



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

Paulo Vinícius Cabral dos Santos

CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS:
A COLISÃO ENTRE PODERES DECORRENTE DA TÊNUE BALIZA
INTERPRETATIVA DA TUTELA DA MORALIDADE

Recife, 2019

Paulo Vinícius Cabral dos Santos

CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS
A COLISÃO ENTRE PODERES DECORRENTE DA TÊNUE BALIZA
INTERPRETATIVA DA TUTELA DA MORALIDADE

**Monografia apresentada como requisito parcial
para Conclusão do Curso de Bacharelado em
Direito pela UFPE.**

Área de Conhecimento: Direito Administrativo.

Orientador: Manoel de Oliveira Erhardt

Recife, 2019

Paulo Vinícius Cabral dos Santos

Controle jurisdicional dos atos administrativos: a colisão entre poderes decorrente da tênue baliza interpretativa da tutela da moralidade.

Monografia Final de Curso

Para Obtenção do Título de Bacharel em Direito

Universidade Federal de Pernambuco/CCJ/FDR

Data de Aprovação:

Prof.

Prof.

Prof.

RESUMO

Este trabalho apresenta uma análise histórica acerca dos limites entre a atuação administrativa discricionária e política e a atuação jurisdicional, fazendo uma ponte com a corrente conjuntura judicial pátria e os recentes desgastes entre o judiciário no exercício da sua função típica de controle externo e a administração pública, essencialmente quando esta é representada pelo poder executivo, especificamente sobre o controle dos atos administrativos sob o prisma principiológico da moralidade administrativa, princípio este que, apesar de ser expressamente previsto em nossa Carta Magna e com forte presença na legislação infraconstitucional, possui naturalmente uma carga de abstração inerente pois se trata não de regra concreta e sim de fundamento meramente norteador dada a sua natureza normativa, tem uma terminologia linguística ainda mais ampla e cogitativa que é a expressão "moral".

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	
1.1 Origem etimológica das palavras “ética” e “moral”.....	6
1.2 A moral Kantiana.....	6
2. MODELO BRASILEIRO DE JURISDIÇÃO.....	7
3. CONCEITUAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NA DOUTRINA BRASILEIRA.....	9
4. A MORALIDADE ADMINISTRATIVA	10
5. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	11
5.1 Separação entre a atividade discricionária e vinculada na administração pública.....	11
5.2 Conceito de discricionariade administrativa e o que a difere da arbitrariedade.....	12
6. CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	14
..	
6.1 O pioneirismo de Miguel Seabra Fagundes e Carlos TÁCITO no controle de atos discricionários no Brasil.....	14
6.2 Jurisprudência do STJ.....	16
6.3 A Discricionariade, o mérito administrativo e a inafastabilidade da jurisdição.....	17
7. A MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO.....	21
7.1 A tutela da moralidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro.....	23
7.2 O paradigma do Cristiano Brasil e a sua importância para uma tutela jurídica eficiente e responsável.....	24
7.3 Um só caso, decisões e opiniões polarizadas.....	25
8. CONCLUSÃO.....	31
9.REFERÊNCIAS.....	33

1. INTRODUÇÃO

1.1 Origem etimológica das palavras “ética” e “moral”.

A ética, palavra de origem grega que vem de "*ethos*" e tem um significado voltado à morada, habitação dos homens e animais, ao modo de vida e tendo por objetivo, segundo alguns estudiosos, o estudo sobre o como habitar, morar em conjunto com o outro, já a palavra moral tem origem latina, originada no "*mos*" ou "*mores*", sendo utilizada pelos romanos para traduzir a palavra grega "*ethos*"; também para os povos latinos, a palavra "*mos*" ou "*mores*" fazia referência aos costumes em um sentido coletivo e também ao caráter, no sentido de: “você é uma pessoa que age de acordo com a moral”, “você é uma pessoa de caráter”, como comumente usamos hoje.

Uma das concepções de ética mais usadas é a aristotélica, apresentando um conceito profundamente associado ao contexto, é a busca pelo bem, que é “aquilo a que as coisas tendem”¹, bem este que tem como objetivo maior a obtenção da felicidade, sendo “a felicidade, portanto, a melhor, a mais nobre e a mais aprazível coisa do mundo”², para atingir esse bem maior, que é a felicidade, é necessária a existência de um agir virtuoso em um determinado modo de vida, contexto.

1.2 A moral Kantiana

Para Kant, cuja obra fora de fato um divisor de água sobre o conhecimento acerca da moral, sobretudo quanto se nota que a perspectiva kantiana da moral está presente em diversas obras. A perspectiva Kantiana a moral é a priori, ou seja, ela tem pretensões universalistas, que independe de qualquer contexto.

Ainda segundo o filósofo, o direito é a expressão da faculdade de agir, uma razão prática, devendo se submeter à moral. O direito é reformulado de forma a englobar um dever com a consciência, na moral com a consideração interna, no direito com ação exterior. É a utilização do que ele chama de "imperativo categórico" que é a moral pelo dever.

No Direito como um todo, há grande contribuição das teorias kantianas, aristotélicas e de outros filósofos, nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, com

¹ARISTÓTELES, 2002a, p17

²ARISTÓTELES, 2002a, p30

ênfase no pátrio, que é o objeto do estudo em tela, muitas são as regras e os princípios que costumeiramente servem de guarida para perspectivas acerca da ética e da moral, mas um desses princípios se destaca, possui uma tal proeminência perfeitamente pode ser considerado como corolário jurídico do agir virtuoso, ético e moral, este princípio é o da moralidade, princípio este que é um dos pilares do Direito Administrativo pátrio, estando expressamente previsto no *caput* do artigo 37 da Carta Magna.

Apesar do agir virtuoso e da busca pelo bem e dos demais preceitos éticos e morais positivados em nossa Carta Maior, sobretudo o arquivo supracitado, práticas residuais de um modelo administrativo patrimonialista de outrora ainda se fazem presentes na conduta de significativa parcela dos nossos governantes e administradores, são atos eivados de gritantes irregularidades, atos inócuos, sem qualquer eficiência e meramente demagógicos, atos contenedores de ostensiva pessoalidade que ferem a isonomia e que muitas vezes confundem a figura do administrador com a da administração, além de atos precipuamente imorais.

2. MODELO BRASILEIRO DE JURISDIÇÃO

Diferentemente do modelo Contencioso Francês que possui um órgão especialmente criado para o julgamento dos atos administrativos, o Brasil adota o sistema de jurisdição una, o que significa que todos os atos administrativos praticados pelos municípios, estados e União, seja este poder executivo ou legislativo, estarão sob o constante controle de legalidade exercido pelo judiciário, nesta toada, é a definição exposta por Hely Lopes Meirelles, *verbis*:

O sistema judiciário ou de jurisdição única, também conhecido por sistema inglês e, modernamente, denominado sistema de controle judicial, é aquele em que todos os litígios – de natureza administrativa ou de interesses exclusivamente privados – são resolvidos judicialmente pela Justiça Comum, ou seja, pelos juízes e tribunais do Poder Judiciário³

Posto isso, apesar de na própria estrutura administrativa haver um sistema de controle dos atos amados pela administração, com órgãos administrativos julgadores e um sistema recursal, o controle jurisdicional é inafastável, de acordo com o sistema jurisdicional Inglês, o que fora acolhido pelo Brasil.

³MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro ,2016, p55.

Ocorre que, o administrador é soberano quanto às suas escolhas, ou seja, quanto a conveniência dos seus atos, desde que, obviamente, estes sejam legais e estejam contido dentro de balizas técnicas, ou seja, o judiciário não analisa a conveniência de um ato administrativo sob pena de grave violação dos princípios da separação dos poderes, destarte, o sistema inglês de jurisprudência una adotado pelo constituinte dá ao Poder Judiciário a prerrogativa de dizer o direito – jurisdição - , ou seja, exercer o controle de legalidade dos ato, analisando e julgando se estes estão ou não de acordo com o direito pátrio.

