço vazio, mas uma área que aproxima o fato da atividade administrativa. Transformando a vontade psicológica em vontade legal”¹⁴⁷

A importância da moralidade administrativa é visualizada justamente nesse interregno. Para Maurice Hauriou, embora o Estado exerça a função primordial de garantir a justiça e a ordem, a sua fonte fundamentadora não se encontra única e exclusivamente prevista em lei. Diversos são os institutos que influenciam a conduta pública, não podendo se reconhecer hierarquia ou prevalência incondicional de um frente ao outro. Nesse contexto, o antiformalismo do mestre francês permite que a legalidade compartilhe o seu protagonismo

¹⁴⁴ Como bem adverte Marçal Justen Filho, “a função consiste na atribuição a um sujeito do encargo de perseguir a satisfação de um interesse ou de um direito que ultrapassa sua órbita individual”. JUSTEN FILHO, op. cit., p. 34.

¹⁴⁵ Manual Franco Sobrinho, baseando-se na visão de Maurice Hauriou sobre a existência de uma moralidade objetiva, qualifica-a como a observância obrigatória da moral por toda regra jurídica. Indo além, o jurista, também preocupado com a viabilidade de se dar um conteúdo jurídico à intenção real do agente, afirma a existência de uma moralidade subjetiva, considerada como a impossibilidade de se considerar, unicamente, a declaração de vontade em si, sendo necessário valorar os meios que influenciaram essa decisão, assim como todas as circunstâncias acidentais que, de certa forma, se vincule à ordem moral. FRANCO SOBRINHO, op. cit., p. 33-34.

¹⁴⁶ “Com respeito aos governos eles se fazem através da pessoa física do homem. Disso não há como fugir. Tornando difícil, no direito, separa a vontade dos indivíduos que governam, da vontade propriamente administrativa. é essa uma tarefa altamente complexa que não se realiza senão de plano e diante da evidência dos fatos”. Ibid., p. 120.

¹⁴⁷ “Deformando-se a vontade administrativa pelo desvio de intenção psicológica, o Estado de direito, ou melhor, o Estado de justiça desaparece como verdade histórica substancial”. Ibid., p. 38; 39.

jurídico com a legitimidade das instituições reconhecidas pela sociedade para organizar a pauta pública¹⁴⁸.

Em sua teoria da instituição, há uma aproximação entre o conceito de bloco de ideias incontestáveis da ordem social – que, naturalmente, pressupõe um consenso mínimo – e a legitimidade¹⁴⁹. Consequentemente, a legitimidade é um pressuposto lógico da vontade normativa – sem a qual a validade do ato é viciada, em razão da ausência de consentimento social livre¹⁵⁰ –, sendo juridicamente institucionalizada pela moralidade administrativa.

Nesse sentido, a moralidade se igualaria a uma regra de imposição jurídica¹⁵¹, uma ordem positivo-normativa sempre em evolução¹⁵² que se apresenta como elemento do mérito¹⁵³. Violando-a, a legitimidade do ato administrativo passa a ser questionável e, portanto, suscetível de controle mediante recurso administrativo¹⁵⁴. A juridicidade da vontade psicológica estaria condicionada, portanto, ao respeito a legitimidade e a legalidade, pilares estruturantes da vontade normativa¹⁵⁵.

¹⁴⁸ “Para o autor, a ciência jurídica deve buscar o equilíbrio entre sua forma e seu conteúdo. Esse equilíbrio, no entanto, não deve se estabelecer, como imaginam os positivistas, por meio da prevalência final da forma, mas sim do conteúdo – que é identificado à liberdade humana condicionada pela ordem social e pela justiça. Isso porque o formalismo, geralmente presente no início dos períodos históricos do direito, cede lugar, paulatinamente, às interpretações materiais. Esse movimento verifica-se sobretudo no tocante a questões sobre ilegalidade e inconstitucionalidade, oportunidade em que as determinações jurisprudenciais necessitam recorrer à matéria suscitada, não apenas à letra da lei. (...) Se é por meio dos grupos organizados que os indivíduos logram uma melhor defesa de seus direitos, constata-se o fim da unicidade da ordem jurídica: o direito compõe-se de várias organizações, englobando ou mesmo contrariando o Estado. Esses agrupamentos somente tornam-se duráveis, conservando sua forma específica a despeito das contínuas renovações em sua matéria humana, quando são instituídos, isto é, quando sua idéia diretriz e sua forma equilibram-se em um consenso entre seus membros, o poder que os conduz e o meio social (...)”. DRI, Clarissa Franzoi. *Antiformalismo Jurídico*: uma abordagem Institucionalista da Integração Regional. Cadernos PROLAM/USP; ano 8 - V. 1 – 2008. p. 121-147.

¹⁴⁹ Paulo Bonavides leciona que, de acordo com a doutrina de Hauriou, “o princípio da legitimidade não é outra coisa senão o princípio da transmissão do poder conforme a lei”. Alude o publicista francês aos governos como mero depositários de um poder, cuja sede legítima se acha na lei, na autoridade, na competência juridicamente definida, da qual são instrumentos ou servidores obedientes, sendo a legitimidade a fiel observância dos mecanismos de transmissão do poder. Quanto ao poder de fato, o poder revolucionário, o poder que emerge das crises ou rupturas violentas da ordem legal vigente, a doutrina de Hauriou conserva o mesmo caráter jurídico formal recusando a esses poderes legitimidade, que só se adquire eventualmente na medida em que os mesmos, uma vez estabelecidos, façam ‘a autoridade e a competência prevalecerem sobre o poder de dominação’. A observância e a adoção da ordem jurídica é a via aberta para a legitimação dos governos ou poderes de fato”. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 129.

¹⁵⁰ Adverte-se que a temática é espinhosa e de difícil encerramento. Nesse sentido, Paulo Bonavides aponta que a legitimidade apresenta dois outros problemas, um se relacionando com a necessidade e outro com a finalidade mesma do poder político “que se exerce na sociedade através principalmente de uma obediência consentida ou espontânea, e não apenas em virtude da compulsão efetiva ou potencial de que dispõe o Estado – instrumento máximo de institucionalização de todo o poder político”. *Ibid.*

¹⁵¹ FRANCO SOBRINHO, op. cit., p. 40.

¹⁵² *Ibid.*, p. 96.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 97.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 106.

¹⁵⁵ A legitimidade, na doutrina de Paulo Bonavides, “é a legalidade acrescida de sua valoração. E o critério que se busca menos para compreender e aplicar do que para aceitar ou negar a adequação do poder às situações da

Em suma, os autores que tutelavam a ideia de especificação da vontade em normativa e psicológica pretendiam, no fundo, ampliar a sindicabilidade do ato administrativo, questionando-se se a interpretação da norma estaria, ou não, inserida como poder discricionário do agente.

É mister salientar que todo esse raciocínio antecedeu a teorização da normatividade dos princípios e dos preceitos jurídicos. Assim, legitimidade – e conseqüentemente a moralidade – se apresentava como objeto a ser estudado por outros ramos científicos que não o Direito.

Superada a ideia de separação entre a vontade normativa e a psicológica, era necessário – ainda nesse momento histórico – distinguir a moralidade administrativa da moralidade individual, como se verá no próximo tópico.

2.2.2. A moralidade administrativa como espécie de moralidade comum: a ideia de consenso

Com a evolução do Estado de Direito, os motivos e a finalidade da conduta pública paulatinamente foram absorvidos – em razão da jurisprudência francesa – para o conceito de legalidade, ocasionando o esvaziamento do conteúdo da moralidade no direito administrativo francês. De outro lado, nos ordenamentos jurídicos de jurisdição única e com um regime de publicista não tão desenvolvidos, a legalidade não se mostrava suficiente para corrigir o desvio de poder, uma vez que o seu julgamento era realizado pela mesma estrutura orgânico-funcional estatal.

O principal fundamento jurídico para a manutenção do respectivo *status quo* era a cisão absoluta das funções republicanas. Fazia-se necessário contrapor a legalidade formalmente considerada aos axiomas gerais da convivência humana em sociedade. Para tanto, era imprescindível a releitura acerca do Direito Administrativo, matizando-se a sistematização do Estado em prol da proteção dos direitos dos indivíduos e da coletividade.

vida social que ele é chamado a disciplinar. No conceito de legitimidade entram as crenças de determinada época, que presidem à manifestação do consentimento e da obediência”. (p. 121). O autor chega a essa conclusão sob o prisma de três vertentes: i) na filosófica, “a legitimidade repousa no plano das crenças pessoais, no terreno das convicções individuais de sabor ideológico, valorações subjetivas, dos critérios axiológicos variáveis segundo as pessoas, tomando os contornos de uma máxima de caráter absoluto, de princípio inabalável, fundado em noção puramente metafísica que se venha a eleger por base de poder” (p. 124); ii) na sociológica, o autor se vale do conceito elaborado por Vedel, para quem “chama-se princípio da legitimidade o fundamento do poder numa determinada sociedade, a regra em virtude da qual se julga que um poder deve ou não ser obedecido” (p. 125); iii) na jurídica, fundamentado Carl Schmitt, “a posse do poder legal em termos de legitimidade requer sempre uma presunção de juridicidade, de exequibilidade e obediência constitucional e de preenchimento de cláusulas gerais, (...) tanto servem de critério de controle de constitucionalidade da legislação como de ponto de partida a uma doutrina do direito de resistência” (p.128). BONAVIDES, op. cit., p. 121; 124; 125; 128.

É bem verdade que esse objetivo só foi alcançado com a CRFB/88¹⁵⁶. Todavia, até a sua efetivação, a moralidade exerceu a função de ser o contraponto à discricionariedade ilegal, ou melhor, ao abuso do direito do agente público em exercer o seu dever-poder.

Dessa maneira, Antônio José Brandão – após interpretar as obras de Maurice Hauriou e de Henri Welter¹⁵⁷ – foi o primeiro a remodelar a moralidade administrativa autonomamente da legalidade, desvinculando-a do desvio de finalidade e dos motivos determinantes¹⁵⁸. Para o referido autor, por haver uma exigência de respeito a valores socialmente considerados como condição de legitimidade, ela seria uma espécie do gênero moralidade comum, exigível dos agentes públicos na realização das finalidades estatais, composta pelas regras técnicas retiradas do interior da administração¹⁵⁹.

A moralidade, como instituto jurídico, se divide em dois polos, um concreto e outro abstrato. O primeiro é a moral consensual/comum/aberta, que se caracteriza pelos padrões sociais do conceito de justiça e de Direito, construída comunitariamente em torno da ética de cada sociedade¹⁶⁰. Por outro lado, o segundo é a moral individual, que é considerada como a noção de cada indivíduo, influenciado por crenças privadas, sobre a justeza de sua conduta.

¹⁵⁶ “A tendência de ampliação do controle jurisdicional da Administração se acentuou a partir da Constituição Federal de 1988”, constata Odete Medauar, para quem “o texto de 1988 está impregnado de um espírito geral de priorização dos direitos e garantias ante o poder público. Uma das decorrências deste espírito vislumbra-se na indicação de mais parâmetros de atuação, mesmo discricionária, da Administração, tais como o princípio da moralidade e da impessoalidade. O princípio da publicidade, por sua vez, impõe transparência na atuação administrativa, o que enseja maior controle. E a ação popular pode ter como um de seus fulcros a anulação de ato lesivo da moralidade administrativa, independentemente de considerações de estrita legalidade”. ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. *O princípio da impessoalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 51.

¹⁵⁷ Há uma séria crítica realizada por José Giacomuzzi à obra de Antônio Brandão, principalmente no que tange ao desvirtuamento da transcrição de apenas parte do que Henri Welter escrevera. Brandão transcrevera o seguinte: a moralidade administrativa, que nos propomos estudar, não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras da boa administração, ou seja: pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa. José Giacomuzzi afirma, em seu artigo “A moralidade administrativa: história de um conceito”, que o autor português suprimira o restante da frase, que assim continuava: De resto, o termo pouco importa, o todo é de se entender sobre os princípios. Para o brasileiro a supressão dessa frase altera o sentido do posicionamento do autor francês, que ainda visualizaria a possibilidade de absorção da moralidade administrativa pela legalidade, como anteriormente exposto. GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa: história de um conceito. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. nº 24 de 2004. p. 225.

¹⁵⁸ As regras técnicas retiradas do interior da Administração se comunicam com a ideia de Maurice Hauriou sobre as manifestações de comunhão da ideia de obra a se realizar. Pode-se depreender que essas são as interpretações jurídico-administrativas e o regramento interno de cada órgão administrativo. BRANDÃO, op. cit., 1951, p. 459.

¹⁵⁹ “‘Bom administrador’, portanto, é o órgão da pública Administração, que, usando da sua competência para o preenchimento das atribuições legais, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum. Se os primeiros delimitam as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto positivos, - a segunda espera dêle conduta honesta, verdadeira, intrínseca e extrinsecamente conforme à função realizada por seu intermédio”. Ibid. p. 462.

¹⁶⁰ Pode-se afirmar que há uma aproximação da moralidade debatida nesse tópico com o conceito de consenso sobreposto de John Rawls. Como bem aponta Otavio Luiz Rodrigues Junior, o consenso sobreposto tem, por características básicas: “1. O pluralismo é uma decorrência do liberalismo político. A existência de diversas

A moral como consenso decorre de uma compreensão minimamente aceitável e exigível pelos indivíduos acerca de um determinado instituto jurídico contrastado com a Justiça e o Direito¹⁶¹. Ela é aferida em um determinado momento histórico, não se podendo considerar, entretanto, que esse entendimento seja imutável: diante de rodadas críticas, as razões e os fundamentos que se tornaram consenso poderão evoluir – alterando-se o seu conteúdo –, mas jamais regredir¹⁶².

O Direito, como ciência, é o resultado das normas morais consensuais positivadas pelo ordenamento jurídico assim como pelos costumes que delas se estabelecem no seio social. A moralidade administrativa como espécie da moral comum seria, portanto, a exigência de uma conduta pública voltada ao respeito do consenso social internamente estabelecido.

Assim, a interpretação que deve ser feita para a afirmação de Antônio José Brandão é no sentido expansivo, ou seja, a moralidade administrativa não se limita às regras técnicas retiradas do interior da administração, pois, se assim o fizer, o seu conteúdo se confundirá com a própria legalidade. Ela é uma exigência qualitativa feita especificamente para os agentes estatais como condição de legitimidade, pois não basta a virtude necessária nos assuntos privados, pois essa o é muito mais naqueles temas que são públicos¹⁶³.

posições políticas, religiosas, filosóficas ou ideológicas é algo inerente a um regime político liberal. No entanto, a busca por um consenso mínimo deve-se radicar em doutrinas abrangentes razoáveis, o que exclui orientações não razoáveis ou irracionais, absurdas ou agressivas. Esse consenso decorre do exercício da racionalidade humana em condições de liberdade, no qual a troca de ideias e a exposição de doutrinas antagônicas se operam em elevados níveis de persuasão e de alteridade. 2. No cenário de uma democracia constitucional, a Justiça (entendida como equidade) deve ser pautada por sua autonomia em relação à influência de doutrinas religiosas, filosóficas ou morais de caráter abrangente. 3. Os consensos sobrepostos baseiam-se na ideia de estabilidade. O eventual acomodação de forças políticas ou sociais não implica necessariamente a supremacia das visões morais de um grupo em relação ao outro, a ponto de suprimir totalmente as vozes divergentes”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. “*Consensos sobrepostos*” e *decisões judiciais*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-set-26/direito-comparado-consensos-sobrepostos-decisoes-judiciais>>. Acesso em: 08 out. 2019.

¹⁶¹ “O ‘consenso sobreposto’ está relacionado com o ponto de interseção no qual diferentes grupos sociais compreendem ter algo em “comum” no que se refere às diferentes agendas políticas. É condição necessária à consolidação dos princípios de justiça que fundariam um “novo” contrato social. O neocontratualismo rawlsiano, pressupõe, então, um ponto de tangência no que se refere aos diferentes interesses e agendas políticas dos grupos sociais e, ou, ainda, movimentos sociais organizados politicamente (RAWLS, 2016)”. CANTO, Vanessa Santos do. *Consenso sobreposto ou interseccionalidade?* Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/09/16/consenso-sobreposto-ou-interseccionalidade/>>. Acesso em: 08 out. 2019.

¹⁶² É o que se chamara de moralidade racionalizada ou, como chamam alguns autores, moralidade crítica, que se caracteriza como sendo “a única que se fundamenta racional e suficientemente. (...) Diferenciam-se exatamente porque a moral convencional se restringe a determinados conteúdos (normas valores, virtudes), enquanto a moral crítica inclui as razões”. BARBOZA, Márcia Noll. *O princípio da moralidade administrativa: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 55.

¹⁶³ FRANCO SOBRINHO, op. cit., p. 37.

Não se pode fazer, assim, um paralelo entre a moral administrativa e a individual, sob pena de erro acerca de seu conceito¹⁶⁴. A aplicação da moralidade pública implica em duas mudanças estruturantes do regime público: a primeira é a qualidade ética dos agentes e a segunda é a releitura da função do Direito Administrativo. Sob essa premissa, a viabilidade de recorrer dos atos administrativos tendo por parâmetro o dever público de agir eticamente, respeitando a boa-fé – principalmente quando diante de interesses e direitos dos administrados –, efetiva, de vez, a autonomia da moralidade frente à legalidade¹⁶⁵.

Por outro lado, a leitura a ser feita sobre papel do Direito Administrativo passaria a encampar, além da organização interna, os mecanismos de controle pelos indivíduos sobre os excessos da conduta estatal, ainda que sob o manto da legalidade¹⁶⁶. Ademais, a moralidade administrativa emerge como parâmetro de impugnação pela via recursal, tendo o condão de questionar a ilegitimidade do ato administrativo quando inoportuno ou inconveniente¹⁶⁷.

Com a eficácia normativa da Constituição e o avanço do Estado Democrático de Direito, a moralidade administrativa deixa de ser um critério exógeno e passa a ser positivada no ordenamento jurídico com um conteúdo axiológico aberto e dinâmico. O reconhecimento dos preceitos e dos princípios como fontes normativas internalizou os axiomas de justiça, equidade e de boa-fé. Essa ruptura acaba por fundir os critérios da legalidade e da moralidade no conceito de juridicidade, conforme explica Gustavo Binbenbojm¹⁶⁸:

¹⁶⁴ Hely Lopes Meirelles, doutrinador brasileiro que internalizou a interpretação de Antônio José Brandão sobre a obra de Hauriou, equivale a moral administrativa à moral interna do indivíduo. Afirma o autor que “a moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum”. MEIRELLES, Hely Lopes et al. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 92.

¹⁶⁵ “Não se pode, portanto, na relação, desmerecer a figura do administrado. Afastando-o de se permitir interferir nos procedimentos administrativos. Ou não se deixando o ato administrativo ser motivo de censura quando promanam duvidosos de forma a serem contestados”. FRANCO SOBRINHO, op. cit., p. 100.

¹⁶⁶ “Há duas maneiras de se conceber o direito administrativo. Uma delas toma por base a estrutura da Administração, suas normas de organização internas, os instrumentos de que o Estado dispõe para dar concretude a suas funções, seus poderes e prerrogativas exorbitantes. Outra tem por foco o funcionamento do Estado, suas obrigações e finalidades, os limites do poder que enfeixa, a responsabilidade estatal e os mecanismos postos à mercê dos indivíduos para conter e eventualmente reagir a exorbitâncias no exercício das prerrogativas estatais”. MARQUES NETO, op. cit., p. 367-368.

¹⁶⁷ Entende-se que a inconveniência e a inoportunidade – como elementos antagônicos do mérito administrativo – são institutos inatingíveis pela legalidade, pois exigem uma leitura consensual sobre os interesses da sociedade, e não quanto autorização legal. Por outro lado, eles são mais bem discutidos sobre o manto da legitimidade que, na seara jurídica, é instrumentalizada pela moralidade administrativa. Essa ideia é interpretada da afirmação retirada da obra de Juarez Freitas, para quem “toda vez que se puder demonstrar que o ato é inconveniente ou inoportuno, haverá ilegalidade e, portanto, invalidade. Não se pode, com efeito, supor que a lei autorize a prática legítima de atos viciados”. FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 34-35.

¹⁶⁸ BINENBOJM, op. cit., p. 141.

A vinculação da Administração não se circunscreve, portanto, à lei formal, mas a esse bloco de legalidade (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico), a que aludia Hauriou, que encontra melhor enunciação, para os dias de hoje, no que Merkl chamou de princípio da juridicidade administrativa. (...). Tal ideia, de vinculação ao direito não plasmado na lei, marca a superação do positivismo legalista e abre caminho para a um modelo jurídico baseado em princípios e regras, e não apenas nestas últimas.

Dessarte, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁶⁹ afirma que a moralidade administrativa – sob o prisma da CRFB/88 – “corresponde àquele tipo de comportamento que os administrados esperam da Administração Pública para a consecução de fins de interesse coletivo, segundo uma comunidade moral de valores, expressos por meio de *standards*, modelos ou pautas de conduta”.

Nesse contexto, a moralidade administrativa passa a ser reconhecida como instituto regrado pelo Direito, criando-se um dever mais amplo do que a simples observância da disciplina interna da Administração Pública que, como já havia apontado Maurice Hauriou, é a base de qualquer atuação estatal: o da boa administração¹⁷⁰.

2.2.3. O direito fundamental à boa administração estatal

Inicialmente, a boa administração corresponderia ao tráfego de boa-fé exigível reciprocamente entre as partes nas relações jurídicas estabelecidas¹⁷¹. Todavia, os

¹⁶⁹ A autora se fundamenta no conceito social da moralidade de Ballesteros, para quem a moral consiste “nas ideias predominantes na sociedade sobre a qualidade moral do comportamento social humano, assim como o conjunto de exigências morais do comportamento, de costumes, que a sociedade dirige a seus membros em cada momento com referência ao bem social. Enquanto tal, a moral social implica a existência de uma comunidade moral de valores vigentes na sociedade, que se manifesta em expectativas e exigências de comportamento (como *standards*, modelos ou ideias de valor e pautas de conduta) dentro do tráfico de determinado grupo social. Por isso, a base, o fundamento último de sua validade, não reside na consciência individual do sujeito (na chamada voz da consciência), mas no comportamento efetivo do grupo que alcança uma dimensão normativa, enquanto a sociedade espera e exige, de cada um de seus membros, sob o efeito de pressão social (isso aproxima a moral social do direito), um comportamento conforme com a comunidade moral de valores vigentes nela”. DI PIETRO op. cit., 2012, p. 186-187.

¹⁷⁰ “Acertado que, em todo ato administrativo, existem pelo menos dois elementos inconfundíveis – o que se refere ao mérito e o relativo à legitimidade –, precisamente na zona livre em que a Administração decide localiza-se o princípio da moralidade estabelecendo o necessário nexos entre a causalidade a norma de direito. Nesse falaz ponto, ainda não bem explicado pela doutrina, fundamentam-se as regras da boa administração. Da Administração valorizando o interesse público sem invadir a esfera destinada aos interesses privados. Devendo o bom administrador tomar das práticas administrativas sem violentar desnecessariamente o administrado quanto à conveniência ou à oportunidade do ato”. FRANCO SOBRINHO, op. cit., p. 102.

¹⁷¹ GIACOMUZZI, op. cit., 2010, p. 68.

movimentos de normatização da Constituição e de mudança do paradigma do Direito Administrativo ampliaram a sua axiologia e, conseqüentemente, o seu conteúdo¹⁷².

A substituição da lei¹⁷³ pela dignidade da pessoa humana como o centro do ordenamento jurídico resultou na releitura do papel da função administrativa: a Administração Pública deixa de ser um fim em si e passa a ser um instrumento de concretização dos direitos e interesses fundamentais inerentes à pessoa¹⁷⁴. Dessa maneira, inserem-se aos direitos fundamentais os deveres estatais à prestação, à proteção e à limitação a poderes e competências¹⁷⁵.

De outro giro, o reconhecimento da normatividade de antigos preceitos morais – tais como eficiência, segurança jurídica, boa-fé, transparência, probidade, etc., – elevados a princípios administrativos, a natureza jurídica do dever de boa administração é transformada de um valor para um fim perseguido pela conduta estatal¹⁷⁶.

