

A moralidade administrativa e a (i)legalidade no controle jurisdicional dos atos políticos: o caso Cristiane Brasil

André Vinicius Quintana Marcuzzo¹
Orientador(a): Prof^o Emerson de Lima Pinto²

Resumo: O presente artigo parte da breve exposição da ação popular que impediu a posse da deputada federal Cristiane Brasil no Ministério do Trabalho, por indicação do presidente Michel Temer, baseando-se no princípio da moralidade administrativa. Este episódio de nossa história recente permite debruçarmos sinteticamente acerca de diversos pontos importantes para levantar o debate da conturbada decisão do Supremo. Deste ponto, tecemos da pesquisa bibliográfica para definir os conceitos que permitem nortear a discussão do ponto de vista jurídico. Iniciamos a nossa investigação com considerações quanto a definição do controle dos atos políticos, realizado pelo poder judiciário, definindo as limitações de cada um dos poderes. Seguimos para breve exposição da judicialização da política e a politização da justiça, pontos que demandam exposição devido que em diversas críticas quanto a decisão do Supremo tais fenômenos são apontados como parte da raiz do problema. Com o quadro anterior montado, partimos para a definição de moralidade administrativa, em suas origens históricas e recepção pelo ordenamento jurídico pátrio, assim como este conceito relaciona-se com a legalidade. Concluimos com breves considerações quanto aos limites do controle judicial dos atos políticos.

Palavras-chave: Controle judicial; Moralidade administrativa; Legalidade; Atos políticos; Judicialização da política.

1 INTRODUÇÃO

Tremores nos alicerces da República ecoaram por toda terra. Em um dos momentos mais controversos da recente e conturbada cadeia de eventos da política brasileira um juiz federal impediu a posse do cargo no Ministério do Trabalho pela Deputada Federal Cristiane Brasil. A base argumentativa para o controle judicial do ato político exercido pela Presidência da República tomou o princípio da moralidade administrativa por conta de condenações trabalhistas pretéritas a sua indicação pelo presidente Michel Temer. A condenação seria o suficiente para ferir tal princípio. Este episódio turbulento da recente história brasileira, inserido no contexto de um governo impopular de um presidente que assumiu após um controverso processo de *impeachment* levou a sociedade brasileira diversas reações - tanto com aprovação

¹ Graduando do curso de Direito, Cesuca- Faculdade Inedi. E-mail: andre_marcuzzo@hotmail.com.

² Docente do curso de Direito, Cesuca- Faculdade Inedi. E-mail: emersonpinto@cesuca.edu.br.

pelo impedimento quanto por críticas ao judiciário e ao legislativo pelo processo - suscitando diversas discussões em torno da arbitrariedade do Poder Judiciário de tomar esta decisão.

Este artigo busca discutir alguns pontos sobre esta decisão, travando uma breve batalha conceitual para inserir neste texto a discussão contemporânea acerca dos caminhos percorridos no equilíbrio de poderes em um país conturbado por uma grave crise política. Contudo, não buscamos entrar no terreno da política ou realizar julgamentos morais quanto a indicação de Cristiane Brasil para o cargo, mas sim executar uma breve análise do ponto de vista jurídico. Nos atemos somente a ação popular com liminar como modelo a construir a contra-argumentação quanto aos pontos levantados na ação, o estopim da crise da posse. Não analisaremos as discussões do STF quanto a manutenção, ainda que foi preciso levantar uma breve discussão acerca da judicialização da política.

Exploraremos brevemente dois pontos relativos a análise da ação popular que impediu a posse do cargo no ministério do trabalho, pontos esses levantadas como argumentos centrais da liminar: a quebra da moralidade administrativa ao indicar alguém com ações transitadas e julgadas por processos trabalhistas; a possibilidade de o poder judiciário julgar mérito no controle jurisdicional.

A moral é campo de estudos filosófico que remete a antiguidade grega, de pensadores como Platão e Aristóteles. Ao longo da história o tema foi abordado das mais diversas formas por diversos autores. No Direito Administrativo pátrio foi positivado como princípio. Isso traça uma história que a princípio, na promulgação da Constituição Cidadã em um contexto de uma democracia construída sobre as ruínas de uma ditadura civil-militar, produzindo um documento que marca a sua época, da segunda metade da década de 1980, abarcou em seu texto diversos direitos e deveres, assim como princípios para modernizar a administração pública. Era difícil de imaginar o grau de problemas que isso causaria no futuro.