Todavia, há atos considerados imorais que não se revestem de ilegalidade em um primeiro momento, aparentando ostensiva conformidade com o direito, ao menos no que diz respeito a uma abordagem exegética do que está positivado em nossa legislação, exigindo uma finesse hermenêutica por parte do intérprete, algo que, apesar de ser mais complexo do que se ater à literalidade da legalidade simples, não traria, por si só, um risco à separação dos poderes, todavia, em um contexto político-social turbulento em que o poder judiciário se tornou um dos protagonistas do processo político - na figura do ativismo judicial - o poder judiciário vem desempenhado significativas vezes suas atividades de forma demasiadamente popular em detrimento da técnico-jurídica, o que por muitos pode visualizado de forma positiva, porém, cabe pontuar a importância da separação dos poderes exerce em qualquer democracia, nociva sendo a esta a concentração de poder em apenas um ente.

Destarte, faz-se necessário o estudo acerca dos limites dentre os quais o intérprete pode e deve agir sem que sua atividade jurisdicional de controle sobre atos com aparência de legalidade provenientes de autoridades administrativas, mas considerados imorais, representem ofensa à separação dos poderes.

3. CONCEITUAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NA DOUTRINA BRASILEIRA

Em uma análise simples, porém objetiva e igualmente feliz, Celso Bandeira de Melo conceitua o Direito Administrativo como "o ramo do Direito Público que disciplina o exercício da função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a desempenham"⁴, ou seja, este é o ramo do direito que cuida das relações no âmbito da administração pública, disciplinando desde as ações do administrador, dos servidores públicos em geral quanto ao desempenho das suas funções, quanto até mesmo os particulares que possuem vínculo com a administração público, como no caso de um particular que contrata com a administração através um procedimento licitatório.

Vários são os autores que adotam definição semelhante, dentre conceitos que já foram utilizados para definir o objeto do direito administrativo, o chamado "critério da administração pública" é o que ainda prevalece para a maior parte da doutrina, com autores como Ruy Cirne Lima, Hely Lopes Meireles, Fernando de Andrade Oliveira dentre outros.

Di Pietro, também adepta desta corrente doutrinária, robustece ainda mais a definição acerca do objeto do direito administrativo, definindo-o como:

"o ramo do direito público que tem como objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a administração pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens e meios de que se utiliza para a consecução dos seus fins, de natureza pública." ⁵ (

Vale pontuar a precisão e a completude da definição adotada por Di Pietro que, além de delimitar muito felizmente o objeto do direito administrativo, o separa da atividade estatal contenciosa, ficando esta a cargo do poder judiciário conforme o modelo de jurisdição una supradito.

⁴MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, São Paulo, 2013, p29

⁵Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 2016, p78

4. A MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Dentre os princípios presentes no direito administrativo, a moralidade administrativa se apresenta em uma situação bem específica, com variados autores pondo sua efetiva existência em dúvida em função do grande leque de sentidos e interpretações de um termo que, em um primeiro momento, aparenta ser impreciso e vago, tornando-se algo praticamente indissociável do conceito de legalidade.

Os autores que sustentam este posicionamento alegam que a imoralidade está no desvio da finalidade no ato do agente, ou seja, o ato em si se revestiria de legalidade em seu conteúdo, mas a intenção do agente ao praticar tal ato seria imoral, caracterizando, para esta corrente, o desvio de finalidade, o que, todavia, seria caracterizada mera ilicitude, não havendo que se falar em princípio da moralidade e sim no da legalidade.

Neste mesmo sentido está a lei 4.717/65 que elenca em seu art. 2º o desvio de finalidade como uma das ilicitudes cometidas pelo agente que podem ser objeto da ação popular disciplinada na mencionada lei.

Todavia, como bem diz Di Pietro:

“é antiga a distinção entre Moral e Direito, ambos representados por círculos concêntricos, sendo o maior correspondente à moral e, o menor, ao direito. Licitude e moralidade seriam os traços distintos entre o direito e a moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo o qual non omne quod licet honestum est (nem tudo o que é legal é honesto).”⁶

Neste sentido, apesar de o desvio de finalidade, ou seja, a conduta imoral, ser enquadrado como uma ilicitude, ainda não há que se confundir os princípios da legalidade e da moralidade, visto que, apesar de reduzidas as possibilidades com a positivação do desvio de finalidade, há formas de tutelar a moralidade administrativa presentes no direito brasileiro, como é o caso da “probidade administrativa”, que é o agir virtuoso, com retidão e com honestidade na administração da coisa pública, algo que é claramente maior e mais completo do que simplesmente agir com desvio de finalidade.

Para tanto, o direito brasileiro não confunde a legalidade com a modalidade administrativa, para além do parágrafo 4º do art. 37 da Carta Maior, que prevê

⁶Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, Curso de Direito Administrativo, Rio de Janeiro 2016, p108.

penalidades como a suspensão de direitos políticos, perda da função pública e indisponibilidade de bens sem prejuízo para uma eventual ação penal, endossam a distinção entre os institutos supraditos a lei 1.079/50 que trata dos crimes de responsabilidade do presidente da república e de seus ministros de estados, a qual, em seu capítulo V, adentra à seara da probidade administrativa e, especialmente no inciso 7 do art. 9º da lei em questão, faz clara menção a um agir de modo incompatível com a dignidade, decoro e honra que o cargo objeto da lei requer, conduta esta enquadrada como crime pela lei e que é passível de punição.

A previsão do princípio da moralidade administrativa também se faz presente na lei que regula o processo administrativo na administração pública federal, a lei 9.784/99, a qual, em seu art. 2º, parágrafo IV, determina que a boa-fé, o decoro e padrões éticos de probidade sejam observados no processo administrativo.

5. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

5.1 Separação entre a atividade discricionária e vinculada na administração pública.

Diferentemente do que ocorre nas relações entre particulares regidas pelo código civilista nas quais tudo o que não for proibido, é permitido, nas relações com entes públicos abraçadas pelo direito administrativo regra é invertida, ao administrador só é permitido fazer o que a lei determina, o obrigando, destarte, a realizar de determinadas ações previamente prescritas.

Portanto, é possível inferir, um primeiro contato com esse conceito, que o administrador apenas exerce suas funções de forma vinculada, isto é, de maneira literal e direta ao que consta na lei, sem margem de liberdade, todavia esta não é a única forma de a administração realizar os seus atos, a própria legislação que de forma rigorosa, objetiva e vincula o administrador à feitura de determinado ato, paralelamente dá ao gestor a liberdade para a escolha de um caminho, um método ou uma diretriz de trabalho no exercício das suas funções de modo a perseguir casuisticamente o interesse público através de uma ação tomada pelo administrador com base no seu julgamento, é a chamada "discricionariedade administrativa", a margem de liberdade que o administrador tem para encalçar o interesse público.

Neste sentido, Hely Lopes Meirelles diz que:

“A faculdade discricionária distingue-se da vinculada pela maior liberdade de

ação que é conferida ao administrador. Se para a prática de um ato vinculado a autoridade pública está adstrita à lei em todos os seus elementos formadores, para praticar um ato discricionário é livre, no âmbito em que a lei lhe concede essa faculdade.”⁷

As situações em que não há uma determinação expressamente prevista para vincular o administrador público a determinado ato não são incomuns, pelo contrário, fazem parte do cotidiano da administração pública, o que a leitura do administrador e o seu julgamento e tomada de decisão de acordo com determinados cenários preferíveis, porém, é importante pontuar que o ato administrativo discricionário não é resultado de ausência de legislação e sim da própria lei que elege a faculdade do administrador para gerir a situação de modo a melhor alcançar o interesse público.

