

PEREIRA, Fernanda M. S. *Moralidade Administrativa como ato administrativo discricionário: uma análise à luz das nomeações de Lula e Cristiane Brasil*. pp. 57-81

A MORALIDADE ADMINISTRATIVA COMO CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: UMA ANÁLISE À LUZ DAS NOMEAÇÕES DE LULA E CRISTIANE BRASIL

Fernanda Morato da Silva Pereira¹

RESUMO

A nomeação do Ex-Presidente Lula para Ministro de Estado e, recentemente, a nomeação da Deputada Cristiane Brasil para Ministra do Trabalho levantou a questão acerca da violação ao princípio da moralidade administrativa por ato administrativo discricionário. Isso porque, a discricionariedade administrativa pode ser um facilitador na “troca de favores” na política e pode-se dizer que a corrupção em grande parte está associada ao fato de que os governantes utilizam-se desse poder discricionário para praticá-la. Até a promulgação da Constituição Federal, em 1988, no Brasil, o controle desses atos administrativos era exercício apenas por meio do controle formal da legalidade. O sistema principiológico e axiológico introduzido na Constituição oportunizou a utilização de princípios para controlar o mérito do ato administrativo discricionário. Assim, o princípio da moralidade administrativa ganha força no ordenamento jurídico brasileiro como importante instrumento de controle do poder discricionário. Por isso, a pesquisa se propôs a analisar duas perspectivas, a discricionariedade administrativa e a moralidade institucional, apontando, em especial, os casos supracitados, que envolvem dois dos mais importantes Ministérios do País. Estudou-se, portanto, a disputa entre a liberdade especial do governante para manter sua governabilidade e maiores deveres/obrigações em razão do cargo e respeito à moralidade administrativa. A pesquisa orientou-se pelos métodos indutivo e dedutivo, lastreada em livros, artigos científicos e publicações em sites institucionais, além do estudo do direito comparado, especificamente o Direito Francês.

Palavras-chave: Moralidade Institucional; Discricionariedade Administrativa; Controle.

ABSTRACT

The appointment of former Lula President to the Minister of State and, recently, the appointment of Ms. Cristiane Brasil to the Minister of Labor raised the question of breach of the principle of administrative morality by discretionary administrative act. This is because, administrative discretion can be a facilitator in the "exchange of favors" in politics and it can be said that corruption is largely associated with the fact that rulers use the discretionary power to practice it. Until a promulgation of the Federal Constitution in 1988 in Brazil, the control of the administrative authorities was only through formal control of legality. The principleological and axiological system introduced in the Constitution allowed the use of principles to control the merits of the discretionary administrative act. Thus, the principle of administrative morality gains strength in the Brazilian legal system as an important instrument of control of discretionary power. Therefore, a research is an analysis of two perspectives, an administrative discretion and an institutional morality, pointing in particular to the cases mentioned above, which involve two of the most important Ministries of the Country. It was

¹ Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Advogada. E-mail: fernandamorato@live.com.

PEREIRA, Fernanda M. S. *Moralidade Administrativa como ato administrativo discricionário: uma análise à luz das nomeações de Lula e Cristiane Brasil*. pp. 57-81

therefore studied the dispute between the special freedom of the ruler to maintain his governability and greater duties / obligations due to the position and respect to the administrative morality. The research was guided by the inductive and deductive methods, backed by books, scientific articles and publications on institutional sites, as well as the study of comparative law, specifically French law.

Keywords: Institutional Morality; Administrative Discretion; Control.

1 INTRODUÇÃO

Nunca se falou tanto sobre moralidade, notadamente, a administrativa.

Em 2016 a nomeação do Ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva para Ministro de Estado e, logo nos primeiros dias de 2018, a indicação da Deputada Cristiane Brasil para assumir o Ministério do Trabalho, causaram alvoroço no país. Não só pela crise vivenciada no país, mas também pelo currículo e íntima relação entre os governantes e nomeados.

As nomeações levantaram a questão acerca da importância dos princípios do direito administrativo como limitadores do poder discricionário, especialmente, a moralidade administrativa, que diferente da moral comum se relaciona com a moral institucional. Apesar de discricionário, todo ato administrativo deve obediência aos fins que se destina e deve condizer com a boa gestão da máquina pública. Logo, é preciso adequar os atos discricionários não somente à legalidade formal, mas, sobretudo, aferir seu mérito, momento em que atuam os princípios do direito administrativo.

Por isso, a pesquisa se propõe a analisar duas perspectivas sob a ótica das nomeações destacadas: a liberdade do governante, através do ato administrativo discricionário, para nomear quem entenda competente para o cargo de Ministro, visando a manutenção de sua governabilidade e o respeito à moralidade institucional, traduzida pela moralidade administrativa, ou seja, o Presidente enquanto governante do país, assume maiores deveres e obrigações perante os administrados e à instituição.

Para melhor compreensão, o texto será dividido sistematicamente. No primeiro tópico será abordado o ato administrativo discricionário, sua origem no ordenamento jurídico brasileiro, sua definição e os meios de controle positivados. No tópico seguinte, trava-se uma tentativa de conceituar moralidade administrativa, conglobando a doutrina clássica e contemporânea. Diz-se tentativa, uma vez que é desafiador definir a moralidade administrativa, tento em vista a dificuldade de aferi-la em termos gerais.

O terceiro tópico se destina a analisar o ato administrativo discricionário à luz da moralidade administrativa, utilizando como pano de fundo as nomeações do ex-Presidente

PEREIRA, Fernanda M. S. *Moralidade Administrativa como ato administrativo discricionário: uma análise à luz das nomeações de Lula e Cristiane Brasil*. pp. 57-81

Luís Inácio Lula da Silva, pela Presidenta impeachmentada Dilma Vana Rousseff para Ministro de Estado e da Deputada Cristiane Brasil Francisco, aceita pelo atual Presidente, Michel Temer, para Ministra do Trabalho, pois em ambos os casos as nomeações foram suspensas em atenção à moralidade administrativa.

O principal objetivo que se pretende alcançar com este estudo é dar a devida importância ao princípio da moralidade administrativa, apontando-o como maior ferramenta de controle da discricionariedade do ato administrativo, exigindo que o ato administrativo se adeque a todos os princípios constitucionais do direito administrativo, e não só à legalidade.

2 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

2.1 Origem e definição

Com o surgimento do Estado Moderno, o conceito de Estado de Direito alicerçado no princípio da legalidade e do princípio da separação dos poderes, nasce o direito constitucional e, por consequência, o direito administrativo, que só então foi reconhecido como ramo autônomo do direito, já no início do século XIX. Antes dessa data já vigoravam normas administrativas de forma esparsa, todavia, sem fundamento em princípios informativos próprios que lhe dessem autonomia.²

A doutra brasileira diverge quanto o assunto é a origem da criação do Direito Administrativo. Parte dela, incluindo Humberto Ávida, Daniel Sarmiento, Marçal Justen Filho³, afirmam que o direito administrativo tem origem autoritária, pois foi criado para proteção dos interesses econômicos e políticos da burguesia. A tese do autoritarismo se deve, em grande parte, à teoria da *puissance publique*,⁴ que aponta a existência de prerrogativas e privilégios do Estado diante do particular, criando uma posição de verticalidade ou de desigualdade entre Administração Pública e cidadão.

Outra parcela da doutrina, a exemplo de Maria Sylvia Zanella de Pietro e Massimo Severo Giannini, derrubam a teoria do autoritarismo como origem do direito administrativo, uma vez que defendem que:

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 35.

³ *Ibid.*, p. 38.

⁴ *Ibid.*, p. 37-38.