2 ARGUMENTOS CENTRAIS DA AÇÃO POPULAR

A ação popular com pedido de liminar do juiz Leonardo da Costa Couceiro da 4ª Vara Federal de Niterói procurou impedir a posse da deputada federal Cristiane Brasil Francisco do partido PTB-RJ. A base argumentativa construída refere-se a processos trabalhistas sofridos pela deputada, o que feriria o princípio da moralidade administrativa. A ação também suspendeu a posse da deputada. Os advogados trabalhistas foram os autores da ação, dentre eles João Gilberto Araújo Pontes e Carlos Alberto Patrício de Souza, advogado que defendeu um dos motoristas que processou a deputada.

Podemos encontrar no segundo parágrafo da ação a exposição as causas do pedido, evocando o argumento da moralidade administrativa, como pode ser observado abaixo no excerto:

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.³

O argumento construído expressa a falta de preparo técnico da deputada federal para assumir o Ministério do Trabalho, por não ter experiência prévia na área. Este é um fato incontestável, mas não somente quanto a Cristiane Brasil, mas também a maioria dos outros ministros, com exceção do Ministério da Fazenda, historicamente ocupado por cargos técnicos. A contestação de posse revela uma atual onda de controle judicial das indicações da Presidência da República a cargos de ministérios. O relator traça que a falta de preparo, em um exercício de futurologia, seria um risco “grave e iminente” a sociedade brasileira.

Também se argumentou quanto aos processos trabalhistas previamente sofridos pela deputada como medida a sua falta de capacidade de ocupar o cargo de Ministra do Trabalho, listando dois processos pretéritos e sua exposição na mídia nacional. Não há qualquer previsão normativa que impeça alguém a ocupar cargo de livre nomeação e exoneração com base nos processos sofridos pela pessoa. Deve-se ressaltar na condenação das ações trabalhistas não existe qualquer linha impeditiva quanto a deputada ocupar cargos públicos.

No texto o autor admite que não é papel do Poder Judiciário quanto ao controle o exame de mérito, no entanto, relativiza este importante ponto sobre o argumento de que a indicação do cargo fere o princípio da moralidade administrativa, portanto, abre espaço para o judiciário julgar mérito, como pode ser observado no seguinte trecho:

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.⁴

Os autores evocam relativização do princípio de separação de poderes, mitigado por conduta ilegal. A moralidade administrativa é tratada como mais gravosa que ilegalidade, ainda que ambos sejam princípios constituições presentes do artigo 37, caput, da Lei Maior.

A base argumentativa é extremamente fraca, não conduz com clareza o porquê da indicação ao cargo seria uma forma de ferir o princípio da moralidade administrativa. O texto é construído em torno de convicções pessoais quanto aos princípios e o limite do Poder Executivo ao indicar a quem o cargo deve ser ocupado.

³ JUSTIÇA FEDERAL, 4ª Vara Federal de Niterói: Ação Popular. Processo 0001786-77.2018.4.02.5102 (2018.51.02.001786-0), p. 1 Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/wp-content/uploads/2018/01/suspensa-posse-cristiane-brasil.pdf>> Acesso em: 10/09/2018.

⁴ JUSTIÇA FEDERAL, 4ª Vara Federal de Niterói: Ação Popular. Processo 0001786-77.2018.4.02.5102 (2018.51.02.001786-0), p. 3 Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/wp-content/uploads/2018/01/suspensa-posse-cristiane-brasil.pdf>> Acesso em: 10/09/2018.

3 CONTROLE DE ATOS POLÍTICOS

Parte da doutrina pátria interpreta os atos políticos e atos administrativos como dicotômicos, ainda que em sua essência ambos estarem substanciados sobre as mesmas ferramentas de controle judicial. Rui Barbosa no início do século XX enxerga neste âmbito os atos políticos de forma distinta ao abordar a características de discricionariedade, como expressa na seguinte citação:

É um poder *discricionário*, e, como poder discricionário, seria palpável contradição nos termos que sofresse restrições pela interferência proibitiva de outro. De sorte que a noção abstrata de poder *meramente político* se define praticamente pela noção concreta dos poderes *discricionários*.⁵

A distinção de Barbosa quanto ao ato ser diferenciado com base na discricionariade parte, principalmente, do texto no qual o constitucionalista estava inserido. No início do século XX o Estado brasileiro operava sobre um modelo liberal, de mínima interferência, no qual o direito negativo, impeditivo da ação do Estado sobre o sujeito, era o principal norteador do direito administrativo. Desta forma, a distinção barbosiana entre ato administrativo como vinculado e ato político como discricionário, coloca cada um de um lado oposto da definição, era mais facilmente compreendida.