5.2 Conceito de discricionariedade administrativa e o que a difere da arbitrariedade.

O conceito de discricionariedade administrativa é um tema relativamente pacificado entre os principais autores, as definições seguem uma linha comum, Celso Antônio Bandeira de Mello observa a discricionariedade pelo administrador quando, *in verbis*:

"a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma certa esfera de liberdade, perante o quê caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei.”⁸

Na mesma esteira segue Hely Lopes ao conceituar o poder discricionário como "o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.”⁹

Di Pietro também segue nesta mesma linha ao dizer que a "lei deixa certa margem de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá

⁷MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo, 2016.

⁸Mello, Celson Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo. 2016, p 978.

⁹MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito." ¹⁰(. A autora, inclusive, vai além ao definir o modo pelo qual o agente manifesta sua discricionariedade, para ela são ele se utiliza de "critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios a autoridade, porque não do legislador"¹¹.

Consoante a doutrina majoritária, Di Pietro também aduz que a não participação da ação legislativa no julgamento do caso em concreto feito pela autoridade legislativa não representa um vácuo legislativo tampouco liberdade plena para o administrador agir de forma totalmente livre, para a autora a "discricionariedade implica em liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a administração ultrapassa esse limite, a decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei" ¹²

Linha identifica também segue Marinela ao dizer que :

"a discricionariedade é diferente da arbitrariedade. Discricionariedade é a liberdade para atuar, para agir dentro dos limites da lei, enquanto a arbitrariedade é a atuação do administrador além (fora) dos limites da lei. Ato arbitrário é ilegal, ilegítimo e inválido, devendo ser retirado do ordenamento jurídico."¹³

Como já ventilado anteriormente, o legislador deu liberdade ao administrador para a realização de atos administrativos, os discricionários, mas até estes, para sua validade, possuem requisitos a serem observados pelos gestores, como a competência, forma, finalidade, motivo e objeto, estando o administrador vinculado aos primeiros três requisitos, possuindo liberdade nos últimos dois.

Seabra Fagundes especifica ainda mais a baliza discricionária do ato administrativo, em seu feliz voto em um acórdão do TJRN, diz que, *ipsis litteris*:

"entre praticar o ato ou dele se abster, entre praticá-lo com este ou aquele conteúdo (p. ex.: advertir apenas, ou proibir), ela é discricionária. Porém, no que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro" ¹⁴

¹⁰DI PIETRO, Maria Silvy Zanella, Direito Administrativo, 2016, p 255,)

¹¹DI PIETRO, Maria Silvy Zanella, Direito Administrativo, 2016, p 255,).

¹²DI PIETRO, Maria Silvy Zanella, Direito Administrativo, 2016, p 255.

¹³MARINELA, Fernanda, Direito Administrativo, 2016.

¹⁴TJRN, RDA 14152. No mesmo sentido o relator do acórdão, com mais doutrina, no seu O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 2ª ed., pp. 88 e ss.

6. CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Nas palavras de Di Pietro, " o controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito. De nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudesse ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar atos ilícitos por ela praticados "¹⁵

Ademais, como mencionando no começo deste trabalho, no Brasil impera o sistema de jurisdição una, um modelo cujo controle jurisdicional está a cargo de um só poder, não possuindo, para tanto, a administração pública não está isenta ao controle do poder judiciário como no Contencioso Francês cuja administração possui um conselho de estado incumbido de julgar as demandas relativas à administração, afastando-se da justiça comum.

6.1 O pioneirismo de Miguel Seabra Fagundes e Carlos Tácito no controle de atos discricionários no Brasil.

Pois bem, com o modelo de jurisdição una e em um cenário cujo controle de legalidade objetiva já consolidado no país, destaca-se a Miguel Seabra Fagundes - jurista bacharelado por esta Faculdade de Direito - que transitou entre o executivo - quando fora interventor no Rio Grande do Norte na Era Vargas - e a magistratura – à época em que foi desembargador no TJRN – e que é considerado um dos precursores de uma nova abordagem acerca do controle da administração pública pelo poder judiciário, representando um divisor de águas no estudo da mencionada espécie de controle, sustentando uma teoria que combateu a visão até então em voga de que discricionariedade do administrador estaria fora do controle judicial, estando tais atos longe da apreciação judicial, restando ao judiciário o mero controle de aspectos formais legais do ato administrativo.

À época do desenvolvimento da teoria de controle de Seabra Fagundes, vigorava uma visão que - nas palavras de Gustavo Maia Pereira:

“era amparada por uma ideia de que o Judiciário não poderia examinar os fatos que permeavam a ação administrativa. Estando o agente público

¹⁵DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, São Paulo, 2016, p900.

investido de competência e possuindo margem legal de liberdade para agir, o ato praticado não poderia ser anulado ou revisto por um juiz. Ou seja, apenas a "matéria de Direito" estaria abrangida pela legalidade, apta a justificar o crivo judicial, portanto." ¹⁶

Sob a relatoria de Seabra Fagundes em um caso emblemático para o estudo do controle administrativo de atos discricionários, cujo louvável acórdão pode ser considerado, inclusive, um *leading case* sobre o tema, o TJRN se deparou com a irresignação de uma empresa de transporte contra a proibição por uma inspetoria de trânsito da circulação de sua frota em determinados horários. O Tribunal sabiamente entendeu que, embora a inspetoria de trânsito possuísse competência para a restrição e regulação de direitos relativos ao trânsito, a restrição imposta à empresa somente serviria para a satisfação dos interesses particulares – e escusos – da empresa concorrente.

O cerne do acórdão em questão tratou da limitação da discricionariedade do agente pela finalidade pública, como é possível observar pela ementa do julgado que diz que - “O ato que, encobrendo fins de interesse público, deixe à mostra finalidades pessoais, poderá cair na apreciação do Poder Judiciário, não obstante originário do exercício de competência livre.”. ¹⁷

Paralelamente à questão do interesse público em si, a limitação do poder discricionário estatal possui o claro objetivo de combater o exercício arbitrário do poder administrativo e de, conseqüentemente, zelar pela proteção do indivíduo ante o poderio da máquina estatal, tal escopo do controle judicial da discricionariedade administrativa ganha pioneiro reforço na obra de Seabra Fagundes, o qual diz “atribui ao Poder Judiciário, a partir da concepção de separação de Poderes, função especial na contenção do arbítrio estatal, em um viés marcadamente liberal, revelando, assim, preocupação especial com a proteção do indivíduo em face do Estado”. ¹⁸

¹⁶PEREIRA, Gustavo Maia, Seabra Fagundes, Caio Tácito e as bases do controle da administração pública, Conjur ,2018, disponível em < https://www.conjur.com.br/2018-mar-25/opiniao-seabra-fagundes-caio-tacito-controle-administracao#_ftn2 >, acesso em 01.10.19.

¹⁷Empresa de Transporte Potiguar Ltda. versus Inspetoria Estadual de Trânsito Apelação cível n.º 1.422 - Relator: Sr. Desembargador SEABRA FAGUNDES

¹⁸SEABRA FAGUNDES, Miguel. Da Proteção do Indivíduo Contra o Ato Administrativo Ilegal ou Injusto. Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Ano V, nº 19, Rio de Janeiro, Setembro de 1946.

