

O CASO CRISTIANE BRASIL E A TUTELA JUDICIAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Vladimir Aras¹

Um pretendente ao cargo de ministro da saúde deve ser não fumante? Uma pessoa que violou leis trabalhistas e foi condenada por isso pode ser ministra do trabalho?

São duas coisas absolutamente diferentes. Fumar não é proibido. A não ser que esse hipotético ministro da saúde o faça na repartição pública ou em espaços de onde o fumo foi banido (art. 2º da Lei 9.294/1996), ninguém tem nada com isso. Mas um **ministro do trabalho**, cuja missão é velar pela geração de emprego e pelo respeito às leis trabalhistas e aos **direitos dos trabalhadores**, pode descumpri-las em seu próprio proveito e continuar **compatível** com tão importante missão? A resposta é não. Nenhum empregado pode ter sua força de trabalho consumida até o fim e ser descartado como uma bagana, bituca ou guimba de cigarro, sem seus direitos trabalhistas. Pior seria imaginar algo assim cometido por quem tem o dever de velar para que tais situações não ocorram no País.

A discussão sobre se o Judiciário pode ou não intervir na nomeação de ministros ou de outros altos cargos públicos **reavivou-se** após a Justiça Federal impedir neste mês de janeiro de 2018 a posse da deputada federal Cristiane Brasil, nomeada ministra do Trabalho por Michel Temer, na chamada cota partidária.

Para entrar neste debate, a primeira premissa a ser assumida é a de que 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.

A moralidade administrativa, princípio invocado nesta discussão, tem **status constitucional** e exige dos agentes públicos – inclusive dos agentes políticos – respeito a padrões éticos, de decoro, honestidade, transparência, boa-fé, lealdade e probidade.

Este princípio inspira, por exemplo, os preceitos jurídicos que autorizam os juízes a barrarem o **nepotismo** (Decreto 7.203/2010 e Súmula Vinculante 13 do STF) na Administração Pública e a proibirem **candidaturas de fichas sujas** (Lei Complementar 64/1990). São apenas dois exemplos de incidência do princípio da moralidade

¹ Mestre em Direito Público (UFPE), MBA em Gestão Pública (FGV), Professor de Processo Penal (UFBA) e membro do Ministério Público desde 1993, atualmente no cargo de procurador regional da República (MPF) em Brasília.

administrativa, previsto no art. 14 e no 37 da Constituição, tal como a legalidade, a impessoalidade, a probidade e a eficiência.

Conforme Hely Lopes Meirelles, a moralidade administrativa constitui **pressuposto de validade** de todo ato da Administração Pública. A partir das lições do renomado doutrinador, podemos dizer que a moral administrativa se impõe ao agente público para regular a conduta interna da Administração, conforme as exigências de transparência, probidade e lealdade do órgão ou poder, tendo em mira o bem comum.

Ainda segundo Meirelles, as regras da moralidade administrativa são tiradas não da moral comum, mas da **moral jurídica**. Esta "moral jurídica" – é minha opinião – conforma os deveres de probidade, transparência e sindicabilidade a que todo gestor está obrigado, correspondendo ou dando existência ao **ethos da Administração**, o conjunto de hábitos, condutas, boas práticas e crenças que definem o que é aceitável ou não para uma corporação, uma coletividade ou uma sociedade. Para Juarez Freitas, o princípio da moralidade administrativa veda condutas eticamente reprováveis e transgressoras do senso moral da sociedade a que o gestor serve.

Segundo o art. 2º da Lei 9.784/1999, "A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, **moralidade**, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência." No inciso IV deste artigo, a lei determina que nos seus processos administrativos o Poder Executivo atue "**segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé**".

Há mais de vinte anos, o Decreto 1.171/1994 instituiu o **Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal**. Não se pode imaginar que **os princípios** que inspiraram este código – entre eles os do art. 37 da CF – se apliquem apenas aos amanuenses, aos caxias, aos servidores comuns e sem privilégios dos ministérios e das repartições federais que trabalham nos rincões do Brasil. Diante do processo civilizatório por que passamos no País, muito necessário é que tais regras de conduta sejam válidas e aplicáveis, **com muito mais razão e justificação**, a quem ocupa os estamentos mais elevados do Poder Executivo, inclusive e especialmente aos inquilinos da Esplanada dos Ministérios.

Diz o Código de Ética dos servidores federais, aqui considerado apenas como vetor **principiológico**:

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**.

Por sua vez, os incisos I e II do art. 4º, do **Código de Ética da Presidência da República**, aprovado pelo Decreto 4.081/2002, determina que o agente público a serviço da presidência ou da vice-presidência da República deverá pautar-se pelos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, **moralidade** e probidade e manter clareza de posições e **decoro**, com vistas a motivar respeito e confiança do público em geral.