Na obra de Fagundes, lançada em meados do século XX, a distinção de ato administrativo é tratada em gradações, com ato administrativo como gênero, ato político, como espécie e ato exclusivamente político como subespécie.⁶

Desta maneira, o controlo jurisdicional dar-se-ia em função de direitos subjetivos eventualmente afetados e não em razão da “natureza do ato”. Controlo esse que incidiria sobre o ato que, mesmo sem ocasionar lesão direta a direitos expressamente garantidos, permitisse o desdobramento de medidas que os atingissem.⁷

Desse modo, na doutrina clássica o controle judicial dos atos administrativos cessa com a ato discricionário, eminentemente político, o qual não compreende controle. Permitia competência de controle somente de atos vinculados, em consonância com a compreensão de direito negativo de um Estado Liberal. No entanto, com o crescimento do Estado Social e a intervencionismo positivo sobre o indivíduo mergulha o aspecto antagônico do ato em brumas, admitindo para o administrador a possibilidade de executar o ato administrativo vinculado e discricionário, ampliando a sua capacidade de ação.

⁵ BARBOSA, Rui. *A objeção do caso político*. IN: O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1983, LXXXIV, 294p.(Obras Completas de Rui Barbosa, v. 37, t. 5, 1910), p. 114.

⁶ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, p.183/184.

⁷ TAMER, Sergio Victor. *Os atos políticos no Constitucionalismo*. Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública: São Luís, 2015, p. 11. Disponível em:

<http://www.cecgp.com.br/files/arquivos_noticias/914/OS_ATOS_POL%C3%8DTICOS_NO_CONSTITUCIONALISMO.pdf?1447281303> Acesso em: 09/092018.

Os atos políticos caracterizam-se pelo exercício de poder, para serem validados sobre crivo do poder judiciário precisam ser caracterizados pela sua legitimidade de ação, por meio da legitimidade e da legalidade, regulado no Brasil principalmente pela Lei 4.717 de 1964, da ação popular, mas não somente esses princípios devem ser respeitados, como também a destinação do ato por meio do princípio do interesse público, também é de difícil atribuição e conceituação, suscitando debates no meio jurídico e político. Quando se aborda esse tema, todos os conceitos e princípios são mergulhados na política e suas peculiaridades, o que torna o exame da legalidade em atos políticos, que possuem em sua natureza a característica da discricionariedade, acima de tudo, uma disputa no terreno ideológico e pessoal.

Cabral de Moncada aborda as relações entre direito e política de forma a não serem tratados em uma relação de conceitos, mas sim como realidades concretas que pertencem ao mesmo gênero, respectivamente de um direito positivo e de uma política positiva. Desse modo ambos seriam os dois lados de uma mesma ideia que permeia o Estado Democrático de Direito sobre a liberdade e a justiça, não no sentido de valores ou normas, mas sim no sentido da consciência do dever-ser.⁸

A discussão quanto a definição de atos políticos toma a doutrina, pode-se concluir que estes atos não são exclusivos de qualquer esfera de poder, são determinados como políticos, invés de administrativos, por conta de sua vinculação a fundamentos políticos, diferenciando-se assim dos atos administrativos, contudo, isso não permite que sejam controlados a partir do mérito - como ensina lição de Hely Lopes Meirelles - gozam da mesma limitação quando a análise da legalidade do ato. Desta feita, Meirelles define como ato político:

*Pratica ato político o Executivo quando veta projeto de lei, quando nomeia Ministro de Estado, quando concede indulto; pratica-o o Legislativo quando rejeita veto, quando aprova contas, quando cassa mandato; pratica-o o Judiciário quando propõe a criação de tribunais inferiores, quando escolhe advogado e membro do Ministério Público para compor o quinto constitucional. Em todos esses exemplos são as conveniências do Estado que comandam o ato e **infundem-lhe caráter político que o torna insuscetível de controle judicial quanto à valoração de seus motivos.**⁹ (grifo nosso)*

Na lição de Meirelles os atos políticos, apesar de sua discricionariedade, não estão excluídos de apreciação do poder judiciário. São definidos atos políticos como aqueles “praticados por agentes do Governo, no uso da competência constitucional, se fundam na ampla liberdade de apreciação da conveniência ou oportunidade de sua realização, sem se aterem a critérios jurídicos preestabelecidos.”¹⁰ Cabe ressaltar que assim como os atos administrativos, podem ser de natureza vinculada ou discricionária – no caso dos atos políticos são atos eminentemente discricionários, tal fato não exclui a possibilidade de exame jurídico; no entanto o poder judiciário não pode abusar de sua análise - assim como nos atos administrativos - devem se ater somente a análise de legalidade e não de mérito, ou seja, somente pode apreciar quando esses são lesivos para o direito individual ou para o patrimônio público.¹¹

⁸ CABRAL DE MONCADA, L. *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, Parte II, p. 149.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 683.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 682.

¹¹ *Idem*, p. 683.