Outra expoente figura que contribuiu para esta virada jurisprudencial acerca do controle da discricionariedade administrativa foi Caio Tácito, contemporâneo de Seabra Fagundes, na mesma época em que os tribunais declaravam os atos discricionários insuscetíveis de sua apreciação, não aprofundando a questão de possíveis arbitrariedades do poder discricionário, asseverou que nada de errado ou vazio existira no exame pelo judiciário dos motivos do ato e, aprofundamento ainda mais o tema, disse *in verbis*:

“Se inexistir motivo, ou se dele o administrador extraiu consequências incompatíveis com o princípio de Direito aplicado, o ato será nulo por violação da legalidade. Não somente o erro de direito como o erro de fato autorizam a anulação jurisdicional do ato administrativo. Negar ao juiz a verificação objetiva da matéria de fato, quando influente na formação do ato administrativo, será converter o Poder Judiciário em mero endossante da autoridade administrativa, substituir o controle da legalidade por um processo de referenda extrínseco.”¹⁹

Majestosa é a felicidade com a qual Caio Tácito escreveu esta mencionada passagem, ele atinge um dos pontos centrais da problemática, o Poder Judiciário não pode e não deve se ater a aspectos objetivos e formais do ato administrativo sob pretensa evasão ante uma suposta colisão entre poderes, é certo que o princípio da separação de poderes deve imperar e o magistrado não pode julgar o mérito como integrante do poder executivo ou administrador fosse, bem verdade, mas não pode se furtar se apegar a formalidades enquanto deixa de apreciar as motivações dos atos e bem como suas finalidades, que tem como principal objetivo o bem público, sob pena de virar um simples chancelador de toda sorte de atos arbitrários emanados pelo Estado.

6.2 Jurisprudência do STJ

Contemporaneamente a jurisprudência, já pacífica quanto ao tema, admite o controle judicial de atos administrativos discricionários como podemos ver na jurisprudência do STJ:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DELEGADO DE POLÍCIA. REMOÇÃO EX OFFICIO. ATO ADMINISTRATIVO

¹⁹Caio Tácito, Desvio de Poder em Matéria Administrativa, tese, circulação limitada, 1951, Rio de Janeiro, cópia xerográfica, p. 17.

SEM QUALQUER REFERÊNCIA AOS MOTIVOS QUE LHE DERAM ENSEJO. ILEGALIDADE. INOBSERVÂNCIA DO ART. 50, I, DA LEI 9.784/99. MOTIVAÇÃO APRESENTADA SOMENTE NAS INFORMAÇÕES EM QUE NÃO HÁ CONGRUÊNCIA ENTRE O MOTIVO E A FINALIDADE DO ATO, ALÉM DE EVIDENCIAR ELEVADO GRAU DE SUBJETIVISMO À REVELIA DE CONCRETA DEMONSTRAÇÃO DE QUE A TRANSFERÊNCIA ATENDE A ALGUMA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 26, II, DA LEI ESTADUAL 4.122/99. ATO ADMINISTRATIVO QUE, APESAR DE DISCRICIONÁRIO, SUJEITA-SE AO CONTROLE DE JURIDICIDADE. PRECEDENTES. (...)

6. O ato administrativo discricionário sujeita-se à sindicabilidade jurisdicional de sua juridicidade. Não invade o mérito administrativo - que diz com razões de conveniência e oportunidade - a verificação judicial dos aspectos de legalidade do ato praticado. Precedentes.

7. Recurso Ordinário provido.

(RMS 37.327/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe

6.3 A Discricionariedade, o mérito administrativo e a inafastabilidade da jurisdição

Muito embora exista uma aparente antinomia entre dois importantes princípios constitucionais, como o princípio da inafastabilidade da jurisdição que é o corolário do nosso sistema de jurisdição una, o qual diz que nenhuma lesão ou ameaça de direito deixará de ser apreciada pelo poder judiciário, princípio este expresso no art. 5º, inciso XXXV da Carta Maior, e o princípio da separação dos poderes, expresso no art. 2, *caput*, da Constituição Federal.

Felizmente já se encontra superando o aparente conflito entre a resistência a analisar atos discricionários e a consequente invasão pelo judiciário do juízo de conveniência e oportunidade pelo administrador .

Já que o exame da motivação não se confunde com o mérito feito pelo administrador, estes de fato não podem ser plenamente enfrentados pelo intérprete sob pena de infringir a separação dos poderes, como podemos encontrar na obra de Di Pietro ao dizer que “não há invasão do mérito quando o judiciário aprecia os motivos, ou seja, os fatos que precedem a elaboração do ato; a ausência ou a

falsidade do motivo caracteriza ilegalidade, suscetível de invalidação pelo poder judiciário”.²⁰

Marçal Justem filho, seguindo a mesma linha, diz que “não é possível o órgão fiscalizador substituir-se ao titular da competência para realizar avaliações e estimativas no tocante à oportunidade, à consistência ou à finalidade de providências de natureza discricionária”²¹.

Neste sentido, é salutar mostrar a sintonia do STF com o restante da doutrina, ao firmar o entendimento acerca da não invasão do mérito administrativo sem qualquer vício nas causas e no motivo dos atos discricionários, como ocorre no julgado que se segue:

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Administrativo. 3. Decisão judicial que designa delegado de polícia civil. Mérito administrativo. Impossibilidade de ingerência do Poder Judiciário ante a ausência de ilegalidade ou abuso de poder. Princípio da separação dos poderes. Precedentes. 4. Inexistência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE-AgR 737.035 de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 21.5.2013). DIREITO ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR.

Destarte, dada a raridade, é praticamente uma situação hipotética a existência de uma lei completamente fechada ou aberta – sobretudo nesta última- do ponto de vista hermenêutico, dificultando em demasia uma ação completamente vinculado ou completamente discricionária pela administração pública, o que certamente reverberará na amplitude do controle jurisdicional do ato administrativo no caso concreto.

Neste sentido, Alexandre Santos de Aragão inova conceitualmente ao dizer que:

“na verdade, o que está em xeque são as próprias categorias de discricionariedade e vinculação, que seriam em boa hora substituídas pela

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, 2016, São Paulo, p 900.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal - Curso de Direito Administrativo, Editora Saraiva, 2005, p.745/746.

ideia de graus de vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico, já que não existe ato, em tese, totalmente discricionário, nem totalmente vinculado.”²²

O autor foi bastante feliz em sua definição essencialmente pelo fato de o ato discricionário por si não abarcar o mérito completamente e por isto se furtar à apreciação judicial, contudo, apesar de festejados doutrinadores incluírem na mesma definição os atos vinculados, ou seja, considerando-os impossibilitados de serem totalmente vinculados, essa observação não merece prosperar visto que não há grandes dificuldades para encontrar determinações legais consideradas plenamente da ação do administrador, tanto que, por exemplo, há sistemas informatizados que apenas atestam o cometimento de alguma infração de trânsito pelo administrado, o que é suficiente para a autoridade se vê obrigada a expedir a penalidade imposta pela lei.

Já para Celso de Mello, o controle jurisdicional dos atos administrativos deve estabelecer um paralelo comparativo entre a substância do ato em si e o que este ato deveria atender, *in verbis*:

“ Para tanto coteja os fatos do mundo real, em que se pretende estribada a Administração, com a previsão hipotética deles, a ver se os primeiros realmente se subsumem ao enunciado normativo. Além disto, perquire o móvel, a intenção do agente, para aferir seu ajuste à finalidade da lei, porque que a norma não prestigia comportamentos produzidos em desarmonia com os objetivos públicos em geral e com o objetivo público específico correspondente à tipologia do ato exarado. Por derradeiro: se a lei não expressou o motivo legal justificador do ato, cabe, ainda, ao Judiciário investigar se há ou não correlação lógica entre os suportes materiais do ato e o conteúdo idôneo para o atendimento dos fins que a lei elegeu como perseguíveis no caso. “ ²³

Todas essas aclamadas doutrinas de controle dos atos administrativos discricionários, apesar de diferenças pontuais, carregam bastante similaridade e, até mais do que isso, completude umas com as outras, desde os pioneiros Seabra Fagundes em Caio Tácito, que enfrentaram de forma inédita a problemática do

²² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 618.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 999.

controle dos atos discricionários de autoridades que até então possuíam na parte discricionária de seus a uma forma bastante eficiente de escapar do controle judicial, a juristas como Hely Lopes, Alexandre Santos de Aragão, Celso Antônio Bandeira de Melo e Maria Sylvia Zanella di Pietro que buscaram conciliar os princípios constitucionais basilares do nosso sistema democrático como o da inafastabilidade da jurisdição e o da separação de poderes.

