III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

JANAÍNA RIGO SANTIN

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente:
Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Rigo Santin; José Sérgio da Silva Cristóvam; Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-343-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

O III Encontro Virtual do CONPEDI, ocorrido entre os dias 23 e 28 de junho de 2021, mais uma vez proporcionou um importante e qualificado espaço de debates para a comunidade jurídica e, em especial, para os programas de pós-graduação de todo o Brasil, seus docentes e discentes.

Um evento totalmente virtual, à exemplo dos que lhe antecederam em 2020, proporcionando um espaço de encontro e de partilha das pesquisas realizadas neste período de crise tão profunda, onde vimos a edição de muitas leis e políticas públicas que merecem e devem ser estudadas e problematizadas, mas que ainda há muito a ser feito, no sentido de enfrentar e propor soluções para superar os efeitos deletérios advindos da pandemia da Covid-19.

Nada obstante todas as adversidades do período, o III Encontro Virtual do CONPEDI proporcionou aos seus participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevadíssimo nível, a exemplo do Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública II”, com artigos marcados pela sensibilidade, pelo engajamento e pela preocupação com os problemas atuais e os desafios do Direito Público nesta nova realidade.

A marca que perpassou os artigos apresentados reflete o apuro intelectual e a respectiva atualidade, complementados pelos debate de alto nível sobre as mais diversas temáticas do Direito Administrativo de ontem, de hoje e também de amanhã.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. FOME E CADEIAS DE PRODUÇÃO: UMA PERSPECTIVA PÓS PANDEMIA

2. O ACESSO À INTERNET COMO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL E GARANTIA DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA: UMA ANÁLISE NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID -19

3. O DEVER DE PRECAUÇÃO DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS PARA ATUAR NO JUDICIÁRIO SOBRE MATÉRIA PENDENTE DE CONCLUSÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA

4. RACIONALIDADE LIMITADA E PANDEMIA: ESTUDO DA PANDEMIA DA COVID-19 À LUZ DO COMPORTAMENTALISMO ECONÔMICO

5. A LEI 9469/97 E A OMISSÃO DO PAGAMENTO DOS PRECATÓRIOS ALIMENTARES: UMA BREVE ANÁLISE SOB A ÓTICA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

6. O PATO, O OVO E O PODER DE POLÍCIA

7. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE PODER DE POLÍCIA NO ESTADO REGULADOR: INSTRUMENTO OU SINÔNIMO?

8. PODER DE POLÍCIA: DELEGAÇÃO À PARTICULARES, O CASO DO OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO – ONS

9. INTERESSE PÚBLICO E PODER DE POLÍCIA: A COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS PARA ADOTAR MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO À PANDEMIA DA COVID-19

10. O DEVER DE CONTROLE DAS EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS DE TRANSPORTE COLETIVO SOBRE OS USUÁRIOS: INEXISTÊNCIA DE PODER DE POLÍCIA E NECESSIDADE DE COOPERAÇÃO NO ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DE COVID-19.

11. O PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO COVID-19

12. OS COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS COMO MEIOS DE PREVENÇÃO DA LITIGIOSIDADE E SUA EFICIÊNCIA NA GESTÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMPLEXOS

13. A CULPA É DO NAPOLEÃO

14. A OBRIGATORIEDADE DO CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE CONTROLADOR INTERNO MUNICIPAL COMO GARANTIA DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

15. MAPEANDO FORÇAS REGULATÓRIAS: UMA ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 106/2020 À LUZ DAS TEORIAS SOBRE A EXPLICAÇÃO DA REGULAÇÃO

16. DOUTRINA CHEVRON E O CONTROLE JUDICIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

17. CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS DOUTRINAS NORTE-AMERICANA E BRASILEIRA: ANALISANDO AS DOUTRINAS CHEVRON E MEAD A PARTIR DOS ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

18. O CISCO A TRAVE E O TRIBUNAL DE CONTAS UMA ANÁLISE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS SEGUNDO SUA PRÓPRIA RÉGUA

19. TENDÊNCIAS DO CONTROLE ADMINISTRATIVO: ENSAIO SOBRE AS MUTAÇÕES DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

20. POSSIBILIDADE JURÍDICA DA RESPONSABILIZAÇÃO ISOLADA DE PARTICULARES POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

21. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO QUE DESRESPEITA AS PRIORIDADES PREVISTAS NO PLANO NACIONAL DE OPERACIONALIZAÇÃO DA VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19

22. CRISE E ESCASSEZ: A CRISE FINANCEIRA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E SUAS IMPLICAÇÕES NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

23. A ANÁLISE DAS LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS FRENTE AO PROJETO DE LEI N.º 4.253/2020

25. LEI 14.133/2021: O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS COMO PROCEDIMENTO AUXILIAR DAS LICITAÇÕES

25. LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (LEI 14.133/2021): O DIÁLOGO COMPETITIVO COMO NOVA MODALIDADE DE LICITAÇÃO

Trata-se de um rico conjunto de temáticas, que evidencia a interdisciplinaridade e contemporaneidade das discussões afetas à atividade administrativa e à gestão pública, de forma a indicar rumos para a pesquisa e o debate sobre os grandes temas do Direito Administrativo na atualidade.

Honrados pela oportunidade de coordenar este importante Grupo de Trabalho (GT), registramos o significativo aumento do número e da qualidade dos trabalhos submetidos em nosso Gt, quando comparados aos anos anteriores, o que demonstra a preocupação e o engajamento cada vez maior dos pesquisadores do país com o direito público e, em especial, com a área do direito administrativo.

Cumprimentos ao CONPEDI, pelo destacado empenho e a qualidade da organização de mais este encontro virtual, sempre na vanguarda da pesquisa científica na área do Direito!

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas temáticas!

De Florianópolis (SC), de Passo Fundo (RS) e de Curitiba (PR), junho de 2021.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF) e Universidade de Caxias do Sul (UCS)

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini – Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II apresentados no III Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A CULPA É DO NAPOLEÃO

PUT THE BLAME ON NAPOLEON

Gustavo Aguiar Da Costa

Resumo

Os séculos XIX e XX viram o fortalecimento do Executivo em relação ao Legislativo e Judiciário. Ampliou-se a percepção que o executor poderia fazer suas escolhas. Os atos discricionários foram uma constante no cardápio decisório. Isso muda no final do século XX, quando o Estado interventor e provedor foi posto em cheque, já que recursos tornaram-se escassos, a ineficiência administrativa intolerável e a tecnologia elevou a complexidade das relações. Surge a necessidade da vinculação dos atos a princípios constitucionais. Assim, atos do Presidente são objeto de controle pelo STF, quando há evidência de desvio de finalidade.