Sobre a égide de um ato político não pode o poder judiciário ser excluído da apreciação. Nenhum ato, de qualquer um dos três poderes, pode ser excluído de controle. Em um Estado Democrático de Direito é fundamental o equilíbrio dos três poderes para a contenção do poder do Estado quanto a arbitrariedade e ilegalidade. Tal assunção é manifestada na Lei Maior, a apreciação deve-se quanto a ameaça ou lesão a direito individual ou coletivo, como expõe o artigo 5º, XXXV da Constituição.¹²

4 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA

O principal fundamento de uma República instituída sobre os pilares do constitucionalismo moderno é a separação dos poderes, originalmente presente na obra de Charles Louis de Secondat (1689-1755), também conhecido como Barão de La Brède e Montesquieu. Com o equilíbrio entre os três poderes, cada qual restringindo um ao outro, evitar-se-ia que somente um poder concentrasse diversas funções, garantindo estabilidade e risco mínimo de despotismo e a liberdade individual dos cidadãos.

Ao Poder Judiciário se reserva a hermenêutica e o julgamento de leis. Ao Poder Legislativo, através da representação popular, é quem detém a vontade do povo, através de votações bicamerais de novas leis. Ao Poder Executivo de administrar e executar leis de acordo com o interesse público. A atuação do judiciário como legislador fere ao princípio fundamental do Estado brasileiro da separação de poderes. O Judiciário não pode acumular funções de julgador e legislador. Na prática a ideia de separação de poderes é rompida quando o Executivo e o Legislativo são omissos em relação as suas funções constitucionais.

A função do Supremo Tribunal Federal, *a priori*, é de guardião da Constituição. Cabendo-lhe excluir do ordenamento jurídico qualquer lei que venha de encontro com o ordenamento jurídico e que desrespeite a Constituição e seus princípios, ou seja, do poder de legislador negativo. O espaço da hermenêutica ocorre em um sentido de equilíbrio entre a norma e o caso concreto. Não deve exceder a lei, *contra legem*. É mister ao judiciário o princípio da intervenção mínima para não usurpar atribuições do Poder Legislativo criando normas.

No entanto, após a Segunda Guerra Mundial as constituições dos países ocidentais foram promulgadas sobre moldes a garantir os direitos individuais e sociais, caracterizando a quebra de paradigmas. O horror do conflito armado que ceifou milhões de vidas em combate, mas também na industrialização da morte através do Holocausto promovida pelo governo nazista, produziu consequências econômicas, políticas sociais e jurídicas.¹³

A noção liberal-positivista de um judiciário neutro e tecnicista foi contestado no constitucionalismo pós-guerra, promovendo o poder judiciário a uma esfera de atuação maior, como instrumento de garantia e mudanças sociais. Portanto, as próprias leis não seriam mais rígidas em um sentido sincrônico da vontade do legislador, como instrumento de limitação da

¹² *Idem*, p. 683.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 102.

hermenêutica jurídico, passando a ideia de um direito atuante, diacrônico, no qual as normas e princípios podem ser interpretadas de forma extensiva ao próprio texto.¹⁴

Direito não pode ser política no sentido de tomar decisões tendenciosas e partidarizadas. O judiciário deixa de ser político, *a priori*, quando as relações ocorrem dentro do eixo da lei. O juiz, mesmo através do ativismo judicial, age dentro da legalidade e dos pressupostos legados ao seu papel como defensor dos direitos fundamentais. Conforme afirma Bicca:

[...] na nossa estrutura jurídica o juiz é convidado a tomar decisões políticas, dessa forma, o juiz brasileiro não pode ser acusado de ser “ativista” quando adota decisões de tal natureza, pois ele está exercendo uma competência prevista na própria Constituição Federal. Nem por isso, todavia, o juiz pode decidir livremente, sem parâmetros de decisão, pois, afinal, vivemos em um regime democrático, motivo pelo qual devemos ao menos tentar definir certos limites à prestação jurisdicional, limites estes que, ao serem desrespeitados, passarão, aí sim, a caracterizar uma decisão como “ativista”.¹⁵

O Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, segundo Karl Loewenstein, apresentam decisões de caráter político ainda que fundamentadas de forma judicial, o que permite a ação da judicialização da política e da politização da justiça. O autor alerta para a o fenômeno da “judiciocracia”¹⁶, situação na qual o governo permanece em uma posição de sujeição em relação a supremacia dos juízes. Eduardo Appio chama a atenção ao destacar o fato de que juízes não são representantes do povo, eleitos pelo voto, um governo de juízes seria lamentável no sentido de que juízes não possuem mandato fixo.¹⁷

Para vencer a arbitrariedade do controle judicial de formular suas decisões sobre bases de convicções políticas e de violar o princípio de separação dos poderes do Estado Democrático de Direito é preciso atentar para a própria limitação quanto ao controle exercido pelo judiciário aos atos da administração pública. O judiciário limita-se ao controle quanto a ilegalidade dos atos, no entanto, por conta da base principiológica da administração pública conforme aponta o artigo 37, caput, da Constituições Federal, e da Lei 8.429/92 quanto a moralidade jurídica abre uma porta para o Poder Judiciário exercer controle judicial sobre um viés politizado e de convicções pessoais.