PEREIRA, Fernanda M. S. *Moralidade Administrativa como ato administrativo discricionário: uma análise à luz das nomeações de Lula e Cristiane Brasil*. pp. 57-81

O Direito Administrativo, desde as origens, caracterizou-se pelo binômio prerrogativas (que protegem a autoridade) e sujeições (que protegem os direitos individuais perante os excessos do poder); e esse é um dos grandes paradoxos do Direito Administrativo como ramo do direito caracterizado fundamentalmente pelo referido binômio. Não há justificativa para que esse binômio seja visto de um lado só.⁵

Importante destacar que Miguel Reale até reconhece o autoritarismo como fonte do Direito Administrativo, contudo, rechaça a ideia de separação entre o caráter político e jurídico. Em suas palavras “o Direito Administrativo, embora vinculado originariamente a interesses políticos e econômicos burgueses, transcendia esse objetivos, representando, desde o início, uma das vertentes realizadoras do Estado de Direito de cunho liberal”.⁶

Considerando que o direito administrativo surgiu junto com o direito constitucional e com o Estado de Direito, impossível separar de sua origem as referências filosóficas que inspiraram a Revolução Francesa e que contribuíram para a criação dos princípios da separação dos poderes, da isonomia, da legalidade e do controle judicial.⁷

Essa análise nos força a concluir que o Direito Administrativo tem origem no Estado de Direito, como entende Maria Silvia Zanella Di Pietro, ao afirmar que o Direito Administrativo, “desde as origens, encontrou fundamento no Estado de Direito e acompanhou sua evolução nas várias fases (Liberal, Social e Democrática)”.⁸

Entende-se como melhor e mais adequada compreensão, a de que o Direito Administrativo, como ramo autônomo se alicerça na constitucionalização e na evolução do Direito, uma vez que hoje ele evoluiu para a proteção e defesa dos interesses da coletividade. O que se quer dizer é que mesmo que tenha tido origem no autoritarismo para benefício da burguesia, hoje ele é um ramo constitucionalizado, humanizado e democratizado, pois nunca evoluiu tanto para defender tão efetivamente os direitos individuais, como nos dias de hoje.

É forte e notável a contribuição do direito francês na criação do direito administrativo como ramo autônomo no direito brasileiro. No Direito Francês o direito administrativo foi criado à luz da elaboração jurisprudencial do Conselho de Estado francês. A jurisdição administrativa, no direito francês foi criada com base no princípio da separação dos poderes e da desconfiança em relação aos juizes do velho regime.

⁵ Ibid., p. 38-40.

⁶ REALE, Miguel. Nova fase do direito moderno. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 79-82.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 47.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 42.

PEREIRA, Fernanda M. S. *Moralidade Administrativa como ato administrativo discricionário: uma análise à luz das nomeações de Lula e Cristiane Brasil*. pp. 57-81

“Foi pela elaboração pretoriana desse órgão de jurisdição administrativa que se desenvolveram inúmeros princípios informativos do Direito Administrativo, incorporados ao regime jurídico de inúmeros outros países”.⁹

Citando Vedel, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, destaca que o direito francês criou quatro princípios informadores essenciais, são eles:

[...] a separação das autoridades administrativa e judiciária, que determina as matérias para as quais os tribunais judiciais são incompetentes; o das decisões executórias, que reconhece à Administração a prerrogativa de emitir unilateralmente atos jurídicos que criam obrigações para o particular, independentemente de sua concordância; o da legalidade, que obriga a Administração a respeitar a lei; e o da responsabilidade do poder público, em virtude do qual as pessoas públicas devem reparar os danos causados aos particulares.¹⁰

O Conselho de Estado Francês foi o primeiro a invocar princípios de direito para tratar de assuntos relacionados à administração pública e o indivíduo, sem qualquer embasamento legal e teve forte participação na criação doutrinária da matéria. Além disso, o direito francês foi o pioneiro a incluir o direito administrativo como disciplina no ensino universitário.¹¹

Para o pleno exercício de suas funções, a Administração Pública tem poderes especiais para atingir os fins de sua existência. E para atingir a sua finalidade exerce posição de supremacia sobre o interesse particular, ou seja, há supremacia do interesse público sobre o particular. No entanto, não obstante a necessidade de supremacia para livre atuação em prol da coletividade, esses poderes da Administração Pública são limitados pela Lei, para manter sua atuação dentro de suas finalidades, isenta de abusos e arbitrariedades, por parte das autoridades públicas.

Isto significa dizer que todo agente tem certa liberdade especial no exercício da função pública, porém, seus atos são “regrados pelo sistema jurídico vigente”.¹² Ou seja, atos administrativos são todos aqueles que estão sob o regime jurídico do Direito Administrativo, ligados à função de cada Poder Estatal, incluindo os atos administrativos.

Esse poder conferido à Administração Pública recebe o nome de Poder Discricionário, que nada mais é do que uma margem de liberdade concedida ao administrador pela lei. Liberdade limitada, uma vez o administrador “não pode ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de legalidade”.¹³

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 44.

¹⁰ VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1964, p. 57 apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 46.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 45.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 291.

¹³ Ibid., loc. cit.

PEREIRA, Fernanda M. S. *Moralidade Administrativa como ato administrativo discricionário: uma análise à luz das nomeações de Lula e Cristiane Brasil*. pp. 57-81

O poder discricionário consiste na escolha pelo administrador, dentre diversas opções, na que melhor atenda o interesse público. A opção da melhor atitude a ser tomada pela autoridade dentre inúmeras, deve ser entendida diante de um aspecto de liberdade sempre relativa, limitada e contrastável pelo Judiciário, caso este venha a ser acionado.¹⁴

Hely Lopes Meirelles define poder discricionário como “prerrogativa legal conferida à administração pública, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”.¹⁵

O administrador, em razão da discricionariedade administrativa, exerce sua atividade com certa liberdade, levando em conta critérios que envolvem a análise do mérito do ato administrativo, conveniência e oportunidade. Em contrapartida, a o poder vinculado está sempre adstrito à lei e inadmite qualquer análise de mérito do ato por parte do administrador, que deve executar o ato conforme a lei. O administrador, neste caso, deve obrigatoriamente verificar a lei.

A discricionariedade permite que o administrador escolha a melhor e mais adequada solução quando a lei não lhe dá respaldo. Isto é, o poder discricionário se fundamenta nas hipóteses em que a lei não previu a melhor solução para o caso concreto.

Em síntese, o ato vinculado é o ato tipificado, previsto legalmente, já o ato discricionário é aquele em que o administrador decide dentro da margem de liberdade conferida pela lei, com base na conveniência e oportunidade de sua prática.

Ato administrativo, segundo Hely Lopes Meirelles é:

[...] toda manifestação unilateral de vontade da administrativa pública, que exigindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.¹⁶

A liberdade discricionária não é absoluta, mas sim relativa, uma vez que deve obediência à margem de liberdade atribuída pela lei. E deve o administrador atuar em consonância com a norma jurídica imposta e com o ordenamento jurídico como um todo. Nesse ínterim, atuam os princípios, que se não observados levam o ato à arbitrariedade. Os princípios norteadores do sistema jurídico administrativo determinam os limites à atuação discricionária da administração pública.

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Relatividade” da competência discricionária. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, Centro de Atualização Jurídica – CAJ, v. 1, n. 3, jun, 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 12 jan. 2018, p.831-834.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.110.

¹⁶ Ibid., p. 139.

PEREIRA, Fernanda M. S. *Moralidade Administrativa como ato administrativo discricionário: uma análise à luz das nomeações de Lula e Cristiane Brasil*. pp. 57-81

Todo ato discricionário almeja um fim, que é o interesse público, mesmo se presentes na lei previsões imprecisas, vagas, amplas. No entanto, essa busca pelo interesse público não pode extrapolar os princípios norteadores da atuação pública, são eles: a eficiência, moralidade, razoabilidade, publicidade, legalidade, impessoalidade, pois desviar-se dessa finalidade é estar sob o manto da ilegalidade. A atividade administrativa revela a ideia subordinação ao interesse público, pois ela deve fazer apenas aquilo que o Direito consente, traduzindo o ideal de “poder-dever” da atividade gestora dos interesses difusos e coletivos.