Bem verdade que o administrador não pode usar sua prerrogativa de discricionariedade para se furtar ao exame do poder judiciário de modo a editar atos que atendam interesses particulares, contrariando assim a sua finalidade pública, tampouco o poder judiciário deve devassar o mérito do administrador como superior hierárquico fosse.

Entretanto, é preciso reconhecer a dificuldade que não raramente tem o intérprete para distinguir o vício passível de correção pelo poder judiciário do que seria o núcleo do mérito para o juízo de conveniência e de oportunidade que é exclusivo do administrador, interpretações destoantes e diversificadas sobre o tema emana do caráter abstrato dos postulados de que é possível o controle de legalidade dos atos discricionários e de que o mérito do ato administrativo não pode ser invadido pelo Poder Judiciário, como bem descreve Mezzomo, o grande problema, para o jurista, seria *in verbis*: “

a origem de interpretações destoantes e diversificadas sobre o tema emana do caráter abstrato dos postulados de que é possível o controle de legalidade dos atos discricionários e de que o mérito do ato administrativo não pode ser invadido pelo Poder Judiciário.”²⁴

Destarte, o maior obstáculo para um controle jurisdicional eficiente e constitucionalmente legal tende a ser a dificuldade hermenêutica dada a abstração dos termos utilizados em uma série de normas, o que faz com que o significado varie de acordo com o intérprete da norma em questão, um exemplo de um termo que dá uma grande margem hermenêutica para o intérprete é a modalidade administrativa, cuja sua aplicação e consequências serão tratadas no tópico que se segue.

O controle judicial baseado na moralidade administrativa.

²⁴MEZZOMO, Renato Ismael Ferreira. O controle judicial do mérito dos atos administrativos discricionários. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4540, 6 dez. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33660>. Acesso em: 15 out. 2019.

7. A MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

A moralidade administrativa, que já foi tratada em um breve momento anterior neste trabalho, é um dos princípios basilares do direito administrativo pátrio, conta com expressa previsão constitucional, mais especificamente no *caput* do art. 37 da Carta Magna, inspirando outros dispositivos como legais e a jurisprudência, como é o caso da Lei 8429/92, que trata da improbidade administrativa, há também o Decreto 7203 de 2010 e a Súmula Vinculante número 13 que vedam a prática do nepotismo, ainda tem-se uma lei que impede a candidatura de pessoas com condenações em certos tipos de crime, a Lei Complementar nº 64 de 2010, conhecida como a lei da "Ficha Limpa".

Tem-se, ainda, o art. 2º da lei 9784/99 que diz que “a administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.” Com seu inciso IV ainda determinando que a administração atue de maneira a seguir “padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.

O agir virtuoso e ético decorrentes da moralidade administrativa está presente em diversos códigos de condutas voltados aos servidores da administração pública, como o dos servidores públicos civis do poder executivo federal, o qual, de forma deontológica determinar que:

I – A dignidade, o decoro, o zelo, a eficácia e a consciência dos princípios morais são primados maiores que devem nortear o servidor público, seja no exercício do cargo ou função, ou fora dele, já que refletirá o exercício da vocação do próprio poder estatal. Seus atos, comportamentos e atitudes serão direcionados para a preservação da honra e da tradição dos serviços públicos.

II – O servidor público não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto, consoante as regras contidas no art. 37, *caput*, e § 4º, da Constituição Federal.

III – A moralidade da Administração Pública não se limita à distinção entre o bem e o mal, devendo ser acrescida da idéia de que o fim é sempre o bem comum. O equilíbrio entre a legalidade e a finalidade, na conduta do servidor público, é que poderá consolidar a moralidade do ato administrativo.

Este código de ética é um exemplo bastante pertinente do cuidado do legislador com a boa conduta na administração pública, os demais códigos seguem na mesma toada, tendo o art. 37, caput, e § 4º da Carta Magna como fonte inspiradora e validadora das diretrizes para uma administração proba e voltada ao bem estar do administrado.

Muito embora seja possível encontrar variadas orientações de como proceder, a moralidade administrativa vai muito além, sendo encarada não só como mera orientação, mas como um dever por parte da administração, de onde esta tira a validade dos seus atos, conforme bem dias Hely Lopes.

Nas palavras do aclamador autor, "a moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública"²⁵. Segundo Hely Lopes, a moralidade administrativa é um princípio que deve sustentar e nortear a conduta administrativa, a maneira de proceder do agente público de modo a conferir a validade em da conduta administrativa.

É importante frisar que para o autor a moral administrativa não se confunde com a moral comum, para tal, na sua obra ele cita outros doutrinadores como Hauriou ao dizer que a moral em questão não se trata da moral comum e sim a moral jurídica que seria, *in verbis*: "*o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração*".²⁶

Porém, esta separação entre a moral comum e administrativa não ecoa de forma uníssona na doutrina, como Juarez Freitas dizendo que o princípio da moralidade administrativa faz referências a valores morais presentes na sociedade na qual o gestor serve, o que este estudo apontar por ideal, porque de nada adiantaria uma moralidade administrativa própria se esta estivesse em dissonância dos valores morais presentes na sociedade para a qual a administração presta os seus indispensáveis serviços.

Para o procurador federal Vladimir Aras, a moralidade administrativa ganha corpo e densidade jurídica com as previsões e regras em sede constitucional, legal e regulamentar, ganhando então natureza impositiva, daí a preocupação maior do aplicador da lei em zelar pelo mencionado princípio no momento do controle administrativo.

²⁵MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo, 2016, p 94.

²⁶Maurice Hauriou, Précis Élémentaires de Droit Administratif, Paris, 1926, pp. 197 e ss.

7.1 A tutela da moralidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro.

A tutela da moralidade administrativa ganha profundo reforço com três tipos de ações em especial, a ação de improbidade administrativa - Lei 8.429/1992 - a ação civil pública - Lei 7.347/1985 - e a ação popular - Lei 4.717/1965 -, além de outros remédios constitucionais que podem combater atos lesivos e considerados imorais, mas cabe aqui realizar uma observação resgatando um assunto já abordado, a ação popular, como o próprio nome já deixa claro, é um instrumento a disposição da sociedade para o combate de atos lesivos e imorais realizados pela administração pública, todavia, pelo fato de ser um instrumento popular, a moral utilizada no bojo da ação não será uma moral jurídica dissociada da moral comum, e sim a moral em voga na sociedade da qual a administração faz parte.

Pois bem, superado esse ponto, cabe destacar o papel constitucional da ação popular, conforme o art. 5º LXXIII da CF:

LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Segundo Hely Lopes, a ação popular seria:

*“É um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer dos membros. Por ela não se amparam direitos individuais próprios, mas sim interesses da comunidade. O beneficiário direto e imediato desta ação não é o autor; é o povo, titular do subjetivo ao governo honesto. O cidadão a promove em nome da coletividade, no uso da prerrogativa cívica que a Constituição da República lhe outorga”.*²⁷

A referida ação se caracteriza por ser um instrumento bastante amplo que a sociedade tem à disposição para combater atos lesivos aos interesses sociais e à finalidade pública, além da lesividade de tais atos e do desvio de finalidade, na referida ação o princípio da moralidade administrativa tem, por si só, força para enfrentar o ato administrativo -ou até uma lei de efeitos concretos - em virtude da sua primazia frente aos outros institutos.