Pois bem. Se há regras constitucionais, legais e regulamentares que **dão corpo e densidade jurídica à moralidade administrativa**, como componente geral do direito do povo a um governo honesto em sentido lato, tal princípio é judicialmente imponível, com base nesse ordenamento, à luz do art. 5º, XXXV, da Constituição.

A **tutela judicial** da moralidade administrativa se dá por meio de ação de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992), em ação civil pública (Lei 7.347/1985) ou em ação popular (Lei 4.717/1965) e eventualmente por outras ações constitucionais, como a reclamação e o mandado de segurança coletivo.

A **ação popular** pode atacar ofensas ao princípio da moralidade administrativa, conforme o art. 5º, LXXIII, da Constituição.

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.

Desta sorte, foram acertadas as decisões da Justiça Federal do Rio de Janeiro e do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, sediado na capital fluminense, que **imprimiram valia e eficácia ao princípio da moralidade administrativa** e impediram a posse da pessoa nomeada ao cargo de ministra do trabalho, num quadro de aparente ofensa ao referido princípio.

Mas isso não seria uma **invasão** da competência constitucional do presidente da República? A resposta também é negativa. Pior do que o ativismo judicial seria ver o Judiciário lavar as mãos, quando há, como neste caso, um **dever** de prestar a jurisdição.

Isoladamente, o **art. 84, inciso I, da Constituição** não ajuda. É fato que o presidente tem o poder **privativo** de nomear e exonerar seus ministros. Na prática, essa liberdade de escolha não existe devido ao tal **presidencialismo de coalizão** que institui um reprovável “toma lá, dá cá” na troca de posições no gabinete por votos no Congresso Nacional, o que já seria por si só *moralmente* questionável.

Nada resolve a mera invocação do art. 84, inciso I, da Constituição porque toda potestade tem suas contingências, nortes e limites, os principais deles a legalidade e o interesse público. Ninguém pode nomear um ministro em lugar do presidente. **Só ele** pode fazê-lo e, por isso, sua competência é privativa. Mas, uma vez consumada a nomeação, tal ato **está sujeito a controle**.

Se o presidente nomeasse para ministro um réu condenado com **direitos políticos suspensos**, sua competência privativa de nomear ministros seria intangível? Obviamente não. Podemos imaginar um sem número de situações em que o Judiciário poderia intervir, moderadamente e com parcimônia, neste aspecto, tal como faz quando, por Súmula Vinculante, impede nomeações públicas de sobrinhos, cônjuges, filhos e apaniguados na velha prática que, segundo erroneamente se acredita, teria sido inaugurada há mais de meio milênio por Caminha², logo ao chegar à *Ilha de Vera Cruz*.

Dou um exemplo de tutela judicial da moralidade administrativa sobre atos de competência privativa. Em 2009, o STF cassou decisão do então governador do Paraná, o hoje senador Roberto Requião, que nomeara um de seus irmãos para vaga de **conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Paraná**. A Corte concedeu liminar para proteger a autoridade de sua Súmula Vinculante 13 e suspendeu tal nomeação, que é de competência privativa do governador do Estado, como se vê no art. 87, inciso XV, da Constituição paranaense. Transcrevo, da ementa, o trecho que importa:

² Na verdade, Pero Vaz de Caminha pediu ao rei Dom Manuel a libertação de seu genro, que havia sofrido pena criminal de degredo para a ilha de São Tomé, uma das possessões portuguesas na África, atual São Tomé e Príncipe. Eis o favor pessoal que foi pedido: “E desta maneira dou aqui a Vossa Alteza conta do que nesta terra vi. E se a um pouco me alonguei, Ela me perdoe. Porque o desejo que tinha de Vos tudo dizer, mo fez proceder assim pelo miúdo. (...) E pois que, Senhor, é certo que tanto neste cargo que levo como em outra qualquer coisa que de Vosso serviço for, Vossa Alteza há de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que, por me fazer singular mercê, mande vir da ilha de São Tomé a Jorge de Osório, meu genro, o que Dela receberei em muita mercê.” (Carta a El-Rei D. Manuel, 1º de maio de 1500, em Porto Seguro, da *Ilha de Vera Cruz*).

I - **A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática, uma vez que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal.**

II - O cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Paraná reveste-se, à primeira vista, de natureza administrativa, uma vez que exerce a função de auxiliar do Legislativo no controle da Administração Pública.