2.2 O controle do ato administrativo discricionário pelo Judiciário

O mérito do ato administrativo está ligado ao seu objeto (causa, conteúdo e adequação) e a vontade (motivo e finalidade), porque envolve a discussão sobre oportunidade, conveniência, utilidade, finalidade, objetivo e motivos que levaram o administrador a decidir por aquele ato. Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua mérito do ato administrativo:

[...] o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual deles seria a única adequada.¹⁷

Para Hely Lopes Meirelles:

O mérito do ato administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. Daí a exata afirmativa de Seabra Fagundes de que „o merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária.¹⁸

Alguns sustentam a impossibilidade do ato discricionário ser analisado juridicamente, todavia, podem estar sob o exame do judiciário quando este analisar a juridicidade do ato e não seu conteúdo discricionário (mérito). Logo, pode o Poder Judiciário controlar jurisdicionalmente o ato discricionário no que se refere aos motivos e à finalidade, especialmente sob a ótica da legalidade e moralidade.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 928.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 152-153.

PEREIRA, Fernanda M. S. *Moralidade Administrativa como ato administrativo discricionário: uma análise à luz das nomeações de Lula e Cristiane Brasil*. pp. 57-81

As causas que motivam o exame judicial do ato discricionário estão relacionadas à falsidade ou inexistência dos pressupostos fáticos, bem como a desarmonia entre a finalidade exigida pela lei e o resultado alcançado pelo ato, ou seja, verificado o desvio de finalidade.

O Poder Judiciário exerce sua atividade quando provado. O controle do ato administrativo exercido pelo via judicial consiste na aplicação do direito ao caso concreto, solucionando o conflito apresentado. Todavia, deve atuar dentro de sua competência atribuída, sem atingir a autonomia da Administração Pública que também foi atribuída por lei.

Em suma, a lei atribuiu à Administração Pública o poder discricionário para que em determinados casos, respeitando os limites impostos, escolha dentro dessa margem de liberdade, a decisão a ser aplicada ao caso concreto, visando atingir a finalidade prevista pela lei, em prol do interesse público. Não obstante, o ato administrativo discricionário poderá ser submetido ao reexame do Poder Judiciário, que analisará restritivamente, os motivos e a finalidade do ato, sem adentrar ao exame do mérito, sempre sob a ótica dos princípios da legalidade e da moralidade administrativa.

3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Conceituar moralidade administrativa de forma objetiva é uma tarefa que vem sendo desenvolvida ao longo dos anos pela doutrina brasileira. Este capítulo traz a origem do instituto, a doutrina clássica e contemporânea, e sua aplicação na jurisprudência.

O surgimento da moralidade administrativa, no século XX, ocorreu no desenvolvimento do instituto do desvio de poder no Direito Francês, através de Maurice Hauriou, que enquanto membro do Conselho de Estado Francês, desenvolveu a tese do caso Gommel, Sirey, em 1917. Para ele:

[...] a legalidade dos atos jurídicos administrativos é fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei; mas a conformidade desses atos aos princípios basilares da “boa administração”, determinante necessária de qualquer decisão administrativa, é fiscalizada por outro recurso fundado no desvio de poder, cuja zona de policiamento é a zona da “moralidade administrativa”.¹⁹

Antônio José Brandão afirma que o surgimento da moralidade administrativa se relacionou com o direito privado, uma vez que “ambos têm a mesma causa: a imoralidade da

¹⁹ HAURIUO, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. 12. ed. Paris: Sirey, 1921, p. 352, 455-456 apud GRISA JUNIOR, Cesar Jackson. A moralidade no controle da discricionariedade do ato administrativo. *Revista de Direito dos Advogados da União*. Brasília, v. 11, n. 11, p. 91-110, out. 2012. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/55929>. Acesso em: 15 jan. 2018, p. 100.

PEREIRA, Fernanda M. S. *Moralidade Administrativa como ato administrativo discricionário: uma análise à luz das nomeações de Lula e Cristiane Brasil*. pp. 57-81

intenção do agente, levando à escolha de fim metajurídico irregular”.²⁰ Para ele, com exceção de Maurice Hauriou, essa relação não recebeu a atenção merecida.

Maurice Hauriou baseou-se no conceito de que o ato imoral caminha em desvio de finalidade, ou desvio de poder, quando usa da autorização legal para atingir outros fins que não o interesse público inerente que ditou a promulgação desse comando legal, ou seja, a finalidade do ato também é elemento vinculado.²¹

Em sua teoria, a legalidade era meramente formal, logo, aspectos metajurídicos não a ditam, por isso, para ele a moralidade administrativa atua como critério a somar-se à legalidade formal, para validar o ato administrativo, examinando a presença de desvio de poder ou de finalidade, na qual a intenção imoral do agente poderia ser mascarada pela forma externa legal.²²

A moralidade ganha autonomia e um estudo mais aprofundado no Brasil, após sua positivação na Constituição Federal, no inciso LXXIII, do artigo 5º, que trata da Ação Popular e no caput do artigo 37, que determina os princípios da Administração Pública.

No entanto, a moralidade enquanto princípio constitucional, não recebeu tratativa ampla como os demais princípios da administração pública, demonstrando a fragilidade conceitual do instituto. Essa fragilidade é percebida na doutrina, que relaciona a moralidade com os outros princípios e na jurisprudência, que a utiliza como solução secundária.

Por isso, indispensável compreender inicialmente o significado de princípio para melhor idealização da grandeza da moralidade administrativa, enquanto princípio constitucional. Para isso, citamos Robert Alexy, que em sua obra “Teoria da Argumentação Jurídica”, define princípio como mandamento de otimização.

Para ele, mandamento é uma ordem, um comando a ser obedecido e otimização um conjunto de técnicas para seleção das melhores alternativas com propósito de alcançar fins determinados. Assim, princípio é um mandamento jurídico a ser fielmente obedecido, sob pena de sanção, uma vez que ele estabelece um determinado fim. Para seu cumprimento devem ser utilizadas todas as técnicas jurídicas para obedecer a esse fim. Os princípios servem como parâmetros axiológicos, ou seja, definem quais são os valores seguidos pela comunidade que inseriu esses princípios no ordenamento.²³ Segue afirmando que:

²⁰ BRANDÃO, Antônio José. *Moralidade Administrativa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 25, p.454-467, jul./set. 1951, Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12140>. Acesso em: 11 jan. 2018, p. 464.

²¹ HAURIU, Maurice. Op. cit., apud GRISA JUNIOR, Cesar Jackson. Op. cit., p. 100.

²² Ibid., loc.cit.

²³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 01.

PEREIRA, Fernanda M. S. *Moralidade Administrativa como ato administrativo discricionário: uma análise à luz das nomeações de Lula e Cristiane Brasil*. pp. 57-81

[...] os princípios são normas jurídicas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação com as possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam por poderem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada de seu cumprimento não depende só de possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O campo das possibilidades jurídicas está determinado por meio de princípios e regras que jogam em sentido contrário.²⁴

Outra premissa para melhor compreender o princípio é visualizar a forte relação entre direito e moral, assim como assevera Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho e Daniel Diniz Gonçalves, quando afirmam necessária a conversa entre direito e moral para a construção hermenêutica de moralidade administrativa, uma vez que deve ser entendida dentro do contexto de normas éticas que orientam o convívio social de uma sociedade.²⁵

Direito e Moral ainda relacionam-se reciprocamente, determinando um o sentido do outro, na medida em que ambos são compreensíveis, em última análise, a partir da contextualização na língua. Como sabemos, por força do princípio hermenêutico, o todo não tem sentido senão em razão das partes que o compõem, fazendo com que a língua, enquanto totalidade de sentido, deva seu significado também à presença da moral e do direito como suas partes.²⁶

Nesta esteira, vale destacar que direito para Hans Kelsen²⁷ é um sistema de normas de dever ser, oriunda de uma concepção normativista. Para Norberto Bobbio²⁸ direito é um “conjunto de normas ou regras de conduta” e toda sociedade tem uma normatividade, mesmo que implícita. Ao estudar a forma de ver o direito, o autor analisou a teoria jurídica, através das teorias: normativa, institucionalista e da relação intersubjetiva. A Teoria da Instituição criada por Santi Romano²⁹ assenta o direito em três aspectos: sociedade, ordem e organização, ou seja, para ele “existe direito quando há uma organização de uma sociedade ordenada”.