²⁷MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, Ação Popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”. 20 ed. Atualizada por WALD, Arnoldo, São Paulo: Malheiros, 1998.

Neste sentido, a proeminente ministra do Supremo Federal, excelentíssima Cármen Lúcia, fez importantes considerações em sua obra ao dizer, *in verbis*:

"O princípio da moralidade administrativa tem uma primazia sobre os outros princípios constitucionalmente formulados, por constituir-se, em sua exigência, de elemento interno a fornecer a substância válida do comportamento público. Toda atuação administrativa parte deste princípio e a ele se volta. Os demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, somente podem ter a sua leitura correta no sentido de admitir a moralidade como parte integrante do seu conteúdo. Assim, o que se exige, no sistema de Estado Democrático de Direito no presente, é a legalidade moral, vale dizer, a legalidade legítima da conduta administrativa".²⁸

7.2 O paradigma do Cristiane Brasil e a sua importância para uma tutela jurídica eficiente e responsável.

Contribuição importantíssima da ministra ora citada no que diz respeito ao controle dos atos administrativos com base no princípio da moralidade, a mencionada passagem abre a petição inicial da ação popular movida pelo Movimento dos Advogados Trabalhista Independentes que impugnou a posse no cargo de ministra do trabalho da então deputada federal Cristiane Brasil, filha do presidente do PTB Roberto Jefferson, em um "acordão" com Michael Temer, à época presidente do Brasil e seu aliado político.

Tal qual o caso do litígio entre a inspetoria de trânsito do Rio Grande do Norte e uma empresa viação foi um caso paradigma para a inauguração de um controle jurisdicional sobre os atos administrativos discricionários, este recente caso envolvendo o controle de um ato privativo do presidente da república, que é a nomeação para um cargo de natureza política, merece bastante atenção.

É possível observar que, apesar do protagonismo no ordenamento jurídico administrativo pátrio, a moralidade administrativa ainda está em uma posição bastante ignota na prática forense, dada a sua abstração linguística, o que acaba repercutindo juridicamente em sua aplicação.

Sobretudo em um contexto sociopolítico de radicalismos e de acirrada dos ânimos, conceitos vagos viram preciosas ferramentas para os mais diversos tipos de interpretações sobre a norma.

²⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. pp. 213-214.

Regressando ao litígio em questão, no dia 04 (quatro) de janeiro de 2018 (dois mil e dezoito) o presidente da república, Michel Miguel Elias Temer Lulia, nomeia para o ministério do trabalho a deputada Cristiane Brasil em um acordo político com o presidente do PTB e pai de Brasil, Roberto Jefferson, ocorre que Cristiane Brasil possui uma condenação no Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, tendo que pagar uma indenização trabalhista no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais),podendo recorrer ao TST apenas para discutir o valor da indenização, além da condenação, há uma conciliação em outro processo trabalhista.

Após a nomeação sair no Diário Oficial da União e a conduta da deputada como empregadora e os consequentes litígios trabalhistas eclodirem na mídia nacional, o mencionado movimento de advogados trabalhistas entrou com uma ação popular unicamente amparada pelo princípio da moralidade, já que Cristiane Brasil possuía plenos direitos políticos para ocupar tal cargo, ainda valendo pontuar que o ato de nomear ministros de estado é privativo e discricionário do presidente da república, não constando, portanto, quaisquer irregularidades aparentes na nomeação.

Todavia, com base nos litígios que expuseram uma conduta nociva aos direitos trabalhistas e pelo fato de o cargo para no qual Brasil havia tomado posse representar a autoridade máxima na hierarquia do Ministério do Trabalho, tal ação, baseada no princípio da moralidade administrativa, no final, prosperou a parte autora da ação popular, havendo Cristiane Brasil desistido de ocupar o cargo.

Entretanto, para fins do estudo, vale ressaltar o caminho dessa ação pelos meandros das instâncias recursais, como também pelo desfechos de outras ações populares que impugnaram o mesmo ato em tela.

7.3 Um só caso, decisões e opiniões polarizadas.

No total, foram seis ações foram impetradas para evitar a posse, com base no mesmo princípio, entretanto apenas uma obteve êxito no pedido de suspensão e o TRF-2, posteriormente, chancelou a escolha do magistrado de piso.

Das cinco ações populares impetradas contra o ato de nomeação, uma delas fora distribuída para 14ª Vara Federal do Rio de Janeiro e a juíza Karina de Oliveira e Silva, ao indeferir o pedindo, justificou ao dizer que não há inaptidão para a ocupação de um cargo público o fato de a reclamada ter sido ré em ação trabalhista.

Na ocasião a magistrada ainda disse que a posse de Cristiane Brasil não é flagrantemente ilegal, não podendo o magistrado se sobrepor à decisão que o próprio povo escolheu, já que o Chefe do Executivo foi eleito de forma democrática e concluiu que caberia à sociedade sopesar as atitudes dos seus eleitos, utilizando o voto para modificá-las.

Para a aludida magistrada, sequer houve confrontação principiológica, visto que a *Ex.ma*. Juíza Karina Oliveira e Silva entendeu que a posse de Brasil não ofendia o princípio da moralidade e que o deferimento da parte autora caracterizaria uma ingerência do judiciário sobre o executivo, já que aquele invadiria o mérito de um ato deste.

Decisão esta que foi diametralmente oposta à do magistrado Leonardo da Costa Couceiro da 4º vara da justiça Federal, que acolheu o pedido de liminar da ação popular primeiro citada neste estudo, para o juiz em sua decisão precária, gravoso foi o desrespeito às leis trabalhistas observado nos processos em que Cristiane Brasil foi ré no TRT 1 e que este tipo de conduta estava em franca desarmonia com as políticas e os objetivos do Ministério do Trabalho, com sua decisão se baseando nos seguintes termos:

DECISÃO

Trata-se de AÇÃO POPULAR com pedido de LIMINAR para suspensão da eficácia do decreto que nomeou CRISTIANE BRASIL FRANCISCO ao cargo de Ministra de Estado do Trabalho, impedindo, inclusive, a posse, agendada para o próximo dia 09/01/2018, até segunda determinação do juízo. Os Autores alegam, em apertada síntese, que a nomeação e posse para o cargo de Ministra de Estado do Trabalho ofende a moralidade administrativa, uma vez que a pessoa escolhida (Exma. Deputada Federal CRISTIANE BRASIL FRANCISCO) além de não reunir em seu currículo características apropriadas à função (já que não se tem notícia de qualquer expertise ou experiência, ainda que política, nas competências da pasta), possui, pesando contra sua imagem, fatos desabonadores já replicados nas grandes mídias, como condenação ao pagamento de dívida trabalhista. 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. Ressalta que um Ministro de Estado traça políticas nacionais de grandes repercussões. Inclusive, em um só dia, num só ato tem a capacidade de afetar milhares de relações jurídicas. O risco, portanto, da prática de atos administrativos por pessoa sem aptidão para exercício do cargo é severo, grave e iminente. (...) É o relatório. Decido. (...) 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 “processos 0010538-31.2015.5.01.0044, encerrado com decisão judicial transitada em julgado, (fls. 29/246 - note-se especialmente que operou-se o trânsito em julgado da decisão condenatória cf. fls. 169); e 0101817- 52.2016.5.01.0048, encerrado com acordo judicial (fls. 323/324).