Nesse contexto, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁷⁷ realizada em 2002 na cidade de Nice, estabelece os fundamentos da boa administração, tais como o

¹⁷² “(...) (A) atuação concreta da Administração se traduz (i) na conferência de direitos que afetam desigualmente os indivíduos, (ii) na necessidade de arbitrar, compor e mediar diferentes interesses e direitos de particulares afetados, direta ou indiretamente, pelo exercício da função pública e (iii) no envolvimento dos particulares, como delegatários ou colaboradores do Poder Público, na oferta e de utilidades públicas e na efetivação de direitos dos cidadãos”. MARQUES NETO, op. cit., p. 389.

¹⁷³ “Ao ângulo estrutural, a crise da lei confunde-se com a crise da representação e, mais especificamente, com a crise de legitimidade dos parlamentos. Ao ângulo funcional, a crise da lei é a própria crise da ideia de legalidade como parâmetro de conduta exigível de particulares e do próprio Estado. Hoje não mais se crê na lei como expressão da vontade geral, nem mais se a tem como principal padrão de comportamento reitor da vida pública ou privada”. BINENBOJM, op. cit., p. 125.

¹⁷⁴ “(O) direito administrativo (...) somente se justifica como instrumento para realização dos direitos fundamentais, que são decorrência da afirmação da dignidade humana”. JUSTEN FILHO apud MARQUES NETO, op. cit., p. 368.

¹⁷⁵ “Os direitos fundamentais conduzem à consagração de normas de organização, delimitadoras de poderes e competências. A organização do Estado, a separação de poderes, a criação de órgãos de controle se orientam a assegurar que o desenvolvimento das atividades estatais será feito de modo compatível com a preservação dos direitos fundamentais. Trata-se de evitar que a hipertrofia das instituições estatais produza o risco de redução ou eliminação dos direitos fundamentais. Para sintetizar, a organização democrática do Estado é uma decorrência da consagração dos direitos fundamentais”. JUSTEN FILHO, op. cit., p. 107.

¹⁷⁶ Juarez Freitas, em sua monografia acerca do dever jurídico de boa administração corresponde esse dever aos princípios da eficiência, economicidade e eficácia. “Deveras, convém ler eficiência (CF, art. 37), economicidade (CF, art. 70), em sintonia com a eficácia (CF, art. 74), nas instâncias de controle interno, externo, jurisdicional e social. Apenas desse modo a atividade administrativa resguardará, de maneira eficaz, o primado dos direitos fundamentais e dos princípios que estão sobretudo no caput do art. 37 da CF.” FREITAS, op. cit., p. 71.

¹⁷⁷ “Artigo 41º – Direito a uma boa administração 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: a) O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente; b) O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; c) A obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos

processo administrativo substancial, o acesso à informação, a publicidade e a fundamentação das decisões administrativas¹⁷⁸. Aliás, em virtude da sua textura aberta, somam-se a esse rol a responsabilização dos agentes públicos, a ampliação dos órgãos de fiscalização e a busca pela justiça na conduta da Administração Pública¹⁷⁹.

Esse arcabouço obrigacional permite que os cidadãos exerçam qualitativamente o direito à participação política, assim como provoquem o controle jurisdicional dos atos administrativos. Isso só é possível com uma gestão transparente e aberta¹⁸⁰ à intervenção popular nas esferas decisórias do Poder Público¹⁸¹.

Por consequência, a boa administração como parâmetro da atividade administrativa altera, indubitavelmente, o alcance da discricionariedade¹⁸². A conduta estatal passa a ser

Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua”. European Union Agency for Fundamental Rights. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Disponível em: <<https://fra.europa.eu/pt/charterpedia/article/41-direito-uma-boua-administracao>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

¹⁷⁸ A boa administração, “(...) no sentido comum, é utilizada com o fim de compreender o conjunto dos princípios e das regras, substanciais e processuais, não necessariamente judicializáveis, o qual deveria uniformizar o agir administrativo em um moderno sistema democrático de direito” CELONE, Cristiano. A configuração inovadora do princípio da Boa Administração entre privados e autoridades públicas na União Europeia. *Revista direitos fundamentais e democracia*. V. 22, n. 1. jan./abr. 2017, p. 31.

¹⁷⁹ “Um dos princípios fundamentais do pensamento do Provedor de Justiça é o de que uma boa administração pública não se resume a agir dentro da legalidade. A abordagem do Provedor de Justiça vai além da dos tribunais que, de um modo geral, apenas se preocupam com a legalidade das ações. Um provedor de justiça nunca deverá pedir a uma instituição pública que aja de forma contrária à lei, mas espera que essa instituição envide todos os esforços possíveis dentro dos limites da lei para obter resultados justos e razoáveis em todas as circunstâncias”. O'REILLY, Emily. *Boa administração na prática: as decisões da Provedora de Justiça Europeia em 2013*. p. 3. Disponível em: <<https://www.ombudsman.europa.eu/pdf/pt/56331>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

¹⁸⁰ Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o princípio da transparência pode ser entendido como a base para a participação e impessoalidade, permitindo a fiscalização pelos órgãos internos e pela sociedade. Esse princípio quando utilizado corretamente reduz a necessidade do formalismo, permitindo-se uma análise de saneamento que não imponha a declaração de nulidade do ato jurídico, mas sim o convalidamento, pois o efeito da participação é a maior legitimidade da administração. Por sua vez, a consensualidade seria o afastamento do princípio da imperatividade pela relação consensual entre Estado-Sociedade. O autor aponta, para a subsistência desse princípio, a necessidade do reconhecimento de que a ideia de subordinação já está estabelecida, devendo-se sofrer um movimento oposto até o vivido até o momento, que é de limitá-lo. Isso porque a relação de subordinação é hierarquizada, coercitiva, enquanto a coordenação há uma convergência de interesses, uma maior legitimidade. A coordenação tem como espécies a colaboração, que é entre o Estado e a sociedade, e a cooperação, que se dá entre Estado. MOREIRA NETO, op. cit., 2007.

¹⁸¹ Emily O'Reilly, *Ombudsman* da Justiça Europeia, determina que “não basta que a administração da UE afirme estar a fazer o seu melhor para os cidadãos confiarem nela. Eles têm o direito de ver e decidir por si mesmos se isso é verdade. Por conseguinte, a abertura e a transparência são os elementos fundamentais para aumentar a confiança entre as instituições e os cidadãos da UE”. O'REILLY, Emily. *Boa administração na prática: as decisões da Provedora de Justiça Europeia em 2013*. p. 5. Disponível em: <<https://www.ombudsman.europa.eu/pdf/pt/56331>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

¹⁸² “(...) (O)s atos administrativos passam a ser controláveis sob o influxo do direito administrativo da motivação, em harmonia com a afirmação crescente do núcleo essencial dos direitos fundamentais, numa ordem mais justa e consagrada à segurança jurídica. Dessa maneira, sem desrespeito à chamada ‘reserva da Administração Pública’, inapropriado cogitar de ato administrativo exclusivamente político ou puramente administrativo, pois todos os atos (e respectivas motivações) somente se legitimam quando juridicamente alinhados com as diretrizes eminentes, em especial as agasalhadas nos arts. 37 e 70 da CF”. FREITAS, op. cit., p. 53.

exigida não apenas com base na previsão legal, decorrendo, também, da interpretação do ordenamento jurídico a partir das regras, preceitos e princípios do Direito¹⁸³. A sua finalidade não se resume ao fim imediato previsto na norma, comunicando-se com os objetivos mediatos do Estado Democrático de Direito¹⁸⁴.

Dessa forma, a validade dos atos administrativos depende, além da observância obrigatória dos elementos da legalidade – competência, forma, objeto, motivo e finalidade –, da consensualidade social: o consenso passa a ser uma exigência política, uma condição de legitimidade no exercício do poder¹⁸⁵.

Destaca-se que a vinculação ou a discricção administrativa será apurada nos casos concretos, e não previamente pela reserva legal¹⁸⁶. A lei passa a ser um indicativo do ente a executar determinado comando e dos objetivos a serem materializados, mas a interpretação da norma – exercício que antecede a discricionariedade – poderá ser realizada por um ou outro órgão a depender das respectivas capacidades institucionais¹⁸⁷.

Por fim, aponta-se que os ordenamentos jurídicos europeus que adotam a jurisdição administrativa utilizam a boa administração como parâmetro para o controle de juridicidade dos atos da Administração Pública¹⁸⁸. Com isso, torna-se secundário o debate acerca da

¹⁸³ Filia-se ao posicionamento de Raquel Melo Urbano de Carvalho que, na interpretação de Eurico Bittencourt Neto, a reserva legal seria, na verdade uma reserva normativa, e não apenas a submissão à lei. Nesse sentido, “ao se afirmar que a Administração somente pode agir se a lei expressamente o autoriza, ao mesmo tempo em que diz que o termo lei, nesse sentido, abarca desde princípios constitucionais até normas administrativas”. BITENCOURT NETO, op. cit., p.78.

¹⁸⁴ “(...) a legitimidade (conformação com a tábua axiológica da Constituição e seus objetivos fundamentais, especialmente os arrolados no art. 3º) pressupõe a observância dos limites finalísticos estatuídos pelo vinculante novo papel do Estado, em termos de respeito ao direito fundamental à boa administração (...)”. FREITAS, op. cit., p. 20.

¹⁸⁵ Segundo Agustin Gordillo “do mesmo modo, o que no passado foi exigência jurídica, de que o ato administrativo contivesse uma ‘motivação’ ou explicitação de seus fundamentos, é hoje uma exigência política: agora cumpre explicar ao cidadão porque se lhe impõe uma norma e cumpre convencê-lo com a explicação, pois, se não se lhe explica satisfatoriamente, faltarão seu consenso, que é a base essencial do conceito democrático atual e futuro do exercício do poder”. GORDILLO apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 100.

¹⁸⁶ “A distinção sutil entre atos vinculados e discricionários cinge-se à intensidade da vinculação à determinação normativa prévia, não tanto ao grau de liberdade na apreciação, muito menos às exigências de justificação. No caso dos atos discricionários, o bom administrador público emite juízos decisórios de valor (no campo da escolha de consequências e na determinação dos conceitos normativos, presentes na hipótese de incidência), no encaixe presumível de conferir a máxima concretização à coexistência exitosa dos valores projetados pelo sistema. Já na prática dos atos vinculados (impossível a vinculação inteira e maciça) o bom administrador emite o mínimo de juízo necessário à determinação do conteúdo do comando legal e à subordinação principiológica completa, para além do princípio da legalidade”. FREITAS, op. cit., p. 36.

¹⁸⁷ SOUZA NETO, SARMENTO, op. cit., p. 435.

¹⁸⁸ “Um dos princípios fundamentais do pensamento do Provedor de Justiça é o de que uma boa administração pública não se resume a agir dentro da legalidade. A abordagem do Provedor de Justiça vai além da dos tribunais que, de um modo geral, apenas se preocupam com a legalidade das ações. Um provedor de justiça nunca deverá pedir a uma instituição pública que aja de forma contrária à lei, mas espera que essa instituição envide todos os

autonomia da moralidade, uma vez que a sindicabilidade se torna uma questão *interna corporis* a ser realizada pelo próprio Poder Executivo¹⁸⁹.

Não se pode aplicar, porém, institutos alienígenas sem as devidas reflexões e implicações no sistema a ser incorporado. Como se sabe, a jurisdição nacional é una, tendo a separação das funções e a influência recíproca das Instituições como elementos de conservação do modelo republicano. Assim, no próximo capítulo, ver-se-á o alcance da moralidade administrativa e os efeitos da sua autonomia.

esforços possíveis dentro dos limites da lei para obter resultados justos e razoáveis em todas as circunstâncias”. O'REILLY, op. cit.

¹⁸⁹ A boa administração, “(...) no sentido comum, é utilizada com o fim de compreender o conjunto dos princípios e das regras, substanciais e processuais, não necessariamente judicializáveis, o qual deveria uniformizar o agir administrativo em um moderno sistema democrático de direito”. CELONE, op. cit., p. 31.

3. A MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA CRFB/88

O desenvolvimento da moralidade como o remédio jurídico a combater os desvios de poder dos agentes públicos resultou na ideia de um dever e, ao mesmo tempo, em um direito de boa administração. Contudo, os instrumentos de controle de observância quanto o seu cumprimento não foram instituídos uniformemente: enquanto os países que adotam a Justiça administrativa reconhecem a moralidade e a boa administração como elementos da legalidade – o que permite a judicialização administrativa –, nos países de jurisdição una, ambas – a moralidade e a boa administração – são autônomas, discutindo-se a possibilidade de controle judicial as tendo como parâmetro.

A grande dificuldade reside no fato de que esses institutos estão inseridos naquilo que a doutrina chama de mérito administrativo que, segundo a jurisprudência, só poderá ser sindicada nas hipóteses em que há violação flagrante de um mandamento da Constituição.

No ordenamento jurídico pátrio, a moralidade administrativa possui um duplo aspecto de proteção: ela se apresenta como um direito fundamental dos indivíduos frente ao poder estatal previsto no artigo 5º, LXXIII e como um princípio vinculante e norteador da atividade da Administração Pública, disposto no artigo 37, *caput*, ambos dispostos na CRFB/88.

Todavia, o seu aspecto semântico é complexo, propiciando a utilização desse termo de maneira atécnica. Utiliza-se-o, muitas vezes, como justificativa argumentativa em situações nas quais as bases jurídico-rationais não se mostram favoráveis ao locutor. Nesses casos, estar-se-á diante da imposição do discurso moral como fundamento de antijuridicidade de uma conduta. Definitivamente, não foi essa a intenção do poder constituinte originário ao prever expressa e implicitamente a moralidade como um instituto jurídico tutelado¹⁹⁰.

Visando corrigir esse descompasso entre a argumentação moral desse instituto e a racionalização das normas do Estado Democrático de Direito, traçar-se-á, nesse capítulo, o conteúdo normativo da moralidade administrativa no Direito brasileiro, assim como os

¹⁹⁰ Discorda-se, nesse quesito, da proposta elaborada por José Giacomuzzi, que entende o seguinte: “Qual a razão de ter o constituinte brasileiro feito inserir novamente este signo no nosso ordenamento jurídico, se havia sido abandonado, de há muito, no cenário jurídico mundial? A mim não resta dúvida na resposta: deveu-se ao momento histórico no qual veio inserida a nossa nova Constituição Federal. A palavra ‘moralidade’ ecoa forte. Traz consigo – e aqui há um certo abandono do cientificismo – uma ideia de justiça para além da lei”. GIACOMUZZI, op. cit., 2010, p. 134-135.

parâmetros possíveis a serem utilizados tanto pelo administrador no momento da elaboração, quanto pelo juiz no controle jurisdicional dos atos da Administração.

3.1. A moralidade administrativa como um dever jurídico

A salvaguarda da moralidade administrativa no ordenamento jurídico pátrio se iniciara antes da CRFB/88. O primeiro texto normativo a impor esse dever foi o Decreto nº 19.398 de 11 de novembro de 1930, em que se estipulou, no seu artigo 7º, a possibilidade de revisão de contratos administrativos que contrastassem com o interesse público ou com a moralidade administrativa¹⁹¹.

Posteriormente, o legislador previu no artigo 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 – Lei de Ação Popular, um rol exemplificativo de hipóteses de nulidade da conduta estatal, tais como a incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade. Conquanto o instituto não tenha sido disposto expressamente no texto legal, percebe-se que o objeto historicamente considerado da ideia de moralidade foi internalizado como conteúdo da legalidade administrativa.

Em um primeiro momento, a ação popular teve por objetivo proteger a coletividade da gestão pública temerária sob o viés patrimonial, ou seja, o administrado poderia pleitear a revogação e a anulação de atos administrativos que acarretassem um prejuízo ao patrimônio público. Assim, a proteção da moralidade estaria inserida da impugnação da gestão temerária do administrador público, violando-se o direito à boa administração.

Havia uma correlação entre o dever de bem administrar e o direito de uma atuação pública moral. Essa exigência social foi percebida pelas funções estatais que, em uma busca de legitimação da atividade executiva, editou o Decreto-lei nº 200 de 1967, submetendo o Poder Executivo ao controle de resultado e de eficiência pública, ainda que não judicialmente¹⁹².

¹⁹¹ “Art. 7º Continuam em inteiro vigor, na forma das leis aplicáveis, as obrigações e os direitos resultantes de contratos, de concessões ou outras outorgas, com a União, os Estados, os municípios, o Distrito Federal e o Território do Acre, salvo os que, submetidos a revisão, contravenham ao interesse público e à moralidade administrativa”. BRASIL, *Decreto nº 19.398 de 11 de novembro de 1930*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19398.htm>. Acesso em: 16 fev. 2019.

¹⁹² Maria S. Z. Di Pietro reproduz uma passagem de Hely Lopes Meirelles, para quem o “dever de eficiência, bem lembrado por Carvalho Simas, corresponde ao ‘dever de boa administração’ da doutrina italiana, o que já se acha consagrado, entre nós, pela Reforma Administrativa Federal do Dec.–lei nº 200/67, quando submete toda atividade do Executivo ao controle de resultado (arts. 13 e 25, V) fortalece o sistema de mérito (art. 25, VII), sujeita a Administração indireta a supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa (art. 26, III) e

Todavia, com a promulgação da CRFB/88, tanto a moralidade quanto o dever de ‘boa administração’ ganharam status constitucional de direito fundamental, mas cada um em seu momento. O primeiro foi elencado pela redação originária, conferindo-lhe autonomia frente à legalidade¹⁹³. Por outro lado, o segundo decorre do dever de eficiência da Administração Pública¹⁹⁴, pela qual se garantem as demais responsabilidades prestacionais do Estado ao mínimo existencial dos indivíduos em uma sociedade contemporânea¹⁹⁵.

Ambas podem ser tuteladas, ao menos pelo cidadão, em sede jurisdicional, instrumentalizadas pela ação popular. O legislador, porém, não promoveu a atualização da Lei nº 4.717, no sentido de delimitar o conteúdo da moralidade administrativa, competindo à doutrina e à jurisprudência determinar o seu conceito e o bem jurídico-moral administrativamente considerado.

recomenda a demissão ou dispensa do servidor comprovadamente ineficiente ou desidioso (art. 100)”. DI PIETRO, op. cit., 2014, p. 84.

¹⁹³ Segundo Marcelo Novelino, “no âmbito doutrinário há três posições sobre o tema: I) necessidade de conjugação de lesividade e ilegalidade; II) a lesividade, por si só, já é suficiente; e III) a lesividade contém a ilegalidade. Geisa Rodrigues (2007a) aponta que o entendimento prevalecente na jurisprudência “é de que não basta a lesividade do ato impugnado se não também sua ilegalidade.” No caso da tutela ao *patrimônio público*, é necessário demonstrar a existência tanto de lesão ao erário, como de ilegalidade do tipo elencado exemplificativamente no dispositivo legal supramencionado (Lei 4. 717 /1965, art. 2. °). A proteção à *moralidade administrativa*, segundo o entendimento doutrinário amplamente majoritário, ocorre de forma autônoma, prescindindo da necessidade de existência de algum dano material ao patrimônio público para que o ato administrativo possa ser anulado”. NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev., amp., e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 454.

¹⁹⁴ Marçal Justen Filho disserta que “parte da doutrina tem preferido (...) a expressão princípio da eficácia administrativa, para reduzir o risco de transposição indevida dos conceitos econômicos para a dimensão estatal. (...). Veda-se o desperdício econômico precisamente porque a otimização dos recursos propicia realização mais rápida e mais ampla dos encargos estatais. Quando houver incompatibilidade entre a eficiência econômica e certos valores fundamentais, deverá adotar-se a solução que preserve ao máximo todos os valores em conflito, mesmo que tal implique a redução da eficiência econômica. A eficácia administrativa significa que os fins buscados pela Administração devem ser realizados segundo o menor custo econômico possível, o que não é sinônimo da obtenção de maior lucro”. JUSTEN FILHO, op. cit., p. 138.

¹⁹⁵ Adriana da C. R. Schier, comentando acerca do momento histórico de posituação do respectivo princípio, aponta a lição de Manoel E. A. de C. e Gomes, para quem “o Estado que tudo prometia e pouco cumpria é deslegitimado para legitimar um Estado que tão pouco promete e, por isso, aparenta tudo cumprir” (p. 146). Afirma a autora que a ideologia adotada para a recepção desse princípio internacional foi o posicionamento de Friederich Von Hayek, segundo o qual a administração pública gerencial se deve pautar pelos ideais da iniciativa privada, para quem a base de uma atividade de sucesso seria reconhecer que “caso as opções tomadas pelos homens sejam as mais corretas, terá lucro e será bem sucedido. Mas tal resultado é algo que não se pode prever. Portanto, a diferença de riquezas entre os homens decorre (i) de um fator imprevisível – o resultado de suas ações; (ii) da máxima eficiência utilizada em suas ações e (iii) das melhores opções realizadas” (p.149). A referida autora conclui que “a inserção de tal princípio na Constituição tem, ao menos, duas funções: (i) legitimar a Administração Pública, através da prestação de serviços públicos de qualidade aos clientes-usuários e (ii) diminuir os custos de prestação dos serviços” (p. 153). Por fim, afirma que “a legitimação do sistema, portanto, deixa de ser legal e passa a ser conferida pelo resultado eficiente, obtido, principalmente, através da participação do cidadão na esfera administrativa, seja mediante a interferência nos processos decisórios, seja mediante a fiscalização, atividade na qual se encontra o direito de reclamação” (p.154). SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 146; 149; 153; 154.

Alguns doutrinadores¹⁹⁶, defendem que a evolução do controle do ato administrativo na jurisdição francesa resultou na incorporação do conceito de moralidade pela legalidade substancial, já regulamentado pela Lei da Ação Popular, subsistindo a autonomia da moralidade apenas como princípio constitucional. Há, ainda, quem entenda, como José Afonso da Silva¹⁹⁷, que o conteúdo objetivo da moralidade administrativa corresponda ao dever de probidade mínima no exercício das funções públicas. Por sua vez, Diogo de Figueiredo Moreira Neto entende que a moralidade é elemento intrínseco do ato administrativo correspondendo aos valores éticos sociais exigidos na atuação do Poder Público¹⁹⁸. Não se pode, porém, confundi-la com a moral comum, exigida ao particular, uma vez que o agente está vinculado às finalidades extraídas da normatividade do Direito¹⁹⁹. No que concerne à jurisprudência, os Ministros do Supremo Tribunal Federal manifestam uma dificuldade em reconhecer um dever moral objetivo apartado da legalidade. Nos julgamentos do RE²⁰⁰ nº 405386 e da ADC²⁰¹ nº 29 o entendimento consolidado foi no sentido de só se garantir autonomia à moralidade administrativa sob o prisma principiológico.

¹⁹⁶ Celso Ribeiro Bastos afirma que “a moralidade impõe a obediência à lei, não só no que ela tem de formal, mas na sua teleologia”. Por sua vez, Henrique de Carvalho Simas leciona que “a ilegalidade tanto pode ser formal como ideológica, tanto pode estar em dados concretos de conteúdo ou de forma, como nos motivos ilegítimos e na finalidade desviada. A imoralidade administrativa, o excesso ou abuso de poder, a deturpação do interesse público são aspectos frequentes de ilegalidade, que comumente vê dissimulados sob perfeita apresentação material e formal do ato”. Percebe-se que ambos inserem a moralidade como conteúdo da legalidade. MOREIRA NETO, 2007. Respectivamente p. 90; 97. José Giacomuzzi, por sua vez, aponta que “(...) não é demais repeti-lo: a moralidade protegida pelo art. 5º, LXXIII, da CF de 1988 é a legalidade substancial catalogada nas alíneas ‘c’, ‘d’ e ‘e’ do parágrafo único do art. 2º da LAP (...)”. GIACOMUZZI, op. cit., 2010, p. 196.