Em síntese, para o institucionalismo o direito é uma instituição, constituída por uma prática social para um determinado fim, com intenção de permanência (que perdura no tempo). A Teoria Institucionalista do Direito veio para dizer que a lei não é só norma.³⁰

A teoria institucional clássica nasce da ideia de estruturação do Estado para impedir abuso de poder, por parte de seus próprios detentores. Isto é, um mecanismo de contenção de

²⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90.

²⁵ COELHO, Nuno Manoel Morgadinho dos Santos; GONÇALVES, Daniel Diniz. Moralidade Administrativa: uma construção hermenêutica. Revista Jurídica. vol. 4, n. 45, p. 180-206, Curitiba, 2016, p. 183.

²⁶ COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. Fundamentos Filosóficos da Interpretação do Direito: O Romantismo. São Paulo: Rideel, 2012, p. 130.

²⁷ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 4.

²⁸ BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Bauru: EDIPRO, 2001.

²⁹ ROMANO, Santi. Apud BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 99.

³⁰ HAURIOU, Maurice. A Teoria da Instituição e da Fundação: Ensaio de Vitalismo Social. Tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 53.

PEREIRA, Fernanda M. S. *Moralidade Administrativa como ato administrativo discricionário: uma análise à luz das nomeações de Lula e Cristiane Brasil*. pp. 57-81

poder, através de normas jurídicas reguladoras. Uma nova percepção de institucionalismo se relaciona com a ideia de que o Direito é algo muito maior que um mero conjunto de normas jurídicas, mas algo que proporciona o reconhecimento de valores e princípios não positivados no ordenamento jurídico.³¹

O institucionalismo amplia o conceito de Direito, tornando-o flexível, inclusive para receber questões relacionadas com a moral, no entanto, amplia o campo das indefinições.

A moral se relaciona com os valores da sociedade, ligada ao sentir. Segundo Christian Thommasius³², é caracterizada pela ideia de *honestum*. Ao tratar da relação entre moral e direito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto cita a “Teoria Tridimensional do Direito” de Miguel Reale, para indicar que “ao integrar fato, valor e norma, o filósofo alçou o fundamento moral (valor) a elemento essencial do Direito”.

Nessa perspectiva, nasce a moralidade administrativa, que é correlata à moral comum, no entanto, exige que o administrador respeite determinados valores em razão da natureza da atividade exercida.

A moralidade administrativa deve respeitar a moral institucional, que difere a depender da instituição em que está inserido o administrador, devendo ser analisada dentro do contexto e finalidade da instituição na qual está inserida e é exigida.³³

Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, na linha de Maurice Hauriou, explica a moralidade institucional como sendo:

[...] um sistema de moral fechada (moral social, referida a um grupo determinado, em contraposição à moral aberta, individual e ligada à consciência que cada indivíduo tem sobre o bem e o mal), próprio da Administração Pública, que exige de seus agentes absoluta fidelidade à produção de resultados que sejam adequados à satisfação dos interesses públicos, assim por lei caracterizados e a ela cometidos (a Administração como uma instituição finalisticamente orientada – visando o interesse público).³⁴

No tocante ao conceito de moralidade administrativa, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, foi um dos pioneiros a tratar sobre o tema no Brasil e aponta que a figura do dever geral de boa administração, é um dever de natureza moral imprescindível à regularidade do

³¹ BOBBIO, Norberto. Op. cit.

³² CHRISTIAN THOMMASIUS. *Fundamenta iuris naturae et gentium*, Haile, 1705 apud MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade Administrativa: do conceito a efetivação*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 190:1-44, out./dez., 199. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45405>. Acesso em: 11 jan. 2018, p. 03.

³³ HAURIOU, Maurice. Op. cit., p. 53.

³⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 05.

PEREIRA, Fernanda M. S. *Moralidade Administrativa como ato administrativo discricionário: uma análise à luz das nomeações de Lula e Cristiane Brasil*. pp. 57-81

liame existente entre os motivos (pressupostos fáticos e jurídicos) e o próprio objeto/conteúdo do ato administrativo.³⁵ Define como bom administrador:

[...] o órgão da pública administração que, usando de 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 dele conduta honesta, verdadeira, intrínseca e extrinsecamente conforme a função realizada por ser intermédio.³⁶

Doutrinas clássicas, como a de Henri Welter e Lacharrie're merecem destaque:

[...] a moralidade administrativa 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.³⁷

[...] um conjunto de regras que, para disciplinar o exercício do poder discricionário da administração, o superior hierárquico impor aos seus subordinados. Semelhantes regras não se confundem, porém, com as regras da moral comum: são regras de boa administração.³⁸

Para Brandão “a atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de a cada um dar o que lhe pertence”.³⁹

Com a previsão da moralidade administrativa no texto constitucional, ganhando status de princípio, com função norteadora do ordenamento jurídico e de intérprete das demais regras e princípios, a moralidade passou a ser bem jurídico, autonomizando o estudo do tema, uma vez que por ser norma de valor passou a ser objeto do direito administrativo, bem como deu novo valor ao estudo do controle do ato administrativo, antes mera análise da legalidade.

Aos poucos, a moralidade deixa, mesmo que superficialmente, de estar necessariamente vinculada à legalidade, bem como de ser confundida com o desvio de finalidade.

Todavia, alguns doutrinadores interpretam improbidade administrativa como uma moralidade qualificada, quando investigação da conduta ímproba do administrador, nos termos da Lei 8.429/92.

³⁵ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O controle da moralidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 04.

³⁶ Ibid., p. 05.

³⁷ WELTER, Henri. Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative: étude de doctrine et de jurisprudence. Paris: Recueil Sirey, 1929, p.77 apud BRANDÃO, Antônio José. Op. cit., p. 459.

³⁸ LACHARRIE'RE, F. M. Le contrôle hiérarchique de L' Administration dans la Forme Juridictionne, 1938 apud BRANDÃO, Antônio José. Op. cit., p. 459.

³⁹ BRANDÃO, Antônio José. Op. cit., p. 460.

PEREIRA, Fernanda M. S. *Moralidade Administrativa como ato administrativo discricionário: uma análise à luz das nomeações de Lula e Cristiane Brasil*. pp. 57-81

Nesse sentido, José Guilherme Giacomuzzi sustenta que a probidade é uma faceta subjetiva do princípio da moralidade administrativa, criando o dever de agir do administrador de forma correta, honesta.⁴⁰

A moralidade esta ligada à ideia de boa administração ou de bom governo, logo, ligada ao princípio da eficiência, ou seja, estes princípios eram sobrepostos. Porém, desde a positivação do princípio da eficiência, este, tomou para si o conteúdo de direito do administrado a um bem servidor do sistema público.⁴¹

A positivação do instituto como princípio, fez com que a maior parte da doutrina passasse a compreendê-lo como boa administração somada à moral comum, bons costumes, justiça, equidade, etc.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.⁴²

Cármem Lúcia Antunes Rocha determinada moralidade administrativa:

A moralidade administrativa é, pois, princípio jurídico que se espalha num conjunto de normas definidoras dos comportamentos éticos do agente público, cuja atuação se volta a um fim legalmente delimitado, em conformidade com a razão de Direito e exposta no sistema normativo.⁴³

Para Hely Lopes Meirelles “o certo é que a moralidade do ato administrativo juntamente a sua legalidade e finalidade, além de sua adequação aos demais princípios, constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima”.⁴⁴

Germana de Oliveira Moraes afirma que “violando o princípio da boa-fé significa também violar o princípio da moralidade”.⁴⁵

José dos Santos Carvalho Filho entende que o princípio da moralidade impõe ao administrador público a observância dos preceitos éticos que devem estar presentes em sua

⁴⁰ GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 287.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 83.