Palavras-chave: Discricionariedade, Controle de atos do presidente pelo stf, Desvio de finalidade

Abstract/Resumen/Résumé

The 19th and 20th centuries saw the strength of Executive in relation to Legislative and Judicial. The widespread view was that Executive was entitled to make its own choices. Discretionary acts were present in all decision-making procedures. This changes at the end of the 20th century, when the State's role as 'provider' and intervening authority was called into question, as resources became scarce, administrative inefficiency reached intolerable levels and technology added complexity to relations. Emerge the need for acts to be bound by constitutional principles. Measures taken by the President are subject to control by the STF.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Discretionary acts, Control by the federal supreme court of acts of the president, Misuse of powers

1 INTRODUÇÃO

A instabilidade e o radicalismo têm marcado a história recente da política brasileira, principalmente após a primeira década deste século XXI. O movimento conhecido como "manifestações dos 20 centavos"[1], que explodiu em 2013, escancarou um descontentamento popular com a "velha política". As operações da força tarefa Lava Jato[2], noticiadas diariamente pela imprensa, revelaram práticas antirrepublicanas e trouxeram para a superfície a poeira que tinha sido escondida há tempos debaixo dos tapetes persas dos salões nobres dos Palácio do Planalto e do Congresso Nacional.

Um *impeachment* presidencial não surge da noite para o dia: ao contrário, é fruto de uma série de fatores que culminam com a perda da sustentação política do chefe máximo do Executivo Federal (FALCÃO; ARGUELHES; PEREIRA, 2017). Mas, ao invés de haver uma união popular em torno do episódio, o que se viu foi um país absolutamente dividido entre aqueles que consideravam o declínio do então grupo político ocupante do poder como um golpe e a outra parcela que via justamente nesse declínio a chance de prosperidade do país, sobretudo econômica, com um apelo grande ao combate à corrupção. É neste contexto que se insere o presente artigo.

Não foram poucas as vezes em que o chefe máximo do Executivo, no afã de querer demonstrar a força política que supostamente lhe foi conferida pela urna, diante dessa mencionada instabilidade, e se valendo de um alegado embasamento constitucional para tanto, entrou em choque com o Poder Judiciário (GUERRA, 2015, p. 69-78). Ou melhor, viu o seu ato anulado por Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), que o consideraram contrário à Constituição Federal, ainda que imbuído de uma disfarçada legalidade.

---

[1] Também chamado de "Jornadas de Junho", o movimento representou um conjunto de manifestações que eclodiu em âmbito nacional no mês de junho de 2013, após o reajuste simultâneo e sucessivo de tarifas de transporte público em diversas capitais do país. Milhões de pessoas foram às ruas protestar, tendo a pauta de reivindicações ultrapassado a questão das tarifas para alcançar o descontentamento com grandes despesas e gastos públicos relativos a obras para os eventos esportivos (Copa do Mundo e Olimpíadas), elevado grau de corrupção, ineficiência dos serviços públicos, violência policial, dentre outros temas.

[2] Ver *site* do próprio Ministério Público: Operação Lava Jato é um conjunto de investigações levadas a efeito pela Polícia Federal, iniciadas em março de 2014 junto à Justiça Federal de Curitiba, PR, que apuram a prática de diversos crimes cometidos por agentes públicos (Presidentes da República, Senadores, Deputados Federais, Diretores de estatais e funcionários públicos em geral), assim como doleiros, empresários (principalmente vinculados a empreiteiras) e demais pessoas a eles ligadas, visando, sucintamente, à lavagem de dinheiro obtido por meios ilícitos da administração pública. Com o desdobramento das investigações, foi criada uma força-tarefa pelo Ministério Público Federal junto à Procuradoria Regional da 4ª Região, bem como o Conselho Superior do Ministério Público Federal criou uma força-tarefa para atuar na Lava Jato perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Atualmente, a Lava Jato já conta com mais de setenta (70) fases. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/>. Acesso 4 abr. 2021.

O artigo tem como pano de fundo esse ambiente conflituoso, que se estende aos dias de hoje, e tratará especificamente de eventos distintos, nos quais os últimos três Presidentes da República (incluindo o atual) tiveram algum ato discricionário revisto por Ministros do STF. Trata-se de uma intervenção clara do Judiciário em águas outrora navegadas com tranquilidade pelo mais alto cargo do Executivo Federal. De acordo com os arts. 84 e 87 da Constituição Federal, atos discricionários, em especial a nomeação de cidadãos brasileiros para ocupar cargos, são de competência exclusiva do Presidente da República.

Faz-se necessária, portanto, a compreensão histórica da discricionariedade e evolução doutrinária ao longo do temo. A ideia é discutir quais foram os aspectos que fizeram com que o ocupante do Executivo praticamente tivesse um cheque em branco decisório, sobretudo nos séculos XIX e XX, e a partir de quando essa realidade começa a mudar. Serão tratadas, para esse fim, as correntes doutrinárias sobre os atos discricionários, aqueles que conferem ao Poder Executivo uma liberdade de escolha, acompanhando as principais evoluções dos conceitos, cuja finalidade contemporânea foi delimitar a abrangência do acima citado cheque em branco, enquadrando-o no que se chama de "controle por princípios".

Uma vez compreendidos os conceitos, a intenção é concentrar na análise dos três casos específicos em que o STF impediu a posse e a nomeação de duas pessoas para o cargo de Ministro de Estado e uma para a Diretoria-Geral da Polícia Federal, quais sejam (i) Mandado de Segurança nº 34.070/71 – DF; (ii) Medida Cautelar na Reclamação nº 29.508-DF; e (iii) Mandado de Segurança nº 37.097 – DF. O objetivo será demonstrar como, na prática, tem se posicionado o órgão máximo do Poder Judiciário frente a atos que, embora aparentemente dentro do escopo discricionário, possuem neles travestida uma ilicitude, já que a sua finalidade viola princípios inegociáveis, como o da moralidade, impessoalidade e do interesse público.

Além disso, também será chamada a atenção do leitor para o fato de que tais episódios aconteceram independentemente da linha ideológica do ocupante do cargo de Presidente da República. Foram manobras do Presidente da República que contribuíram para aumentar a mencionada instabilidade política e o radicalismo dos apoiadores dos diferentes grupos.

Destacando a redefinição do papel da Administração Pública ocorrida na virada do século XX para o atual, Patrícia Baptista (2018) chama atenção ao problema da falta de legitimidade democrática da Administração, sobretudo nos domínios do poder discricionário. Segundo Baptista, nesse período houve uma multiplicação dos centros de decisão da Administração Pública devido à criação de agências, empresas e outros entes autônomos.

Havendo uma multiplicidade de Administrações, não é mais possível reconduzir a legitimidade da Administração Pública à legitimidade do Poder Executivo.