¹⁹⁷ Comentando sobre a redação do artigo 37, §4º da CRFB/88, o autor diz que o enunciado é mal redigido, “mas dá a entender que a *improbidade administrativa* não é propriamente sinônimo de *imoralidade administrativa*. Esta teria um sentido mais amplo, de sorte que nem toda imoralidade administrativa conduziria, necessariamente, à suspensão dos direitos políticos, salvo como pena acessória em condenação criminal. A improbidade diz respeito à prática de ato que gere prejuízo ao erário público em proveito do agente. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo. O ímprobo administrativo é o devasso da Administração Pública”. SILVA, op. cit., p. 388.

¹⁹⁸ O poder é composta por três fatores éticos: o jurídico, vinculado ao reconhecimento das normas, chamado de legalidade; o moral, decorrente da identificação dos valores sociais, que é a licitude; e, por fim, o político, que se justificada pelos interesses dominantes de um determinado grupo social, nominada por legitimidade. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política*: legislativa, administrativa, judicial: (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 24.

¹⁹⁹ MOREIRA NETO, op. cit., 2005, p. 97.

²⁰⁰ Entre os argumentos ali trazidos, trouxeram-se aqueles com maiores pertinências: Ministra Ellen Gracie: A moralidade, como princípio da Administração Pública (art. 37) e como requisito de validade dos atos administrativos (art. 5º, LXXIII), tem a sua fonte por excelência no sistema de direito, sobretudo no ordenamento jurídico-constitucional, sendo certo que os valores humanos que inspiram e subjazem a esse ordenamento constituem, em muitos casos, a concretização normativa de valores retirados da pauta dos direitos naturais, ou do patrimônio ético e moral consagrado pelo senso comum da sociedade. A quebra da moralidade administrativa se caracteriza pela desarmonia entre a expressão formal (= a aparência) do ato e a sua expressão real (= a sua substância), criada e derivada de impulsos subjetivos viciados quanto aos motivos, ou à causa, ou à finalidade da atuação administrativa. Ministro Eros Grau: Permitam-me que eu insista neste ponto: a moralidade da Administração somente pode ser concebida por referência à legalidade. Ministro Teori Zavascki: Convém

Entende-se, para as pretensões do presente trabalho, que a moralidade exigível ao Estado corresponde a uma condição de legitimidade objetiva na conduta pública que, quando não observadas, acarretam a sindicabilidade do ato administrativo.

De fato, a evolução do conceito de legalidade acabou por abranger os antigos institutos pertencentes à moralidade. Entretanto, hodiernamente, dois elementos constituem a autonomia da moral pública: os mandamentos éticos normatizados no ordenamento jurídico e a adesão social das decisões administrativas tomadas.

No Brasil, a ética pública não está codificada, cabendo aos próprios órgãos ou entidades editarem os seus códigos de conduta – via normas secundárias – ou sendo prevista em diversas legislações esparsas. O Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal concentrou as diversas Comissões Éticas da Administração Pública com a finalidade de discipliná-la e sistematizá-la²⁰².

Ademais, criou-se um microssistema da conduta ética²⁰³, abrangendo a Alta Administração Federal e os Servidores Públicos Civis, que condicionam a legitimidade do seu ato à observância dos fundamentos e diretrizes constitucionais²⁰⁴. Exige-se do administrador,

ênfaticamente – e aqui pedimos licença para invocar o que registramos em sede doutrinária (Processo Coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, 5ª ed., SP:RT, 2.011, p. 82 e seguintes) - que a moralidade, tal como erigida na Constituição - como princípio da Administração Pública (art. 37) e como requisito de validade dos atos administrativos (art. 5.º, LXXIII) -, não é, simplesmente, um puro produto do jusnaturalismo, ou da ética, ou da moral, ou da religião. É o sistema de direito, o ordenamento jurídico e, sobretudo, o ordenamento jurídico constitucional a sua fonte por excelência, e é nela que se devem buscar a substância e o significado do referido princípio. (...) Ato administrativo moralmente viciado é, portanto, um ato contaminado por uma forma especial de ilegalidade: a ilegalidade qualificada por elemento subjetivo da conduta do agente que o pratica. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 405386*. Relator: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

²⁰¹ Entre os argumentos ali trazidos, trouxeram-se aqueles com maiores pertinências: Ministro Luiz Fux: Nessa ordem de ideias, conceber-se o art. 5º, LVII, como impeditivo à imposição de inelegibilidade a indivíduos condenados criminalmente por decisões não transitadas em julgado esvaziaria sobremaneira o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, frustrando o propósito do constituinte reformador de exigir idoneidade moral para o exercício de mandato eletivo, decerto compatível com o princípio republicano insculpido no art. 1º, caput, da Constituição Federal. Ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de um rampart de verdadeiros pilares morais que a Constituição Federal de 1988 quis erguer à condição de critérios absolutos para o exercício dos cargos públicos: a probidade, a moralidade e a legitimidade das eleições. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 29*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

²⁰² Segundo o artigo 2º da referida norma, integram o respectivo órgão: Comissão de Ética Pública - CEP, instituída pelo Decreto de 26 de maio de 1999, as Comissões de Ética de que trata o Decreto no 1.171, de 22 de junho de 1994 e as demais Comissões de Ética e equivalentes nas entidades e órgãos do Poder Executivo Federal. BRASIL. *Decreto nº 6.029, de 1º de fevereiro de 2007*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6029.htm>. Acesso em: 26 out. 2018.

²⁰³ “Art. 24. As normas do Código de Conduta da Alta Administração Federal, do Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal e do Código de Ética do órgão ou entidade aplicam-se, no que couber, às autoridades e agentes públicos neles referidos, mesmo quando em gozo de licença”. Ibid.

²⁰⁴ Rocha França se posiciona no sentido de que “A moral administrativa não pode servir como instrumento retórico, assumindo qualquer conteúdo no caso concreto, ao sabor das tendências ideológicas de quem tem

aliás, que haja tanto na vida pública, quanto na privada, respeitando os padrões de probidade, decoro e boa-fé²⁰⁵, sob pena de ilibação de sua reputação²⁰⁶.

A moralidade administrativa em sua faceta de dever jurídico ético é, portanto, o resultado da soma de uma imposição do Poder Legislativo – legislação geral e abstrata que estabelecem poderes e limites à atuação Administrativa – regulamentada a partir das regras técnicas do respectivo órgão, que determinam o comportamento adequado dos seus agentes²⁰⁷.

A moralidade administrativa seria, nas palavras de Edson Aguiar de Vasconcelos, um “conjunto de normas estabelecidas, referentes às formas, lícitas e ilícitas, de conduta dos administradores públicos, conjunto este aceito e sancionado pela Administração Pública, que busca seu código de valores na opinião consciente e majoritária da sociedade”²⁰⁸.

Destaca-se que as disposições acerca da ética pública não trazem o preceito secundário sancionatório. O seu descumprimento, tradicionalmente, é combatido pela fiscalização interna e organicamente considerada, apresentando-se como questão de mérito, e não propriamente um limite à discricionariedade administrativa. Nesse sentido, não seria

competência para desempenhar a função administrativa ou para controlá-la. O conceito de moralidade administrativa deve estar calcado nos fundamentos (CF, art. 1º, I a V) e diretrizes (CF, art. 3º, I a IV) estabelecidos pela Constituição e que constituem as posições político-ideológicas de nosso sistema constitucional. O regime jurídico-político pátrio rejeita quaisquer enfoques, teóricos ou jurisprudenciais, incompatíveis com esse lastro político-ideológico. É a ética da democracia e da cidadania que orienta o administrador e, portanto, a que foi juridicizada pelo direito positivo”. GIACOMUZZI, op. cit., 2010, p. 158.

²⁰⁵ “Art. 2 (...). Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito; II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; (...) VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; (...) XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”. BRASIL. *Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 21 fev. 2019.

²⁰⁶ Segundo o capítulo I do Anexo ao Decreto nº 1.171: “(...). VI - A função pública deve ser tida como exercício profissional e, portanto, se integra na vida particular de cada servidor público. Assim, os fatos e atos verificados na conduta do dia-a-dia em sua vida privada poderão acrescer ou diminuir o seu bom conceito na vida funcional(...)”. BRASIL. *Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm>. Acesso em: 26 out. 2018.

²⁰⁷ De acordo com o que é afirmado por Edson Aguiar de Vasconcelos, “um código da moralidade administrativa é materialmente encontrado no rol dos deveres de funcionários, autoridades administrativas e da própria Administração Pública, não importando se tais deveres são sancionados expressamente nas órbitas penal ou administrativa, pois o que importa é a violação de uma norma de comportamento para caracterizar a conduta como imoral. Os deveres dos agentes públicos são extensos e não podem ser elencados aprioristicamente em *numerus clausus*, estando antes elencados nas Constituições, leis, regulamentos, etc., de acordo com as exigências do interesse público”. VASCONCELOS, Edson Aguiar de. *Controle administrativo e parlamentar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1997, p. 43.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 44.

cabível a um outro órgão intervir, ainda que judicial, sob pena de violação da separação das funções estatais²⁰⁹.

Por outro lado, embora o ato administrativo possua presunção de legalidade e de legitimidade, o seu cumprimento e a sua aderência dependerão da abertura de canais dialógicos com a sociedade no sentido de permitir uma atuação efetiva dos indivíduos, sobre os quais recairão à eficácia das decisões estatais²¹⁰. O grau de legitimidade, portanto, corresponde ao nível de influência dos interessados na elaboração da conduta administrativa²¹¹. Nas palavras de Adriana da Costa Ricardo Schier²¹²:

o direito de participação popular na Administração Pública desponta como instrumento capaz de conferir legitimidade às atividades do poder público. Isto porque, através dos instrumentos jurídicos que o concretizam, permite a democratização das decisões (...), assim como o controle, a ser exercido pela população, de toda a atividade do poder público (...).

Em questões de ampla discricionariedade que envolvam debates éticos, o Poder Público não estabelece mecanismos de participação popular adequados, o que ocasiona a judicialização da política em torno da legitimidade do ato²¹³. Diante tal conflito, o juiz

²⁰⁹ Ressalta-se que o objeto de discussão é a ética administrativa. Diversamente, o STF possui posição consolidada acerca da possibilidade do controle judicial sobre a autotutela da Administração Pública, materializados pelas súmulas nº 346 (A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos – aprovada em 13.12.1963) e nº 473 (A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial).

²¹⁰ Segundo Eurico Bitencourt, a participação dialógica “avultam múltiplas espécies, tendo em comum uma dupla finalidade: uma garantística, assegurando a defesa dos interesses dos particulares e uma funcional ou cívica (‘o desenvolvimento da personalidade através do co-envolvimento e controlo diretos’ – Sérvulo Correia’), possibilitando a colaboração para a prossecução do interesse público e assegurando legitimidade democrática à decisão administrativa. A participação dialógica pode se manifestar de diversos modos, ora visando, mais diretamente, à garantia da defesa de direitos e interesses dos particulares, ora manifestando-se em sua vertente mais ligada à legitimidade democrática da atividade administrativa.” BITENCOURT NETO, op. cit., p. 95.

²¹¹ “Fundar a legitimidade da atuação administrativa apenas na legitimidade democrática do decisor, da norma que habilita a ação executiva e do controle parlamentar, significa centrar a preocupação na origem da competência: todo poder deve vir do povo. Mas tal poder deve ser exercido também em nome e em favor do povo, daí que a legitimidade administrativa também tem que ver com o modo e os fins da atuação administrativa. Para tanto, a participação procedimental significa um modo de legitimar o fluxo do exercício do poder administrativo. A legitimidade assegurada pela incidência do princípio hierárquico e pela vinculação à legalidade são insuficientes no quadro de uma Administração aberta aos cidadãos. A participação procedimental exerce, no âmbito da legitimidade democrática, cada vez mais função de coadministração, ou de contribuição para configuração da decisão administrativa: o cidadão assume a posição de sujeito da decisão. Nesse sentido, funciona como meio de redução de incertezas e integração de espaços discricionários. Pode-se afirmar que essa chamada legitimidade administrativa de exercício ‘exige a penetração dos cidadãos e dos grupos na organização e no procedimento’”. Ibid., op. cit., p. 98.

²¹² SCHIER, op. cit., p. 160.

²¹³ Adriana Schier interpreta a obra de Clèmerson Clève, afirmando, sob a sua doutrina que: “no que se refere às formas de participação no processo decisório de natureza administrativa, analisa em primeiro lugar os casos em que ocorre uma participação de fato, ou seja, aquela não regulada pelo direito mas que, de uma forma ou de outra, influencia na decisão administrativa. Assim, aduz que esta forma de participação pode ser pública (ou

analisará o caso sob o prisma da efetividade dos valores constitucionais – principalmente o dever de bem administrar –, determinando-se a preponderância da independência das instituições republicanas ou da anulação do ato impugnado²¹⁴.

Nesse sentido, o dever jurídico da moralidade administrativa é caracterizado como o respeito à ética exigida a cada órgão e o direito de participação democrática nos procedimentos da Administração Pública²¹⁵. Portanto, nas situações de violação a essa obrigação, os cidadãos poderão propor o remédio constitucional da ação popular.

3.2. A moralidade administrativa como preceito jurídico

Se o dever jurídico da moralidade administrativa se apresenta como verdadeira regra exigida aos atos dos agentes estatais, as suas aplicação e interpretação devem ser feitas à luz dos preceitos e dos princípios instituídos no ordenamento jurídico pátrio.

No que tange aos preceitos, esses podem ser semanticamente definidos como uma “orientação que deve ser seguida; ordem, prescrição”²¹⁶. Por outro lado, em sua normatividade jurídica – restringindo-se àqueles previstos pela CRFB/88 –, o poder constituinte os estabeleceram expressamente apenas em quatro dispositivos constitucionais: três considerados concretos – referentes à estrutura orgânica dos partidos políticos, dos Municípios e aos programas de assistência aos indivíduos menores de vinte e nove anos – e um abstrato, vinculado ao ato público.

legítima) ou oculta e ilegítima. Na primeira hipótese enquadrar-se-iam os movimentos populares, os movimentos sociais reivindicantes, as manifestações de rua. Já os *lobbies* e os grupos de pressão organizados atuariam, segundo o autor, em uma zona limítrofe entre a legitimidade e a ilegitimidade. Sustenta, de qualquer modo, que o que deve ser descartado é a forma de participação oculta, ‘consistente no tráfico de influências, nas negociatas, no clientelismo racionalmente insustentável’. Enfático, afirma que em tais casos não há participação propriamente, ‘mas exclusão da cidadania no processo de decisão’”. SCHIER, op. cit., p. 121-122.

²¹⁴ “(...) a legitimidade (conformação com a tábua axiológica da Constituição e seus objetivos fundamentais, especialmente os arrolados no art. 3º) pressupõe a observância dos limites finalísticos estatuídos pelo vinculante novo papel do Estado, em termos de respeito ao direito fundamental à boa administração (...)”. FREITAS, op. cit., p. 20.

²¹⁵ Segundo Adriana Schier, “o direito de participação é um direito fundamental definido em normas constitucionais que decorrem diretamente do princípio do Estado de Direito e do princípio Democrático” (p. 27) “(...) (C)onstitui-se como direito fundamental implícito, no atual contexto como um direito de 4ª geração, decorrente do princípio que consagra, no Brasil, o Estado Social e Democrático de Direito” (p. 34). SCHIER, op. cit., p. 27; 34.

²¹⁶ As três acepções do termo preceito são: “1 Regra ou princípio que guia o comportamento; norma. 2 Ensino que se transmite a alguém; doutrina, lição. 3 Orientação que deve ser seguida; ordem, prescrição”. DICIONÁRIO BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA. *Preceito*. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/preceito>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

É sobre esse último que o presente trabalho busca definir o preceito moral da conduta pública. Não há no texto constitucional, nem na Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, a sua definição. Nesse vácuo interpretativo, a melhor doutrina entende por preceitos fundamentais a interpretação e o alcance adequados dos interesses, princípios, objetivos, fundamentos, direitos e garantias fundamentais, cláusulas pétreas e princípios sensíveis envolvidos nos atos públicos ou de particulares no exercício de função pública²¹⁷.

Dessa forma, os preceitos estão situados entre as regras e os princípios jurídicos²¹⁸, distinguindo-se pela qualidade da sua abstração, sendo mais ampla e aberta que estas e menos concreta e restrita que aquelas²¹⁹. A sua autonomia é depreendida a partir do reconhecimento de sê-lo um conceito jurídico indeterminado, verdadeiro *standard* positivado e preordenado pelo constituinte/legislador. A sua função é de nortear o intérprete quando diante de dúvidas quanto ao espírito ou finalidade de determinado dispositivo constitucional²²⁰, assim como nas hipóteses da incerteza de qual norma – regra ou princípio – deva ser aplicado em um determinado caso concreto²²¹.

O constituinte faz, ainda, uma distinção entre preceitos fundamentais e os não fundamentais: aqueles decorrem das matérias fundantes do Estado Democrático de Direito, quais sejam, forma de Estado e de governo, organização do poder e direitos fundamentais, enquanto esses são compreendidos residualmente²²². Em virtude da sua autonomia, a violação aos preceitos fundamentais pode ser amparada objetivamente pela ADPF, pela ação ordinária e pela popular.

²¹⁷ BARCELLOS, op cit., p. 568-569.

²¹⁸ “A expressão preceito fundamental importa o reconhecimento de que a violação de determinadas normas — mais comumente princípios, mas eventualmente regras — traz consequências mais graves para o sistema jurídico como um todo”. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2016, p. 312.

²¹⁹ “‘Preceitos fundamentais’ não é expressão sinônima de ‘princípios fundamentais’. É mais ampla, abrange estes e todas as prescrições que dão o sentido básico ao regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal, e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais”. BARCELLOS, op cit., p. 568.

²²⁰ DIMOULIS, Dimitri. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 161.

²²¹ Bernardo Gonçalves compreende que “os preceitos fundamentais são entendidos como aquelas normas materialmente constitucionais que fazem parte da Constituição formal. Ou seja, devem ser compreendidos como núcleo ideológico constitutivo do Estado e da sociedade presente na Constituição formal. Em síntese, definimos os mesmos como sendo as matérias típicas fundantes do Estado e da sociedade alocadas no texto constitucional. (...). (O) próprio STF vem construindo, cotidianamente, um rol aberto, sempre em um permanente fazer dos preceitos. Esse rol (meramente exemplificativo e aberto), atualmente, pode elencar os seguintes artigos: 1º a 4º; 5º; 6º; 14; 18; 34, VII; 60 §4º, 170, 196, 205, 220, 222 e 225, 226 e 225 da CR/88”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 1548.

²²² Na preciosa lição de José J. G. Canotilho, “designam-se por normas de direitos fundamentais todos os preceitos constitucionais destinados ao reconhecimento, garantia ou conformação constitutiva de direitos fundamentais”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018, p. 592.

Em tese, a tutela dos preceitos fundamentais deveria ser feita diretamente pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, uma vez que o rol de legitimados do projeto de lei permitia que, além dos especiais, qualquer cidadão pudesse propô-la, efetivando um debate célere e seguro perante o STF. Contudo, a restrição²²³ dos legitimados promovida pelo artigo 2º da Lei nº 9.882 de 3 de dezembro de 1999, inviabilizou que os cidadãos fizessem uso da ADPF. Assim, os indivíduos podem tutelar os preceitos fundamentais por meio da ação popular e da de rito ordinário²²⁴.

Restringindo-se epistemologicamente à defesa da moralidade, deve-se lembrar que essa está inserida como um dos objetos do direito fundamental à boa administração e decorrente do Estado de Direito. Dessa maneira, a conduta pública deve se pautar pela qualidade, produtividade, publicidade, eficiência, impessoalidade, igualdade, etc.²²⁵, todos com assento expresso no texto constitucional. A violação a um desses elementos enseja a impugnação do ato e a sua retirada do mundo jurídico.

²²³ “Razões do veto: A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público". A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento”. BRASIL. Presidência da República. *Mensagem nº 1.807, de 3 de dezembro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm>. Acesso em: 28 fev. 2019.

²²⁴ Em sua concepção original, materializada no Projeto de Lei n. 17, de 1999 (n. 2.872/97 na Câmara dos Deputados), aprovado pelo Congresso Nacional, a ADPF tinha dupla função institucional: (i) a de instrumento de governo, consubstanciada na possibilidade de os legitimados do art. 103 alçarem diretamente ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal a discussão de questões sensíveis, envolvendo risco ou lesão a preceito fundamental ou relevante controvérsia constitucional (Lei n. 9.882/99, art. 1º e parágrafo único, c/c o art. 2º, I); e (ii) a de instrumento de cidadania, de defesa de direitos fundamentais, ao admitir a propositura da arguição por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público (art. 2º, II, do PL n. 17/99). Este último dispositivo, todavia, foi vetado pelo Presidente da República, sob o fundamento de que franqueava de forma desmedida o acesso ao Supremo Tribunal Federal”. BARROSO, op. cit., 2016, p. 189.

²²⁵ Cronologicamente, os respectivos termos estão presentes nos seguintes dispositivos: artigo 37, §3º; artigo 39, §7º; artigos 5º LX e 37, §1º; artigos 74, II e 144, §7º; artigo 166, §18; e artigo 5º, caput da CRFB/88. BRASIL, op. cit. Acesso em: 11 out. 2019.

Contudo, além da conduta orientada pela ética pública e para a finalidade de bem administrar os interesses públicos, o poder constituinte estabeleceu que só poderão ser investidos nos cargos públicos indivíduos ou cidadãos que, entre outros requisitos, sejam moralmente compatíveis com as respectivas funções. Para tanto, estipularam-se preceitos morais específicos para a nomeação dos altos cargos em cada órgão dos Poderes estatais, como condição de legalidade e legitimidade.

No que se trata do Poder Judiciário²²⁶, para a nomeação ao cargo de magistrado, faz-se mister comprovar o notório saber jurídico e a reputação ilibada, incluindo-se a vida pregressa da pessoa. Já para integrar o quadro de Ministros do Tribunal de Contas²²⁷, são necessários, além da reputação ilibada e da idoneidade moral, o notório saber jurídico, contábil, econômico e financeiro ou de administração pública. Por fim, no que versa aos cargos elegíveis do Poder Legislativo e da chefia do Poder Executivo pelo rito eleitoral²²⁸, só poderão preenchê-los aqueles que não possuem condenações administrativas, criminais e eleitorais que impossibilitem o exercício dos seus direitos políticos²²⁹. Nas relações privadas, a moralidade exige que a Administração Pública mantenha relações jurídicas apenas com pessoas – jurídicas ou físicas – que comprovem a sua idoneidade social moralmente analisada²³⁰.

Nesse contexto, a idoneidade se apresenta como o conteúdo mínimo da moralidade administrativa que confere a legalidade e a legitimidade no exercício do *munus* estatal, necessitando-se, portanto, defini-la para compreender o seu alcance.

A priori, deve-se se socorrer da definição semântica denotativa do termo idôneo, reconhecendo-lhe uma interpretação de dignidade, de honra e de honestidade inquestionável²³¹. Por sua vez, a sua natureza jurídica – da idoneidade moral –, é de um conceito jurídico indeterminado, que impõe ao Poder Judiciário o dever de traçar o seu conteúdo.

²²⁶ Artigos 94, 101, entre outros. Ibid.

²²⁷ Artigo 73, §1º, II. Ibid.

²²⁸ Artigo 14, §9º. Ibid.

²²⁹ Art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. BRASIL. *Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp64.htm>. Acesso em: 11 nov. 2019.

²³⁰ Artigos 2º, I, d, e 3º, I, d da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998; Artigos 24, XX, 87, IV e 88, III da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; Artigos 39, V, b, e 73, III, Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014; Entre outros enunciados normativos.

²³¹ DICIONÁRIO BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA. *Idôneo*. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/idoneo%20>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal²³² é no sentido de derivar a idoneidade moral do princípio da moralidade administrativa, principalmente no que tange à moral crítica, uma vez que se trata, aqui, “de moralidade pública e laica, de uma ética mínima e intersubjetivamente aceitável”. Ademais, a relevância, a natureza e as características do cargo podem ensejar o aumento ou diminuição da exigência de um comportamento historicamente inquestionável.

De outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, em uma visão mais pragmática, não conceitua o que seja a idoneidade moral, mas afirma que o meio para atestá-la se dá pela investigação social que, a seu turno, compreende a vida criminal pregressa e o seu comportamento civil²³³. Por fim, o Tribunal Superior Eleitoral aduz, aprimorando o entendimento do STJ, que o comportamento civil pode ser aferido pela diversidade de certidões positivas na esfera cível, compreendendo-se as condenações judiciais e administrativas no que concerne à responsabilidade do indivíduo²³⁴.

Não se confunde, entretanto, idoneidade moral com reputação ilibada: essa determina um padrão global não desviante de conduta, ou seja, a ausência de condenações penais, cíveis e administrativas, independentemente do cargo a ser ocupado²³⁵; aquela correlaciona o comportamento social do indivíduo, impondo-lhe o dever de não ter sido condenado por qualquer infração penal, assim como na seara cível administrativista, salvo se as razões da condenação não incompatibilizem com o exercício do cargo público²³⁶.

²³² O Ministro Luis Roberto Barroso, em seu voto no RE 560900/DF com reconhecimento de repercussão geral, votou nesse sentido. Há divergência sobre se é possível aferir a idoneidade moral pela condenação colegiada. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/re-reu-concurso-voto-barroso.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

²³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS nº 56.376/DF*. Relator: Ministro Herman Benjamin. *AgInt no REsp nº 1689305/RJ*. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

²³⁴ Tal afirmação pode ser retirada do art. 12, par. único, inc. VIII e XI, da Res. TSE nº 20.958/01 e do julgado do TSE, Lista Tríplice nº 579/ RJ, julg. 29/03/2016, rel. Maria Thereza de Assis Moura, pub. 20/04/2016, retirados da doutrina de Marcílio Nunes. MEDEIROS, Marcílio Nunes. *Legislação eleitoral comentada e anotada*. Salvador: Juspoivm, 2017, p. 139.

²³⁵ O Ministro Luis Roberto Barroso, em seu voto em sede de Recurso Extraordinário nº 560900/DF explicando sobre o motivo da opção legislativa e interpretação jurisdicional em exigir uma comprovação de moralidade social mais intensa – pelos critérios da idoneidade moral e reputação ilibada – se deve em razão de se tratar “de agentes da lei (agentes que atuam no Poder Judiciário e nas forças policiais), dos quais se exige não só que apliquem o direito em suas atividades profissionais envolvendo terceiros, mas, sobretudo, que o apliquem para si próprios, que vivam conforme o direito: essa é uma condição moral básica para exigir de outrem o cumprimento da lei, função precípua de tais agentes públicos”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 560.900*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/re-reu-concurso-voto-barroso.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

²³⁶ Segundo Jorge Fernandes“(...) idoneidade moral é a aptidão, a capacidade de situar-se no plano dos bons costumes consagrados pela sociedade; reputação ilibada diz respeito ao conceito que a sociedade atribui ao sujeito de ser 'sem mancha, puro, incorrupto’”. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Requisitos para Ministro e

Nessas circunstâncias, pode-se afirmar que a idoneidade moral é, indiscutivelmente, um preceito fundamental decorrente da moralidade, constituindo-se em um pré-requisito objetivo a ser observado por qualquer órgão estatal no preenchimento dos cargos públicos²³⁷. A sua violação implica no descumprimento do dever de bem administrar, ainda que ausente a previsão legal, uma vez que agride a legitimidade do exercício da função estatal.

Dessa maneira, conquanto não esteja previsto expressamente no *caput* do artigo 87 da CRFB/88, o reconhecimento da idoneidade moral como um preceito fundamental advindo da moralidade – ainda que implicitamente – permite vindicar o seu acatamento pela Presidência da República, a ser eduzido na motivação do ato administrativo de nomeação para os cargos de Ministro de Estado²³⁸.

3.3. A moralidade administrativa como princípio jurídico

Além dos deveres e dos preceitos, o constituinte estabeleceu os princípios fundantes da Administração Pública no artigo 37, *caput*, da CRFB/88, elencando-se, entre eles, a moralidade²³⁹. A sua função jurídica é integrar e otimizar os deveres e os preceitos da moralidade administrativa previstos expressamente no artigo 5º, LXXIII da CRFB/88, assim como os sistematizados pelo ordenamento jurídico²⁴⁰. Deve-se, porém, definir, *a priori*, o alcance e o conceito de princípio para, posteriormente, delimitar a aplicabilidade do princípio da moralidade.

A compreensão acerca dos princípios no direito pátrio se funda na doutrina de Ronald Dworkin, Robert Alexy e Humberto Ávila. Para o primeiro, os princípios decorrem do

Conselheiro de Tribunal de Contas. *Revista de informação legislativa*, n. 125, a. 32, Brasília, abr./jun. 1995. p. 114.

²³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 167137*. Relator: Ministro Paulo Brossard. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

²³⁸ “(...) (A) Constituição estabeleceu um rigoroso padrão de conduta para o ingresso e para o exercício da função pública, de tal sorte que, inexistindo seriedade, motivação e objetividade, os atos podem ser revistos por mecanismos internos e externos de controle”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 76-77.

²³⁹ “(...) (E)sses princípios que estão insculpidos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal têm uma eficácia própria, eles são dotados de uma força própria, que podem ser imediatamente aplicados”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 12*. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 21 maio 2019. p. 14.

²⁴⁰ No sentido distinto, Patrícia Baptista afirma que “os princípios, tal como ora considerados, constituem, juntamente com as regras, espécies do gênero norma jurídica, com todos os efeitos próprios destas últimas, inclusive, em alguns casos, a aptidão para gerar direito subjetivo. Assim, dentre as funções dos princípios no constitucionalismo contemporâneo a função integrativa não é a mais destacada. Outras, como as de fundamentação, interpretação e direção do ordenamento jurídico, suplantam-na em importância”. BAPTISTA, op. cit., p. 85.

mandamento de moralidade, exigindo-se a justiça, a equidade ou qualquer outra dimensão moral – sendo esse o seu conteúdo normativo – nas relações inter-humanas ou com as pessoas jurídicas, públicas e privadas²⁴¹. Por sua vez, para Alexy, os princípios são fundamentos racionais que visam a correção das interpretações possíveis nos casos difíceis²⁴². Havendo colisão entre direitos constitucionalmente considerados, utilizar-se-á a proporcionalidade como mandamento de otimização dos princípios, direitos e dos preceitos fundamentais em conflito²⁴³. Por fim, para Humberto Ávila²⁴⁴ os princípios revelam deveres de conduta, comportamentos necessários para se atingir determinados fins. Dessa maneira, o intérprete deverá se utilizar dos princípios como instrumentos complementares e parciais para promover um estado ideal de coisas.

Pode-se afirmar, portanto, que o princípio da moralidade exigível à Administração Pública se apresenta com um conteúdo normativo próprio que servirá como parâmetro aos agentes públicos na promoção das finalidades do Estado Democrático de Direito. Não há, porém, conformidade sobre a sua abrangência e a sua dimensão na atual evolução do Estado Democrático de Direito.

A doutrina brasileira majoritária – tanto a administrativista, quanto à constitucionalista – interpreta o princípio da moralidade como respeito aos padrões éticos de probidade, de decoro e de boa-fé previsto no artigo²⁴⁵ 2º, parágrafo único, IV da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Outra vertente reconhece uma vinculação entre a moralidade e a probidade, confundindo-se o princípio com o dever²⁴⁶. Há quem entenda, ainda, que a moralidade não poderia ser aplicada autonomamente, uma vez que ora possui papel de complementariedade da legalidade²⁴⁷, ora se comunica com outras diretrizes da função

²⁴¹ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 383-384.

²⁴² BARBOZA, op. cit., p. 61.

²⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/publicacoes/>>; Acesso em: 8 mar. 2019, p. 10-11.

²⁴⁴ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 386-387.

²⁴⁵ Assim o fazem em suas respectivas obras, os professores. Rafael Oliveira, José dos Santos Carvalho Filho, Dirley da Cunha e Marcelo Novelino. Respectivamente: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Método, 2019, p. 41; CARVALHO FILHO, op. cit., 2016, p.1135; CUNHA, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. *Constituição Federal para concursos: doutrina, jurisprudência e questões para concursos*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 332.

²⁴⁶ É o caso de Alexandre de Moraes e de Ana Paula de Barcellos. Respectivamente: MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Atlas, 2014, p. 344; BARCELOS, op. cit., p. 386.

²⁴⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello e Fábio Medina Osório “a moralidade administrativa vem como princípio que tem ‘função de complementar à legalidade, ou seja, traduzindo exigência de que o agente público não cause lesão ao erário e, caso assim proceda, justifique sua conduta tão-somente com base na observância de padrões comportamentais médios’”. Respectivamente: MELLO, op. cit., 2015, p. 123; OSÓRIO apud GIACOMUZZI, op. cit., 2010, p. 147.

administrativa²⁴⁸. Por fim, uma parcela estrita da doutrina enxerga a moralidade como um super-princípio, sendo composta pelos princípios da razoabilidade, do interesse público e da proporcionalidade²⁴⁹.

O percurso histórico da moralidade demonstra que a sua evolução resulta no reconhecimento da normatividade dos princípios, principalmente no que tange aos ideais de justiça, de equidade e boa-fé²⁵⁰. Ademais, a ampliação do conceito de legalidade permitiu a absorção do aspecto moral da improbidade, do desvio de poder, da eticidade e do dever de boa-fé da Administração Pública nas relações com as pessoas, físicas ou jurídicas, limitando-se a discricionariedade estatal²⁵¹. Assim, violando-se quaisquer desses deveres surge a possibilidade de anulação do ato administrativo pelos fundamentos tradicionais do recurso administrativo ou pelas respectivas ações judiciais.

Em sentido diverso, entende-se que o conteúdo do princípio da moralidade pode ser definido como o consenso ético mínimo acerca da conduta legitimamente esperada dos sujeitos nas relações jurídicas em um Estado Democrático de Direito²⁵². Destaca-se que, a partir de sua construção, emerge-se o valor da boa-fé – consubstanciado pelos axiomas de

²⁴⁸ Posição de Gilmar Ferreira Mendes. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, p. 886.

²⁴⁹ “(...) (U)m entendimento, de certa forma, é expressamente defendido em doutrina pela professora mineira Cármen Lúcia Antunes Rocha, para quem o princípio da moralidade administrativa tem ‘uma primazia sobre os outros princípios constitucionais formulados, por constituir-se, em sua exigência, elemento interno a favorecer a substância válida do comportamento público. Toda atuação administrativa parte deste princípio e a ele se volta’. É também essa a posição de Wallace Paiva Martins Jr., o qual sustenta que o princípio da moralidade administrativa ‘constitui verdadeiro superprincípio informador dos demais (ou um princípio dos princípios), não se podendo reduzi-lo a mero integrante do princípio da legalidade’”. GIACOMUZZI, op. cit., 2010, p. 147, 161.

²⁵⁰ Patrícia Baptista, citando a passagem de Jean Rivero, afirma que “a sua força impositiva (dos princípios), como destaca o administrativista francês, ‘é independente de qualquer elemento formal’ visto que provém dos valores éticos vinculados aos princípios, os quais refletem a concepção do homem e do mundo encontrada ‘na raiz de qualquer sistema de direito’”. BAPTISTA, op. cit., p. 87.

²⁵¹ “Germana Moraes indica três ‘dimensões’ ao princípio da moralidade: ‘boa-fé (tutela da confiança), probidade administrativa (deveres de honestidade e lealdade) e razoabilidade (expectativa de conduta *civiliter*, do homem comum, da parte do agente público)’, acentuando, quanto à boa-fé, seu caráter objetivo”. GIACOMUZZI, op. cit., 2010, p. 239.

²⁵² O Ministro Menezes Direito, referindo-se ao princípio da moralidade, afirma que “a atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa, que se qualifica como valor constitucional impregnado de substrato ético e erigido à condição de vetor fundamental no processo de poder, condicionando, de modo estrito, o exercício, pelo Estado e por seus agentes, da autoridade que lhes foi outorgada pelo ordenamento normativo. Esse postulado, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos, nos quais se funda a própria ordem positiva do Estado. É por essa razão que o princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle de todos os atos do poder público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos órgãos e dos agentes governamentais, não importando em que instância de poder eles se situem”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 12*. Relator Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 11 out. 2019. p. 29.

lealdade, de honestidade, de justiça e de equidade – e, por possuírem objetos diversos, não se confundem. Também não o faz com o princípio da impessoalidade²⁵³, uma vez que esse “abarca as noções de objetividade, imparcialidade, neutralidade e transparência da Administração”²⁵⁴.

Por outro lado, a moralidade administrativa é um princípio qualificado da moralidade comum aplicável apenas em face da Administração²⁵⁵. Enquanto o particular age em nome próprio, o Estado assim o faz em nome da coletividade, detentora do poder.

Dessa maneira, a sua aplicabilidade pode ser filosófica e juridicamente dividida em três etapas sucessivas e integradas: na primeira, o princípio da moralidade é critério de legitimidade²⁵⁶ da atuação do Poder Público, no sentido de estado de iminência/latência de legalidade: toda norma/ato antes de ser jurídica(o) – e, conseqüentemente, legal –, deve ser moralmente validada pela coletividade, sob pena de dominação violenta e arbitrária²⁵⁷; na segunda, o seu papel é permitir o debate e a intervenção públicas na busca de um consenso mínimo – sobre determinado tema – que ratifique ou rejeite uma norma, trazendo segurança

²⁵³ Em sentido diverso e não adotado para a presente pretensão, Ives Gandra da Silva Martins entende que o princípio da impessoalidade se espelharia e se ampararia no princípio da moralidade. (...) (N)ão se pode falar em impessoalidade sem se falar em moralidade, eis que é esta que dá a coloração maior daquela, tornando o administrador um justo servidor público na medida em que não cria privilégios, nem oferta tratamento desisonômicos e preferenciais”. MARTINS apud ZAGO, op. cit., p. 302.

²⁵⁴ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *O princípio da impessoalidade da Administração Pública*: para uma administração imparcial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.25.

²⁵⁵ “Segundo Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari a moralidade administrativa se relaciona a fins, valores ou preceitos morais juridicizados, em uma época e espaço determinados, e não concepções pessoais, religiosas ou políticas, traçadas no exercício da liberdade, desvinculadas do âmbito administrativo. Maria Sylvia Zanella Di Pietro acrescenta que a moralidade administrativa é composta, também, pela ideia geral de administração e função administrativa, o que lhe atribui uma carga finalística voltada ao atendimento das necessidades e utilidades dos homens”. TOURINHO, op. cit., p. 117.

²⁵⁶ “O princípio da moralidade administrativa enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico - condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. (...)” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 12*. Relator Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 11 out. 2019. p. 30-31.

²⁵⁷ Não se nega, por outro lado, a força normativa do princípio. Todavia, o alto grau de abstração do conceito de moralidade induz – antes de ser considerado um princípio jurídico dotado de aplicabilidade – a elaboração de um esboço que lhe dê conteúdo. É nesse momento anterior que reside a legitimidade moral, e não posterior, pertencente ao campo da juridicidade. Nas palavras do Ministro Menezes Direito, no julgamento da ADI “Tenho a sensação de que o que está disposto ali é um pouco o senso comum, que se vem aplicando coerentemente até mesmo em diversas etapas, não apenas do Poder Judiciário Federal, mas também do Poder Judiciário dos Estados”. Ibid. p. 16.

jurídica e estabilidade institucional²⁵⁸; por fim, na terceira, seria a otimização do direito à participação dos indivíduos no exercício do poder e da ética exigida à Administração Pública²⁵⁹.

Considera-se que o debate sobre a correta aplicação de uma norma consensual pode ocorrer prévia ou posteriormente e em sedes judicial ou não-judicial. O meio pelo qual se verifica a existência ou não de correspondência entre o ato público e o consenso moral mínimo é a fundamentação²⁶⁰.

Em matérias de amplo consenso, nas quais as zonas de certeza estão bem definidas, a conduta pública consensualmente contrária deverá ser controlada pelo crivo da legalidade, uma vez que violar-se-á os motivos e os fins do Direito. Todavia, diante da incerteza consensual e da ausência de canais participativos entre a sociedade e o Estado, poder-se-á discutir a motivação que fundamentou a atuação estatal em determinado sentido sob o prisma da moralidade²⁶¹.

Ainda que a motivação do ato não seja elemento obrigatório, ganha-se status de fundamentalidade quando se está diante de argumentos jurídicos não-consensuais²⁶². Dessa

²⁵⁸ Esse juízo moral é objetivamente considerado como o mínimo ético irredutível, formado a partir dos discursos racionais resultando no consenso social, emergida pelo debate de Habermas sobre a racionalidade procedimental completa e incompleta, como exposto na obra de Márcia Nolls. BARBOZA, op. cit., p. 50.

²⁵⁹ “Pelo princípio da moralidade administrativa põe-se a conduta administrativa conformada aos valores de honestidade e justiça devida a cada qual dos cidadãos e dos administrados na base das condutas públicas. Quer-se por ela atingir-se a juridicidade administrativa justa, a dizer, havida com justiça determinada segundo os paradigmas do Direito traçados como norte e limite da atuação dos agentes da Administração Pública. A moralidade administrativa desempenha, então, um papel preponderante e diretivo na garantia dos direitos subjetivos dos administrados no exercício do poder manifestado pela função administrativa. A Administração Pública abúlica, inerte, onipotente e altaneira cedeu espaço a uma Administração democrática, na qual a moral advém como resultado do diálogo e da participação do cidadão, cujo sentimento de justiça dita os valores morais que são transformados, quando amadurecidos, em princípios jurídicos adotados pelo Direito”. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. n. 209, jul./set. 1997, Rio de Janeiro, p. 195.

²⁶⁰ Traçando a procedimentalização como garantia democrática, Marçal Justen Filho leciona que essa “significa a necessidade de que as decisões administrativas surjam como conclusão de uma série ordenada de atos estruturados entre si, de modo a propiciar a participação de todos os interessados, a ampla investigação da realidade dos fatos, a exposição dos motivos determinantes para as escolhas adotadas e a submissão à revisão de entendimentos. Não há regime democrático quando as decisões administrativas são adotadas sem a observância de procedimentos predeterminados que assegurem a participação igualitária de todos os integrantes da comunidade. Para assegurar que as decisões se fundamentem em critérios racionais e que sejam produzidas com a maior participação possível de todos os interessados, a solução inafastável é o respeito a um procedimento predeterminado, norteado pelas regras democráticas”. JUSTEN FILHO, op. cit., p. 136.

²⁶¹ Nas palavras de Márcia Noll Barbosa, “o direito, como um fenômeno, um acontecer linguístico-argumentativo, se abre e se remete à argumentação moral sempre que a fundamentação é exigida”. BARBOZA. op. cit., p. 62.

²⁶² “(...) (A) concepção da democracia republicana permeia todas as atividades governamentais, alcançando cada manifestação do poder político, impondo ao governante o dever de adotar as decisões que satisfaçam o máximo possível os interesses coletivos, com o inafastável respeito aos direitos fundamentais. Mais do que isso, cada decisão tem de ser produzida de modo democrático. Na democracia republicana, as decisões administrativas somente se legitimam se presentes dois requisitos. O primeiro é o conteúdo: a atividade governamental apenas

forma, o princípio da moralidade se presta a limitar a arbitrariedade que, muitas vezes, apresenta-se travestida de discricionariedade²⁶³.

O administrador, portanto, deverá concatenar as manifestações não-institucionais – extraíndo-se a racionalização das argumentações sociais – de um lado e, de outro, o fluxo racional-técnico previsto nas normas constitucionais e legais²⁶⁴. Assim, caso pretira um ao outro, motivar-se-á a sua decisão. A discricionariedade só será justificável se razoável e racional, como bem assevera Carlos Ari Sundfeld²⁶⁵:

[...] quando, para que tome uma decisão, o administrador é levado a ultrapassar aquele limite além do qual nunca poderemos chegar a um consenso sobre qual seria a correta, apenas aí, terá ele discricionariedade. Apenas aí sua opção seria incontestável, não porque produto de sua liberdade, não porque as decisões do poder sejam por definição corretas, mas apenas e tão-somente porque ninguém poderia imputar-lhe erro, mesmo que intimamente preferisse solução diversa.

Isso porque a discricção não é um exercício de criação, ao passo de inovação jurídica²⁶⁶. Ela deve respeitar o espírito do Direito²⁶⁷. Nesse contexto, o indivíduo possui o direito subjetivo de provocar o Estado para corrigir a decisão que foi tomada conforme ou não

será válida quando for capaz de satisfazer, do melhor modo possível, o problema a ser resolvido. O segundo é a forma: somente são válidas as decisões produzidas de modo democrático, com observância do devido procedimento administrativo”. JUSTEN FILHO, op. cit., p. 126.

²⁶³ Discorrendo sobre a democracia como garantia contra o arbítrio, Marçal Justen Filho aponta que “um Estado Democrático de Direito exige que o exercício das competências estatais, inclusive de natureza administrativa, seja feito com obediência à soberania popular. A soberania popular se manifesta por diversas vias, que dependem da própria natureza das atividades e funções exercidas”. Ibid., p. 135.

²⁶⁴ “Sem exceção, o controle do vício ou do ‘demérito’ alcança até a incoerência da conduta administrativa, à luz dos princípios. E ponto nodal: não se aceita qualquer motivação, pois se exige uma justificação congruente, salvo se se tratar de atos de mero expediente, autodecifráveis e naqueles casos em que a Constituição admite a falta de motivação [exemplo: nomeação para cargos em comissão (nota de rodapé: mesmo aí cabe moderada sindicabilidade quanto a eventuais desvios)]. Todos, porém, devem ser, no mínimo, motiváveis, é dizer, passíveis de aprovação no teste da racionalidade intersubjetiva, coibida toda arbitrariedade, inclusive a do controlador”. FREITAS, op. cit., p. 25-26.

²⁶⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato administrativo inválido*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1990, p. 34.

²⁶⁶ “(...) Pode-se conceituar discricionariedade administrativa legítima como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública”. FREITAS, op. cit., p. 24. Em contrapartida, afirma Gustavo Binbenjoni que “A desvirtuação da finalidade (*détournement de pouvoir* do direito francês) pode tornar o ato ilegal. Aqui o exame da legalidade quase chega ao mérito. Há, porém, um sutil limite que se não deve esquecer. O julgamento examina se o ato se conteve dentro do poder do administrador, isto é, se foi praticado segundo os fins, em virtude dos quais o poder de agir lhe foi outorgado pela lei, mas não se o uso que fez do poder foi o melhor. Enquanto se discute se o fim do ato foi o querido pela lei, há uma simples questão de legitimidade. Só haveria exame do mérito se se quisesse discutir o acerto do ato pelo bom uso da competência, em face das necessidades coletivas”. FAGUNDES, op. cit., p. 190.

²⁶⁷ Márcia Noll Barboza aponta que, para Habermas, “só o direito atende às exigências de uma racionalidade procedimental completa, por dispor de critérios institucionais e autônomos (critério de positividade ou legalidade), que permitem a um não-participante dizer se uma decisão foi tomada conforme as normas jurídicas”. BARBOZA, op. cit., p. 56-57.

as normas constitucionais e legais²⁶⁸. Esse papel de dizer o Direito e encerrar, ainda que momentaneamente, um conflito interpretativo, é de competência única e exclusiva do Poder Judiciário²⁶⁹.

Assim, o princípio da moralidade administrativa se apresenta como um limite fundamental e uma garantia de legitimidade das funções estatais, valores máximos do Estado Democrático de Direito²⁷⁰. Por outro lado, também efetiva os axiomas substantivo e participativo da democracia, constituindo-se no direito de os cidadãos participarem direta e ativamente na política em busca do consenso acerca de um dever ou preceito jurídico, fundamento esses do Estado Democrático de Direito²⁷¹.