5 A RELAÇÃO ENTRE A MORALIDADE ADMINISTRATIVA E A LEGALIDADE

A moral não é conceito universal e que pode ser definido de forma única, diferentemente da visão de moral kantiana, a moral geral molda-se a cada cultura, sociedade, situação na qual

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, p. 3-4. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em: 11/09/2018.

¹⁵ BICCA, Carolina Scherer. *Judicialização da Política e Ativismo Judicial*. Revista de Direito Brasileira v. 2, n.2, 2012, p.127 Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/75>> Acesso em: 10/09/2018.

¹⁶ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 325.

¹⁷ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 70.

é aplicada e também no próprio tempo. Não existe uma moral geral que possa ser definida claramente em poucas palavras. Tentaremos neste texto trazer a luz a discussão acerca da moral, mas especificamente o conceito de moral administrativa.

A relação entre moral e direito tem raízes polêmicas desde o século XVIII, quando no século XVIII Cristian Thommasius definiu como três as disciplinas do ser humano: a moral, designada pela ideia de honestum, a política, pelo decorum, e Direito, pelo iustum. Enquanto Kant divide a metafísica dos costumes em duas áreas distintas, a primeira quanto a teoria da virtude ou da moral, o que visa a liberdade interna do indivíduo, enquanto a segunda, do direito, define as regras jurídicas que definem a liberdade externa do indivíduo, garantindo a convivência social.¹⁸

Por meio da moral se define o Direito, identificando os bens a serem protegidos e a boa-fé das ações da indivíduos, punindo aqueles que agem com malícia perante os outros. A moral, sob a discricionariedade, pode adentrar no meio jurídico e sobre a poder do coercitivo da Estado torna-se uma regra obrigatória de conduta. A moralidade influencia no Direito na busca de um ideal de justiça, uma ideia proveniente de moralidade. Para alcançar o ideal de justiça depende-se da maleabilidade da moralidade, esta consegue se adequar a situações de acordo com as mudanças sociais e culturais de uma determinada comunidade. Diferente do regramento normativo, do Direito, engessado sobre a sistema de leis.

A ideia de moralidade administrativa foi desenvolvido e sistematizado na França no início do século XX por Maurice Hauriou de modo a tratar o ato discricionário vinculado a finalidade pública.¹⁹ Segundo Guilherme Giacomuzzi destaca-se que o tal princípio é uma novidade da Constituição pátria de 1988, em comparação com as de outros países que inspiraram os nossos constitucionalistas, não há nenhuma que conste em seu texto termo moralidade administrativa. O autor chama a atenção para que até o momento da conclusão de seu artigo, em 2002, levantou o problema deste princípio visto ao seu tema de separação entre Moral e Direito.²⁰ Meirelles cita Maurice Hauriou para explicar o significado deste princípio.

Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá 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 também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: “non omne quod licet honestum est”. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a *moral administrativa* é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.²¹

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Moralidade Administrativa: Do Conceito à Efetivação*. Revista de Direito Administrativo nº 190/1, 1992, p. 32.

¹⁹ GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 43

²⁰ GIACOMUZZI, José Guilherme. *Moralidade Administrativa – História de Um Conceito*. IN Revista de Direito Administrativo, nº 230, 2002, p. 291.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 89.

Os estudos de Maurice Hauriou foram desenvolvidos no ápice do positivismo jurídico. Em sua principal obra *Précis de Droit Administratif et de Droit Public* o autor defende a ideia de

o recurso por excesso de poder é uma via de nulidade que outorga ao Conselho de Estado o poder de anular uma decisão executória, se ela contém um excesso de poder formal da autoridade que tomou a decisão (incompetência, violação das formas, desvio de poder, violação da lei), e que, por ele mesmo, tende a impedir o procedimento executório de ação direta.²²

O sentido da obra de Hauriou está ligado a própria finalidade do Estado, não como instrumento com fim em si mesmo, separado do restante da sociedade, mas sim como instrumento utilizado para atender o interesse público e a boa administração. Dessa forma, o autor separa os recursos contra a administração em dois modelos distintos *détournement de pouvoir*, ou seja, ao desvio de poder, relativo ao sentido da boa administração, portanto da moral jurídica e interna da administração e da *violation de la loi*, a violação da lei, no sentido de guiar os atos conforme o princípio da legalidade.