É bem sabido que não compete ao Poder Judiciário o exame do mérito administrativo em respeito ao Princípio da separação dos Poderes. Este mandamento, no entanto, não é absoluto em seu conteúdo e deverá o juiz agir sempre que a conduta praticada for ilegal, mais grave ainda, inconstitucional, em se tratando de lesão a preceito constitucional autoaplicável. Vale ressaltar que a medida ora almejada é meramente cautelar, precária e reversível, e, caso seja revista somente haverá um adiamento de posse. Trata-se de sacrifício de bem jurídico proporcional ao resguardo da moralidade administrativa, valor tão caro à coletividade e que não deve ficar sem o pronto amparo da tutela jurisdicional. O periculum in mora resta cabalmente demonstrado, porquanto a posse da nomeada ao cargo está prevista para o dia 09/01/2018, amanhã. Assim, verificada a presença dos requisitos do artigo 300 do CPC, DEFIRO em caráter cautelar e liminar inaudita altera parte, provimento para SUSPENDER a eficácia do decreto que nomeou a Exma. Deputada Federal Cristiane Brasil Francisco ao cargo de Ministra de Estado do Trabalho, bem como sua posse. (...) Niterói, 8 de janeiro de 2018. (assinado eletronicamente) LEONARDO DA COSTA COUCEIRO Juiz Federal no exercício da titularidade da 04ª Vara Federal de Niterói.

Diferentemente do entendimento firmado na 14ª vara da Justiça Federal do Rio de Janeiro, a 4ª vara do mesmo estado federativo considerou a posse de uma condenada na esfera trabalhista como ofensa ao princípio da moralidade

administrativa e de provimento ao pedido constante na parte autor, tal decisão gerou bastante controvérsia no meio jurídico, gerando uma profunda divisão entre os juristas que defendiam e os que criticavam essa visão.

Lenio Streck, jurista de renome e conhecido por seus trabalhos voltados à filosofia jurídica e à hermenêutica, atacou de maneira contundente a decisão do magistrado da 4ª vara, considerando-a uma decisão intervencionista, arbitrária e detentora de uma argumentação jurídica "frágil justamente porque se afasta da racionalidade própria do Direito."²⁹

O jurista ainda faz ponderações bastante pertinentes sobre o tema, aduzindo que "legitimar uma decisão ativista porque concordamos com a racionalidade moral ali pressuposta nada mais é do que legitimar que o Direito possa ser filtrado pela moral."³⁰ e sugeriu, nos termos do art. 926 do CPC, que, ao abrir tal precedente, todos os cargos de livre nomeação na administração passassem por um escrutínio semelhante pelo poder judiciário.

Streck conclui de forma semelhante à decisão da 14ª que indeferiu uma das ações impetradas, dizendo que "Se o presidente erra na nomeação de um ministro, o ônus é dele. É o ônus da política. Se não fosse “por nada”, não há previsão constitucional que autoriza o judiciário barrar esse tipo de ato administrativo sob argumentos subjetivos"³¹

Seguindo nesta toada, faz-se imprescindível esclarecer que a nomeação de ministro de estado, secretários estaduais e municipais é um dos atributos da função política do estado, que segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, é aquela realizada pelos Poderes Executivo e Legislativo, com a predominância do primeiro poder, pois que o sistema governamental presente no Brasil é o presidencialista, o que garante ao Chefe do Executivo um vasto leque de competências, embora comumente suas iniciativas políticas se sujeitem à aprovação pelo Legislativo, que assim também participa de tais decisões políticas (2014, p. 54).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a função política é estranha às funções executiva, legislativa e jurisdicional do Estado, por não se encaixa nestas, e pode ser definida como aquela que envolve os “atos de superior gestão da vida estatal ou

²⁹Streck, Lenio, Revista Consultor Jurídico, 11.01.18, disponível em : <https://www.conjur.com.br/2018-jan-11/senso-incomum-judiciario-nomear-ministros-sugiro-saude-nao-fumante> >, acessado em 25.10.19.

³⁰

³¹

de enfrentamento de contingências extremas que pressupõem, acima de tudo, decisões eminentemente políticas”³²

Destarte, para que a esmagadora maioria dos críticos da intervenção judicial no caso, o judiciário interferiu no mérito de um ato amplamente discricionário do poder executivo que é o ato de nomeação para a ocupação de um cargo político de livre escolha pelo presidente da república, sustentando a tese de que o moralismo comum não poderia prosperar no exame da moralidade administrativa, com esta possuindo um caráter jurídico.

Já para a ala apoiadora da decisão que suspendeu a posse de Brasil para o cargo de ministra do trabalho, como o procurador federal Vladmir Aras, parte de premissa que, segundo ele: “todos os atos dos administradores públicos que causem lesão a terceiros ou que violem preceitos reitores da Administração Pública estão sujeitos a accountability e a algum tipo de controle, maior ou menor, do Poder Judiciário, mesmo quando discricionários.”³³

Tanto o procurador quanto o próprio juiz de primeiro da 4ª vara da JF do Rio de Janeiro, entendem haver uma zona de certeza mais ampla referente ao princípio da moralidade e que este seria plenamente aplicável ao caso em tela, já que os agentes públicos e políticos devem respeito a padrões éticos, de decoro, honestidade, transparência, boa-fé, lealdade e probidade.

Ocorre que, juridicamente, a decisão em tela não foi devidamente fundamentada, é custoso conceber juridicamente uma condenação trabalhista como um fator implicador da perda de um direito político, não há nada semelhante em nosso ordenamento jurídico. É possível citar a lei da ficha limpa, mas como o próprio nome já deixa claro, se trata de uma lei que decorre de um processo legislativo, até mesmo a Súmula Vinculante nº 13 (que veda o nepotismo) não pode ser usada como parâmetro para balizar a fundamentação do magistrado no caso em tela, já que a súmula diz respeito também à isonomia e à impessoalidade, usando um critério claro para definir o que é ilegal ou e o que não o é, mesmo assim deixa fora de tal regra a nomeação de parentes para cargos políticos, por exemplo.

Destarte, é difícil, do ponto de vista da moral comum, conceber um judiciário que invoca a perda de um direito político através de uma condenação trabalhista que

³²MELO, Celso Antônio Bandeira de, 2010, p. 36-37.

³³ARAS, Vladimir, Jota, O caso Cristiane Brasil e a Tutela da Moralidade Administrativa, 14.01.18, disponível em < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-caso-cristiane-brasil-e-a-tutela-judicial-da-moralidade-administrativa-14012018> >, acessado dia 25.10.19.

nada mais busca uma reparação ao empregado pela inobservância de regras pelo empregador ao mesmo tempo que permite a nomeação da esposa de um prefeito para chefiar uma secretaria municipal.

O juiz do caso de Cristiane Brasil, em sua decisão, invocou apenas a argumentação de que haveria “flagrante desrespeito princípio da moralidade” apenas o fato de ela ter sofrido uma condenação trabalhista e ter entrado em um acordo em outra e ter sido nomeada para um cargo de “tamanho magnitude”, nada mais aduzindo em sua decisão.

O último termo em destaque entre parênteses chama bastante atenção, é uma valoração do cargo de ministro do trabalho realizada pelo magistrado, apontando para o erro que seria a posse de Cristiane Brasil no cargo em específico pelas atribuições que ele requer, algo que os críticos suspensão da posse consideraram bastante arbitrário e invasivo, como se o magistrado, ao decidir, fizesse um juízo político da indicação presidencial, adentrando fortemente no mérito de um ato com larga carga de discricionariedade.

Após a decisão em primeiro grau, a União ingressou com um pedido de suspensão de liminar no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, o que foi prontamente negado Desembargador Guilherme Couto de Castro, por não considerar a via adequada para a impugnação da decisão.