Busca-se, com a presente proposta, solver a dúvida doutrinária quanto à possibilidade de controle do ato administrativo única e exclusivamente pelo princípio da moralidade²⁷². Como bem critica Manuel de Oliveira Franco Sobrinho²⁷³:

Difícil de saber por que o princípio da moralidade no direito encontra tantos adversários. A teoria moral não é nenhum problema especial para a teoria legal. As concepções na base natural são analógicas. Por que somente a proteção da legalidade e não da moralidade também? A resposta negativa só pode interessar aos administradores ímprobos. Não à Administração, nem à ordem jurídica. O contrário seria negar aquele mínimo ético mesmo para os atos juridicamente lícitos. Ou negar a exação no cumprimento do dever funcional.

²⁶⁸ “Ainda aqui se protegem os interesses do administrado, seja por convencê-lo do acerto da providência tomada – o que é o mais rudimentar dever de uma Administração democrática –, seja por deixar estampadas as razões do decidido, ensejando sua revisão judicial, se inconvenientes, desarrazoadas ou injurídicas. Aliás, confrontada com a obrigação de motivar corretamente, a Administração terá de coibir-se em adotar providências (que de outra sorte poderia tomar) incapazes de serem devidamente justificadas, justamente por não coincidirem com o interesse público que está obrigada a buscar”. MELLO, op. cit., 2015, p. 519.

²⁶⁹ “A contribuição de Habermas (...) nos é muito útil no sentido de evidenciar que o direito positivo do Estado, embora favorecido por uma racionalidade procedimental própria, não se legitima só nos critérios dessa racionalidade (critérios de positividade ou legalidade), não podendo abrir mão de certo grau de indisponibilidade. Esta, por sua vez, como mostra o autor, reside na vinculação e na abertura dos discursos jurídicos à argumentação moral, com o que se produz, enfim, a legitimação do direito”. BARBOZA, op. cit., p. 59.

²⁷⁰ O princípio da moralidade possui o condão de efetivar os direitos fundamentais de 4ª dimensão, qual seja, a globalização política. Nas palavras de Paulo Bonavides, “são direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”. BONAVIDES, op. cit., 2004, p. 571.

²⁷¹ “Sobre o que não pairam dúvidas, parece-me, é que a normatização da possibilidade de se consultar a população para saber-se qual, em suma, é o ‘interesse público’ dos administrados – interesse sob o qual, recorde, Héctor Escola construiu sua teoria e do qual Ruy Cirne Lima disse reger todo o direito administrativo – se constitui no reconhecimento expresso de que não há um interesse público normativo previamente estabelecido. Seu conteúdo é dinâmico, mutável, plurissignificativo, encontrável no contato do consenso, e não como algo previamente definido por uma norma ou uma autoridade”. GIACOMUZZI, op. cit., 2010, p. 254.

²⁷² “A grande questão suscitada pela constitucionalização do princípio da moralidade diz respeito à possibilidade ou não de ser invalidado um ato administrativo por violação a esse princípio, ainda que possa não existir ilegalidade em sentido estrito”. DI PIETRO, op. cit., 2012, p. 184.

²⁷³ FRANCO SOBRINHO, op. cit., p. 231.

Conquanto a Constituição e a legislação não prevejam parâmetros pormenorizados como limites ao ato de nomeação para cargos de Ministro de Estado, o dever de boa administração, os preceitos morais e o princípio da moralidade administrativa são institutos que norteiam o administrador no momento de sua escolha. A complexidade da administração pública não permite, por vezes, a consulta constante da população acerca das tomadas de decisões políticas.

Contudo, isso, por si, não é fundamento suficiente para impedir que os cidadãos opinem ou intervenham na manutenção do ato. O constituinte elevou a ação popular à garantia instrumental do direito fundamental a uma administração moral. Nesse sentido, a judicialização da conduta estatal permite um diálogo dos principais órgãos públicos – Poder Judiciário, Legislativo e o Executivo, assim como o Ministério Público – sob a provocação do cidadão. Esse será, portanto, o tema do próximo capítulo.

4. O CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO DE NOMEAÇÃO PARA O CARGO DE MINISTRO DE ESTADO PELA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA SOB O PRISMA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

O movimento de constitucionalização do Direito Administrativo trouxe, como consequência, a hierarquização da sistemática do regime publicista. Somam-se a isso o reconhecimento da força normativa da Constituição, a hermenêutica constitucional voltada para a concretização dos direitos fundamentais e a expansão da interpretação normativa pela função jurisdicional, importando-se em um novo olhar sobre as relações institucionais e o controle sobre os atos públicos²⁷⁴.

Todavia, a realidade brasileira não pode ser lida sem um olhar sobre a evolução histórica, tanto social, quanto das instituições públicas. A viabilidade do controle jurisdicional do ato administrativo de nomeação de Ministros de Estado em geral perpassa, obrigatoriamente, por uma análise de distribuição dos altos cargos públicos em um contexto de violação dos ditames do Direito e, por conseguinte, a moralidade administrativa.

Essa proposta é resistida – jurisprudencialmente – pelo princípio republicano em sua vertente de separação de funções. Diz-se que a intervenção do Judiciário nos cargos de políticos violaria a discricionariedade dos atos de governo. De outro lado, porém, o avanço da democracia participativa exige, em conjunto com a moralização da atividade pública, uma releitura do papel do Direito Administrativo, no intuito de efetivar o direito fundamental à participação política.

Dessa forma, o presente capítulo busca esclarecer acerca dos parâmetros políticos pelos quais o Presidente opta por um ou outro indivíduo para exercer a chefia do Ministério, assim como a interpretação convergente entre os princípios democrático e republicano que permite a intervenção do Poder Judiciário quando houver um descompasso entre o Direito e a governança.

²⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/publicacoes/>>; Acesso em: 8 mar. 2019. p. 6-8.

4.1. Os parâmetros políticos para a escolha dos Ministros de Estado pela Presidência da República

Historicamente²⁷⁵, o desenvolvimento orgânico das instituições públicas brasileiras não decorreu de uma necessidade econômico-burocrática²⁷⁶, mas sim como condição para a expansão do domínio político e social de agentes representantes de determinada elite oligárquica²⁷⁷. Enquanto a ideia de separação entre a política e a administração foi uma tendência concretizada já no final do século XIX²⁷⁸, no Brasil, o modelo burocrático weberiano apenas fora implementado na República Nova, com intuito de desenvolvimento urbano, industrial e econômico. Essa burocratização se afasta do campo político para permitir o profissionalismo setorial, o que permitiu a produção de políticas públicas em larga escala²⁷⁹.

Não obstante, as alianças políticas com a velha elite se mostravam necessárias para a estabilização do governo, o que manteve um vasto campo para a patronagem àqueles que apoiavam o chefe do Poder Executivo, isolando-se o princípio da meritocracia e profissionalismo a um setor específico da Administração Pública Indireta federal²⁸⁰.

Hodiernamente, o arcabouço axiológico da Administração Pública está previsto na CRFB/88. Dessa maneira, as regras e os princípios administrativos, assim como os direitos fundamentais exigíveis da Administração Pública, são instrumentos imprescindíveis na busca

²⁷⁵ A administração pública no Brasil surge sob duas perspectivas: uma centralizada, como resposta ao fracasso da administração privada das capitâneas hereditárias; e outra do fator social do poder, que se dava de maneira descentralizada, reconhecida pela privatização do espaço público. ABRUCIO, Fernando Luiz et al. A formação da burocracia brasileira: a trajetória e o significado das reformas administrativas. In: LOUREIRO et. al. op. cit., p. 29.

²⁷⁶ A economia brasileira até o fim da República Velha (1930) dependia basicamente da atividade rural, o que impossibilitava o desenvolvimento de empregos, sendo necessária a criação de cargos e funções públicas o que despertava o interesse de grandes latifundiários ou políticos para constituir sua base eleitoral e de influência política, fenômeno esse conhecido como patronagem. Ibid., p. 31.

²⁷⁷ A demarcação política e a imposição de governança deslocaram a influência territorial para a burocrática, como a posição de conselheiros do Poder Moderador e os cargos de Ministério, que não decorria do merecimento em razão da qualidade técnica ou profissional, mas sim por relacionamentos pessoais e pela política de apadrinhamento. Ibid.

²⁷⁸ LOUREIRO, op. cit., p. 73.

²⁷⁹ Em 1934, estabeleceu-se o concurso público como regra geral para acesso aos cargos públicos. O acesso aos quadros da DASP – Departamento Administrativo do Serviço Público – se dava mediante concurso público, o que garantiu uma elite intelectual meritocrática, para a realização de concursos públicos, gestão de pessoal, e dos gastos da União, principalmente sobre os ministérios, o que culminou no seu reconhecimento como um superministério. Além disso, o DASP permitiu a descentralização da burocracia, criando autarquias. Na insaciável vontade de centralização do poder, Getúlio Vargas impôs a criação dos DASPs estaduais, o que mantinha a sua autoridade via gestão política destes órgãos pelo interventor. Ibid., p. 26-108.

²⁸⁰ O período ditatorial brasileiro – 1964 a 1985 – se caracterizou pela ampliação do aparelhamento estatal de gestão administrativa, em decorrência do Decreto-Lei nº 200 de 1967, permitindo-se uma desconcentração do poder na função Executiva para a Administração Pública Indireta, fomentando-se um projeto de desenvolvimento via instituições públicas, sendo essas geridas profissional e meritocraticamente. Não obstante, as outras pautas, ainda vinculadas à Administração Pública Direta, sofriam com a ineficiência, decorrente da patronagem dos cargos públicos realizados em favor de apoio político. Ibid.

pelo fim da tutela de interesses eminentemente privados, principalmente no que concerne à distribuição de empregos, cargos, funções e o gasto público no exercício da administração estatal. Busca-se, portanto, a moralização, a transparência e a impessoalidade nas atividades do poder público.

No que tange especificamente aos cargos de Ministro de Estado, a escolha do representante para exercer essa função decorre diretamente da relação de confiança do chefe do Poder Executivo e do cidadão escolhido. Nesse sentido, o constituinte e o legislador optaram por conferir um baixo grau de vinculação para o processo de escolha. Contudo, a prática demonstra que outros fatores exercem grande influência na hora de indicar um ou outro indivíduo para preencher os respectivos Ministérios. O principal critério a ser levado em conta para a nomeação desses cargos é a necessidade da construção da base de governo no Congresso Nacional.

O sistema político brasileiro confere à Presidência da República a legitimidade para a propositura legislativa – via Medida Provisória, projetos de Emenda Constitucional, veto presidencial, etc – o que lhe garante a iniciativa de concretização da sua proposta política. Faz-se necessário, porém, que o seu projeto de governo esteja em sintonia com o do Congresso Nacional.

O processo eleitoral coincide a escolha dos membros das Casas Legislativas com a do representante do Executivo. Isso permite que o povo, em um determinado momento histórico, eleja candidatos para os dois Poderes com afinidades de propostas. Se assim ocorrer, a base de governo ocorrerá, naturalmente, pela vontade popular. Todavia, quando há divergência entre a composição de ambos é preciso traçar acordos para se estabelecer prioridades e concretizar os planos de governo.

Evidentemente, a pluralidade de interesses sociais divergentes e conflitantes entre si, somada à facilidade de criação de partidos políticos, permite uma composição heterogênea das Casas Legislativas, tanto regional, quanto ideológica. A força política de cada partido toma por consideração o número de deputados ou senadores eleitos. Quanto maior for o número de membros, maior o poder de barganha com o Executivo para a promoção da sua pauta política.

Nesse cenário, o objeto dessas negociações são os cargos da alta Administração Pública Federal, principalmente os Ministérios. Dessa forma, permite-se o estreitamento e padronização nas relações institucionais entre os Poderes Legislativo e Executivo, garantindo-

se uma unidade governista pela coadunação entre a Presidência da República e a maioria parlamentar²⁸¹.

Adverte-se que o presidencialismo de coalizão²⁸² é uma praxe que foi adotada em quase todas as Constituições Republicanas, salvo a primeira que, expressamente, previu a sua impossibilidade²⁸³. Destaca-se que o desempenho da função administrativa não acarreta a perda do mandato, podendo o representante voltar ao cargo legislativo nas hipóteses de exoneração ou de renúncia do cargo²⁸⁴.

Não se pode ignorar que além da formação da base de governo, há, ainda, interesses imorais, escusos e ilícitos. Recorrentemente, escândalos de corrupção demonstram que a gestão de determinada Pasta do Poder Executivo permite a negociação de contratos com empresas específicas em troca de recursos para os membros do alto escalão, assim como para o seu respectivo partido político. Em outras situações, busca-se a promoção de famílias tradicionais ou de indivíduos que procuram reforçar o seu poder regional pelas vias da patronagem e apadrinhamento na distribuição dos cargos públicos do respectivo Ministério²⁸⁵.

²⁸¹ “Dinheiro não é tudo. Empregos para distribuir não é tudo. Outras questões são incorporadas ao preço dos ministérios, como o poder de estabelecer a agenda política, proximidade com o presidente e capacidade de moldar o cenário eleitoral”. PASSARINHO, op. cit.

²⁸² Segundo Ana Paula de Barcellos, “o sistema de governo em curso no Brasil é identificado como presidencialismo de coalizão, pelo qual, de forma simples, o Presidente da República forma uma base de apoio parlamentar com múltiplos partidos, valendo-se de mecanismos variados de recompensa política com os partidos ou com os parlamentares diretamente. Essa base de apoio parlamentar é que viabiliza os planos e projetos do Executivo no âmbito do Congresso Nacional. No presidencialismo de coalizão brasileiro há, portanto, um bloco governista formado pelo Executivo e por sua base de apoio. Os constrangimentos políticos sobre a atuação do Presidente da República decorrem fundamentalmente da necessidade de se manter essa base no Congresso, o que repercute no teor das políticas adotadas – que refletem compromissos com os partidos aliados –, na própria composição do Governo, por meio da indicação de Ministros ou outras autoridades do Executivo por lideranças partidárias, e na liberação de verbas. De todo modo, havendo coesão entre o Executivo e uma base suficiente no Legislativo, ‘o governo funciona como se houvesse uma fusão de poderes’, e o Presidente se torna praticamente imune a qualquer tipo de controle parlamentar mais forte”. BARCELLOS, op. cit., p. 276.

²⁸³ “Art 50 - Os Ministros de Estado não poderão acumular o exercício de outro emprego ou função pública, nem ser eleitos Presidente ou Vice-Presidente da União, Deputado ou Senador. Parágrafo único - O Deputado ou Senador que aceitar o cargo de Ministro de Estado perderá o mandato e proceder-se-á imediatamente a nova eleição, na qual não poderá ser votado”. BRASIL. *Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 20 dez. 2018.

²⁸⁴ Arts. 29 e 30 da Constituição de 1824; art. 62 da de 1934; art. 51 da de 1946; art. 38 da de 1967; art. 36 da de 1969; e, por fim, art. 56, I da de 1988. Omissa, porém, a Constituição de 1937.

²⁸⁵ Comentando sobre a discrepância entre os interesses econômicos e os políticos, a autora ressalta, a título de exemplo, que “o Ministério das Cidades ocupa o 11º lugar no ranking de maiores orçamentos da Esplanada, com R\$ 10,1 bilhões em 2017. Mas a resposta para a “cobiça” dos políticos neste caso, pelo visto, não está no dinheiro que é investido diretamente, mas sim na visibilidade de programas populares vinculados à pasta, como o habitacional Minha Casa, Minha Vida, na influência junto a empreiteiras e no contato com governos locais e redutos eleitorais. A construção de casas envolve a participação de empreiteiras e também é uma política visível, que chama a atenção e deve dar voto”. PASSARINHO, op. cit.

Essa prática política provoca repercussões jurídicas, ensejando a responsabilização do Presidente pelos nomeados para o cargo de Ministro de Estado. Exige-se do chefe do Poder Executivo o dever de bem administrar, sob o risco de cometimento de crime de responsabilidade ou improbidade administrativa.

Nesse sentido, a nomeação de cidadãos que não se mostrem técnica ou idoneamente adequados fere o dever constitucional de moralidade administrativa, entre outros, na chefia da Administração Pública federal. Surge, assim, a necessidade de controle, visando-se o combate aos desvios ilegais e ilegítimos na distribuição dos cargos públicos.

A sindicância desse ato poderá ser realizada *interna corporis*, com o Poder Executivo realizando a autotutela dos seus atos, ou pela provação do Poder Judiciário, em razão do seu dever geral de proteção à ameaça ou à lesão de direitos. Destaca-se que a inafastabilidade de jurisdição se apresenta como um direito fundamental de tutela à lesão de interesses ou direitos dos indivíduos. Soma-se, a ela, o direito de participação democrática dos cidadãos nos atos estatais, instrumentalizada pela ação popular.

Havendo inércia da Administração em anular ou declarar nulo o ato administrativo pode o Poder Judiciário assim o fazê-lo? Nessa hipótese haveria, ou não, violação ao pacto republicano? Essas perguntas serão respondidas no próximo tópico.

4.2. A legitimidade da escolha do Presidente para a nomeação aos cargos de Ministros de Estado: um diálogo entre os princípios republicano e o democrático

A influência do pós-positivismo jurídico na construção da CRFB/88 é sentida a partir do seu dogmatismo e da sua complexidade analítica na institucionalização do Estado Democrático de Direito. A importância dos valores constitucionais contemporâneos é visualizada logo no capítulo inaugural da Carta Magna vigente: sob o título de princípios fundamentais, a democracia e a republicanismo são duas instituições estruturantes²⁸⁶ da República Democrática brasileira, conforme se extrai da leitura dos artigos 1º e 2º.

A democracia se caracteriza pelo reconhecimento da soberania popular como a fonte do poder estatal, sendo uma forma de governo. No cenário nacional, divide-se o seu conteúdo

²⁸⁶ A democracia e o republicanismo não podem ser considerados simplesmente como princípios, pois pela leitura da Constituição e da legislação vigente esses dois valores são manifestados, a depender do tema, como regras, preceitos ou princípios, o que as tornam verdadeiros fundamentos para a promoção de um Estado constitucional e democrático. Segundo Novellino os reconhece como princípios e afirma serem “(...) dotados de elevado grau de abstração, esses princípios são densificados por outros mais específicos que iluminam o seu significado em um processo de ‘esclarecimento recíproco’ (...)”. NOVELINO, op. cit., 2016, p. 239.

em forma e substância: quanto à formalidade, pode-se defini-la como a garantia de participação isonômica dos cidadãos no rito eleitoral para a escolha dos representantes a exercerem os cargos majoritários e proporcionais; em seu aspecto substancial, ela é o reconhecimento da superioridade do consenso dos valores e dos projetos sociais na Constituição, da existência de direitos fundamentais e de um sistema de garantias jurídicas – processuais²⁸⁷ e da legalidade – das ações estatais. Ademais, a democracia substancial envolve a participação e a deliberação de cada cidadão – como detentor de um poder próprio –, conferindo-lhe o direito de intervir, propor ou constringer os agentes políticos no exercício da governança pública a ampliarem os canais de participação e a tomarem decisões formadas a partir do consenso social²⁸⁸.

A ideia republicana, por sua vez, é a forma de governo eleita diretamente pelos cidadãos que se funda na ideia “de restrição ao poder absoluto, de governo justo e do exercício do poder político orientado para o bem da coletividade”²⁸⁹. Contemporaneamente, é possível reconhecer que, com o avanço do Estado de Direito, rompeu-se a clássica dicotomia entre República e Monarquia²⁹⁰, afirmando-se que se incluem, também, a representação/eletividade popular, a periodicidade/alternância dos mandatos e a responsabilidade jurídico-política em sua base conceitual²⁹¹.

Em um Estado Democrático de Direito, a democracia e o republicanismo se comunicam, tendo por fito tutelar a participação substancial dos indivíduos na gestão pública

²⁸⁷ “Fato que democracia hoje não se dá apenas pela possibilidade de escolha dos atores políticos, mas inclui ainda uma proteção constitucional que afirma: a superioridade da Constituição, a existência de direitos fundamentais, da legalidade das ações estatais, um sistema de garantias jurídicas e processuais”. FERNANDES, op. cit., p. 299.

²⁸⁸ A *accountability* e a responsividade são institutos que permitem a responsabilização dos governantes pela sua atividade política. Nesse contexto, a democracia contemporaneamente considerada não se resume ao rito formal da escolha de representantes, incluindo-se o núcleo substancial das decisões de governo. MOREIRA NETO, op. cit., 2005, p. 93.

²⁸⁹ A referida decisão popular fora tomada no Plebiscito realizado em 1993 como cumprimento ao artigo 2º do Ato Dispositivos Constitucionais Transitórios. BARCELLOS, op. cit., p. 118.

²⁹⁰ “Segundo Jorge Reis Novais, ganha relevo, a partir daqui (princípio da legalidade como parâmetro de controle dos atos administrativos), a noção de uma esfera pública que trate do interesse de todos e, em certa medida, seja por todos definida e controlada, em suma, uma Administração Pública racionalizada. Destarte, afirma que ‘um Estado racionalizado será um Estado cuja actuação é previsível, em que a Administração está limitada por regras gerais e abstractas, em que as esferas de autonomia dos cidadãos e a vida econômica não estão à mercê de ingerências arbitrárias do Monarca, mas antes protegidas e salvaguardadas pelas decisões racionais da sociedade esclarecida, representada no órgão da vontade geral’”. SCHIER, op. cit., p. 54.

²⁹¹ “A república se caracteriza pelo caráter representativo dos governantes, inclusive do Chefe de Estado (*representatividade*), pela necessidade de alternância no poder (*temporiedade*) e pela responsabilização política, civil e penal de seus detentores (*responsabilidade*). A forma republicana de governo possibilita a participação dos cidadãos, direta ou indiretamente, no governo e na administração pública, sendo irrelevante a ascendência do indivíduo para fins de titularidade e exercício de funções públicas”. NOVELINO, op. cit., p. 241.

de seus interesses e na proteção de direitos e garantias fundamentais frente à Administração Pública²⁹². Nas palavras de Adriana Schier²⁹³:

O direito de participação do cidadão na esfera administrativa (...) apresenta-se em, basicamente, duas dimensões. Uma primeira está direcionada à concretização do princípio do Estado de Direito enquanto a outra é voltada à efetivação do Estado Democrático. Nesta última perspectiva, pode-se afirmar, desde logo, que o direito de participação é o direito que se traduz na possibilidade de intervenção direta ou indireta do cidadão na gestão administrativa, de caráter consultivo, deliberativo ou fiscalizatório. (...). Assim, quanto à dimensão do direito de participação dirigida à concretização do princípio do Estado de Direito, tem-se que ele se manifesta através do princípio da legalidade, como uma modalidade de controle dos atos administrativos, titularizada pelos cidadãos.

Reconhece-se que a junção desses dois vetores emerge e planifica o princípio da separação dos órgãos estatais, caracterizando-se pela especialização, pela rígida independência e por um controle recíproco entre os Poderes do Estado²⁹⁴. Tais formas, embora clássicas, não podem ser lidas ignorando as novas preocupações que despontam com o neoconstitucionalismo, tais como “a legitimação democrática do governo, a eficiência da ação estatal e a sua aptidão para a proteção efetiva dos direitos fundamentais”²⁹⁵. Assim, a administração de excelência perpassa pela repartição equânime de funções no intuito de combater o uso arbitrário e abusivo do poder.

A partir do diálogo entre esses dois princípios, pode-se afirmar que a legitimidade do Presidente para nomear cidadãos para o cargo de Ministro de Estado resulta da vontade da maioria em lhe outorgar esse poder, somada à atribuição de competência constitucionalmente prevista. Assim, há uma presunção de legalidade e legitimidade relativas desses atos, e não absoluta²⁹⁶.

²⁹² “A república acarreta o governo fundado nas leis e não no interesse do ocupante da função pública. A democracia impõe a possibilidade de participação de todos os cidadãos, em igualdade de condições, no governo – seja por meio do voto ou de outros mecanismos de vinculação do governante à vontade do povo”. JUSTEN FILHO, op. cit., p. 124-125.

²⁹³ SCHIER, op. cit., p. 57-58.

²⁹⁴ BARCELLOS op. cit., p. 273.

²⁹⁵ SOUZA NETO op. cit., p. 306.