⁴² *Ibid.*, loc. cit.

⁴³ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, 1997. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47051/46036>. Acesso em: 11 jan. 2018.

⁴⁴ MEIRELES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 84.

⁴⁵ MORAES, Germana de Oliveira, apud GIACOMUZZI, José Guilherme. *Op. cit.*, p. 239.

PEREIRA, Fernanda M. S. *Moralidade Administrativa como ato administrativo discricionário: uma análise à luz das nomeações de Lula e Cristiane Brasil*. pp. 57-81

conduta, devendo averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, bem como distinguir o que é honesto do que é desonesto.⁴⁶

No mesmo sentido, José Afonso da Silva entende que para uma boa interpretação do princípio, se deve partir da ideia de que moral administrativa não é moral comum, mas sim uma moral jurídica, sendo que isso não significa necessariamente que o ato legal seja desonesto, pois nem sempre o que é legal é moral, do ponto de vista social.⁴⁷

Uma definição moderna do conceito de moralidade administrativa é ventilada por José Guilherme Giacomuzzi, que a entende como corolário de atuação conforme da administração aos princípios éticos constantes das ideias de boa-fé, decoro, honestidade e bons costumes.⁴⁸

Valoroso conceito foi construído, através da interpretação hermenêutica do conceito de moralidade administrativa, realizada por Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho e Daniel Diniz Gonçalves, que analisaram a moralidade em contextos linguísticos diferentes, à luz do Estado de Bem Estar Social. Concluíram que moralidade administrativa, no contexto do Estado do Bem Estar Social é:

[...] um padrão de condutas (condutas objetivas), praticadas em nível social e político, ou seja, no contexto político e administrativo da Administração Pública, idôneas a atingir um fim público, exercido em benefício de todos (isonomia), que exige do administrador público (inclusive juridicamente) deveres de lealdade (do administrador para com o grupo maior de pessoas que administra, criando-lhe uma identidade que lhe sugira que aquilo que o faz leal a um pequeno grupo – família e amigos - poderia lhe dar razão para cooperação na construção de um grupo maior – Município, Região, Estado, um grupo ao qual seria possível, com o tempo, tornar-se igualmente leal, ou talvez até mesmo mais leal), honestidade (resistência às tentações de usar o poder político para os seus próprios interesses particulares), preparo (para tornar as decisões mais rápidas e não paralisar as atividades administrativas), confiança (respeito às legítimas expectativas criadas nos cidadãos), veracidade (prática de atos políticos e administrativos de governo com base em interesses verdadeiros da comunidade e diante de fatos e contingências reais) e transparência (exercer a magistratura pública sem atos secretos, em reuniões secretas, permitindo, assim, o controle popular), mas que lhe respeitem um necessário espaço discricionário de ação, que será aferido (e reduzido) diante da exigência dos deveres acima assinalados.⁴⁹

A moral comum enquanto valor da sociedade tem natureza universal porque varia de acordo com o contexto e com seus mentores que cria tal valor de acordo com o grupo que está inserido. Difere-se da moral administrativa, na medida em que os valores dessa moral são extraídos da Administração Pública, que também pode sofrer variações a depender da instituição pública na qual está inserido o administrador ou agente público.

⁴⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁴⁸ GIACOMUZZI, op. cit., p. 227

⁴⁹ COELHO, Nuno Manoel Morgadinho dos Santos; GONÇALVES, Daniel Diniz. op. cit. p. 185

PEREIRA, Fernanda M. S. *Moralidade Administrativa como ato administrativo discricionário: uma análise à luz das nomeações de Lula e Cristiane Brasil*. pp. 57-81

O princípio da moralidade administrativa não atua como fonte secundária, nem está atrelado a outros princípios, apesar de coexistirem. Ele tem autonomia e merece receber tratativa jurídica condizente com seu peso e importância no ordenamento jurídico brasileiro, pois ele reúne a essência de todos os demais princípios que regem a administração pública e exigem a tão falada boa administração.

4 A MORALIDADE ADMINISTRATIVA E O PODER ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: UMA ANÁLISE À LUZ DAS NOMEAÇÕES DO EX-PRESIDENTE LULA E DA DEPUTADA CRISTIANE BRASIL

Este tópico se destina à análise dos atos administrativo dos Presidentes, sob a perspectiva da moralidade institucional, em duas vertentes: da liberdade especial para manter a governabilidade e de maiores deveres/obrigações. Isto é, busca analisar o ato dos Presidentes enquanto tais, considerando a liberdade e competência originária para as nomeações, em contrapartida, a maior exigência do cumprimento dos princípios da administração pública, especialmente a moralidade administrativa.

4.1 A nomeação do Ex-Presidente Lula para Ministro da Casa Civil

Em 16 de Março de 2016 a Presidenta afastada Dilma Vana Rousseff “convidou” o Ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva para assumir o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil. Aceito o convite, a nomeação foi publicada no Diário Oficial da União. Contudo, a divulgação das conversas telefônicas entre eles, pelo Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, responsável pela condução da Lava Jato mudou o curso das coisas. Isso porque, em uma das conversas Dilma e Lula falam sugerem o “termo de posse” como foro privilegiado.

Diversas ações foram propostas com pedido de suspensão da posse. Um verdadeiro vai-e-vem de concessão e derrubada de liminares se instalou no judiciário até que o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes determina a suspensão da nomeação de Lula, através de liminar concedida em sede de Mandado de Segurança Coletivo.

As ações que resultaram a suspensão da nomeação do Lula foram propostas pelo Partido Popular Socialista e Partido da Social Democracia Brasileira, através dos Mandados de Segurança Coletivo 34.070 e 34.071, respectivamente. Ambas as ações tiveram como principal tese o fato de que ato administrativo discricionário da então Presidenta "viola

PEREIRA, Fernanda M. S. *Moralidade Administrativa como ato administrativo discricionário: uma análise à luz das nomeações de Lula e Cristiane Brasil*. pp. 57-81

frontalmente a ordem jurídica em suas regras e princípios, em escancarado desvio de finalidade que afronta não apenas a legalidade, mas a estabilidade das instituições e a mínima segurança na aplicação do texto Constitucional".⁵⁰

A defesa da ex-Presidente Dilma se resumiu em alegar que a concessão da liminar nos Mandados de Segurança Coletivo não têm fundamentação que justifique o desatendimento aos artigos 2º da Lei 8.437/1992, que dispõe sobre medidas cautelares contra atos do Poder Público e art. 22, § 2º, da Lei do mandado de segurança, n. 12.016/2009.