(STF, Pleno, Recl. 6702 AgR MC / PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j, em 04.03.2009).³

Noutra ocasião, o STF enfrentou diretamente a questão da **nomeação de ministro com suposto desvio de finalidade**. Deu-se em sede de decisão cautelar do ministro Gilmar Mendes no MS 34.070/DF e no MS 34.071/DF, mandados de segurança coletivos impetrados por dois partidos políticos, para barrar a posse do ex-presidente Lula como ministro-chefe da Casa Civil da então presidente Dilma Rousseff, em 2016.

No seu parecer na ocasião, a Procuradoria-Geral da República assentou que a nomeação de ministro de Estado “consubstancia ato administrativo de natureza política, **passível de controle judicial para aferir ocorrência de desvio de finalidade**, sem embargo da competência constitucional do(a) Presidente da República para designar seus auxiliares”.

Registrara o ministro **Gilmar Mendes** em sua decisão nos referidos mandados de segurança:

Nenhum Chefe do Poder Executivo, em qualquer de suas esferas, é dono da condução dos destinos do país; na verdade, ostenta papel de simples mandatário da vontade popular, **a qual deve ser seguida em consonância com os princípios constitucionais explícitos e implícitos, entre eles a probidade e a moralidade no trato do interesse público “lato sensu”**. **O princípio da moralidade pauta qualquer ato administrativo, inclusive a nomeação de Ministro de Estado, de maneira a impedir que sejam conspurcados os predicados da honestidade, da probidade e da boa-fé no trato da “res publica”**. (...) Apesar de ser atribuição privativa do Presidente da República a nomeação de Ministro de Estado (art. 84, inciso I, da CF), o ato que visa o preenchimento de tal cargo **deve passar pelo crivo dos princípios constitucionais, mais notadamente os da moralidade** e da impessoalidade (interpretação sistemática do art. 87 c/c art. 37, II, da CF). (STF, MS 34.071 MC / DF, rel. min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, em 18.03.2016).

O **controle judicial posterior** de atos *privativos*⁴ de autoridades é uma das tantas manifestações do que se chama de “freios e contrapesos” (*checks and balances*),

³ Vide também a Reclamação 9375/PR (rel. Min. Ricardo Lewandowski, d. em 10.11.2009).

⁴ No ato privativo, só a autoridade indicada pela norma pode praticá-lo, embora possa delegá-lo nas hipóteses legais. Mas outra autoridade, de outro Poder, pode corrigir o ato de competência privativa, se praticado em violação à Constituição ou às leis. Noutro exemplo, a ação penal pública é privativa do Ministério Público (art. 129, I, CF), mas o Poder Judiciário pode rejeitar a inicial ou receber a denúncia em parte.

na relação entre os Poderes do Estado, um dos principais mecanismos a efetivamente garantir a harmonia e o equilíbrio entre tais órgãos de soberania. Não é a concessão ao presidente de franquias monárquicas, quase absolutistas, que afirma, afiança e protege a independência e a harmonia entre os Poderes. Ao contrário, é a possibilidade de os poderes do Estado controlarem-se reciprocamente que o faz. Na lição de Montesquieu, *il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir*.

A densificação do princípio da moralidade administrativa na Administração Pública brasileira teve grande incremento a partir dos questionamentos judiciais à **Resolução CNJ n. 7/2005**, que proibiu o nepotismo no Poder Judiciário.

Transcrevo trechos pertinentes de dois dos **precedentes** da Corte Suprema que levaram à edição da Súmula Vinculante 13. Eis o primeiro:

(...) os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a **liberdade de nomeação e exoneração** dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a **interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37**. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da **moralidade**. (STF, Pleno, ADC 12 MC, rel. Min. Aires Britto, j. em 16.12.2006).

Este outro julgado do STF também serviu para formar a jurisprudência da Corte, resultando na **SV 13**:

Administração Pública. Vedação nepotismo. Necessidade de lei formal. Inexigibilidade. Proibição que decorre do art. 37, *caput*, da CF. RE provido em parte.

I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita.

II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática.

III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal." (STF, Pleno, RE 579.951, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 20.8.2008).

Posteriormente à edição da SV 13, embora decidindo que, em regra, tal súmula não se aplica a nomeações de agentes políticos⁵, o ministro **Roberto Barroso** fez ressalvas a esse entendimento, admitindo restrições, se presentes fatores de moralidade administrativa:

Estou convencido de que, em linha de princípio, a restrição sumular não se aplica à nomeação para cargos políticos. Ressalvaria apenas as situações de inequívoca falta de razoabilidade,

⁵ Não vejo nenhuma razão na Constituição para que não se aplique.

por **ausência manifesta de qualificação técnica**⁶ ou de **inidoneidade moral**. (STF, Rcl 17627 MC, Rel. Min. Roberto Barroso, decisão monocrática, j. em 8.5.2014).