Paralelamente ao pedido de suspensão de liminar, a União ingressou com um agravo de instrumento no referido tribunal, cujo relator do pedido, Desembargador Federal Sérgio Schwaitzer, em uma fundamentação jurídica alinhada ao do magistrado de piso, indeferiu o pedido.

A União somente conseguiu reverter a decisão em um novo pedido de suspensão de liminar, mas desta vez feito ao STJ, cujo presidente, destinatário natural deste instrumento processual, se decidiu competente para julgar tal feito, suspendendo a liminar que impedia a posse de deputada.

Não obstante a isto, o movimento de advogados autores da ação popular entrou com uma reclamação ao STF, aduzindo que a matéria seria constitucional e não meramente reflexa como entendeu o STJ, diante disso, a então presidente Cármen Lúcia acolheu o pedido dos autores da ação e solicitou a remessa dos autos ao STF e impugnou a decisão pelo STJ praticada.

Devido ao grande desgaste jurídico e popular que a insistência na nomeação de Cristiane Brasil ao cargo de ministra do trabalho trouxe, o presidente Michel

Temer desistiu da prática do ato, porém a discussão acerca dos limites do ato foi avivada no meio jurídico.

8. CONCLUSÃO

Ambas as linhas interpretativas merecem atenção, em que pese o ilustre Lenio Streck acreditar que uma forte aproximação entre moral e o direito representaria o fim deste último, um direito desvinculado da moral não teria muito sucesso, porque o direito é sobretudo uma convenção, uma construção que molda e é moldado pela sociedade no qual está inserido.

É certo que a problemática entre a moral e o direito pertence bem mais à filosofia jurídica do que qualquer outro ramo do direito, além de ser uma questão de difícil solução com inúmeros filósofos e juristas ao longo dos séculos despendendo, sendo um dos problemas mais complexos desse campo do conhecimento, vale pontuar que a problemática não é o objeto do estudo em questão.

Todavia, para a efetiva aplicação do direito administrativo presente no ordenamento jurídico pátrio, faz-se imprescindível uma maior precisão na interpretação do que seria o princípio da moralidade administrativa, estudando tal princípio de forma etimológica, de modo a conferir uma maior uniformidade aos julgados.

Porém, encontrar essa fronteira exige um grande esforço dada à complexidade do tema, a amplitude linguística do princípio e a gritante importância que a separação dos poderes tem para a qualquer sociedade democrática.

O caso Cristiane Brasil abriu uma ferida no entendimento e aplicação princípio da moralidade para direito administrativo, mostrando uma grande zona de penumbra que paira sobre e ameaça princípios igualmente caros à democracia como o da separação dos poderes.

Essa zona de penumbra se deve ao que Carvalho Filho chama de

“conceito jurídico indeterminado”, tais conceitos, nas palavras do doutrinador: “são termos ou expressões contidos em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma.”³⁴

³⁴ CARVALHO FILHO, Manoel dos Santos, Manual de Direito Administrativo, 2018

É notório que em um ambiente com certa nebulosidade, segundo Hart, caberia ao intérprete usar ponderações e até mesmo valores morais na hora de decidir, o que não poderia, para o autor, seria a desonestidade argumentativa, ou seja, a utilização de conceitos pelos juízes de moto a, com uma sequência lógico dedutiva, interpretar a norma de modo a satisfazer a sua ideologia pessoal.

Linha semelhante, curiosamente, segue o ministro do Supremo Tribunal de Federal, José Roberto Barroso ao dizer, *in verbis*:

Pode ocorrer ainda, em relação aos princípios, uma dificuldade adicional: o fim a ser atingido ou o estado ideal a ser transformado em realidade não pode ser objetivamente determinado, envolvendo uma integração subjetiva por parte do intérprete. Um princípio tem um sentido e um alcance mínimos, um núcleo essencial, no qual se equiparam às regras. A partir de um determinado ponto, no entanto, ingressa-se em um espaço de indeterminação, no qual a demarcação de seu conteúdo estará sujeita à concepção ideológica ou filosófica do intérprete.³⁵

Como é possível denotar deste estudo até o presente momento, a linha principiológica, quando ultrapassada, dá lugar a um cenário de indeterminação e de incertezas, sobretudo quando há um princípio ao mesmo tempo linguisticamente amplo, indeterminado e de difícil conceituação prática, o que abre a possibilidade a toda sorte de interpretações e de vinculações de decisões a preceitos morais e éticos próprios de cada intérpretes.

É preciso ponderar esses valores com outros princípios, considerando a discricionariedade do ato pelo gestor, observando a sua parte livre com ainda mais cuidado que a parte vinculada, considerando também de forma ainda mais contundente e, porque não, redundante, a questão política, afastando-a da seara decisional do magistrado.

Portanto, não deve o judiciário ser o transformador político do país, não cabe a ele a vanguarda de uma virada política, mas tal mudança que a sociedade tão almeja será mais segura e responsável com um judiciário próximo e acessível ao jurisdicionado e que sempre qualquer lesão ou ameaça ao direito de quem quer que seja.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. O Novo Direito Constitucional Brasileiro (São Paulo: Fórum, 3. reimpressão), p. 150-151.

9. REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012

ARAS, Vladimir, Jota, O caso Cristiane Brasil e a Tutela da Moralidade Administrativa, 14.01.18, disponível em < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-caso-cristiane-brasil-e-a-tutela-judicial-da-moralidade-administrativa-14012018> >, acessado dia 25.10.19.

ARISTÓTELES, 2002a.

BARROSO, Luís Roberto. O Novo Direito Constitucional Brasileiro (São Paulo: Fórum, 3. reimpressão)

CARVALHO FILHO, Manoel dos Santos, Manual de Direito Administrativo, 2018

Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, Rio de Janeiro 2016.

Emprêsa de Transporte Potiguar Ltda. versus Inspetoria Estadual de Trânsito
Apelação cível n.º 1.422 - Relator: Sr. Desembargador SEABRA FAGUNDES

JUSTEN FILHO, Marçal - Curso de Direito Administrativo, Editora Saraiva, 2005.

MARINELA, Fernanda, Direito Administrativo, 2016.

Maurice Hauriou, Précis Élémentaires de Droit Administratif, Paris, 1926, pp. 197 e ss.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, Ação Popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data". 20 ed. Atualizada por WALD, Arnoldo, São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, São Paulo, 2013.

MELO, Celso Antônio Bandeira de, 2010.

MEZZOMO, Renato Ismael Ferreira. O controle judicial do mérito dos atos administrativos discricionários. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4540, 6 dez. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33660>. Acesso em: 15 out. 2019.

LEONARDO DA COSTA COUCEIRO Juiz Federal no exercício da titularidade da 04ª

Vara Federal de Niterói, Niterói, 8 de janeiro de 2018. (assinado eletronicamente)
PEREIRA, Gustavo Maia, Seabra Fagundes, Caio Tácito e as bases do controle da administração pública, Conjur ,2018, disponível em < https://www.conjur.com.br/2018-mar-25/opinioao-seabra-fagundes-caio-tacito-controle-administracao#_ftn2 >, acesso em 01.10.19.

RMS 37.327/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. Da Proteção do Indivíduo Contra o Ato Administrativo Ilegal ou Injusto. Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Ano V, nº 19, Rio de Janeiro, Setembro de 1946.

Streck, Lenio, Revista Consultor Jurídico, 11.01.18, disponível em : <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-11/senso-incomum-judiciario-nomear-ministros-sugiro-saude-nao-fumante> >, acessado em 25.10.19.

TÁCITO, Caio, Desvio de Poder em Matéria Administrativa, tese, circulação limitada, 1951, Rio de Janeiro, cópia xerográfica.

TJRN, RDA 14152. No mesmo sentido o relator do acórdão, com mais doutrina, no seu O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 2ª ed., pp. 88 e ss.