O STF, ao ser provocado geralmente por partidos políticos da oposição, não tem vacilado diante de um flagrante desvio de finalidade do ato (DI PIETRO, 2015, p 98), ainda que no campo da discricionariedade do Poder Executivo. Ficará evidente, assim, aos olhos do leitor, que, diante desse novo papel da Administração Pública, o Poder Executivo está sujeito a um controle sobre os seus atos discricionários anteriormente por ele não experimentado (ao menos com a frequência e o monitoramento popular hoje observados). Ou seja, o citado cheque em branco já não é uma realidade (DA SILVA, 2020). O modelo francês de administração, que tanto influenciou o Brasil ao longo dos séculos XIX e XX, traduzido em um Executivo extremamente forte, encontra cada vez mais freios.

O artigo não se propõe a fazer juízo de valor acerca da qualidade ou de quão intenso se dá esse recente controle do STF sobre os atos discricionários do Presidente da República. Tampouco abordará eventuais desdobramentos das decisões para além dos seus efeitos imediatos (impedir ou suspender a posse dos indicados), investigando se as decisões proferidas pelos diferentes Ministros foram utilizadas para fins políticos ou não. O objetivo central do artigo, portanto, será demonstrar como o STF reagiu a determinadas investidas do Presidente da República por meio de atos discricionários viciados por desvios de finalidade, descrevendo os três casos acima mencionados e os efeitos concretos trazidos pelas decisões adotadas pelos Ministros (MEIRELLES, 2019).

Por fim, ficará cristalina a constatação que, quanto mais arbitrário o ato discricionário do chefe do Poder Executivo, mais facilmente ele será objeto de reparação pelos ministros do STF. A nova ordem é a discricionariedade vinculada por princípios, em busca da manutenção do Estado Democrático de Direito, em respeito à legalidade, à moralidade, à impessoalidade e visando à preservação do interesse público.

2 ATOS DISCRICIONÁRIOS: DO APOGEU AO SEU ENQUADRAMENTO

2.1 FORTALECIMENTO DO PODER EXECUTIVO AO LONGO DOS SÉCS. XIX E XX

A empáfia do Poder Executivo não surgiu da noite para o dia. Ao contrário, tem raízes em situações que ocorreram após a tão estudada Revolução Francesa. Se o novo regime trazido por Locke e Montesquieu consagrava, no campo econômico, a liberdade de atuação e a livre iniciativa, no âmbito jurídico fez da primazia da lei geral e abstrata a sua maior fortaleza. O

poder não mais decorreria de uma linhagem nobre, de sangue azul, como no velho regime, mas sim do que a lei estabelecesse. É um comando voltado a todos os cidadãos, sem individualizações, com a pretensão de abranger a totalidade das relações sociais (FONSECA, 2016).

Conforme explica Sérgio Guerra (2019), a lei, nessa época, era intocável, uma vez que era compreendida como insuspeita em qualquer situação. Essa nova ordem encaixava-se como uma luva aos interesses da burguesia ascendente, pois era ela quem fazia as leis.[3] A Administração Pública, portanto, deveria curvar-se à vontade da lei, praticando atos exclusivamente previstos na norma. Neste contexto, seria uma mera executora dos ditames legais, tendo muito pouco ou nenhum espaço para escolhas. Ora, era natural que a lógica revolucionária conferisse ao Poder Legislativo tamanha força, como uma resposta aos abusos e desmandos cometidos por séculos pelo poder absolutista. Contudo, Alexandre Aragão (2001) explica que não foi isso que aconteceu. Foi percebida a incompletude das leis, fazendo com que o império absoluto da lei – objetivo do liberalismo do século XVIII – nunca fosse concretizado. Surgiu, assim, a necessidade de uma construção jurisprudencial.

Foi exatamente o que ocorreu na França no começo do século XIX graças a uma figura que mudou o curso da História: Napoleão Bonaparte. Liderado por ele, o grupo que a doutrina passou a chamar de "dissidência revolucionária" anteviu e tomou medidas concretas contra o enfraquecimento do Poder Executivo, sobretudo com receio que ele se tornasse refém das decisões do Poder Judiciário, pois já teria que, necessariamente, ser "enquadrado" pela lei, dentro dos padrões revolucionários (o que, nesse caso, era conveniente à burguesia ascendente, como visto, pois à lei todos se sujeitavam). E o receio não era sem fundamento, uma vez que os Parlamentos judiciais sempre atuaram na defesa dos interesses absolutistas no antigo regime.

Foi assim, portanto, que Napoleão decidiu implementar uma estrutura administrativa extremamente robusta e centralizada em uma instituição criada pela dissidência: o Conselho de Estado. Ao Conselho de Estado competia, principalmente, decidir e julgar as causas que envolviam as questões administrativas e também funcionava como consultor jurídico do Governo e da Administração. Por meio do Conselho de Estado foi criada uma jurisdição administrativa, que não deveria ser submetida ao Poder Judiciário, com autonomia para decidir os conflitos gerados pela Administração.

[3] Conforme exmplia Eduardo García Enterría sobre o tema, "*La primeira de estas ideas, el principio de legalidad, constituye, desde luego, un instrumento directamente lanzado contra la estructura política del Estado absoluto: frente al poder personal y arbitrario, el ideal del Gobierno por y en virtude de las leyes."* (1994, p. 21).

É fácil perceber, portanto, que tal movimento robusteceu sobremaneira a capacidade do Executivo de tomar decisões, já que os seus atos estariam sujeitos ao crivo do próprio Conselho de Estado, mas não à revisão e à intervenção do Poder Judiciário. E não demorou para que o "Império do Executivo" se estabelecesse, ganhando espaço também de um Poder Legislativo que já não dava mais conta de atender à realidade social daquele momento.

Olhando para a realidade brasileira, Sérgio Guerra (2017) destaca a influência francesa na formação do nosso Executivo, ao explicar que a estruturação da Administração Pública se deu de forma piramidal, centralizada na figura do Chefe do Poder Executivo, inspirando-se na estrutura napoleônica. O princípio do Executivo Unitário, importando pelo Brasil da França, estabelece a prevalência de uma hierarquia entre os órgãos executivos, estando o poder concentrado no tipo da pirâmide.

A utópica visão revolucionária liberal de que a lei seria suficiente para prever e regular todas as relações da sociedade começou a ruir por terra com a cada vez maior complexidade dos acontecimentos ocorridos sobretudo a partir da segunda metade do século XIX. As transformações tecnológicas, científicas, industriais e comerciais mudaram definitivamente o estilo de vida das pessoas: de pequenas vilas medievais, as cidades passaram a atrair uma crescente população, ávida por ter voz e se fazer representar.

E como o moroso processo legislativo seria capaz de dar conta de todas essas demandas? Diante de tantas formalidades, como endereçar os novos anseios sociais, de grupos tão diversos e complexos? Evidentemente que a lei não possui tentáculos para tudo alcançar. Os ideais iluministas, que endeusavam a lei e a consideravam solução para todas as questões, começou a ser intensamente questionado pelos novos moradores das cidades, operários em atividades fabris, que buscavam garantir condições mínimas laborais.