Para a pesquisa proposta, merecem destaque os argumentos do Ministro Gilmar Mendes, que ao fundamentar a liminar concedida se utiliza do princípio da moralidade administrativa. A princípio ele aplicou inversamente o julgamento de Natan Donadon. No caso paradigma o STF firmou jurisprudência nos casos em que a renúncia a cargo público que confere foro privilegiado configura desvio de finalidade. Para o ato da então Presidenta Dilma, o Ministro aplicou o referido caso de modo inverso, ou seja, prover cargo público com intuito único de conceder foro privilegiado.⁵¹

Apontou violação dos preceitos constitucionais, como critérios de validade da nomeação, especialmente os princípios da moralidade e impessoalidade, conforme art. 87 c/c art. 37, II, da CF. Neste ínterim, alegou que, apesar da aparente legalidade no ato da ex-Presidenta, se consideradas todas as circunstâncias, o ato destoou da razão que o justifica, baseando a decisão na existência de abuso de direito, fraude à lei e desvio de finalidade, o que fatalmente fere a moralidade administrativa (institucional).⁵²

O Ministro falou em “riqueza probatória” quando se utilizou das conversas entre os envolvidos que foram veiculadas na mídia, entretanto, não entrou no mérito da validade da quebra do sigilo telefônico. Mas, o utilizou como pano de fundo para sua decisão, pois afirma que nas notas oficiais publicadas pela Presidente Dilma, ela confessa a existência das respectivas conversas.⁵³ Segundo o Ministro, pairava cenário que indicava que nos próximos desdobramentos, Lula seria implicado em ulteriores investigações, preso preventivamente e processado criminalmente. A assunção de cargo de Ministro obstaría essas consequências.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança Coletivo n. 34070. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309136955&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2017, p. 14.

⁵¹ Ibid., loc. cit.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança Coletivo n. 34070. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309136955&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2017, p. 18.

⁵³ Ibid., p. 21.

PEREIRA, Fernanda M. S. *Moralidade Administrativa como ato administrativo discricionário: uma análise à luz das nomeações de Lula e Cristiane Brasil*. pp. 57-81

Além disso, o Ministro fundamenta sua decisão no fato de que não se justifica a alegação da Presidenta afastada no que tange à necessidade de antecipação da assinatura do termo de posse, uma vez que, possivelmente, o indicado não poderia estar presente na cerimônia de posse. Isso porque, segundo a legislação de regência de regência do ato de posse, Lei 8.112/89, art. 13, §1º, ela se dá “pela assinatura do respectivo termo”, no prazo de trinta dias “contados da publicação do ato de provimento”. Isto é, o termo foi produzido e assinado de forma antecipada com a finalidade de comprovar fato não verídico, qual seja, que Lula já ocupava o cargo de Ministro de Estado. O objetivo da falsidade é claro: impedir o cumprimento de ordem de prisão de juiz de primeira instância, um salvo conduto.⁵⁴

Para o Ministro, a nomeação teve o objetivo de retirar da competência de Juiz Sergio Moro, da 13ª Vara Federal da Curitiba, as investigações contra o Ex-Presidente, por isso, o ato administrativo da nomeação deve ser considerado nulo por desvio de finalidade e ofensa à moralidade administrativa, uma vez que a então Presidenta não agiu com a moralidade institucional exigida ao cargo ocupado, bem como o próprio pretendente ao cargo descumpre todos os preceitos fundantes da instituição que pertenceria se nomeado.

4.2 A nomeação da Deputada Cristiane Brasil para Ministra do Trabalho

A Deputada Cristiane Brasil foi indicada, por ato do Presidente Michel Temer, para assumir o Ministério do Trabalho logo nos primeiros dias de 2018. Todavia, liminar concedida pelo Juiz da 4ª Vara Federal de Niterói, Rio de Janeiro, na Ação Popular de n. 001786-77.2018.4.02.5102 impediu os efeitos da nomeação e suspendeu a posse da Deputada, com fundamento na lesão à moralidade administrativa, por não ter a candidata ao Ministério expertise na pasta a ser assumida, além de possuir contra si condenações judiciais pela violação das leis trabalhistas, o que a impediria de conduzir a pasta de natureza trabalhista.

Os autores da ação alegam que:

[...] sendo a indicada ao Ministério do Trabalho uma pessoa que praticou pessoalmente graves violações das leis trabalhistas, flagradas e comprovadas em pelo menos 02 (duas) demandas judiciais, parece ofender ao juízo médio de razoabilidade dar-lhe atribuições próprias de autoridade cuja incumbência será fiscalizar o cumprimento de normas que ela própria demonstrou não respeitar.⁵⁵

A decisão do Magistrado é pautada na moralidade administrativa:

⁵⁴ Ibid., p. 32.

⁵⁵ RIO DE JANEIRO. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Ação Popular n. 0001786-77.2018.4.02.5102. 4ª Vara Federal de Niterói-RJ.

PEREIRA, Fernanda M. S. *Moralidade Administrativa como ato administrativo discricionário: uma análise à luz das nomeações de Lula e Cristiane Brasil*. pp. 57-81

Em exame ainda que perfunctório, este magistrado vislumbra fragrante desrespeito à Constituição Federal no que se refere à moralidade administrativa, em seu artigo 37, caput, quando se pretende nomear para um cargo de tamanha magnitude, Ministro do Trabalho, pessoa que já teria sido condenada em reclamações trabalhistas, condenações estas com trânsito em julgado, segundo os veículos de mídia nacionais e conforme documentação que consta da inicial.⁵⁶

O princípio da moralidade administrativa foi o fundamento legal utilizado tanto como tese para o pleito judicial, quanto para fundamentar a suspensão da posse concedida liminarmente. Alega o Magistrado que a decisão não causa prejuízos irreversíveis em razão da sua natureza meramente cautelar, precária e reversível, podendo ser revisada. Afirma que sua concessão é resguarda a moralidade administrativa, enquanto bem jurídico, “valor tão caro à coletividade e que não deve ficar sem o pronto amparo da tutela jurisdicional”.⁵⁷

Agravo de Instrumento foi interposto contra essa decisão perante o Tribunal Regional Federal da Segunda Região, que indeferiu a medida, asseverando que “a decisão atacada não se aparente teratológica, na medida em que o magistrado de piso, fundamentando sua decisão no princípio da moralidade administrativa (art. 37, caput, da CRFB/88) [...]”.⁵⁸

A decisão acima destacada foi objeto de medida de contracautela pleiteada pela Advocacia Geral da União perante o Superior Tribunal de Justiça, que em decisão proferida dia 20 de Janeiro de 2018, derrubou a liminar da Justiça Federal, confirmando a nomeação e posse da Deputada (que seria realizada em 22 de Janeiro de 2018).

O Ministro Humberto Martins, vice-presidente do STJ, suspendeu os efeitos da antecipação da tutela deferida na Ação Popular n. 001786-77.2018.4.02.5102, sob o fundamento de que não há na legislação norma que impede a nomeação da Ministra, nos termos alegados na Ação Popular, ou seja, não há dispositivo legal que impeça a nomeação de Ministros de Estado em razão de condenações trabalhista. Para ele “não é aceitável que decisões liminares suspendam atos de nomeação e de posse, sem clara comprovação de violação ao ordenamento jurídico”.⁵⁹

Contudo, a Ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia, ao analisar a Reclamação 29.508 requerida pelos autores da Ação Popular, derrubou a decisão do Ministro do STJ, uma vez que este Tribunal não tem competência para apreciar a medida de contracautela ajuizada. Isso porque, a ação popular discute questão de cunho constitucional

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento n. 0000132-35.2018.4.02.0000.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação n. 29.508, p. 6.

PEREIRA, Fernanda M. S. *Moralidade Administrativa como ato administrativo discricionário: uma análise à luz das nomeações de Lula e Cristiane Brasil*. pp. 57-81

(moralidade administrativa, princípio da separação dos poderes e competência privativa do Presidente da República).

Nesse sentido, a Ministra Cármen Lúcia alega usurpação de competência e afasta dessa análise os elementos de mérito do ato administrativo questionado judicialmente, se é dotado de validade jurídica ou não.