Quanto a relação entre moralidade e ilegalidade, Marcel Waline²³ tratou da violação da moralidade administrativa como uma ruptura do próprio espírito da lei, por conseguinte, uma violação da lei, ainda que não seja um ato ilegal. O agente público que atua conforme o princípio da legalidade, mas que a partir de seu ato comete um desvio de poder - ainda que seja estritamente legal – portanto, um ato imoral e, pratica-o em contrariedade a moralidade jurídica da busca do interesse público por meio de uma boa administração. Deste modo, seu ato é uma faceta da ilegalidade, ainda que não rompa com a norma. Enquanto Georges Vedel²⁴ trata do desvio de poder como uma variação da ilegalidade, portanto do *droit fait*, direito feito, enquanto o agente público apoiando-se sobre o espírito da lei e dos princípios gerais do direito adequa a moralidade a legalidade, age conforme o *droit qui si fait*, o direito a se fazer, atribuindo à legalidade princípios da moralidade.

A moralidade administrativa é uma complementação do princípio da legalidade. A norma delimita as atribuições e o alcance do agente público, mas a ética administrativa é a relação de adequação entre a norma e o objetivo de alcançar por meio de seus atos o interesse público. Ambos os princípios - legalidade e moralidade administrativa - são formas de determinar os limites do agente público, mas o conjunto legalidade-moralidade possui como finalidade a busca do interesse público, não faz parte de um interesse moral geral, o primeiro pode ir de encontro com o segundo.

A valoração dos elementos delineadores da moralidade administrativa não pode ser direcionada por critérios de ordem ideológica ou de estrita subjetividade. Ao interpretar e aplicar a norma, deve o agente considerar os valores norteadores do

²² HAURIUO, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. 8ª ed., Paris: Recueil Sirey, 1914, p. 435. Apud GARCIA, Emerson. *A moralidade administrativa e sua densificação*. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, v. 2, n. 22, dez. 2002, p. 12-13. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/44027>> Acesso em: 10/092018.

²³ WALINE, Marcel. *Droit Administratif*, 9ª ed., Paris: Éditions Sirey, 1963. P. 489 Apud GARCIA, Emerson. Op. cit., p. 14.

²⁴ VEDEL, Georges. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 5ª. ed., 1973. p. 14. Apud COMPARATO, Fábio Konder. *A “questão política” nas medidas provisórias: um estudo de caso*. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público (15), 2002, p. 84.

sistema jurídico, ainda que se apresentem dissonantes de sua visão pessoal. Assumindo espontaneamente o ônus de gestor da coisa pública, tem o agente o dever de agir em harmonia com as finalidades institucionais próprias do órgão que ocupa, o que demonstra que o conceito de moralidade administrativa tem índole eminentemente teleológica.²⁵

Posto que o autor trata de moralidade administrativa, adequa-se a um sistema de disciplina interna da própria administração e não uma moral social, diferenciando os dois modelos. O principal impacto do conceito de moralidade inserido no direito administrativo de traduziu nas doutrinas e posteriormente em lei de impedimento de enriquecimento ilícito.

A moralidade administrativa é institucional, interna do ambiente da administração, limitada e prevista por lei, mas diferencia-se da moral comum por ser específica e fechada dentro do ambiente do agente público. A moral administrativa não é o julgamento entre o bem e mal, mas sim de boa e má administração. Não faz sentido defender a quebra do princípio da moral administrativa baseado em aspectos da disciplina interna e de discricionariedade do cargo do presidente da República.

Por outro lado, conforme expõe Maria Sylvia Zanello Di Pietro, o conceito de moralidade administrativa e probidade advém da mesma noção de honestidade, sua ruptura corresponde ao desvio de poder e, portanto, a ilegalidade. A autora discorre quanto o conceito de desvio de poder nasce, como um gêmeo siamês, atrelado a imoralidade administrativa, tanto um quanto o outros estariam ligados a intenção do agente de realizar ato em benefício próprio ou de outrem em lugar de visar o bem público.²⁶

A moralidade administrativa vista como disciplina interna refere-se a uma noção de mérito, portanto, não pode ser atribuído controle judicial. Todavia, este princípio também pode ser interpretado como desvio de poder e, portanto, ser passível de análise do judiciário ao romper a fronteira disciplinar e se efetivar como ato ilegal por meio do desvio de poder.