Explodem revoluções do proletariado por toda a Europa com velocidade superior à de um rastilho de pólvora. Para os novos revolucionários, o fato de haver uma lei nascida de um rito formal absolutamente regular não tinha grande importância. A forma não poderia prevalecer sobre o conteúdo. Surge a necessidade, assim, de uma maior autonomia para o administrador público. Seus atos não deveriam pautar-se exclusivamente na lei, mas no seu poder de escolha, por meio do qual pudesse dar solução real ao caso concreto, e não de forma genérica e abstrata.

Um maior espaço para escolhas discricionárias do administrador, portanto, passou a ser mandatório, já que a complexidade das relações sociais obrigava que a Administração

Pública ficasse à frente de uma enorme gama de questões absolutamente inéditas. Com o Estado crescendo, a Administração Pública não poderia (e tampouco desejava) ficar presa à lentidão do processo legislativo, que requer tempo, concessões e barganhas, com vistas a acomodar o interesse de todos (ou, ao menos, de quem detém o controle político sobre a situação).

O desafio doutrinário, então, passa a ser demonstrar não mais se cabe ao administrador adotar atos discricionários, mas como fazê-lo sem ferir um dos pilares do Estado de direito: a separação dos poderes. E, ainda, como evitar que o ato discricionário se tornasse um mero capricho de quem o pratica, como se observava em tempos absolutistas, quando a vontade do rei era a vontade incontestável e imposta a todos?

2.2 ATOS DISCRICIONÁRIOS E AS TRANSFORMAÇÕES DOUTRINÁRIAS

Citando Andreas Krell, Gustavo Binenbojm afirma que "o desafio do jovem Estado de direito foi justamente conciliar a tradicional liberdade decisória do Poder Executivo com a observância do princípio da legalidade" (2006, p. 194). Ainda que fortalecido pela necessidade de ter que se fazer presente em diversas demandas sociais, o chefe do Poder Executivo já não mais se confundia com o próprio Estado ou com a Administração Pública, como no absolutismo. Surgiram, então, as primeiras teorias a respeito dessa nova face da discricionariedade.

Após o alvorecer do Estado de Direito, assim, emerge na doutrina o entendimento que a Administração Pública podia fazer não apenas o que a lei expressamente permitisse, mas também tudo o que a lei não vedasse. É o que ficou conhecido como vinculação negativa da Administração (*negative bindung*). Tal entendimento, ainda que balizado pelos "limites da lei", confere ao administrador um campo enorme de atuação, pois, como visto, é utópica a afirmação que a lei tudo pode regular. E, se não há uma vedação expressa prevista em lei, o administrador tem amplos poderes para decidir o que entender mais conveniente.

Neste contexto, a discricionariedade era vista como um poder político, que nem era limitado pelo Legislativo (já que, na falta de lei, o administrador pode decidir de acordo com a sua vontade) nem sujeito ao controle do Judiciário. É por isso que Gustavo Binenbojm traz as palavras de García de Enterría para retratar a *negative bindung* como

> um eco histórico do princípio monárquico, que pretende derivar da condição de Chefe do Poder Executivo, ostentada pelo monarca, uma original liberdade de determinação para organizar e conformar o

> funcionamento da Administração Pública, independentemente de qualquer disposição legal. (2006, p. 139)

Contudo, esse novo cheque em branco agora ostentado pelo chefe do Poder Executivo (e não mais pelo rei ou imperador) começa a sofrer resistência doutrinária, especialmente após o início do século XX, com a crise do modelo liberal-individualista do Estado liberal. A ideia de um Estado social de direito ganha força na Europa, como uma resposta às mazelas sociais e desigualdades colossais presentes no modelo estatal individualista e não-intervencionista.

No Brasil, o novo modelo de atuação estatal passou a ganhar força nos anos 30 do século passado. Com o fim do Estado liberal-econômico na década de 1930, o desenvolvimento passou a ser uma função do poder público. O Direito Administrativo precisou se adaptar para dar conta das novas funções do Estado, com a criação de empresas estatais e autarquias. Nesse momento, a autoridade do Estado passou a estar necessariamente vinculada ao seu dever de atender ao interesse público, alterando inclusive o sentido da expressão "serviço público". O Estado só poderia exercer sua autoridade em atividades que visassem ao interesse público (SUNDFELD, 2014)

A obra de Kelsen foi determinante para alterar a visão sobre os atos administrativos, consagrando o positivismo normativista. Segundo essa lógica, nenhum poder estatal poderia ficar à margem do direito. Para ser legítimo, deveria ser um poder jurídico (BINENBOJM, 2014). A discricionariedade, portanto, passa a ser entendida e estudada como parte do próprio sistema jurídico, como um poder emanado da norma legal e por ela limitado. Em outras palavras, a vinculação deixa de ser negativa (tudo pode ser feito desde que não vedado por lei) e passa a ser positiva (*positive bindung*). O administrador teria o dever de fazer somente aquilo que a lei lhe permitisse. Melhor dizendo, foram surgindo teorias que visavam a esclarecer os balizamentos para essa atuação discricionária.

Inicialmente, tal balizamento ficava restrito à lei, permanecendo intocável o núcleo (mérito) do ato. Contudo, a evolução da doutrina faz da discricionariedade algo inserido no poder jurídico como um todo, e não a deixando à margem do direito. Ou seja, a própria lei autoriza que o administrador preencha determinadas lacunas no momento da execução do ato. Ganha força a ideia de que a Administração pode escolher em praticar ou não o ato e ou escolher os seus efeitos, de acordo com uma lei prévia que a autoriza agir desta forma.

Haveria elementos sempre vinculados no ato administrativo (competência, finalidade e forma), com um espaço maior para a intromissão do Poder Judiciário, e elementos cuja apreciação do Judiciário seria limitada (motivo e objeto). Neste momento histórico, portanto, o

controle do ato discricionário pelo Poder Judiciário era apenas formal, devendo manifestar-se no caso de um vício relativo aos elementos vinculados.

Em paralelo, o binômio oportunidade e conveniência permite que o administrador aplique ao caso concreto uma complementação à lacuna legal. Ou seja, a discricionariedade é vista como necessária para preencher os espaços deixados pela lei, desde que ela assim autorize (GUERRA, 2019). Discricionariedade poder ser conceituada como a margem de liberdade dada pela lei ao administrador público para determinar, no caso concreto, qual a melhor solução a ser adotada dentre as previstas, em tese, pela lei. Portanto, não se trata de liberdade plena do administrador. (SCHIRATO, 2011).

Mas teria sido esse balizamento suficiente para conter abusos? A resposta é não. E mais rígido passou a ser o controle sobre esse tipo de ato pelo Poder Judiciário, conforme a seguir demonstrado.

2.3 NOVA ROUPAGEM DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL

Com a evolução da doutrina, surge a teoria do desvio de finalidade ou desvio de poder. Pela primeira vez, passou-se a admitir algo próximo ao controle do mérito dos atos discricionários pelo Poder Judiciário, quando tal discricionariedade era utilizada pelo executor como forma de justificar um desvio da finalidade prevista em lei, geralmente para satisfazer um interesse pessoal ou de um grupo político.