²⁹⁶ “A necessidade de mecanismos de controle sobre o Executivo é particularmente reforçada no Brasil pela circunstância de que ele concentra poderes amplíssimos. Em primeiro lugar, assim como em boa parte do mundo, o Brasil tem experimentado uma relevante transferência de poder (normativo em particular) para órgãos e entidades do Poder Executivo. (...) Em segundo lugar, o sistema de governo em curso no Brasil é identificado como presidencialismo de coalizão, pelo qual, de forma simples, o Presidente da República forma uma base de apoio parlamentar com múltiplos partidos, valendo-se de mecanismos variados de recompensa política com os partidos ou com os parlamentares diretamente. Essa base de apoio parlamentar é que viabiliza os planos e projetos do Executivo no âmbito do Congresso Nacional. (...) Dessa forma, os controles recíprocos próprios dos presidencialismos não se desenvolvem normalmente entre Executivo e Legislativo, mas entre maioria e minoria, isto é, entre Governo e oposição. Caso, por qualquer razão, esta não seja articulada ou relevante, o bloco governista segue praticamente sem controle”. BARCELLOS, op. cit., p. 276-277.

Nesse sentido, aponta-se que dois são os mecanismos de controle sobre os atos realizados pela Presidência da República: o puro/político e o jurídico. O controle puro é aferido pelos juízos democráticos de *accountability*²⁹⁷ e responsividade²⁹⁸. Nesse sistema, a responsabilidade dos governantes por suas más escolhas ocorrerá nas manifestações públicas que reduzem drasticamente a correspondência entre a visão do governante e da sociedade quanto à medida correta na tutela do interesse público²⁹⁹, assim como nas rodadas eleitorais de alternância de governo³⁰⁰. Esse controle recai principalmente nas coalizões lícitas e legítimas entre partidos políticos na gestão do governo.

Verifica-se que o controle social determina o grau de legitimidade democrática e republicana da atuação dos governantes na pacificação e na promoção dos interesses sociais. Nessa senda, quanto maior forem os questionamentos, menor será a presunção da legitimidade dos atos do governo e, conseqüentemente, reduzir-se-á a deferência dos cidadãos às escolhas públicas.

Nessas situações de graves crises políticas, havendo a quebra de confiança entre o representado e o representante, desloca-se o controle social da arena política, para o jurídico. Dessa forma, o controle jurídico parte da previsão constitucional da inafastabilidade de jurisdição, que permite a busca, pelas vias judiciais, da pacificação de conflitos não solvidos administrativamente, desde que envolvam ameaça ou lesão a algum direito ou interesse³⁰¹.

²⁹⁷ Pode-se definir o seu conceito como os limites formais e informais de atuação de agentes público-políticos que, ao violarem deveres legais ou políticos, serão responsabilizados e sancionados jurídica e politicamente. Percebe-se, portanto, que o conceito de *accountability* se relaciona com a responsabilidade e as conseqüências jurídicas e não-jurídicas das suas condutas. XAVIER, Roberto Salles. *Accountability e as suas múltiplas abordagens: um balanço teórico*. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/APB649.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2018.

²⁹⁸ Sérgio de Azevedo e Fátima Anastasia citando Przeworski, afirmam que “governos são responsáveis quando os cidadãos têm possibilidade de discernir aqueles que agem em seu benefício, e podem lhes impor sanções apropriadas, de modo que os governantes que atuam em prol do benefício dos cidadãos sejam reeleitos, e os que não o fazem sejam derrotados”. E governos responsivos são aqueles que promovem os interesses dos cidadãos, escolhendo políticas “que uma assembléia de cidadãos, tão informados quanto o Estado, escolheria por votação majoritária, sob os mesmos constrangimentos institucionais”. AZEVEDO, Sérgio de; ANASTASIA, Fátima. Governança, Accountability e Responsividade. *Revista de Economia Política*. V. 22, nº 1, jan-mar. 2002, p. 3.

²⁹⁹ “O controle social puro pode – e, a rigor, deve – se manifestar também ao longo dos mandatos dos representantes eleitos. Por meio de protestos, manifestações públicas ou pressão dos eleitores sobre os representantes eleitos, dentre outras formas, a população pode demonstrar seu interesse em determinadas providências, ou desagrado em relação a alguma política, de modo a influenciar, ou mesmo conduzir a ação dos agentes públicos”. BARCELLOS, op. cit., p. 121.

³⁰⁰ As dificuldades da *accountability* se tornam evidentes quando os meios de responsabilização política pelo mandato se limitam às eleições posteriores, pois “(a)s eleições não contêm nenhum instrumento que obrigue os políticos a cumprir suas promessas de campanha”. ARANTES, Rogério Bastos, et. al. Controles democráticos sobre a Administração Pública no Brasil: Legislativo, Tribunais de Conta e Ministério Público. In: LOUREIRO. op. cit., p. 117.

³⁰¹ “A Constituição de 88 contém vários elementos que convergem com o ideário republicano. (...). Atribui-se ao cidadão a possibilidade de fiscalizar a gestão da coisa pública, por meio de instrumentos como direito de receber

Questiona-se, nessa senda, se a anulação pelo Poder Judiciário do ato que nomeia alguém a Ministro de Estado seria uma violação aos princípios da separação dos poderes e da democracia.

A priori, torna-se inegável que a nomeação para o cargo de Ministro de Estado é de vital importância, muito em razão da subordinação e da máxima aproximação à Presidência da República para a tutela dos interesses públicos e a realização da agenda política dos governantes. Não há dúvidas de que as alianças políticas fazem parte das relações institucionais do Estado brasileiro. Impugnar tais acordos, por si só, afrontaria a própria legitimidade dos Poderes Executivo e Legislativo na governança do país³⁰².

Contudo, sustentar que o controle judicial nas hipóteses de patrimonialismo, clientelismo e patronagem violaria os princípios do Estado Democrático de Direito seria inverter a lógica do ordenamento jurídico, assim como esvaziar o próprio conteúdo axiológico da democracia e da república³⁰³. O estado de coisas inconstitucionais que vivenciam as sociedades latino-americanas exige que a hermenêutica constitucional seja voltada para o combate da corrupção, das práticas partidárias contrárias ao Direito, do abuso do poder, da interferência positiva nas políticas econômicas e, principalmente, da proteção das minorias e populações estigmatizadas³⁰⁴.

dos órgãos públicos informações de interesse geral ou coletivo (art. 5º, XXXIII), de peticionar aos poderes públicos contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, XXXIV, 'a'), e de defender em juízo o patrimônio público, a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural, por meio da ação popular (art. 5º, LXXIII). A nossa jurisprudência constitucional, por outro lado, tem invocado o princípio republicano em diversos contextos, para afastar privilégios, promover a moralidade pública e viabilizar o controle da cidadania sobre a ação dos governantes.”. SARMENTO; SOUZA NETO, op. cit., p. 219.

³⁰² A crise da legitimidade democrática é, ao mesmo tempo, a crise da separação dos poderes estatais. No caso brasileiro, “a separação rígida entre os Poderes precisa lidar com o fato de que qualquer um deles pode cometer graves infrações. Sob pena de criarem-se bolsões de irresponsabilidade absoluta, é importante contemplar essas situações com algum tipo de controle – o poder, onde estiver, deve ser controlado”. Ibid., p. 275.

³⁰³ “O republicanismo no Brasil tem sido associado a diversas causas importantes, como a defesa da moralidade na vida pública, o combate à confusão entre o público e o privado na atuação dos agentes estatais, na luta contra a impunidade dos poderosos e o incremento à participação dos cidadãos na tomada de decisões pelo Estado e no controle da atuação dos governantes. Infelizmente, nossas relações sociais e políticas ainda mantêm características profundamente antirrepublicanas: o patrimonialismo, o clientelismo, o ‘jeitinho’ e a cultura de privilégios para governantes e elite. Não é incomum que governantes tratem a ‘coisa pública’ como bem particular, e que ponham os seus interesses, ou os do seu grupo ou partido político, à frente do interesse da coletividade.”. Ibid., p. 218.

³⁰⁴ “De acordo com Rodrigo Uprimny Yepes, Judicialization of politics in Colombia, International Journal on Human Rights 6:49, 2007, p. 50, algumas das mais importantes hipóteses de judicialização da política na Colômbia envolveram: a) luta contra a corrupção e para mudança das práticas políticas; b) contenção do abuso das autoridades governamentais, especialmente em relação à declaração do estado de emergência ou estado de exceção; c) proteção das minorias, assim como a autonomia individual; d) proteção das populações estigmatizadas ou aqueles em situação de fraqueza política; e e) interferência com políticas econômicas, em virtude da proteção judicial de direitos sociais”. BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/publicacoes/>>; Acesso em: 8 mar. 2019. p. 7.

Visando corrigir os desvios políticos e governamentais, o constituinte aumentou o número de legitimados e de hipóteses de postulação para a tutela do interesse público e dos direitos coletivos³⁰⁵. Essa ampliação do acesso à Justiça tem, por consequência, a evolução da democracia – em seu aspecto participativo –, assim como a expansão da atividade normativa jurisdicional³⁰⁶. O seu ônus, porém, é transferir para a arena jurisdicional, questões antes pertencentes ao campo da política, movimento esse denominado de judicialização da política³⁰⁷.

A judicialização pode ocorrer de maneira premeditada³⁰⁸, que são as hipóteses de inércia deliberada dos órgãos políticos e do uso do Poder Judiciário como sucedâneo recursal da instância política³⁰⁹, assim como por descrença e desconfiança dos indivíduos nas instituições majoritárias³¹⁰, entre outras³¹¹. Muitas dessas questões judicializadas podem ser

³⁰⁵ Segundo Rodrigo Brandão, o catálogo de direitos e o acesso às cortes pelos grupos políticos permitem o movimento de judicialização da política. BRANDÃO, op. cit., 2013, p. 193.

³⁰⁶ Rodrigo Brandão afirma que “...se vê que há uma propensão natural a que o Judiciário e a democracia avancem juntos. Explica-se: se a alternância dos grupos políticos no poder e a incerteza eleitoral são características básicas das democracias bem ordenadas e também da expansão do Judiciário, pode-se dizer que uma das causas principais para a ampliação dos poderes dos juízes é a expansão — também global — da democracia”. Ibid., p. 184-185.

³⁰⁷ “Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo”. BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/publicacoes/>>; Acesso em: 8 mar. 2019. p. 6.

³⁰⁸ “Em casos politicamente custosos, os poderes Legislativo e Executivo podem, de um modo estratégico, por meio de uma inércia deliberada, abrir um espaço para a atuação ativista dos tribunais. Temas profundamente controvertidos, sem perspectiva de consenso na sociedade, tais como a abertura dos arquivos da ditadura militar, uniões homoafetivas, aborto, entre outros, têm os seus custos políticos estrategicamente repassados para os tribunais, cujos integrantes não precisam passar pelo crivo do voto popular após suas decisões”. RIBAS VIEIRA et. al. apud Ibid., p. 7.

³⁰⁹ Segundo Rodrigo Brandão “Há, basicamente, dois tipos de condição facilitadora deste fenômeno: as políticas e as institucionais. Dentre as políticas se destaca a democracia: (i) neste regime há sensível fracionamento do poder, surgindo problemas de coordenação que tendem a ser dirimidos pelo Judiciário; (ii) os vários pontos de veto presentes num sistema fragmentado podem criar dificuldades para a coalização governamental se pronunciar sobre questões altamente controvertidas, bem como para que ela reaja a decisões judiciais proferidas nessas matérias; (iii) Ademais, nas democracias bem ordenadas há alternância no poder, de modo que o risco constante de derrota eleitoral tende a estimular a constitucionalização de matérias, para evitar que o grupo vencedor possa, por maioria simples, alterar completamente a ordem jurídica. Note-se que a separação dos poderes e o federalismo também são importantes condições políticas para a judicialização, pois promovem forte fragmentação do poder político, criando problemas de coordenação que o Judiciário é chamado a resolver. São, por sua vez, condições institucionais: a existência e a eficácia do catálogo de direitos fundamentais; a amplitude do controle de constitucionalidade e os efeitos das suas decisões; a abrangência e o relevo político das competências da Suprema Corte; e a constitucionalização abrangente”. BRANDÃO, op. cit., 2013, p. 214.

³¹⁰ Neal Tate afirma que, “quando o público e líderes de grupos de interesse e de organizações sociais importantes consideram que as instituições majoritárias estão imobilizadas, só atendem ao próprio interesse, ou mesmo são corruptas, não é surpreendente que aceitem a transferência de poderes políticos ao Judiciário, que tem reputação de expertise e retidão, possuindo igual ou maior legitimidade que os administradores públicos e os legisladores. Na verdade, tal tendência deve apenas ocorrer quando se reputar que as instituições judiciais têm maior respeito e legitimidade do que outros entes governamentais”. Ibid., p. 192.

³¹¹ Rodrigo Brandão, baseado na doutrina de Ran Hirschl, considera o fenômeno da expansão global do Poder Judiciário sob as justificativas de que: “(i) transferência de prerrogativas tradicionais dos Poderes Legislativo e

consideradas como casos difíceis, o que acaba por constranger o Judiciário a exercer ativamente uma função que não lhe é usual.

Nessas hipóteses de proatividade judicial, a crítica feita se fundamenta na ausência de legitimidade eleitoral na investidura para os cargos de magistrados, correlacionando a capacidade administrativa e legislativa à democracia formal³¹². Sustenta-se que os cidadãos escolhidos pela coletividade como seus representantes estariam mais bem preparados para apreender os interesses sociais e lhes representá-los.

Esse questionamento não pode ser resolvido sem uma análise da realidade político-constitucional brasileira. Defende-se, sob o prisma do rito eleitoral, que os parlamentares são dotados de legitimidade representativa em virtude dos votos recebidos. O modelo democrático adotado no Brasil é o semidireto, no qual os cidadãos podem participar tanto diretamente na realização das decisões políticas do governo, quanto elegendo representantes que defendam valores e interesses afins³¹³.

Todavia, a legitimidade não se perfectibiliza com o escrutínio: ela é líquida, sendo renovada diariamente. Faz-se necessário, portanto, que, durante o exercício do mandato, haja uma continuidade da vinculação entre o representante e o representado. Havendo a quebra de confiança, em regra, confere-se o poder democrático do voto destituente ao cidadão³¹⁴. No

Executivo ao Judiciário (p. ex., relações internacionais, política fiscal e segurança nacional), (ii) corroboração judicial de mudanças de regime, (iii) a fiscalização do processo democrático, (iv) justiça restaurativa, (v) questões que são a verdadeira razão de ser da política, notadamente a solução de conflitos étnicos, linguísticos e religiosos em sociedades profundamente divididas”. Ibid., p. 177-178.

³¹² Nas palavras de Ives Gandra da Silva Martins “O que se discute – e esta é a grande questão que me preocupa e à maioria dos operadores do Direito- é se pode ou não o Supremo Tribunal Federal legislar, substituindo o Congresso Nacional, sempre que se entender que este não esteja exercendo bem suas funções, estando os onze Ministros autorizados a produzir as leis que as duas Casas legislativas não produziram. (...). Pode a Suprema Corte, como legislador negativo, NEGAR APLICAÇÃO À LEI INCONSTITUCIONAL, mas jamais criar direito novo, como legislador positivo, em países presidencialistas, à luz de interpretação raramente usada em países parlamentaristas, onde não há nítida separação de poderes.” MARTINS, Ives Gandra da Silva. *STF: legislador positivo ou negativo?* Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/stf-legislador-positivo-ou-negativo/>>; Acesso em: 10 abr. 2019.

³¹³ Artigos 1º, parágrafo único, e 14, entre outros da CRFB/88. BRASIL, op. cit.

³¹⁴ Durante a elaboração da Assembleia Nacional Constituinte, havia previsão expressa do instituto proposta por Lysâneas Maciel – relator da subcomissão de Direitos Políticos, Coletivos e Garantias –, sob a justificativa da “necessidade do povo se fazer presente na política e não mais ser esquecido pelos seus representantes. Assim, os eleitores de uma determinada região poderiam, pela má atuação e falta de confiança no parlamentar, cassar o mandato e, assim, participar das decisões públicas, escolhendo as suas prioridades”. Por sua vez, tal mecanismo fora excluído por João Rezek, sob o fundamento de que “o referido procedimento de revogação do mandato por parte do eleitorado significaria uma ‘nova forma de cassação indiscriminada e inadmissível de mandatos parlamentares que foi, aliás, características dos governos militares e por isso mesmo autoritários’”. Posteriormente, houve mais debate acerca da sua inclusão, o que não acabou acontecendo, conforme leciona Rafael Gomes, em sua dissertação de mestrado. GOMES, Rafael Bravo. *Institutos de Democracia Semidireta na Assembleia Nacional Constituinte: momentos de constituinte ou termidor?* 2015. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC, Rio de Janeiro, 2015, p. 126; 128.

Brasil, porém, retirou-se esse instrumento social-político da coletividade para concedê-lo à respectiva casa representativa, o que restringe, por si, o direito de participação³¹⁵.

Conquanto se tenha optado pelo presidencialismo, há nuances de institucionalização parlamentarista. O problema é a internalização de determinados institutos como, por exemplo, as figuras de Ministro de Estado – característico daquele modelo – e a exclusão de outros, como o procedimento do *recall*, o que torna o sistema de governo brasileiro único.

Dessarte, José Jairo Gomes³¹⁶ critica a falta de controle sobre a eficiência do mandato, assim como a ausência do respectivo instituto no modelo nacional. Assim, afirma-se que a quebra de confiança na representação política implica em uma ilegitimidade de investidura, que perpetua uma crise no sistema democrático brasileiro³¹⁷.

Por outro lado, não se pode olvidar que o processo de concurso público e as indicações políticas para o preenchimento dos cargos da magistratura são institutos que, assim como as eleições, instrumentalizam a democracia brasileira. Nesse contexto, a garantia da igualdade de oportunidades na concorrência, a impessoalidade no processo de escolha e o requisito de qualificação do candidato ao cargo vago são meios vinculativos do mérito da decisão de nomeação do magistrado³¹⁸.

O ponto nodal que confere a estabilização da legitimidade entre os processos democráticos de manifestação popular, que privilegia a quantidade de pessoas que se identificam com um determinado candidato, e o de meritocracia, que prioriza a qualidade

³¹⁵ É o que dispõe o art. 54, §2º da CRFB/88. BRASIL, op. cit.

³¹⁶ “Na verdade, ao se investirem no mandato, os políticos fazem dele o que bem entendem. A experiência tem revelado que alguns o buscam por motivos inconfessáveis, mas sempre sob o manto de um discurso bem urdido, bem lapidado. Na verdade, jamais existiu controle sério e eficaz do exercício do mandato. (...) Percebe-se certo desencantamento pelo atual modelo de democracia representativa. Nem os partidos nem os mandatários se sentem obrigados a manter as promessas e os compromissos assumidos anteriormente, inclusive no período da campanha. Aliás, por vezes, nem mesmo o ideário do partido é observado. (...) Defende-se a implantação de uma efetiva democracia representativa. Nela, o mandato deve estar sob controle popular, inclusive com risco de perda (*recall*), de sorte que o mandatário não se sinta tentado a se enveredar por caminhos eticamente escusos”. GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 51-52.

³¹⁷ Marco Aurélio Bellizze Oliveira afirma que na hipótese de quebra da confiança entre o mandatário do cargo eletivo e o eleitor (...) restará atingida a espinha dorsal do próprio sistema, com os deletérios efeitos daí decorrentes, instalando-se círculo vicioso interminável, em que os representantes do povo, de fato patrocinam interesses outros que não os dos mandantes, ensejando a instalação e perpetuação de verdadeira crise no sistema, decorrente da falta de legitimidade da investidura, que contamina todo o exercício do mandato parlamentar. OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze. *Abuso de poder nas eleições: A inefetividade da ação de investigação judicial eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 18.

³¹⁸ “A imposição constitucional de acesso aos cargos e empregos públicos mediante concurso público tem importante razão de ser: o princípio democrático exige participação popular no exercício das atividades estatais; o princípio da isonomia garante que todos devem ter igualdade de oportunidades e condições para ascender às posições públicas estáveis; e o princípio da eficiência impõe a escolha dos mais aptos para ocupar tais posições”. MOTTA, Fabrício. Concursos públicos e o princípio da vinculação ao edital. In: *Revista de Direito Administrativo*. n. 239, Rio de Janeiro, jan./mar. 2005, p. 146.

técnica do representante público, é a dinâmica do exercício de governo do Estado. Nesse contexto, os Poderes Legislativo e Executivo são compostos organicamente pelo crivo das maiorias, enquanto o Judiciário pelo meritocrático, o que lhe permite atuar – a depender dos bens constitucionais em debate – em sentido oposto ao legislador e ao administrador, exercendo, assim, uma função contramajoritária na tutela de demandas sociais e anseios políticos, garantindo-se a eficácia do texto constitucional³¹⁹.

É mister salientar que a tese das posições majoritária e contramajoritária provêm do presidencialismo puro norte-americano, o qual possui mecanismos de revogação do mandato pelo crivo popular. Em contrapartida, no Brasil, a carência de tais institutos fragiliza a adoção desse posicionamento.

Sob essa premissa, o desacerto que recorrentemente se comete é suscitar o mandato eletivo como a razão da legitimidade democrática majoritária, quando, na verdade, o que há é a simples atribuição de competências, uma vez que não existe qualquer vinculação jurídica entre a plataforma política eleitoral acolhida pelos cidadãos e o exercício do mandato³²⁰.

No entanto, a temática ainda busca limitar uma postura ativista do magistrado³²¹. O desenho institucional realizado pelo constituinte estabelece que o preenchimento dos espaços vazios – a depender do bem jurídico tutelado³²² – poderá ser realizado por qualquer uma das funções estatais. A fundamentação crítica que deve ser levada a sério para uma autocontenção

³¹⁹ “O que cabe destacar aqui é que a Corte desempenha, claramente, dois papéis distintos e aparentemente contrapostos. O primeiro papel é apelidado, na teoria constitucional, de contramajoritário: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (i.e., de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, como juízes e Ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo contramajoritário. O segundo papel, menos debatido na teoria constitucional, pode ser referido como representativo. Trata-se, como o nome sugere, do atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional”. BARROSO, Luís Roberto. *Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/publicacoes/>>; Acesso em: 8 mar. 2019, p. 15.

³²⁰ Na lição de Jairo Gomes. “a eleição, a escolha do representante, é, portanto, uma atribuição de competência. Nada o vincula, juridicamente, à vontade dos eleitores. No máximo, reconhece-se que a moral e o seu próprio interesse o impelem de atender os desejos do eleitorado. A moral porque a eleição não se obtém sem promessas. O próprio interesse porque o tempo trará nova eleição (...)”. FERREIRA FILHO apud GOMES, op. cit., p. 51.

³²¹ “(...) a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios”. BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/publicacoes/>>; Acesso em: 8 mar. 2019, p. 9.

³²² O indivíduo poderá, diante da lesão ou ameaça a direito, provar a apreciação da lide pelo Poder Judiciário, havendo um mandamento negativo de atuação legislativa, nos termos do artigo 5º, XXXV da CRFB/88. No mesmo sentido, havendo direitos com eficácia contida ou limitada, poderá o indivíduo postular perante o juízo buscando o suprimento da omissão legislativa, nos termos do artigo 5º, LXXI da CRFB/88 conjugado com a Lei nº 13.300 de 23 de jun. de 2016.

judicial gravita em torno da capacidade institucional do Judiciário em colmatar os conflitos que envolvam assuntos constitucionais e infraconstitucionais predominantemente políticos.

Defende-se, porém, que embora a competência pré-definida na Constituição seja um indicativo da respectiva instituição com maior capacidade técnica, há exceções que devem se pautar no bem jurídico debatido, e não em regras orgânicas. Questões que digam respeito a valores substantivos e a procedimentos na aplicação de regras, princípios e preceitos constitucionais são suscetíveis à intervenção judicial, permitindo-se um controle de intensidade mínima, no sentido de se conferir uma moldura às funções estatais³²³. Assim, por não se adentra ao mérito, mas apenas se revoga aquelas decisões que se apresentem irrazoáveis, incongruentes, ilógicas ou inadequadas, o equilíbrio dos freios e contrapesos institucionais se mantém, refutando-se a ideia de que tal intervenção caracteriza um ativismo judicial³²⁴.