Certamente, com o objetivo de sujeitar ao exame judicial a moralidade administrativa é que o desvio de poder passou a ser visto como hipótese de **ilegalidade**, sujeita, portanto, ao controle judicial. Ainda que, no desvio de poder, o vício esteja na consciência ou intenção de quem pratica o ato, a matéria passou a inserir-se no próprio conceito de legalidade administrativa. O **direito** ampliou o seu círculo para abranger matéria que antes dizia respeito apenas à **moral**.²⁷

A autora defende que a legalidade e a moralidade administrativa no direito positivo brasileiro não podem ser identificadas como sinônimos. Desde a Constituição de 1967, reiterado na Lei Maior de 1988, os crimes de responsabilidade do Presidente da República atentam contra a probidade administrativa, assim como a legalidade e a moralidade como

²⁵ GARCIA, Emerson. *A moralidade administrativa e sua densificação*. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, v. 2, n. 22, dez. 2002, p. 15. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/44027>> Acesso em 12/09/2018.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 147-148.

²⁷ *Idem*, p. 149.

princípios autônomos. Tanto a probidade quanto desvio de poder são definidos com melhores contornos, enquanto o conceito de moralidade administrativa continua imerso em brumas.

A moralidade administrativa e a probidade administrativa também são conceitos distintos, apesar de ambos de relacionarem com a ideia de honestidade, ou seja, para além da observância da lei como valor teleológico da boa administração, é preciso também observar valores éticos, de lealdade e boa-fé. A improbidade administrativa é positivada no ordenamento jurídico pátrio desde meados na década de 1960, com a preocupação normativa de combater a corrupção por meio de enriquecimento ilícito no exercício do cargo e da função. Enquanto a moralidade como princípio é vago, mas relaciona-o com a probidade, “nessa Constituição, quando se quis mencionar o princípio, falou-se em moralidade (art. 37, caput) e, no mesmo dispositivo, quando se quis mencionar a lesão à moralidade administrativa, falou-se em improbidade (art. 37, § 4o).”²⁸

Di Pietro ressalta a natureza principiológica da moralidade administrativa, ou seja, como conceito de valor, portanto não corresponde a base para declarar a ilegalidade do ato, ainda que a moralidade seja - de acordo com alguns doutrinadores, como Waline e Vedel - ligada a definição de ilegalidade e a ruptura da moralidade conceitua-se como um ato ilegal.

Trata-se de **conceito de valor**, sem conteúdo preciso que possa ser definido pelo direito positivo. Daí a grande resistência do Poder Judiciário e mesmo de alguns doutrinadores em aceitarem a possibilidade de invalidação de um ato administrativo por lesão apenas à moralidade administrativa. A maioria fala em imoralidade como uma espécie de agravante da ilegalidade e não como vício autônomo do ato administrativo.²⁹

Segundo Di Pietro, a adesão do princípio da moralidade na Constituição de significa uma repulsa com o positivismo jurídico e a instituição do Estado Democrático de Direito. Hodiernamente trata-se da legalidade em dois graus: legalidade restrita e legalidade em sentido amplo. O primeiro denota a exigência de lei para a prática de atos administrativos, ou seja, em sentido formal, além de ser um limitador da ação do Estado em atos que possam restringir os direitos do cidadão. Enquanto o segundo trata não só da obediência a lei, mas também a todos os princípios e valores do ordenamento jurídico, incluso, obviamente, a moralidade administrativa, a ética e o interesse público.³⁰ A autora conclui que a relação entre probidade e moralidade, ao cabo, referem-se à legalidade em sentido amplo, portanto, possuem significados similares.

Comparando moralidade e probidade, pode-se afirmar que, como **princípios**, significam praticamente a mesma coisa, embora algumas leis façam referência às duas separadamente, do mesmo modo que há referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como princípios diversos, quando este último é apenas um aspecto do primeiro. No entanto, quando se fala em improbidade como **ato ilícito**, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões *improbidade* e *imoralidade*, porque aquela tem um sentido muito mais

²⁸ *Idem*, p. 1070.

²⁹ *Idem*, p. 1070-1071.

³⁰ *Idem*, p. 1071.

amplo e muito mais preciso, que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente atos ilegais.³¹

Di Pietro chama a atenção para definição normativa quanto a improbidade em três dispositivos da Lei 8.429/92:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando **enriquecimento ilícito** auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que **causa lesão ao erário** qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que **atenta contra os princípios da administração pública** qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

[...] (grifo nosso)

A Lei Complementar nº 157 de 2016 alterou os dispositivos incluindo mais uma possibilidade no artigo 10-A: “Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.” Di Pietro chama a atenção para o caput do artigo 11 que abre a possibilidade para que qualquer ato que atente contra a moralidade administrativa ou os deveres honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições sejam o suficiente para serem classificados como ímprobos.