Em suas palavras “O que se põe em foco na presente reclamação constitucional é, exclusivamente, a alegada usurpação da competência deste Supremo Tribunal para processar e julgar o requerimento de suspensão de liminar”.⁶⁰ Segue afirmando que “[...] a reclamação é classe processual com objeto pontual e único: analisar e decidir sobre eventual usurpação de competência do Supremo Tribunal ou sobre agravo à autoridade de decisão dele emanada.”.⁶¹

Em resumo, a Ministra não examina o que foi decidido, mas por quem foi decidido, ou seja, se o STJ não teria usurpado a competência do STF. Nessa linha, a jurisprudência da Corte Suprema está consolidada no sentido de afirmar sua competência quando se trata de “requerimento de suspensão de decisão fundada em matéria constitucional e infraconstitucional, quer dizer, a competência deste órgão atrai a matéria legal quando em questão também e vinculada matéria constitucional”.⁶²

Por isso e com base nos princípios da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição, somados ao poder geral de cautela, a Ministra Cármen Lúcia deferiu parcialmente a providencia liminar para a suspensão do ato de posse da Deputada.

Todo esse vai e vem é porque a pretendente ao cargo de Ministra do Trabalho sofreu ao menos três processos trabalhistas. Um deles, a ex-funcionária que realizava atividades domésticas, pleiteou o recolhimento de suas contribuições previdenciárias. O caso terminou em acordo.⁶³ As outras duas ações foram propostas pelos motoristas, que pleitearam o pagamento do adicional de horas extraordinárias. Em um dos processos, na audiência de conciliação foi firmado acordo, noutra a Deputada foi condenada. Condenação confirmada em segunda instância. Após veiculação na mídia, a Deputada ofereceu acordo ao trabalhador.⁶⁴

⁶⁰ Ibid., p. 6

⁶¹ Ibid., loc. cit.

⁶² Ibid., p. 10

⁶³ REZENDE, Constança. Cristiane Brasil respondeu também a processo trabalhista movido por empregada. Estadão Conteúdo. Rio de Janeiro, pub. 10 jan. 2018, atual. 12 jan. 2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2018/01/10/cristiane-brasil-respondeu-tambem-a-processo-trabalhista-movido-por-empregada.htm>. Acesso em: 17 jan. 2018.

⁶⁴ CALEGARI, Luiza. Entenda as polêmicas que cercam a nomeação de Cristiane Brasil. Rio de Janeiro, pub. 09 jan. 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/entenda-as-polemicas-que-cercam-a-nomeacao-de-cristiane-brasil/>. Acesso em: 17 jan. 2018. PARAGUASSU, Lisandra. Nomeação de Cristiane Brasil vira questão institucional. Rio de Janeiro, pub. 16 jan. 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/nomeacao-de-cristiane-brasil-vira-questao-institucional/>. Acesso em: 17 jan. 2018. AMARAL, Luciana; AMORIM, Felipe;

PEREIRA, Fernanda M. S. *Moralidade Administrativa como ato administrativo discricionário: uma análise à luz das nomeações de Lula e Cristiane Brasil*. pp. 57-81

A nomeação da Deputada para ocupar o Ministério do Trabalho, considerando as questões expostas, gera grandes riscos à comunidade brasileira, uma vez que a Deputada Cristiane Brasil não tem aptidão para o exercício do cargo, podendo em um só dia, num só ato afetar milhares de relações jurídicas, logo, o risco é severo, grave e iminente.

Cabe destacar que até a conclusão desta pesquisa, o caso da Deputada Cristiane Brasil estava indefinido, isto é, a posse foi suspensa liminarmente e depende de decisão definitiva futura, que pode reverter o quadro aqui discutido.

4.3 A tutela da moralidade administrativa como controle da discricionariedade

Diversos questionamentos devem ser feitos para a análise da moralidade administrativa como ferramenta de controle do ato discricionário administrativo.

Respeita a moralidade institucional o administrador que nomeia Ministro com finalidade diversa, para benefício pessoal e não para o bem da administração pública e de seus administrados? Esse administrador realiza uma “boa administração”?

O pretendente a cargo de Ministro que descumpre regras fundantes da instituição que ocupará continua compatível com a importante missão de zelar e fazer cumprir direitos em benefício do povo? Em outras palavras, a “boa administração” será possível com um Ministro que viola a moralidade institucional antes mesmo de ocupar o cargo?

As questões acima se referem às nomeações de Lula pela Presidenta afastada Dilma Rousseff e de Cristiane Brasil pelo Presidente Michel Temer. Ambas as nomeações eram para ocupação de cargos de Ministros, da Casa Civil e do Trabalho.

Sob a ótica da moralidade comum não é plausível admitir condutas como as descritas acima. À luz da moralidade institucional, além de não ser plausível, viola princípio constitucional. Isto é, a moralidade administrativa impede que um ato administrativo discricionário seja tomado a qualquer custo, em desvio de finalidade.

Conforme discorrido acima, é possível constatar que em ambos os casos a moralidade foi tese principal para pleitear, bem como, conceder a suspensão dos efeitos da posse. Não obstante outros princípios tenham sido invocados, a moralidade atua como núcleo das demandas. Fato que afirma sua autonomia e importância no ordenamento jurídico brasileiro.

BIANCHI, Paula. Governo sofre dupla derrota e posse de Cristiane Brasil continua suspensa. Brasília, pub. 15 jan. 2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2018/01/15/governo-sofre-nova-derrota-e-posse-de-cristiane-brasil-continua-suspensa.htm>. Acesso em: 17 jan. 2018.

PEREIRA, Fernanda M. S. *Moralidade Administrativa como ato administrativo discricionário: uma análise à luz das nomeações de Lula e Cristiane Brasil*. pp. 57-81

Tratando-se de Ação Popular, importante trazer a concepção da moralidade por José Guilherme Giacomuzzi, que sugere uma polissemia do signo moralidade administrativa na Constituição Federal. De modo a entender a moralidade do inciso LXXIII do art. 5º como uma das causas de pedir da Ação Popular e o caput do art. 37, como um princípio jurídico que pode ter seu conteúdo alterado em razão da evolução e necessidade da sociedade. Para ele, o conceito e conteúdo de moralidade administrativa do art. 5º não se confunde com o art. 37, uma vez que este tem significado esvaziado perante a abrangência assumida pelo art. 5º.⁶⁵

Ainda de acordo com a concepção de Giacomuzzi, a moralidade se desdobra em dois aspectos, objetivo, em razão da sua relação com a boa-fé objetiva; e subjetivo, pois mantém relação com o dever de probidade do administrador público.⁶⁶

Importante a perspectiva levantada pelo autor, no sentido de que a moralidade está relacionada com a boa-fé objetiva. Em diversas ocasiões a doutrina vinculou a moralidade com a boa-fé, sem especificar se se refere à boa-fé objetiva. Cita-se Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁷, quando declara que “o princípio da moralidade administrativa compreende os princípios da lealdade e da boa-fé” e Juarez Freitas, quando afirma ser “manifesto resultado da junção dos princípios da moralidade e da segurança nas relações jurídicas”.⁶⁸

Essa relação com a boa-fé é determinante para compreendermos a importância da aplicação do princípio nos casos destacados no artigo. Isso porque o Estado deve, no modelo em que se encontra atualmente (Estado de Bem Estar Social), pautar-se no consenso e diálogo com setores da sociedade, bem como fundamentar sua conduta na honestidade, retidão, lealdade e no respeito pelos interesses do povo. Deve ainda, principalmente se se considerar o atual cenário da política brasileira, proteger a confiança que o povo depositou no governo, nos governantes eleitos e nas instituições que estes representam.

Nesse sentido, vale mencionar as palavras de Cármen Lúcia:

[...] no Estado Moderno, especialmente com o modelo intervencionista que passou a predominar no presente século, a exigência de moralidade administrativa firmou-se como um dos baluartes da confiança do povo no próprio Estado, cujas funções são desempenhadas pelos agentes. A moralidade administrativa tornou-se não apenas Direito, mas direito público subjetivo do cidadão: todo cidadão tem direito ao governo honesto.⁶⁹

⁶⁵ GIACOMUZZI, José Guilherme. Op. cit., p. 184.