Dessa maneira, no próximo tópico, analisar-se-á as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a viabilidade da sindicância sobre os atos de nomeação pelo Presidente da República para os cargos de Ministro de Estado sob o prisma da moralidade.

4.3. O controle jurisdicional do ato de nomeação para o cargo de Ministro de Estado sob o prisma da moralidade

Conforme exposto, o presidencialismo de coalizão é um método inerente ao sistema político brasileiro. A distribuição dos cargos de Ministro de Estado é uma prática institucionalizada de interação entre os Poderes do Legislativo e do Executivo na busca de formação da maioria congressional para se executar os planos de governo. Embora esse costume possua natureza eminentemente política, ele não está apartado das ciências jurídicas, o que permite uma intervenção do Judiciário quando houver extrapolação da sistemática e teleologia do Direito, principalmente no que tange à moralidade³²⁵.

³²³ “O poder constituinte, titularizado pelo povo, elabora a Constituição. A Constituição tem por propósito submeter a política ao direito, impondo a ela regras procedimentais e determinados valores substantivos. Isso não significa, todavia, quer a judicialização plena quer a supressão da política, mas a mera existência de limites, de uma “moldura” (...).” BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/publicacoes/>>; Acesso em: 8 mar. 2019, p. 17.

³²⁴ A base para a teoria do controle jurisdicional sobre os atos administrativos irrazoáveis, incongruentes, ilógicas ou inadequadas advém do modelo franco-italico, conforme esboçado por Eduardo Jordão. JORDÃO, op. cit., p. 93.

³²⁵ “Acreditamos que deveriam ser criados requisitos mais específicos e direcionados para a nomeação de Ministros de Estado, indo além dos estabelecidos na Constituição. Os últimos anos acabaram por descortinar

Nesse contexto, a taxonomia da moralidade aponta para a sua natureza de conceito jurídico indeterminado – e não uma mera textura aberta de linguagem –, o qual possui duas zonas pré-determinadas e empiricamente estimadas, que formam o núcleo conceitual do termo analisado, chamadas de zona de certeza positiva – que é o mínimo permitido – e de certeza negativa – que é o mínimo proibido –, e uma de incerteza, que necessitará de intelecção para se chegar a sua definição.

Pode-se dizer que as zonas positiva e negativa são opostas uma a outra. Dessa maneira, o conceito de moralidade administrativa perpassa pelo dever jurídico da boa administração e pelo preceito de idoneidade moral no preenchimento dos cargos públicos, otimizados pela participação popular na governança estatal. Por outro lado, a zona de incerteza da moralidade administrativa é constituída pela ausência de consenso acerca da sua aplicabilidade em determinados casos concretos³²⁶.

O controle jurisdicional do ato de nomeação para cargos de Ministro de Estado se encontra justamente nessa zona de incerteza. Se por um lado a CRFB/88 apenas esboçou categoricamente requisitos formais – critério etário, de nacionalidade e de cidadania –, por outro há um vácuo legal acerca do tema³²⁷.

essa necessidade de alteração do art. 87 da CR/88, tendo em vista um rigor maior na normatividade constitucional para as nomeações. É claro que uma mudança na Constituição nesse tema não iria impedir nomeações equivocadas, inadequadas e infelizes que podem ocorrer às vezes fruto do próprio jogo político em que o Presidente da República e seus aliados (sua base de governo) estão inseridos.”. FERNANDES, op. cit., p. 1124.

³²⁶ Embora haja um intenso debate sobre a natureza da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, se estão encampados pelo poder discricionário ou se se submetem ao crivo jurisdicional, para as pretensões desse trabalho pormenorizá-lo não traria grandes implicações, uma vez que sua solução reside na postura do Judiciário diante do caso concreto, e não uma regra pré-fixada e engessada. Filia-se, todavia, ao posicionamento de Marçal Justen Filho, para quem “A diferença entre interpretação e discricionariedade reside na opção adotada pelo legislador. A discricionariedade é um modo de construção da norma jurídica, caracterizado pela atribuição ao aplicador do encargo de produzir a solução por meio de ponderação quanto às circunstâncias. Ou seja, a discricionariedade significa que a lei atribuiu ao aplicador o dever-poder de realizar a escolha. Já a interpretação corresponde a uma tarefa de (re)construção da vontade normativa estranha e alheia ao aplicador. O intérprete não atribui sua conclusão a um juízo de conveniência próprio, mas ao sistema jurídico. Na interpretação, o aplicador não revela a vontade do legislador, mas a vontade legislativa que é determinada pelo sistema jurídico em si mesmo”. JUSTEN FILHO, op. cit., p. 164-165.

³²⁷ Aponta-se que tramita no Congresso Nacional o projeto de Emenda Constitucional nº 11 de 2011 para reformar a redação do caput e transformar o antigo parágrafo único em §1º e incluir o §2º com a seguinte redação: Art. 87. O Ministro de Estado será escolhido dentre brasileiros maiores de vinte e um anos de idade e no pleno exercício dos direitos políticos, sendo vedada a nomeação daqueles que tenham sido considerados inelegíveis pela Justiça Eleitoral para qualquer cargo, durante o prazo da inelegibilidade. (...).§ 2º As mesmas condições e vedações previstas no caput deste artigo aplicam-se à nomeação para os cargos que tenham status idêntico ou equiparado ao Ministro de Estado, bem como para os Secretários Executivos dos Ministérios e demais órgãos da administração direta. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 11 de 2011*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=498388>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

Isso não pode ser traduzido como margem de liberdade ou legitimação da escolha pessoal do administrador³²⁸. Havendo um descompasso entre a nomeação e o ordenamento jurídico, deverá o juiz ponderar entre a vontade normativa e a psicológica do agente público, predominando a interpretação que melhor conferir a máxima eficácia do Direito³²⁹.

Sob esse prisma, entende-se que ao consubstanciar o ato nominativo aos mandamentos do ordenamento jurídico, não se pode falar em criação ou ativismo ilegal, pois o que ocorre é mera a explicitação da norma constitucional pelo Judiciário, uma vez que a solução em si já é predeterminada pela Constituição, não possuindo o juiz discricionariedade para criar o seu conteúdo³³⁰. A jurisdição, nesses casos, integraliza a hipótese legal aos fins e aos axiomas previstos na Constituição e na legislação vigente.

Não por menos, o Supremo Tribunal Federal tem formado uma orientação jurisprudencial no sentido de nortear os juízos para solucionar as controvérsias – judicializadas pelas ações populares – sobre a nomeação de cidadãos para o cargo de Ministro de Estado ou Secretários estaduais e municipais. Todavia, tal debate está longe de ser pacificado, como se pode extrair da análise dos mais recentes julgados sobre o tema.

4.3.1. A violação do dever da moralidade no desvio de finalidade: os casos Lula e Moreira Franco

O início das investigações da Operação Lava-Jato e, concomitantemente, o controle político que ensejou o processo de impedimento em face de Dilma Rousseff, deflagrou uma

³²⁸ Segundo Marçal Justen Filho, “um dos maiores equívocos reside em submeter a discricionariedade à disciplina do direito subjetivo privado. O erro pode ser causado pela afirmativa de que a discricionariedade envolve uma margem de liberdade ou legitimação da escolha pessoal do aplicador. Essa fórmula verbal é muito perigosa, porque pode conduzir à suposição de que o aplicador do direito estaria na mesma posição jurídica do credor, numa relação de direito privado. (...) A discricionariedade é uma manifestação da disciplina funcional própria do direito administrativo. Apresenta feição de dever-poder; não se apresenta como faculdade a ser exercitada segundo juízos de conveniência pessoal”. JUSTEN FILHO, op. cit., p. 171.

³²⁹ Para Régis Fernandes de Oliveira “não se pode confundir discricionariedade com os conceitos jurídicos indeterminados, entendendo, no entanto, que em alguns casos práticos, não se tem certeza, através de dados objetivos, qual o real sentido da norma. Nessas hipóteses, caberá ao juiz adentrar no exame das provas, na análise das controvérsias que lhe são submetidas, até onde tiver elementos seguros de interpretação. Desta forma, é possível ao magistrado afirmar que o administrador não atribuiu o alcance correto de certo conceito jurídico indeterminado no caso concreto. Porém é vedado ao juiz avançar, dizendo qual o exato valor daquele conceito, sob pena de substituir indevidamente, o administrador”. OLIVEIRA apud TOURINHO, op. cit., p. 104.

³³⁰ Segundo André Dias, “na visão de Crisafulli, quando se decide ‘a rime obbligate’, a componente reconstrutiva ou aditiva da decisão não cria direito *ex novo*. Não há criação, mas mera explicitação da norma latente na Constituição pela Corte. A criação normativa é meramente aparente. E mesmo que se quisesse falar de criação de direito novo pela decisão de efeitos aditivos, seria uma legislação ‘a rime obbligate’, de todo em todo vinculada à Constituição, sem margem de discricionariedade para o decisor (*‘soluzione costituzionalmente obbligata’*). A solução já é predeterminada pela Constituição: a decisão simplesmente a manifesta”. FERNANDES, op. cit., p. 228.

grande instabilidade política e jurídica nas relações institucionais entre os Poderes da República. Enquanto os acordos de delação premiada apontavam um possível envolvimento do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva em esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro, a ruptura da base governamental indicava pela perda do mandato da então Presidente pelo processo de *impeachment*.

Em meio a inconstância política, a nomeação de Luís Inácio Lula da Silva para o cargo de Chefe da Casa Civil – que possui o status de Ministro de Estado – gerou uma comoção nacional em torno da sua legalidade. Não menos do que 110 ações populares foram ajuizadas com pedido de anulação do ato administrativo³³¹.

De um lado, a justificativa seria de recomposição da base política no Congresso Nacional com intuito de não dar seguimento ao processo de impedimento. De outro, acusava-se que a medida acarretaria consequências jurídicas, enfocando-se a prerrogativa de foro privilegiado, o que impediria a manutenção da instrução criminal em sede de juízo³³².

Nesse ínterim, alguns partidos políticos apresentaram Medida Cautelar em sede de Mandado de Segurança contra a nomeação feita pela Presidência da República, buscando, diretamente, um posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria controvertida e, indiretamente, a supressão das instâncias ordinárias recursais na busca de uma decisão célere. A relatoria do processo nº MS 34070 MC/DF, por sua vez, foi sorteada ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

Os argumentos jurídicos dos impetrantes se baseavam na violação do princípio da moralidade prevista no artigo 37 *caput* da Constituição. Sustentou-se que a nomeação de Luís Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro de Estado configuraria desvio de finalidade, uma vez que a medida buscava conferir prerrogativa de foro de jurisdição, obstruindo-se, indiretamente, a ação penal fruto da Operação Lava-Jato.

Em sua fundamentação, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes pondera duas questões de suma importância, uma de aspecto processual e a outra de material. A primeira diz respeito à legitimidade “*ad causam*” dos partidos políticos para ajuizarem mandado de segurança

³³¹ CONJUR. *STJ define que vara do DF vai analisar ações contra nomeação de Lula como ministro*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-17/stj-define-vara-df-analisar-acoes-nomeacao-lula>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

³³² GLOBO. *Planalto anuncia Lula como novo ministro da Casa Civil*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/planalto-anuncia-lula-como-novo-ministro-da-casa-civil.html>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

coletivo na tutela de interesses difusos. A segunda é quanto à ponderação entre o princípio da separação dos poderes e os princípios constitucionais de observância obrigatória pela Administração Pública.

No que tange à legitimidade extraordinária processual, o relator alterou a sua antiga posição – “discordância quanto à possibilidade do partido político impetrar segurança em favor de interesses outros que não os de seus eventuais filiados”³³³ – para entender a existência de um poder implícito, uma vez que não se lhe exigem pertinência temática para a propositura de controle concentrado de constitucionalidade.

Por sua vez, no que concerne à matéria constitucional, o Ministro entendeu que seria viável a interpretação analógica quanto ao cabimento do mandado de segurança coletivo. Se se cabe o *writ* tendo por objeto o processo legislativo, deve-se estender a sua aplicação aos procedimentos administrativos.

Superada a legitimidade, o mérito foi examinado sob a ótica da teoria dos ilícitos atípicos³³⁴. Conquanto o ato esteja em harmonia com o Direito, as suas consequências suscitam dúvidas quanto à licitude e à legitimidade do ato. Isso porque a aferição da vontade psicológica³³⁵ no momento da edição do ato administrativo é evitada de dubiedade, pois tanto poderia se fundar em uma conduta política legal – nomeação discricionária para o cargo de confiança –, quanto uma jurídica ilícita, qual seja, a fuga do juiz natural do processo. O constituinte, ciente da possibilidade desse desvio de conduta, incluiu a moralidade como objeto de tutela jurídica específica e autônoma, ampliando a nulidade dos atos administrativos quando fruto de uma conduta contrária a moral.

As provas juntadas aos autos foram, na visão do relator, suficientes para desvendar a vontade psicológica e aferir o desvio de finalidade, o que permitiu a concessão da cautelar em sede de Mandado de Segurança para suspender a eficácia da nomeação. O ato discricionário, embora tivesse observado a formalidade, a competência, o objeto e o motivo legalmente constituídos, a sua finalidade era imoral, pois se pautou em interesse privado, e não público.

³³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS Nº 34070 MC*. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4948822>>. Acesso em: 25 abr. 2019, p. 6.

³³⁴ Criada por Manuel Atienza e Juan Rui Manero, a tese se baseia ideia de que “os ilícitos atípicos são ações que, prima facie, estão permitidas por uma regra, mas que, uma vez consideradas todas as circunstâncias, devem considerar-se proibidas”. *Ibid.*, p. 19.

³³⁵ “Não importam os motivos subjetivos de quem pratica o ato ilícito. O vício, o ilícito, tem natureza objetiva. A bem dizer, a comprovação dos motivos subjetivos que impeliram a mandatária à prática, no caso em tela, configura elemento a mais a indicar a presença do vício em questão, isto é, do desvio de finalidade. A rigor, não cabe investigar aqui o dolo, a intenção de fraudar a lei”. *Ibid.*, p. 19-20.

Percebe-se, portanto, que a interpretação feita pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes³³⁶ coincide com a tese aqui defendida: o controle do desvio de finalidade é um juízo moral – que paulatinamente foi incorporado pela legalidade –, aplicando-se, portanto, a regra do desvio de finalidade prevista no artigo 2º, parágrafo único, alínea ‘e’, ainda que diante de um ato intrinsecamente político³³⁷.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal foi novamente chamado a decidir sobre o controle jurisdicional sobre o ato de nomeação para o cargo de Ministro de Estado. O contexto fático foi análogo, mas a decisão não foi a mesma.

Após acordo de delação premiada em sede da Operação Lava-Jato, na qual apontou o nome de Wellington Moreira Franco – à época secretário do Programa de Parcerias de Investimentos – envolvido em esquemas de corrupção, o presidente Michel Temer editou a Medida Provisória nº 768/2017, criando a pasta de Secretaria Geral da Presidência da República, na qual o respectivo chefe teria *status* de Ministro de Estado. Nomeou-se Moreira Franco para o cargo, deslocando-se a competência do juízo para o Supremo Tribunal Federal em virtude da prerrogativa de foro em razão da função pública exercida.

Assim, alguns partidos políticos da oposição ao governo impetraram, apoiados pelo Ministério Público Federal, Mandado de Segurança com pedido de Medida Cautelar – nº 34609/DF – com a mesma causa de pedir e pedido, quais sejam: o desvio de finalidade do ato administrativo e o pedido de suspensão da eficácia da nomeação. A relatoria do processo competiu ao Ministro Celso de Mello.

Embora as preliminares que impediriam a análise do mérito tenham sido acolhidas, o relator apresentou o entendimento no sentido de reconhecer o dever probatório da parte que alega o desvio de finalidade, além de considerar que a prerrogativa de foro não seria um privilégio, mas uma previsão constitucional de procedimento.

Faz-se mister salientar que o Supremo Tribunal Federal adotou uma postura política, não analisando o mérito dos respectivos Mandados de Segurança durante a instabilidade

³³⁶ “Nenhum Chefe do Poder Executivo, em qualquer de suas esferas, é dono da conduta dos destinos do país; na verdade, ostenta papel de simples mandatário da vontade popular, a qual deve ser seguida em consonância com os princípios constitucionais explícitos e implícitos, entre eles a probidade e a moralidade no trato do interesse público ‘lato sensu’. O princípio da moralidade pauta qualquer ato administrativo, inclusive a nomeação de Ministro de Estado, de maneira a impedir que sejam conspurcados os predicados da honestidade, da probidade e da boa-fé Ministério Público trato da ‘res publica’”. Ibid., p. 17.

³³⁷ BRASIL. Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm>. Acesso em: 21 fev. 2019.

institucional vivenciada nos dois últimos anos. Nesse contexto, o julgamento só foi proferido após as eleições, o que tornariam inócuas as decisões realizadas.

Assim, em março de 2019, reconheceu-se a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 768/2017 em razão da sua reedição dentro do período de um ano e a perda do objeto do Mandado de Segurança nº 34070, o primeiro no dia 27 de março de 2019 e o segundo no dia 29, no respectivo mês. Todavia, no último julgamento, dois Ministros – Ricardo Lewandowski e Rosa Weber – fizeram ressalvas no sentido da insindicabilidade da nomeação para o cargo de Ministro de Estado, uma vez que se trata de ato exclusivo do Poder Executivo³³⁸. No mesmo sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso entendeu, em julgamento de ADI sobre o mesmo assunto, que a escolha de ministro de Estado “é decisão política discricionária do presidente da República, insuscetível de exame no mérito. Concluir que dar foro privilegiado é desvio de finalidade ou obstrução de justiça é entender que a jurisdição do STF não funciona”³³⁹.

4.3.2. A violação da moralidade administrativa: o caso Cristiane Brasil

Com o acolhimento do pedido de impedimento e destituição de Dilma Rousseff do cargo de presidente da República, Michel Temer, à época vice, assumira o cargo. Contudo, a chapa eleita em 2014 para os cargos da Presidência da República perdeu consideravelmente a sua popularidade e, conseqüentemente, a sua legitimidade foi sendo constantemente questionada.

Visando reformular a base do governo, assim como novas coalizões partidárias, o então presidente interino nomeou aproximadamente sessenta e três Ministros de Estado para vinte e nove pastas durante a sua gestão³⁴⁰. Entre essas, uma das que mais trouxe repercussão jurídico-política foi a de Cristiane Brasil Francisco.

³³⁸ OLIVEIRA, Mariana. *STF arquiva pedido para reconhecer nomeação de Lula como ministro de Dilma*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/03/29/stf-arquiva-pedido-para-reconhecer-nomeacao-de-lula-como-ministro-de-dilma.ghtml>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

³³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5709/DF*. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+5727%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/y6ajvfam>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

³⁴⁰ PAULUZE, Thaiza. *Temer troca em média três ministros por mês*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/temer-troca-em-media-tres-ministros-por-mes.shtml>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

Cristiane Brasil era deputada federal pelo PTB – Partido Trabalhista Brasileiro –, partido o qual havia apoiado a candidatura de Aécio Neves nas eleições presidenciais³⁴¹ de 2014 e, na votação do processo de *impeachment* de Dilma Rousseff, a maioria dos seus representantes se manifestou a favor do impedimento³⁴². Assim, com a assunção de Michel Temer à Presidência, buscou-se o seu apoio em razão do alto número de mandatários no Congresso Nacional. Nesse contexto, houve um acordo político, no qual se destinou o Ministério do Trabalho a uma indicação feita pelo PTB, garantindo-se uma coalizão entre esse e o Poder Executivo³⁴³.

Nesse cenário, nomeou-se Cristiane Brasil – filha do presidente do PTB Roberto Jefferson –, até então deputada federal, para o cargo de Ministra do Trabalho. Todavia, a deputada havia sido demandada duas vezes perante a Justiça do Trabalho por violação aos direitos trabalhistas. Aponta-se que, em uma delas, restou comprovado que o respectivo empregado trabalhava quinze horas por dia e que o seu contrato de trabalho não havia sido formalizado durante o interregno de 2012-2014, violando os mandamentos da Consolidação das Leis do Trabalho³⁴⁴.

Diante de tais fatos, a respectiva indicação importou na pulverização de ações populares – em razão das ações trabalhistas – questionando a licitude do decreto nominativo tendo, como pedido liminar, a suspensão da eficácia da medida tomada. Os fundamentos jurídicos utilizados questionavam a violação ao princípio da moralidade e da razoabilidade da indicação, uma vez que as ações trabalhistas caracterizavam fatos desabonadores e a ausência de expertise para o exercício da chefia da respectiva pasta³⁴⁵.

Faz-se mister apontar que as ações populares ocorreram após as duas decisões monocráticas do Supremo Tribunal Federal quanto aos casos Lula e Moreira Franco. Assim,

³⁴¹ CONGRESSO EM FOCO. Após rompimento com Dilma, PTB aprova apoio a Aécio. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/apos-rompimento-com-dilma-ptb-aprova-apoio-a-aecio>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

³⁴² GLOBO. *Veja como deputados votaram no impeachment de Dilma, na PEC 241, na reforma trabalhista e na denúncia contra Temer*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/veja-como-deputados-votaram-no-impeachment-de-dilma-na-pec-241-na-reforma-trabalhista-e-na-denuncia-contra-temer.ghtml>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

³⁴³ MASCARENHAS, Gabriel. *PTB indica deputado do baixo clero para Ministério do Trabalho*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/05/1770246-ptb-indica-deputado-do-baixo-clero-para-ministerio-do-trabalho.shtml>>; HAUBERT, Mariana. *Temer terá todo nosso apoio, diz Roberto Jefferson ao reassumir PTB*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/04/1760856-roberto-jefferson-reassume-ptb-e-diz-nao-ter-ressentimento-de-lula.shtml>>. Acessos em: 20 jun. 2019.

³⁴⁴ BARREIRA, Gabriel, SORANO, Vitor, et. al. *Nova ministra do Trabalho foi condenada a pagar R\$ 60 mil por dívida trabalhista*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/ministra-do-trabalho-foi-condenada-a-pagar-r-60-mil-por-divida-trabalhista.ghtml>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

³⁴⁵ As ações populares paradigmáticas foram: 0001786-77.2018.4.02.5102; 0001900-19.2018.4.02.5101 e 0502878-70.2017.4.02.5101.

as fundamentações judiciais oscilaram entre os dois posicionamentos contrapostos: o primeiro é pela deferência ao ato do Executivo; o segundo é pelo controle jurisdicional. Entre algumas decisões proferidas, selecionaram-se algumas a título de exposição para demonstrar os fundamentos jurídicos apresentados.

Decidindo pela impossibilidade de anulação do ato, o juízo da 14^a Vara Cível da Seção Judiciária do Rio de Janeiro entendeu que: i) o controle judicial sobre o ato de nomeação deve se limitar quanto ao preenchimento dos requisitos do artigo 87 da CRFB/88; ii) não havia provas concretas de desvio de finalidade; iii) há presunção de legitimidade em razão do rito eleitoral de escolha do Presidente, autoridade competente para nomear e exonerar Ministros de Estado; iv) a intervenção do Judiciário atingiria ao mérito administrativo, acarretando na violação ao princípio republicano da separação das funções estatais; e, por fim, v) o único controle viável seria o social puro, ou seja, o ônus democrático de não ser eleito na próxima eleição.

Outro juízo – Vara Federal de Magé – também indeferiu o pedido em sede liminar, fundamentando que: i) não há norma legal restritiva que impeça a nomeação de pessoa com condenação trabalhista ou ausência de experiência na matéria relativa ao Ministério a ser nomeado; ii) o preenchimento dos requisitos do artigo 87 da CRFB/88 confere discricionariedade ao Presidente na escolha do Ministro; e iii) ainda que haja inconvenientes na figura da nomeada para o cargo, o controle judicial seria indevido.