Ou seja, deveria haver reprovação e reparação do ato que se propusesse a finalidades que não aquelas previstas em lei. Não se combate o mérito propriamente dito do ato, mas a sua ilegal finalidade. Em outras palavras, não se faz um juízo de valor a respeito da escolha adotada pelo administrador, mas sim se ela contempla um desvio da finalidade estabelecida em lei.

O festejado julgamento da Apelação Cível nº 1.422, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, ainda nos anos 40 do século passado, permitiu que o então Desembargador Seabra Fagundes (2010) introduzisse o conceito da doutrina do desvio de finalidade no solo pátrio. Isso abriu caminho para desmitificar a intocabilidade do mérito do ato administrativo, tendo sido criadas e incorporadas ao ordenamento jurídico diversas teorias que deram ao Poder Judiciário a fundamentação necessária para frear a Administração Pública, quando o ato possuiu um vício não apenas formal.

O reconhecimento doutrinário no sentido de que todos os atos administrativos devem ser motivados consolidou definitivamente a possibilidade do controle pelo Judiciário. No entendimento pacificado do STF, motivação é necessária em qualquer ato administrativo. A própria Constituição Federal exige que até as decisões administrativas dos Tribunais sejam motivadas (art. 93, X,). Ora, se mesmo o Poder Judiciário, em uma função atípica, é obrigado a motivar os atos, quanto mais o administrador no exercício das suas funções típicas, ainda que por meio de atos discricionários. E é justamente a motivação que permite analisar se o ato foi legítimo, legal, proporcional, em suma, se cumpriu a finalidade pública.

Diógenes Gasparine, ao comentar sobre o tema, escreveu:

> Pelo art. 50 dessa lei [9784/99] todos os atos administrativos, sem qualquer distinção, deverão ser motivados, com a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos. Assim, tanto os atos administrativos vinculados como os discricionários devem ser motivados. O fato desse artigo elencar as situações em que os atos administrativos devem ser motivados não elide esse entendimento, pois o rol apresentado engloba atos discricionários e vinculados. (2000, p. 60)

Chegando à atualidade, Gustavo Binenbojm (2006) é feliz ao trazer a visão do ato discricionário como um ato vinculado diretamente por princípios. Princípios esses constitucionais, já que houve um giro democrático-constitucional que marca o Estado Administrativo contemporâneo. Esclarece o autor:

> A influência do constitucionalismo democrático se dá por meio de mutações que refletem uma nova compreensão sobre a legitimidade da organização e do funcionamento da Administração Pública. Modo geral, esse giro democrático-constitucional propulsiona mudanças direcionadas a: (i) incrementar o grau de responsividade dos administradores públicos às aspirações e demandas da sociedade, mediante adoção de procedimentos mais transparentes e participativos; (ii) respeitar, proteger e promover os direitos fundamentais dos administrados, por meio de mecanismos que assegurem o devido processo legal e de políticas públicas a eles vinculadas; (iii) submeter a atuação dos administradores públicos a controles efetivos, fundados tanto em parâmetros jurídicos como em termos de resultados práticos. (BINENBOJM, 2016, p. 38)

Ou seja, ainda que o agente público esteja no campo da discricionariedade, ele hoje não é mais vista como um cheque em branco. Ao contrário, são os princípios constitucionais, legais ou regulamentares que deverão nortear a conduta do administrador no momento decisório. Tudo isso poderá ser objeto de escrutínio e revisão pelo Poder Judiciário:

> após o exame dos elementos vinculados (competência, forma, finalidade e motivos determinantes), deverá o Judiciário averiguar se o

> administrador, na aplicação de uma norma que lhe permite atuar com certa liberdade de decisão, observou os princípios constitucionais gerais e os princípios setoriais da Administração pública (como publicidade, impessoalidade, igualdade, moralidade, eficiência, confiança legítima). (BINENBOJM, 2006, p. 229)

Caso os princípios sejam violados, cabe ao Poder Judiciário implementar efetivamente o seu controle e impedir o abuso. E foi justamente o que ocorreu nos três casos que serão adiante analisados, nos quais o STF impediu que o Presidente da República praticasse atos discricionários em desacordo com os princípios que devem nortear a Administração.

Nas três liminares concedidas, sobretudo nas decisões assinadas por Gilmar Mendes e Alexandre de Moraes, resta claro que a motivação do ato não pode afrontar os princípios de direito público. Em outras palavras, há uma "nova ordem" para se compreender o alcance dos atos discricionários. A síntese da questão encontra-se cravada neste parágrafo de Odete Medauar, que ensina que:

> A discricionariedade vista como liberdade-vínculo e a preocupação com os mecanismos decisionais corresponde à idéia de que o processo eleitoral ou a nomeação para um cargo de confiança na alta cúpula do Poder Executivo não configuram cheque em branco ou passaporte para o absoluto, que dotariam os administradores de poderes incondicionados. A democracia não se exaure na eleição, na existência de vários partidos políticos e no funcionamento do legislativo; deve transpor o limiar da Administração e aí vigorar. (2003, p. 197)

Grande parte da doutrina reconhece que a discricionariedade é ferramenta necessária para que o administrador possa executar o ato dentro de um ambiente criativo e, consequentemente, escolher a melhor opção para o caso concreto. Mais que indispensável, ela é bem-vinda, já que os desafios impostos pelas complexas relações sociais da atualidade demandam uma resposta rápida e eficiente do administrador.

Daí surge uma dura crítica à intervenção do Poder Judiciário nos atos administrativos quando despida de uma razão legítima, ou seja, quando os tribunais avançam no poder de escolha dos administradores sem que tivesse havido um vício a contaminar o ato. Tal intervenção é vista como uma ameaça, pois corre-se o risco de se trocar a empáfia do Executivo pela ditadura do Judiciário (MORÓN, 1994).

Feita essa observação, nada melhor que verificar como o nosso órgão máximo do Judiciário enfrentou casos oriundos de atos dos últimos três Presidentes da República, incluindo o atual.

3 CONTROLE DE ATOS DISCRICIONÁRIOS DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA PELO STF EM TRÊS CASOS ESPECÍFICOS – ANÁLISE DOS CASOS

3.1 LIMINAR CONCEDIDA PELO MINISTRO GILMAR MENDES

As investigações conduzidas pela Polícia Federal e os processos criminais ajuizados pela força-tarefa Lava Jato atingiram em cheio o Partido dos Trabalhadores (PT) e os seus aliados, a partir do segundo mandato do Governo Dilma Rousseff. E, inquestionavelmente, a figura mais ilustre sob holofote da Lava Jato era o ex-Presidente Lula. Contra ele corriam diversos procedimentos criminais, fundamentados em práticas delituosas de diferentes naturezas, alegadamente cometidas durante os seus dois mandatos à frente do cargo máximo do Poder Executivo.