⁶⁶ Ibid., p. 62-74.

⁶⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit., p. 73.

⁶⁸ FREITAS, Juarez, apud GIACOMUZZI, José Guilherme, op. cit., p. 239.

⁶⁹ ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. Op.cit., p. 190.

PEREIRA, Fernanda M. S. *Moralidade Administrativa como ato administrativo discricionário: uma análise à luz das nomeações de Lula e Cristiane Brasil*. pp. 57-81

O aspecto subjetivo, de acordo com a concepção de Giacomuzzi, se refere ao dever de probidade administrativa, ou seja, obriga o administrador público a pautar sua conduta com a honestidade, a retidão de caráter e a justiça, uma antítese à conduta corrupta.⁷⁰ Associar a moralidade com a corrupção e com a conduta desonesta do administrador é automático e sem dúvida também se relaciona com o senso comum de moralidade.

Apesar de não se confundir com o princípio da boa-fé e da improbidade administrativa, tendo em vista a autonomia da moralidade administrativa, conforme já analisado em tópico específico, é viável concordar com a concepção de Giacomuzzi no sentido de conferir ao princípio da moralidade a devida relevância no ordenamento jurídico como bem jurídico e como tutela jurisdicional. Isto é, como tutela jurisdicional na ação popular, nos termos do art. 5º, inciso LXXIII e como bem jurídico a ser protegido e respeitado, por ser uma norma que norteia e orienta a produção, aplicação e interpretação do direito administrativo, consoante caput do art. 37. Além disso, como valor norteador da conduta do administrador público, objetiva e subjetivamente, ou seja, quando exige do administrador e da administração a boa-fé e quando exige o dever de probidade.

À luz dessas considerações é possível afirmar que o princípio da moralidade administrativa, como princípio autônomo no ordenamento jurídico é valioso instrumento de controle do ato administrativo discricionário, tendo em vista a exigência do administrador de atuar pautado na boa-fé e na probidade.

Isso importa dizer que a moralidade administrativa além das atuações já destacadas no texto, funciona ainda como limitador do poder discricionário, na medida em que impede que ato administrativo se efetive a qualquer custo, sem respeitar os princípios fundantes do direito administrativo, levando em conta apenas a arbitrariedade do administrador.

Mais que isso, é possível constatar que a moralidade administrativa também tem o condão de responsabilizar e punir o administrador que desvie a finalidade do ato, que atue em verdadeira desonestidade, prejudicando a instituição que conduz e o povo que representa.

Na análise da proposta levantada neste estudo é possível concluir com firmeza que em ambos os casos levantados a moralidade administrativa atuou fortemente para impedir que a administração pública, especificamente, os Ministérios do Trabalho e da Casa Civil fossem conduzidos por pessoas inaptas, considerando que ambas as nomeações foram realizadas por ato administrativo eivado de vício, com desvio de sua finalidade precípua que é a de zelar pelo bom funcionamento da instituição, que beneficiará o administrado.

⁷⁰ GIACOMUZZI, José Guilherme. Op. cit., p. 243.

PEREIRA, Fernanda M. S. *Moralidade Administrativa como ato administrativo discricionário: uma análise à luz das nomeações de Lula e Cristiane Brasil*. pp. 57-81

No caso, a liberdade do administrador não pode ser absoluta, sem limites razoáveis e proporcionais, mas sim pautada nos princípios constitucionais administrativos que instrumentam a Administração Pública de modo que seja possível manter a governabilidade em prol dos interesses do povo.

5 CONCLUSÃO

A proposta deste trabalho foi analisar a moralidade administrativa como instrumento de controle do ato administrativo discricionário. Para seu melhor desenvolvimento realizou a análise à luz dos casos recentemente ocorridos no Brasil, a nomeação do ex-Presidente Lula pela Presidenta afastada Dilma Rousseff para assumir cargo de Ministro da Casa Civil e a nomeação da Deputada Cristiane Brasil pelo Presidente Michel Temer para conduzir o Ministério do Trabalho (o caso ainda estava sob *judice* até o fechamento deste trabalho, pois a suspensão foi conferida em sede liminar).

O poder discricionário foi objeto de estudo, assim como seu controle. Foi possível vislumbrar que a discricionariedade foi controlada a princípio apenas pela legalidade e, posteriormente, foi possível limitar esse poder, que não é absoluto, na medida em que se impõe ao administrador o dever de observar normas que norteiam a administração, podendo ser submetido ao judiciário para reexame.

O conceito de moralidade administrativa que melhor se adequa à proposta, qual seja, como controle da discricionariedade administrativa, é a defendida por Giacomuzzi, que defende a moralidade administrativa com dois aspectos, objetivo e subjetivo, na medida em que exige-se do administrador boa-fé e probidade.

Assim, é perfeitamente possível verificar que nos casos em apreço, a moralidade administrativa foi escancaradamente violada pelos Administradores, pois configurado o interesse pessoal da Presidenta Dilma em beneficiar seu aliado, Lula, visando deslocar a competência de um júzo para outro, com intuito de livrá-lo de anunciado julgamento, bem como a ausência de expertise da pretendente a cargo de Ministra do Trabalho, uma vez que a Deputada Cristiane Brasil não detém aptidão para exercer tal missão, uma vez que lesou direitos que são objeto da pasta administrativa.

A moralidade administrativa com autonomia no ordenamento jurídico é uma ferramenta indispensável para controlar a discricionariedade administrativa, especialmente, no

PEREIRA, Fernanda M. S. *Moralidade Administrativa como ato administrativo discricionário: uma análise à luz das nomeações de Lula e Cristiane Brasil*. pp. 57-81

atual cenário vivenciado pelo país, em que seu povo está descrente de seu governo, logo, manter a confiança (e esperança) através desse mecanismo é dever do Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: EDIPRO, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Reclamação n. 29.508*

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança Coletivo n. 34.070*. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309136955&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

BRANDÃO, Antônio José. *Moralidade Administrativa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 25, p.454-467, jul./set. 1951. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12140>. Acesso em: 11 jan. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Fundamentos Filosóficos da Interpretação do Direito: O Romantismo*. São Paulo: Rideel, 2012.

COELHO, Nuno Manoel Morgadinho dos Santos; GONÇALVES, Daniel Diniz. *Moralidade Administrativa: uma construção hermenêutica*. Revista Jurídica. vol. 4, n. 45, p. 180-206, Curitiba, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

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

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRISA JUNIOR, Cesar Jackson. *A moralidade no controle da discricionariedade do ato administrativo*. Revista de Direito dos Advogados da União. Brasília, v. 11, n. 11, p. 91-110, out. 2012. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/55929>. Acesso em: 15 jan. 2018

PEREIRA, Fernanda M. S. *Moralidade Administrativa como ato administrativo discricionário: uma análise à luz das nomeações de Lula e Cristiane Brasil*. pp. 57-81

HAURIOU, Maurice. *A Teoria da Instituição e da Fundação: Ensaio de Vitalismo Social*. Tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. "Relatividade" da competência discricionária. *Revista Diálogo Jurídico*. v. 1, n. 3, jun. Centro de Atualização Jurídica – CAJ: Salvador, 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 12 jan. 2018, p.831-834.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade Administrativa: do conceito a efetivação*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 190:1-44, out./dez., 199. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45405>. Acesso em: 11 jan. 2018.

_____. *Legitimidade e Discricionariedade: Novas reflexões sobre os Limites e Controle a Discricionariedade*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990.

RIO DE JANEIRO. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. *Ação Popular n. 0001786-77.2018.4.02.5102*. 4ª Vara Federal de Niterói-RJ.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Agravo de Instrumento n. 0000132-35.2018.4.02.0000*.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro*. *Revista de Direito Administrativo*. 1997. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47051/46036>. Acesso em: 11 jan. 2018.