Vale dizer que a lesão ao princípio da moralidade ou a qualquer outro princípio imposto à Administração Pública constitui uma das modalidades de ato de improbidade. Para ser ato de improbidade, não é necessária a demonstração de ilegalidade do ato, basta demonstrar a lesão à moralidade administrativa.³²

No entanto, devemos atentar para o fato de não existir definição normativa acerca do princípio de moralidade administrativa e, portanto, a abertura que o caput do artigo 11 permite quanto a quebra da moralidade administrativa como ato de improbidade torna-se inóculo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através dos atos administrativos lato sensu – inclui-se os atos políticos - o agente público precisa adequar a norma ao seu fundamento, o bem comum, para tanto, a legalidade e a moralidade são princípios integrados, o primeiro quanto a harmonia entre o ato e a lei, o segundo no sentido de ajuste do ato discricionário ao bem administrar e o interesse público.

³¹ *Idem*, p. 1072.

³² *Idem*, p. 1072.

A moralidade administrativa é o princípio pelo qual determina-se o limite entre o arbítrio e a discricionariedade, para além da simples adequação à norma, como nos atos vinculados, nos quais não existe para o agente público a possibilidade de escolha do melhor caminho para o alcançar o bem comum. É um princípio abstrato que pode ser traduzido como responsabilidade e busca de harmonia entre a legalidade e a necessidade de alcançar o bem comum.

O episódio envolvendo a nomeação de Cristiane Brasil responde pelo exarcebamento do poder judiciário de suas atividades quanto ao controle dos atos, por meio da legalidade. O controle judicial não responde ao mérito do ato, mas sim a sua legalidade, ou seja, a adequação do ato a norma. O mérito do ato, assim como a moralidade, constitui da discricionariedade do administrador público, seu controle por outro poder corresponderia a uma ilegalidade deste poder de exercer este controle, já que além de estar agindo além da própria lei, trata-se julgar a subjetividade do administrador, portanto, a faceta abstrata do seu ato, no qual o agente exerce para adequar a norma com a necessidade social.

Essa idéia de boa administração levou alguns brasileiros a dizer que "boa" é a "melhor" administração, e que a partir daí estariam ainda mais estreitadas as portas da discricionariedade administrativa, porque o Juiz poderia controlar todo e qualquer ato administrativo, anulando-o, desde que não fosse "o melhor".³³

Abre-se um perigoso precedente do poder judiciário poder julgar o mérito do ato administrativo por meio de desafetos ou julgamentos morais - neste caso, na moral comum – sob um viés de legalidade e de interesse público. O controle de legalidade converte-se em um instrumento de (i)legalidade que fere o segundo artigo da Constituição federal – “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” - a base para o sistema Estado Democrático de Direito contemporâneo. A politização do judiciário pode ser considerada uma ameaça à democracia na medida em que extrapolam as atribuições do poder judiciário. Portanto, discordamos da decisão judicial que levou a Cristiane Brasil a não ocupar o cargo no Ministério do Trabalho. Ainda que possamos discordar segundo a moral comum de sua indicação, não podemos reiterar a posição de impedimento de sua posse segundo critérios subjetivos dos quais esmagam a legalidade, fazendo-a escorrer entre os dedos do punho cerrado do sentimento de justiça.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BARBOSA, Rui. *A objeção do caso político, in O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1983, LXXXIV, 294p. (Obras Completas de Rui Barbosa, v. 37, t. 5, 1910).

³³ GIACOMUZZI, José Guilherme. Op. cit., p. 294.

- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em:
<http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>
> Acesso em: 11/09/2018.
- BICCA, Carolina Scherer. *Judicialização da Política e Ativismo Judicial*. Revista de Direito Brasileira v. 2, n.2, 2012, p.127 Disponível em:
<<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/75>> Acesso em: 10/09/2018.
- CABRAL DE MONCADA, L. *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, Parte II.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A “questão política” nas medidas provisórias: um estudo de caso*. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público (15), 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.
- GARCIA, Emerson. *A moralidade administrativa e sua densificação*, Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, v. 2, n. 22, dez. 2002. Disponível em:
<<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/44027>> Acesso em:10/09/2018.
- GIACOMUZZI, José Guilherme. *Moralidade Administrativa – História de Um Conceito*. IN Revista de Direito Administrativo, nº 230, 2002.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 8ª ed., Paris: Recueil Sirey, 1914.
- KAHN, Paul. *Comparative constitutionalism in a new key*, *Michigan Law Review* 101:2677, 2002-3.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1976.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- TAMER, Sergio Victor. *Os atos políticos no Constitucionalismo*. Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública: São Luís, 2015. Disponível em:

http://www.cecgp.com.br/files/arquivos_noticias/914/OS_ATOS_POL%C3%8DTICOS_NO_CONSTITUCIONALISMO.pdf?1447281303> Acesso dia 09/09/2018.

VEDEL, Georges. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 5^a. ed., 1973.

WALINE, Marcel. *Droit Administratif*, 9^a ed., Paris: Éditions Sirey, 1963.