Por outro lado, a decisão que retirou a eficácia do ato de nomeação, proferida pela 4^a Vara Federal de Niterói da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, foi proferida no sentido de que: i) o ato de nomeação de pessoa inidônea era uma circunstância grave que autorizaria a decisão *inaudita altera par*; ii) o controle judicial é devido nas hipóteses em que há inconstitucionalidade ou ilegalidade na conduta, e; iii) a moralidade administrativa é um preceito constitucional autoaplicável.

Em sede recursal, o Tribunal Regional Federal da 2^a Região manteve a suspensão da posse, sob a justificativa de que “a decisão atacada não tem o condão de acarretar grave lesão à ordem, à saúde, a segurança e à economia pública”³⁴⁶.

Posteriormente, a defesa de Cristiane Brasil recorreu ao Superior Tribunal de Justiça que cassou o efeito suspensivo, permitindo a posse da deputada ao cargo de Ministra do

³⁴⁶ MIGALHAS. *TRF-2 mantém suspensa posse de Cristiane Brasil no Ministério do Trabalho*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

Trabalho. O critério suscitado pelo Ministro foi de que: i) não seria possível a aplicação direta dos princípios previstos no artigo 37 da CRFB/88 sem norma infraconstitucional como parâmetro; ii) não existe legislação regulamentando critérios infraconstitucionais para o exercício do cargo de Ministro de Estado; iii) o uso de condenações trabalhistas como impedimento atinge o mérito administrativo e; iv) há perigo na demora da tutela, pelo caráter fiscalizatório e regulamentador do Ministério do Trabalho³⁴⁷.

Por fim, houve reclamação constitucional em face da decisão do presidente do STJ, na qual a então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Carmen Lúcia Antunes da Rocha, entendeu que o STJ não seria o órgão competente para suspender a liminar concedida quando o parâmetro fosse a Constituição³⁴⁸. Assim, determinou-se que a decisão liminar de primeira instância voltasse a surtir os seus efeitos, conferindo o prazo de 48 horas para a prestação de informações. A Procuradoria Geral da República também se manifestou pela nulidade do ato “parece estar claro que o ato administrativo que nomeia a deputada federal Cristiane Brasil Francisco, ao Ministério do Trabalho e Emprego, é nulo por violar o art. 37, caput da CRFB/88, o art. 2º – alíneas ‘c’, ‘d’, e ‘e’ –, parágrafo único – alíneas ‘c’, ‘d’, e ‘e’ –, c/c artigo 4º, I da lei 4.717/65”³⁴⁹.

Diante da possibilidade de criação de um precedente que confirmasse a constitucionalidade do controle do ato de nomeação para o cargo de Ministro de Estado pelo Supremo Tribunal Federal, assim como em evitar um desgaste político entre o Executivo e o Legislativo, a Presidência da República indicou uma terceira pessoa. Com isso, manteve-se a coalizão entre a base do Presidente Michel Temer e, juridicamente, as ações populares perderam o objeto, o que impossibilitou a conversão da decisão liminar em definitiva.

4.3.3. A aplicação da súmula vinculante nº13 como parâmetro de juridicidade

Advoga-se, para as pretensões do presente trabalho que, no que concerne à decisão sobre o desvio de finalidade realizado no caso Lula, ela se encontra em conformidade com os ditames do Direito e com a própria evolução do conceito da moralidade administrativa. O

³⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Suspensa decisão que impedia posse de Cristiane Brasil no Ministério do Trabalho*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Suspensa-decis%C3%A3o-que-impedia-posse-de-Cristiane-Brasil-no-Minist%C3%A9rio-do-Trabalho>. Acesso em: 20 jun. 2019.

³⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ministra decide que cabe ao STF analisar processo sobre posse de Cristiane Brasil*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=369564>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

³⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação (RCL) nº 29508*. Relator: Ministra Cármen Lúcia Antunes. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jun. 2019, p. 15.

controle de legalidade permite que o juízo verifique a conformação do ato administrativo – ou político – aos elementos competência, forma, objeto, motivo e finalidade.

Por outro lado, na segunda hipótese, o controle também é possível, mas sob parâmetro diferente. A sindicância do ato nominativo será feita tendo, por fundamento, a juridicidade exigida a todo ato público. Nesse contexto, a nomeação da deputada federal Cristiane Brasil fere o preceito da moralidade administrativa, qual seja, a idoneidade moral exigida para a posse no cargo público.

No caso concreto, o comportamento reiterado que configurou na violação dos direitos trabalhistas de seus empregados demonstra uma inequívoca falta de razoabilidade na nomeação por manifesta ausência de idoneidade moral. Reforça-se a ideia de que idoneidade não se confunde com reputação ilibada, como já apontado anteriormente. Dessa maneira, não violaria o mandamento constitucional de uma administração moral se a respectiva cidadã fosse nomeada para chefiar outra pasta que não envolvesse direitos sociais dos trabalhadores. Há um consenso social de que o agente a apresentar o respectivo órgão deve, no mínimo, gerir os seus assuntos privados suficientemente bem ao ponto de lhe conferir legitimidade para assumir o respectivo interesse público que, no caso, seriam os interesses dos trabalhadores.

Tal posição encontra guarida em recentes posições do STF, em razão da nova interpretação expansiva conferida a súmula vinculante nº 13 do respectivo Tribunal³⁵⁰. Deve-se compreender, porém, a sua evolução para, posteriormente, entender a presente proposta. A redação atual da súmula é a seguinte:

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.

Em um primeiro momento, entendeu-se que a sua aplicação se limitaria aos cargos estritamente administrativos, excluindo-se os de natureza eminentemente política³⁵¹. Posteriormente, afirmou-se que, conquanto o elemento intrínseco à nomeação seja a fidúcia

³⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação (RCL) nº 28024*. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jun. 2019.

³⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 579.951*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jun. 2019.

do chefe do Poder Executivo, o caso concreto poderia apresentar alguma violação aos mandamentos constitucionais que, conseqüentemente, permitiriam um controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário³⁵². Dessa maneira, há proposta interna de revisão do enunciado da súmula – datada de 2011 – para impedir o nepotismo em cargos predominantemente políticos, como se pode extrair do texto apresentado³⁵³:

Nenhuma autoridade pode nomear para cargo em comissão, designar para função de confiança, nem contratar cônjuge, companheiro ou parente seu, até terceiro grau, inclusive, nem servidores podem ser nomeados, designados ou contratados para cargos ou funções que guardem relação funcional de subordinação direta entre si, ou que sejam incompatíveis com a qualificação profissional do pretendente.

Hodiernamente, o entendimento de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal é no sentido expansivo da interpretação da súmula vinculante nº 13, sendo aplicável ao ato de nomeação para os cargos políticos quando comprovado nepotismo cruzado, fraude à lei ou inequívoca falta de razoabilidade da indicação por manifesta ausência de qualificação técnica ou idoneidade moral do nomeado³⁵⁴.

Visualiza-se, que a atual interpretação conferida à súmula vinculante nº 13 reconhece, implicitamente, o direito fundamental à boa administração pública. Aliás, os elementos de fraude à lei e inequívoca falta de razoabilidade da indicação por manifesta ausência de idoneidade moral do nomeado decorrem, diretamente, do instituto da moralidade administrativa.

Adverte-se que o direito de participação no exercício do poder político é um direito fundamental implícito instrumentalizado pela ação popular. Dessa maneira, as normas que restringem direitos fundamentais devem ser interpretadas restritivamente, ou seja, havendo

³⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl nº 7.590*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jun. 2019.

³⁵³ O autor da revisão é o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso. Segundo se extrai da proposta, “busca-se, com a revisão proposta, evidenciar, em primeiro lugar, a proibição a que estão submetidas todas as autoridades públicas de praticar atos (1) de nomeação para cargo em comissão, (2) de designação para o exercício de função de confiança ou (3) de contratação que envolvam cônjuge, companheiro ou parente seu, até o terceiro grau, inclusive. Pretende-se, ainda, com a nova redação, enfatizar que também os servidores de mesmo órgão ou entidade, reciprocamente considerados, são alcançados pela proibição ora em exame, em duas hipóteses distintas: (1) quando houver subordinação funcional direta entre o nomeado, designado, ou contratado para cargo ou função e seu cônjuge, companheiro ou parente, até o terceiro grau, inclusive, ocupante de outro cargo ou função; (2) quando, havendo cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau, inclusive, ocupante de cargo ou função, ocorra incompatibilidade entre o cargo em comissão ou função comissionada a ser preenchida e a qualificação profissional do pretendente”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=315807>>. Acesso em: 28 out. 2019.

³⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl nº 6.702 MC -AgR*, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski; *Rcl nº 29.099* Relator: Ministro Luis Roberto Barroso; *Rcl nº 12.478-MC*, Relator: Ministro Joaquim Barbosa; *RE nº 825.682 AgR*, Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponíveis em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jun. 2019.

um vácuo normativo, não se pode extrair das normas constitucionais e infraconstitucionais uma interpretação negativa de acesso à jurisdição para analisar uma determinada relação jurídico-política³⁵⁵.

Assim, ocorrendo qualquer das hipóteses acima elencadas, comprometem-se a legitimidade e legalidade do ato, surgindo a necessidade de o agente fundamentar e motivar a sua atuação em sede jurisdicional, sob pena de um controle judicial não deferente às escolhas administrativas³⁵⁶. O ônus probatório competiria ao Poder Público no sentido de confirmar que os atos emanados correspondem aos mandamentos da Constituição e do Estado Democrático de Direito³⁵⁷.

A proposta aqui apresentada não trata de uma inovação jurídica. O próprio Supremo Tribunal Federal vem, reiteradamente, intervindo nas políticas do Poder Executivo no intuito de efetivar direitos fundamentais, tais como saúde, educação entre outros. Dessa maneira, a infringência da moral pública em seu aspecto principiológico, mandamental ou preceitual impõe ao magistrado o dever de adentrar nos motivos e na finalidade da conduta administrativa sem, contudo, substituir o mérito administrativo.

Faz-se necessário romper, portanto, com as ideias clássicas de separação de Poderes e da democracia como uma instituição garantidora dos ritos eleitorais – que permitem a crença do mérito administrativo como um campo imune à sindicabilidade judicial –, para, a partir de um diálogo entre as funções estatais, efetivar o direito da sociedade à participação política e uma atividade administrativa lastreada em torno do consenso.

³⁵⁵FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas. 2008, p. 269.

³⁵⁶ “(...) a não-fundamentação, apesar da presunção (cada vez mais) relativa de legitimidade dos atos administrativos, traduz-se como erro suficiente a ensejar a anulação”. FREITAS, op. cit., p. 62.

³⁵⁷ Entre autores renomados, José Cretella Junior, Celso Antônio Bandeira de Mello e Eduardo Garcia de Enterría entendem que prova do desvio de poder não necessita ser plena, bastando indícios fortes, pois “a exigência de um excessivo rigor probatório privaria totalmente de virtualidade a técnica do desvio de poder” MELLO, op. cit., 2010, p. 78-79.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou solver alguns conflitos existentes na doutrina sobre a classificação dos atos da Administração Pública. A partir da constitucionalização da conduta estatal, a distinção entre atos políticos e jurídicos perde força, uma vez que todo e qualquer exercício do poder político está submetido ao crivo do Direito.

Da mesma maneira, o Direito Administrativo não mais analisa os atos administrativos sob um olhar dicotômico e taxativo entre vinculados e discricionários. A vinculação ou a discricção não mais resulta da atividade legislativa, mas sim do casuísmo da administração pública. O administrador precisa analisar o caso concreto e interpretar a norma, momento do qual surgirá ou não a discricionariedade.

Por sua vez, a CRFB/88 conferiu ao Poder Judiciário a função exclusiva de dizer o Direito perante um conflito jurídico. Ainda que os seus órgãos não sejam compostos por cidadãos eleitos pelo rito eleitoral, a sua legitimidade reside na isonomia do processo seletivo e no conhecimento jurídico notório, dos seus membros. Todavia, não lhe é lícito substituir a atividade legislativa ou a administrativa, mas apenas averiguar a sua constitucionalidade ou a sua legalidade.

Entre os diversos parâmetros existentes, o foco do presente trabalho recaiu sobre a moralidade administrativa. A começar pela origem do instituto, desenvolvido pela doutrina e jurisprudência francesas, pode-se constatar que o espírito da norma e o exercício regular do poder foram os objetos principais desse instituto. Posteriormente, com a expansão e a evolução do conceito sobre a legalidade houve um esvaziamento do conteúdo da moralidade.

Não obstante, apenas com o reconhecimento da interseção entre a Moral e o Direito é que se foi possível reconhecer a normatividade de determinados axiomas originados de outras ciências que não o positivismo puro. Nesse diapasão, a legalidade compartilha o protagonismo do ordenamento jurídico junto à legitimidade no exercício do poder político. Desse modo, a moralidade volta a ser estudada, no intuito de lhe conferir nova roupagem, principalmente como fonte de legitimação do Estado Democrático de Direito.

Ocorre, ainda, uma releitura acerca do papel do Direito Administrativo. O que antes era um privilégio exercido por determinados cidadãos – que muitas vezes se valiam do aparato público para concretizar seus interesses privados em nome do Estado – passou a ser

considerado o estatuto da defesa dos interesses dos indivíduos frente à força cogente da conduta estatal.

Portanto, da moralidade surgem o dever de bem administrar, o impedimento de se agir em desvio de poder, assim como a vinculação do procedimento administrativo ao regramento interno dos órgãos públicos. Essa disciplina busca efetivar as garantias de segurança jurídica, de impessoalidade e de eficiência da administração dos interesses individuais, coletivos e difusos da sociedade.

No que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, a moralidade administrativa ganha relevo diferente de outros sistemas. Em primeiro lugar, nem o constituinte nem o legislador delinearão os seus contornos, apresentando-se como um verdadeiro conceito jurídico indeterminado. Em segundo, há resistência da doutrina administrativista e constitucionalista em adentrar na temática, uma vez que o assunto envolve uma interdisciplinaridade, muitas vezes não desejada. Em terceiro, a opção por uma jurisdição única permite que as três funções republicanas intervenham no caso concreto: a legislação traz o mandamento abstrato e geral que confere ao administrador o dever de interpretar a legislação e extrair a norma que melhor satisfaça a finalidade/interesse público do caso concreto podendo, posteriormente, ser ratificada ou anulada pelo controle jurisdicional exercido pelo juízo. Por fim, e o mais importante, o Brasil busca romper com o passado colonialista de apropriação privada do poder público, principalmente no que tange às políticas de patronagem e apadrinhamento.

Dessa maneira, a moralidade se apresenta, ao mesmo tempo, no Direito brasileiro como uma garantia contra o uso arbitrário do poder assim como uma condição de legitimidade do ato público. Havendo dissenso entre a conduta e a sociedade, os indivíduos e os cidadãos poderão exigir o controle administrativo, político ou jurisdicional do ato. O fundamento desse questionamento se baseia no próprio conteúdo da moralidade: o dever de observar a ética pública, o preceito da idoneidade moral do agente público representante do Estado e do princípio da participação popular na governança.

Chega-se, assim, à conclusão do presente trabalho: embora o ato nominativo do cidadão para o cargo de Ministro de Estado seja predominantemente político, ele está inserido nas competências da chefia do Poder Executivo, submetendo-se aos mandamentos do Direito. Havendo violação a qualquer norma jurídica, surge a possibilidade do questionamento perante as funções competentes na busca da revogação, anulação ou regramento da respectiva conduta.

A proposta apresentada visa a interpretação extensiva da súmula vinculante nº 13. Embora o respectivo verbete seja um avanço no combate do clientelismo dos cargos públicos em prol de interesses particulares, não se mostra suficiente para a proteção das funções políticas dos respectivos órgãos estatais. Frisa-se que tais atividades são de suma importância para o planejamento da governança e da concretização das políticas públicas.

Considerar que toda e qualquer nomeação para os cargos políticos possuem legitimidade *jure et jure* é confundir discricionariedade e arbítrio, indo de encontro com toda a evolução do Estado de Direito e da Democracia. Tal visão inverte a lógica do regime público, desprotegendo os direitos fundamentais dos indivíduos e do cidadão para outorgar o uso abusivo do poder.

As recentes decisões do Supremo Tribunal Federal demonstram uma alteração de postura, um pouco acanhada, mas indicativa de uma possível mudança da interpretação da respectiva súmula. A temática ainda é incerteza, mas o presente trabalho busca iluminar e indicar caminhos para que conflitos futuros sejam lidos sob outro prisma, principalmente quando versarem sobre a moralidade administrativa.

REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 31, n. 1, 1998.
- ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *O princípio da impessoalidade da Administração Pública: para uma administração imparcial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- AZEVEDO, Sérgio de. ANASTASIA, Fátima. Governança, Accountability e Responsividade. *Revista de Economia Política*. vol. 22, nº 1, jan-mar. 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BARBOZA, Márcia Noll. *O princípio da moralidade administrativa: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- BARREIRA, Gabriel, SORANO, Vitor, et. al. *Nova ministra do Trabalho foi condenada a pagar R\$ 60 mil por dívida trabalhista*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/ministra-do-trabalho-foi-condenada-a-pagar-r-60-mil-por-divida-trabalhista.ghtml>>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. *Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/publicacoes/>>; Acesso em: 8 mar. 2019.
- _____. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/publicacoes/>>; Acesso em: 8 mar. 2019.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1994.
- _____. *Ciência Política*. 22. ed. São Paulo: Malheiros. 2014.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 25, p. 454-467, jul. 1951. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12140>>. Acesso em: 24 out. 2018.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, n. 263, mai./ago. Rio de Janeiro, 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 11 de 2011*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=498388>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 9 abr. 2019.

_____. *Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. *Decreto nº 6.029, de 1º de fevereiro de 2007*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6029.htm>. Acesso em: 26 out. 2018.

_____. *Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm>. Acesso em: 26 out. 2018.

_____. *Decreto nº 19.398 de 11 de novembro de 1930*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19398.htm>. Acesso em: 16 fev. 2019.

_____. *Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp64.htm>. Acesso em: 11 nov. 2019.

_____. *Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm>. Acesso em: 21 fev. 2019.

_____. *Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 21 fev. 2019.

_____. Presidência da República. *Mensagem nº 1.807, de 3 de dezembro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm>. Acesso em: 28 fev. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RMS nº 56.376/DF*. Relator: Ministro Herman Benjamin. *AgInt no REsp nº 1689305/RJ*. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Suspensa decisão que impedia posse de Cristiane Brasil no Ministério do Trabalho*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Suspensa-decis%C3%A3o-que-impedia-posse-de-Cristiane-Brasil-no-Minist%C3%A9rio-do-Trabalho>. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ministra decide que cabe ao STF analisar processo sobre posse de Cristiane Brasil*. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=369564>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=315807>>. Acesso em: 28 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 12*. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 21 maio 2019. p. 14.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 29*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5709/DF*. Relator Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+5727%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/y6ajvfam>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MS Nº 34070 MC*. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4948822>>. Acesso em: 25 abr. 2019. p. 6.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 167137*. Relator: Ministro Paulo Brossard. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 405386*. Relator: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 560900*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/re-reu-concurso-voto-barroso.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 579.951*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação (RCL) nº 6702 MC -AgR*, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski; *Reclamação (RCL) nº 29.099* Relator: Ministro Luis Roberto Barroso; *Reclamação (RCL) nº 12.478-MC*, Relator: Ministro Joaquim Barbosa; *RE nº 825.682 AgR*, Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação (RCL) nº 7590*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação (RCL) nº 28024*. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação (RCL) nº 29508*. Relator: Ministra Cármen Lúcia Antunes. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jun. 2019. p. 15.

CANTO, Vanessa Santos do. *Consenso sobreposto ou interseccionalidade?* Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/09/16/consenso-sobreposto-ou-interseccionalidade/>>. Acesso em: 08 out. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. A discricionariiedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson. *Discricionariiedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CELONE, Cristiano. A configuração inovadora do princípio da Boa Administração entre privados e autoridades públicas na União Europeia. *Revista direitos fundamentais e democracia*. V. 22, n. 1. jan./abr. 2017.

COSTA, Eder Dion de Paula. Ato Administrativo: considerações sobre a vontade. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, V. 36, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Do desvio de poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

CUNHA, Dirley da, e NOVELINO, Marcelo. *Constituição Federal para concursos: doutrina, jurisprudência e questões para concursos*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIMOULIS, Dimitri. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariiedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Direito Administrativo*. 30. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DRI, Clarissa Franzoi. *Antiformalismo Jurídico: uma abordagem Institucionalista da Integração Regional*. Cadernos PROLAM/USP; ano 8. V. 1, 2008.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed. atual. [Atualização e revisão Gustavo Binenbojm]. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros*. Salvador: Juspodivm, 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Requisitos para Ministro e Conselheiro de Tribunal de Contas. *Revista de informação legislativa*, n. 125, a.32, Brasília, abr./jun. 1995.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: Judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*. n. 198, out./dez. 1994.

FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

FREITAS, Juarez. *Discricionariiedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson. *Discricionariiedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto erga omnes direito pressuposto*. 9. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa: história de um conceito. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. nº 24 de 2004.

_____. *A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2010.

GOMES, Rafael Bravo. *Institutos de Democracia Semidireta na Assembleia Nacional Constituinte: momentos de constituinte ou termidor?* 2015. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito). PUC, Rio de Janeiro, 2015.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

HAUBERT, Mariana. *Temer terá todo nosso apoio, diz Roberto Jefferson ao reassumir PTB*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/04/1760856-roberto-jefferson-reassume-ptb-e-diz-nao-ter-ressentimento-de-lula.shtml>>. Acessos em 20 de jun. de 2019.

HAURIOU, Maurice. *A teoria da instituição e da fundação: ensaio de vitalismo social*. Tradução: José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando Luiz; E PACHECO, Regina Silvia. *Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI*. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo; Malheiros Editores, 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *STF: legislador positivo ou negativo?* Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/stf-legislador-positivo-ou-negativo/>>; Acesso em: 10 abr. 2019.

MASCARENHAS, Gabriel. *PTB indica deputado do baixo clero para Ministério do Trabalho*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/05/1770246-ptb-indica-deputado-do-baixo-clero-para-ministerio-do-trabalho.shtml>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

MEDAUAR, Odete. Atos de governo. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 191, jan./mar. 1993.

MEDEIROS, Marcílio Nunes. *Legislação eleitoral comentada e anotada*. Juspoivm; Salvador: 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Curso de Direito Administrativo* 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. – 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A causa do contrato*. civilistica.com. a. 2. N. 1. 2013. In: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Relações entre poderes e democracia: crise e superação*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. Princípios do Direito Público. In: ÁVILA, Humberto (org.) *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOTTA, Fabrício. In: *Revista de Direito Administrativo*. n. 239, Rio de Janeiro, jan./mar. 2005.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Método, 2019.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze. *Abuso de poder nas eleições: A inefetividade da ação de investigação judicial eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

OLIVEIRA, Mariana. *STF arquiva pedido para reconhecer nomeação de Lula como ministro de Dilma*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/03/29/stf-arquiva-pedido-para-reconhecer-nomeacao-de-lula-como-ministro-de-dilma.ghtml>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

O'REILLY, Emily. *Boa administração na prática: as decisões da Provedora de Justiça Europeia* em 2013. p. 3. Disponível em: <<https://www.ombudsman.europa.eu/pdf/pt/56331>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

PASSARINHO, Nathália. *Os ministérios mais cobiçados pelos políticos do Brasil, segundo pesquisa inédita de Oxford*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43218087>>. Acesso em: 23 dez. 2018.

PAULUZE, Thaiza. *Temer troca em média três ministros por mês*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/temer-troca-em-media-tres-ministros-por-mes.shtml>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. n. 209, jul./set. 1997, Rio de Janeiro.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. “*Consensos sobrepostos*” e decisões judiciais. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-set-26/direito-comparado-consensos-sobrepostos-decisoes-judiciais>>. Acesso em: 08 out. 2019.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Ferreira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato administrativo inválido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e o controle constitucional da discricionariedade administrativa. In: GARCIA, Emerson. *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VASCONCELOS, Edson Aguiar de. *Controle administrativo e parlamentar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

XAVIER, Roberto Salles. *Accountability e as suas múltiplas abordagens: um balanço teórico*. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/APB649.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2018.

ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. *O princípio da impessoalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.