Eis que o ministério público formula, no curso de um desses procedimentos criminais, pedido de prisão preventiva, em março de 2016. Dois dias após tal requerimento, a então Presidente Dilma Rousseff decidiu nomear o Ex-Presidente Lula como Ministro Chefe da Casa Civil. Importante lembrar que, naquele momento, o STF ainda não tinha decidido por restringir a prerrogativa de foro, o que veio ocorrer em 2018[4]. Após 2018, o entendimento que prevaleceu no Tribunal Constitucional foi o de que os ministros de Estado só poderão ser julgados pela própria Corte por supostos crimes cometidos no exercício do cargo atual e relacionados à gestão de tal cargo.

Mas antes, contudo, o entendimento sobre o alcance da prerrogativa de foro era bem mais amplo. Grande parte da população, assim, viu na nomeação do ex-Presidente Lula para Ministro Chefe da Casa Civil uma tentativa da então Presidente Dilma Rousseff de conferir o privilégio do foro ao ex-Presidente, de forma a deslocar a competência para a condução dos processos criminais de Curitiba para o STF.

Partidos oposicionistas (Partido Popular Socialista – PPS, Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, dentre outros) não tardaram em ajuizar medidas cautelares em mandados de segurança junto à Corte suprema, requerendo, em síntese, que a nomeação fosse

[4] No julgamento da Ação penal 927, o Plenário do STF decidiu que o foro por prerrogativa de função conferido aos deputados federais e senadores aplica-se apenas a crimes cometidos no exercício do cargo e em razão das funções a eles relacionadas. E, logo posteriormente, o STF passou a firmar jurisprudência no sentido de ampliar a decisão acima indistintamente em relação a qualquer hipótese de prerrogativa de função (e não somente a deputados federais e senadores), incluindo ministros de estado. O entendimento que se consolida, portanto, é o de que os ministros nomeados pelo Presidente da República não têm direito a foro por prerrogativa de função quando respondem a supostos crimes cometidos antes de assumirem ou sem relação com o cargo (BRASIL, 2018b)

sustada, desconstituída, mantendo-se a competência da 13ª Vara Criminal de Curitiba para processar o ex-Presidente.

Coube ao Ministro Gilmar Mendes a relatoria de tais medidas cautelares – Mandado de Segurança nº 34.070/7 (BRASIL, 2016) –, tendo iniciado o seu voto com intenso debate acerca da legitimidade dos partidos políticos de ajuizarem mandado de segurança coletivo. Ainda que bastante interessante a discussão, tal assunto não é o foco do presente artigo, motivo pelo qual não merece uma análise mais detalhada sobre o conteúdo da decisão a esse respeito.

O Ministro Gilmar Mendes lembrou que a jurisprudência do STF já estava estabelecida no sentido de que "a renúncia a cargos públicos que conferem prerrogativa de foro, com o velado objetivo de escapar ao julgamento em iminência, configura desvio de finalidade, inapto a afastar a competência para o julgamento da causa" (BRASIL, 2016, p. 14). Ora, a hipótese em análise pelo Ministro Gilmar Mendes era semelhante na violação, mas oposta nos fatos: a nomeação visava a deslocar a competência para o Supremo, impedindo a continuidade dos procedimentos criminais junto à comarca de Curitiba. Ou seja, com a nomeação, o ex-Presidente Lula passaria a ter o foro privilegiado.

Para justificar o seu entendimento, que será adiante explicitado, trouxe para a fundamentação do voto o trabalho de Vladimir Passos De Freitas, onde o mesmo defende a nulidade do ato de nomeação da pessoa quando a sua finalidade é conferir foro privilegiado ao nomeado. Vladimir Passos de Freitas, por sua vez, faz uma coletânea de boa parte da doutrina pátria para tratar do tema desvio de finalidade, citando Odete Medauar, Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello e Lucas Rocha Furtado. Todos afirmam que a atuação do agente deve ser vinculada ao interesse público ou às exigências legais, e não a finalidades pessoais ou visando a conferir benefícios a terceiros.

E, constatado o desvio, ainda que emanado de autoridade competente e preenchidos requisitos legais, o ato é nulo. O Ministro Gilmar Mendes vai direto ao ponto e não deixa dúvidas a respeito do seu entendimento. Afirma que

> 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). (BRASIL, 2016, p. 18).

Como visto, trouxe para fundamentar a sua decisão o fato de que o ato discricionário do Presidente da República (escolha dentre todos os cidadãos brasileiros maiores de vinte e um

anos e no exercício dos direitos políticos) não pode deixar de observar os princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública, como a moralidade e a impessoalidade.

Vai além, cravando categoricamente que não importam os motivos subjetivos de quem pratica o ato ilícito, classificando o vício como de natureza objetiva. Ou seja, constatado o vício, não interessam as razões e a consequência da sua presença é a nulidade do ato. Afastou eventual argumento de que os procedimentos criminais apenas seriam suspensos, para que o seu trâmite tivesse seguimento junto ao STF. Segundo a decisão do Ministro, configurado o vício de finalidade, a posse no cargo público representaria fraude à Constituição Federal e, portanto, seria ilegal.

Após a discussão teórica sobre a questão, passou a analisar o conjunto probatório trazido aos autos, que visava a caracterizar o elemento subjetivo motivador do ato, ou seja, a vontade deliberada da então Presidente da República de se valer da nomeação para que o ex-Presidente Lula passasse a gozar de foro privilegiado, deslocando a competência dos procedimentos criminais para o STF, atrasando-os e tumultuando-os. Em sede cautelar, entendeu que o conjunto era mais do que robusto e caracterizava a intenção de fraudar.

Houve, neste caso, revelação de escuta telefônica de diálogo entre a ex-Presidente Dilma Rousseff e o ex-Presidente Lula, que ficou muito popularizada como a conversa do "Bessias". Por meio dessa conversa, a então Presidente Dilma Rousseff informava ao ex-Presidente Lula que o tal "Bessias" (Procurador da Fazenda Jorge Messias, subchefe de assuntos jurídicos da Casa Civil à época) iria entregar o termo de posse já assinado por ela, para ser usado "em caso de necessidade". E caso de necessidade, ali, representava a chegada dos agentes da polícia federal para cumprir mandado de prisão contra o ex-Presidente.

Diante de todos os fundamentos jurídicos e da robustez das provas, o Ministro Gilmar Mendes concedeu medida liminar para suspender a eficácia da nomeação do ex-Presidente Lula para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil. Ficou comprovado, assim, que a manobra utilizada pela Presidente da República não estava em conformidade com os princípios constitucionais que devem fundamentar os atos administrativos, ainda que aparentemente dentro da sua competência. Tal ato, portanto, foi desmascarado pelo STF e a ilegalidade reprimida.