E mais recentemente, noutra reclamação, o ministro **Luiz Fux** rejeitou examinar certas alegações de falta de capacidade técnica para o cargo e aparente nepotismo cruzado em sede de reclamação⁷, mas em sua argumentação deixou clara a possibilidade de invocação dos princípios da eficiência e da moralidade administrativa para tal finalidade:

O exame casuístico da qualificação técnica dos agentes para o **desempenho eficiente** dos cargos para os quais foram nomeados, bem como da existência de indício de fraude à lei ou de **nepotismo cruzado**, circunstâncias em que a nomeação de parente até mesmo para cargo político mostra-se atentatória aos **princípios** que norteiam a atividade do administrador público, dentre eles os da **moralidade**, da impessoalidade e da eficiência, não é possível nesta via processual." (STF, Rcl 23131 AgR / SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 17.3.2017).

Também contribuiu para a consolidação do conteúdo jurídico da moralidade administrativa a **Lei da Ficha Limpa** (Lei Complementar 135/2010), que, nas várias alterações que promoveu na Lei das Inelegibilidades, teve em mira a tutela da legitimidade das eleições e da probidade e da moralidade no exercício dos mandatos eletivos:

§9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a **probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato**, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

O Poder Executivo tem as chaves do cofre onde se guardam os dinheiros da Nação. Tem também as missões de defender o bem comum e proteger direitos. Estaria esse Poder isento dos deveres de probidade e moralidade administrativa em seus múnus? O art. 37, caput, e o art. 85, inciso V, da Constituição dizem quem não.

⁶ Exemplo: é competência privativa (art. 84, XIV, CF) do presidente da República nomear os ministros do STF, mas esta nomeação deve recair sobre pessoa de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101, CF). Se o Senado não rejeitar o nomeado que não detenha o requisito técnico ou o moral, o Judiciário e o País nada poderão fazer para impedir a posse de um juiz ímprobo ou inapto na Suprema Corte? O presidente da República terá exercido sua competência privativa, mas, como qualquer outro, este ato estará sujeito a controle posterior, quanto aos requisitos constitucionais e legais.

⁷ Porque haveria necessidade de exame de matéria fático-probatória, não podendo a reclamação servir como atalho, em substituição à ação cível apropriada.

Se o Judiciário não pudesse impedir eventuais abusos de poder do presidente da República, voltaríamos ao tempo em que valia a doutrina de que o rei não erra (***The King can do no wrong***). Erra.

E, por isto, deve haver para os **ministros membros do gabinete do Executivo federal**, um requisito constitucional semelhante ao que se exige dos candidatos a ministro do Tribunal de Contas da União (art. 73, II), a Advogado-Geral da União (art. 131, §1º), a conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A) e do Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B), a juiz das mais altas cortes do Judiciário (arts. 101; 104, único; 111-A), e a vaga de desembargador pelo quinto constitucional do Ministério Público e da advocacia (art. 94): “reputação ilibada”. Às vezes, a Constituição exigirá também “idoneidade moral”, como o faz com os ministros do TCU.

Essas expressões têm **conteúdo jurídico**, deverão significar algo e um Poder, o Judiciário, deverá garantir que sejam observadas.

A exigência de **reputação ilibada** – é este o conceito jurídico em jogo nas nomeações a cargos públicos, inclusive os de agentes políticos – deve ser aplicada aos ministros do gabinete presidencial por analogia. Para um deles, o **Advogado Geral da União (AGU)**, tal requisito já se apresenta expressamente na Constituição, de modo que, ao cumprir sua competência privativa (art. 84, inciso XVI, CF), o presidente deverá observar o §1º do art. 131 da Constituição. Se não o fizer, naturalmente a nomeação poderá ser invalidada pelo Poder Judiciário.

A **analogia** feita em prol da probidade se justifica em razão da importante função que a moralidade administrativa já exerce para regular a acessibilidade a cargos relevantes dos estamentos superiores da República, no Poder Legislativo (art. 1º da Lei Complementar 64/1990), no Poder Judiciário (art. 78 da Lei Complementar 35/1979) e no Ministério Público da União (art. 187 da Lei Complementar 75/1993)⁸, por exemplo.

Em tempos de luta contra a corrupção, é bom não esquecer que todos esses preceitos integram um **direito difuso do povo**: o direito a um governo probo e honesto. Toda alta autoridade da República deveria ter **ficha limpa**.

⁸ Art. 187. Poderão inscrever-se no concurso bacharéis em Direito há pelo menos dois anos, de comprovada idoneidade moral.