3.2 LIMINAR CONCEDIDA PELA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

O segundo caso a ser discutido ocorreu durante a breve passagem de Michel Temer pela Presidência da República. Com o *impeachment* ocorrido em 2016, ascende ao cargo Michel Temer chamado de "golpista" pelos apoiadores do PT. Tampouco a figura em questão gozava de apoio da parte da população que aplaudiu o *impeachment*. Desconfiança por ele ter sido Vice-Presidente do Governo Dilma Rousseff e por ser líder de um partido conhecido como "colcha de retalhos" (Movimento Democrático Brasileiro - MDB), acostumado a se beneficiar com o famoso toma-lá-dá-cá da política brasileira.

Precisava, portanto, buscar apoio político em outros partidos, para que alcançasse um mínimo de sustentação durante o seu governo. Foi nesse contexto que decidiu nomear a então Deputada Federal Cristiane Brasil Francisco, do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), para o cargo de Ministra do Trabalho. Cristiane Brasil é filha do Deputado Roberto Jefferson, condenado pelo STF pela prática de crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, envolvido no escândalo que ficou conhecido como "Mensalão", ocorrido durante a presidência de Luiz Inácio Lula da Silva. Jefferson teve, inclusive, seu mandato cassado pela Câmara dos Deputado. Contra Cristiane Brasil pesava o fato de que havia trânsito em julgado de condenações trabalhistas.

Não tardou para que fosse ajuizada ação popular (Ação Popular nº 001786-77.2018.4.02.5102) junto à justiça federal para que fossem suspensos os efeitos da nomeação e, consequentemente, impedida a posse da então Deputada Federal no cargo de Ministra do Trabalho. O caso chegou ao STF (Reclamação nº 29508 MC/DF) sob o argumento de que teria havido usurpação da competência da Presidência do STF para analisar a medida de contracautela ajuizada no Superior Tribunal de Justiça, já que a matéria envolve discussão constitucional, no que diz respeito à moralidade administrativa (BRASIL, 2018a). Trata, também, do Princípio da Separação dos Poderes e da competência privativa do Presidente da República para nomear Ministros de Estado.

Deixando claro que não iria entrar no mérito da discussão, ou seja, se a nomeação da então Deputada Federal violava a Constituição Federal, a Ministra Cármen Lúcia, no exercício da Presidência do STF, achou por bem deferir parcialmente a liminar para suspensão da posse até que fosse possível a análise os pedidos formulados na reclamação (BRASIL, 2018a, p. 10).

Importante registrar que o argumento central das decisões de primeiro e segundo graus neste caso, quanto ao mérito, reforçam qe os atos administrativos, ainda que aparentemente executados por alguém competente e dentro da legalidade, não podem entrar em choque com princípios constitucionais que devem se fazer presentes em todos os atos administrativos. Neste

caso, o vício apontado foi a violação ao princípio da moralidade, afinal, como uma pessoa poderia exercer o cargo de Ministra do Trabalho se pesam contra ela condenações trabalhistas por fraude à própria legislação trabalhista?

3.3 LIMINAR CONCEDIDA PELO MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

Ascendendo ao cargo máximo do Poder Executivo Federal após eleições diretas ocorridas em outubro de 2018, com discurso radical contra a corrupção e o chamado presidencialismo de coalisão, Jair Bolsonaro (eleito pelo Partido Social Liberal – PSL) conseguiu arrebanhar grande parte da população brasileira.

Foi alçado à Presidência da República dizendo-se representante de uma "nova política", passando a ideia, com isso, que não adotava e não adotaria as práticas criminais que foram objeto de investigação por parte de diversas operações capitaneadas pela Polícia Federal ao longo dos anos anteriores. Nomeou como Ministro da Justiça e Segurança Pública o então juiz titular da 13ª Vara Federal do Tribunal Regional da 4ª Região, Sérgio Fernando Moro, responsável por julgar os processos da Operação Lava Jato, detentor de grande popularidade.

Contudo, rapidamente emergem notícias veiculadas por diversos canais da imprensa sobre possíveis condutas criminais envolvendo o gabinete de Jair Bolsonaro durante os seus inúmeros mandatos como Deputado Federal, assim como fortes indícios de esquemas de "rachadinha" pairando sobre o seu filho mais velho, Flávio Bolsonaro, eleito Senador da República também pelo PSL, supostamente ocorridos durante o tempo em que o mesmo atuava como Deputado Estadual na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.

Como sabido, "rachadinha" é uma divisão ilícita de proventos, de alguma vantagem financeira, por deliberação de um agente público. Ou seja, o agente público vale-se do seu cargo para, de alguma forma, receber recursos que seriam destinados à remuneração dos seus assessores, funcionários de gabinetes, dentre outros. As pessoas contratadas (quando há, pois, em alguns casos são "fantasmas") acordam e aceitam retornar parte dos recursos públicos recebidos a título de remuneração para o agente público que o nomeou.

Foi iniciada, então, uma investigação envolvendo o filho do Presidente Jair Bolsonaro em 2018, tendo como ponto de partida um relatório elaborado pelo então Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) – hoje, Unidade de Inteligência Financeira (UIF) –, órgão que atua na prevenção e combate à lavagem de dinheiro, após identificar movimentações

suspeitas de diversos Deputados Estaduais na Assembleia do Estado do Rio de Janeiro, incluindo o atual Senador Flávio Bolsonaro.

O então Ministro Sérgio Moro, para quem o Diretor Geral da Polícia Federal reportava-se, deu sinais, a partir do mês de abril do presente ano, que o Presidente da República pretendia intervir na estrutura da Polícia Federal, justamente o órgão responsável por conduzir as investigações. Sérgio Moro pretendia a permanência no cargo de Diretor Geral da Polícia Federal o Sr. Mauricio Valeixo, seu aliado desde os tempos da Operação Lava Jato.

À revelia de Sérgio Moro, foi publicada no diário oficial a exoneração de Maurício Valeixo do Cargo de Diretor Geral da Polícia Federal. Tal fato gerou o pedido de demissão de Sérgio Moro do cargo de Ministro da Justiça e Segurança Pública, em 24 de abril de 2020. Estando o cargo vago, o Presidente da República imediatamente decidiu nomear Alexandre Ramagem Rodrigues como Diretor-Geral da Polícia Federal, em 27 de abril. Porém, foi impetrado o Mandado de Segurança nº 37.097 pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), com pedido de liminar, contra o Decreto de nomeação de Alexandre Ramagem Rodrigues para exercer o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal (BRASIL, 2020).

Ao Ministro Alexandre de Moraes coube a relatoria do caso. Mesmo ressaltando o caráter discricionário do ato de nomear alguém para a Diretoria-Geral da Polícia Federal, não faz rodeios e afirma que o cargo máximo do Poder Executivo deve respeito aos princípios constitucionais e a eles está vinculado, citando Jaques Chevallier para dizer que "o objetivo do Estado de Direito é limitar o poder do Estado pelo Direito" (BRASIL, 2020, p. 6).

Como visto neste artigo, o Ministro prossegue o seu voto constatando que a Constituição Federal de 1988 ampliou a função jurisdicional sobre os atos administrativos discricionários. Ainda que não caiba ao Poder Judiciário moldar a Administração Pública, a constitucionalização do Direito Administrativo permite ao Judiciário realizar revisão judicial, que busca impedir atos contrários à Constituição Federal, inclusive no tocante a nomeações para cargos públicos, que devem observar aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e interesse público (BRASIL, 2020, p. 7).

O Ministro Alexandre de Moraes segue seu raciocínio concluindo que a Constituição Federal permite a apreciação de atos administrativos pelo Judiciário quando o poder discricionário for utilizado pelo administrador de modo a desviar-se da busca pelo interesse público (BRASIL, 2020, p. 9). Fica claro, assim, que o Ministro Alexandre de Moraes abraça o entendimento que o ato discricionário atualmente é vinculado aos princípios constitucionais

e deve respeitá-los, sob pena de sua nulidade. Mesmo no campo da conveniência e oportunidade conferido pela legislação ao administrador, as decisões por ele tomadas devem estar alinhadas com a moralidade e a impessoalidade, não representando desvio à finalidade pública em prol de interesses particulares.

Conforme De Figueiredo Moreira Neto, o Direito Constitucional foi a manifestação "em que se deram as condições sociais para a maturação do Direito Público." (2011, p. 18) E, fazendo juízo de valor com base nos fatos narrados no processo, o Ministro Alexandre de Moraes atesta a probabilidade do direito alegado pelo partido oposicionista impetrante do mandado de segurança. Em tese, entendeu como viável a ocorrência de desvio de finalidade do ato presidencial.

O Ministro Alexandre de Moraes conclui, após citar outros elementos probatórios veiculados pela imprensa (diálogos mantidos pelo ex-Ministro Sérgio Moro com a Deputada Federal Carla Zambelli), que a Polícia Federal não é órgão de inteligência da Presidência da República e, nos termos do artigo 144, §1º, VI da Constituição Federal, deve exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

Assim, diante do comprovado desvio de finalidade, no seu entender, ainda que em sede de cognição inicial, determinou a suspensão da eficácia do Decreto de 27/04/2020, publicado em 28/04/2020, no que se refere à nomeação e posse de Alexandre Ramagem Rodrigues para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal. A tentativa de interferência do Presidente da República na Polícia Federal, por meio da posse de Alexandre Ramagem Rodrigues, portanto, foi impedida pelo STF.

4 CONCLUSÃO

Resta evidente, assim, o atual posicionamento do STF frente aos atos discricionários do Presidente da República quanto à escolha de cidadãos para cargos da administração pública, que, no entender dos magistrados, forem praticados por meio de ilicitudes, para alcançar propósitos com claro desvio de finalidade. Posicionamento esse no sentido de impedir tais nomeações, sob o argumento de que ferem princípios constitucionais consagrados e invioláveis.

Cabe constatar que, por mais arbitrário o ato discricionário do Chefe do Poder Executivo, mais facilmente ele será objeto de reparação pelos ministros do Supremo. A nova ordem impõe a discricionariedade vinculada por princípios, em busca da manutenção do Estado Democrático de Direito, em respeito à legalidade, moralidade, impessoalidade e visando à

preservação do interesse público. A velha discussão doutrinária a respeito da possibilidade do controle dos atos discricionários pelo Judiciário já não faz mais sentido, diante da realidade que se impõe.

Os últimos três Presidentes da República, incluindo o atual, "testaram" o sistema e se valeram de atos discricionários com desvios de finalidade para alcançar propósitos não previstos em lei e em benefício próprio ou de terceiros a eles vinculados. E viram os seus atos contidos pelo Judiciário. Ou seja, mudam as personagens, mas a história se repete. A culpa, pelo visto, é do Napoleão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Princípio da legalidade e poder regulamentar no estado contemporâneo.* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 225, jul./set. 2001.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador.* Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 37.097 Distrito Federal*. Impetrante: Partido Democrático Trabalhista. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 29 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MSRamagem.pdf>. Acesso em 4 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 3470*. Trata-se de mandados de segurança impetrados em caráter coletivo por partidos políticos voltados contra o ato de nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil. Distrito Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes, 18 de março de 2016. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf >. Acesso em 4 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Reclamação 29.508 Distrito Federal*.. Análise exclusiva da alegada incompetência do superior tribunal de justiça para conhecer da suspensão de liminar. Ausência do ato reclamado: necessidade de inteiro teor. Ato de nomeação: questão posta na ação popular. Providências processuais. Relator: Min. Gilmar Mendes, 21 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2018/01/stf-cristiane-brasil.pdf>. Acesso em 4 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Questão de Ordem na Ação Penal 937 Rio de Janeiro*. Direito constitucional e processual penal. Questão de ordem em ação penal. Limitação do foro por prerrogativa de função aos crimes praticados no cargo e em razão dele. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Min. Roberto Barroso, 3 de maio de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748842078>. Acesso em 4 abr. 2021.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno.* Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

GASPARINE, Diógenes. *Direito Administrativo.* 5ª edição. Editora Saraiva. 2000.

DI PIETRO, Maria Silvia. *Direito Administrativo.* 28ª edição, São Paulo, Editora Atlas S.A, 2015.

FALCÃO Joaquim; ARGUELHES Diego Werneck; PEREIRA Thomaz. *Impeachment de Dilma Rousseff: entre o Congresso e o Supremo.* Belo Horizonte: Letramento, 2017.

FONSECA, Francisco José Defanti. Reserva de Regulação da Administração Pública. In: GUERRA, Sérgio (org.). *Teoria do Estado Regulador.* v. II. Curitiba: Juruá, 2016.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución Francesa y Administración Contemporanea.* 4ª edição. Madrid: Editora Civita, 1994.

GUERRA, Sérgio. *Teoria do Estado Regulador.* Curitiba: Juruá, 2015.

_____. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas.* 5ª ed. 1ª Tir. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

_____. Separação de poderes, executivo unitário e estado administrativo no Brasil. *Revista Estudos Institucionais* (DOI: http://dx.doi.org/10.21783/rei.v3i1.51).

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 44ª edição. Ed. Malheiros, 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 18, jul./set. 2011.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O poder de polícia é discricionário? In: MEDAUAR, Odete SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). *Poder de polícia na atualidade. Anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – CEDAN do ano de 2011*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SORDI, Bernardo.. Révolution, Rechtsstaat and the Rule of Law: historical reflections on the emergence and development of administrative law. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L.; EMERSON, Blake (orgs.). *Comparative Administrative Law*. 2ª edição. Elgar online, 2017. Disponível em: <https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781784718657/9781784718657.00008.xml>. Acesso em 4 abr. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio. *Regulação no Brasil*: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 97-128.