

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA
ASCES-UNITA
CURSO DE DIREITO**

**O PRINCÍPIO DA MORALIDADE COMO ELEMENTO DE VALIDADE
DO ATO ADMINISTRATIVO NA NOMEAÇÃO DE MINISTRO PELO
PRESIDENTE DA REPÚBLICA**

JOAQUIM LUIS DA SILVA MENDES

**CARUARU
2018**

JOAQUIM LUIS DA SILVA MENDES

**O PRINCÍPIO DA MORALIDADE COMO ELEMENTO DE VALIDADE
DO ATO ADMINISTRATIVO NA NOMEAÇÃO DE MINISTRO PELO
PRESIDENTE DA REPÚBLICA**

Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) para graduação em Direito no Centro Universitário Tabosa de Almeida ASCES/UNITA, orientado pelo Prof. Dr. Ademário Tavares.

CARUARU

2018

RESUMO

O artigo apresentado faz um estudo sobre a importância do princípio da Moralidade administrativa para validação do ato administrativo de nomeação de ministros por parte do Chefe do executivo. Para tal comprovação será utilizado as nomeações do ministro da Casa Civil, Luiz Inácio Lula da Silva no governo Dilma, bem como a nomeação do ministro Wellington Moreira Franco no governo Michel Temer. A partir dos casos, serão analisadas as decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal acerca do desvio de finalidade destas nomeações a fim de comprovar-se a dificuldade que a Corte Suprema possui em reconhecer a problemática do desvio de finalidade pela subjetividade do princípio, como também confirmar a veracidade da falta de observância do Princípio no momento da prática do ato pelo Presidente da República em ambos os casos. O método de análise será feito inicialmente pelo estudo das decisões monocráticas dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello de forma individual e a partir disso, as decisões serão colocadas em comparativo com finalidade de enriquecer o estudo, bem como trazer as interpretações divergentes acerca do princípio da moralidade administrativa entre os ministros. Com isso, fundamentado no estudo individual e comparado das decisões judiciais discordantes proferidas pelos ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, pode-se traçar o panorama existente atualmente dentro da nossa doutrina acerca dessa temática, como também discorrer uma análise completa sobre como realmente fica o princípio da Moralidade Administrativa à partir das decisões da Suprema Corte Brasileira, tendo em vista o julgamento controverso do princípio pelo STF.

Palavras-Chave: Princípio da Moralidade Administrativa; Desvio de finalidade; Decisões judiciais; Supremo Tribunal Federal

ABSTRACT

The present article concerns about the importance of the administrative morality principle to validate, through administrative act, of ministers nominations by executive chef. For this, it will be used Luiz Inácio Lula da Silva nomination to civil house, on Dilma government, as well as Wellington Moreira Franco nomination to civil house on Temer government. From both cases, it will be analyzed the federal court of justice decisions about purpose deviation of these nominations to prove the difficulty that the federal court has recognized the purpose deviation problem by the subjectivity of the principle, as also confirming the truth of non observance of the principle at the moment of act by the republic president in both of cases. At the beginning, the analysis method will be done through the study of Gilmar Mendes and Celso de Melo monocratic decisions, singly, and then, the decisions will be compared. The purpose of this comparison is the enrichment of this study, as well as doing divergent interpretations about administrative morality principle between ministers. Thereby, reasoned on individual and compared study about discordant judicial decisions pronounced by ministers Gilmar Mendes and Celso de Melo, it can be established the panorama inside our ism about this theme, as also doing a complete analysis about administrative morality principle from federal brazilian court of justice decisions owing to principle controversial judgment by supreme court.

Key-words: Administrative morality principle, purpose deviation, judicial decisions, federal court of justice

SUMÁRIO

Introdução	6
1. Análise da decisão do mandado de segurança de número 34.070 a respeito do desvio de finalidade na nomeação do ministro Luiz Inácio Lula da Silva	8
2. Análise da decisão do mandado de segurança de número 34.609 a respeito do desvio de finalidade na nomeação do ministro Wellington Moreira Franco	14
3. Comparação entre as decisões do mandado de segurança de número 34.070 e 36.609 proferidas pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do desvio de finalidade	19
4. O princípio da moralidade a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal dos casos dos ministros Luiz Inácio Lula da Silva e Wellington Moreira Franco	25
Considerações Finais	29
Referências	31

INTRODUÇÃO

O princípio da moralidade administrativa nem sempre foi fácil de ser conceituado e delimitados com precisão os seus limites, justamente em virtude da distinção entre direito e moral, pois ambos não se misturam. Apesar desta discussão, que é claro, bastante interessante, vale salientar que a moralidade ao longo dos anos se tornou ponto importante a ser discutido dentro do direito.

A exemplo disso, a Constituição Federal de 1988 eleva a moralidade a patamares antes jamais vistos dentro do sistema administrativo brasileiro, tornando princípio positivado em nossa Carta Magna no seu artigo 37, juntamente com os princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

Como já positivado, conceitua-se o princípio da moralidade como dever do administrador agir com honradez, licitude, sabendo distinguir dentro do cenário administrativo o que é justo e moralmente legal mesmo que seja meramente ato discricionário, com um objetivo único: Beneficiar a coletividade, o interesse público, colocando o bem comum acima dos interesses de particulares.

Baseado nesse conceito, já entendemos o quanto importante é o princípio para funcionamento da administração pública, pois a não observância deste acarretará a quebra da finalidade pública e ato administrativo que em teor deveria ser praticado para beneficiar a coletividade, está sendo desviado para fins diversos, o qual chamamos desvio de finalidade ou de poder. Este desvio causa a nulidade do ato praticado. Assim, podemos considerar que os casos existentes de desvio de finalidade ocorrem pela não observância da moralidade administrativa.

É essa importância do princípio que fazemos objeto para o estudo, assim trazemos um ato administrativo em questão para ser estudado; o ato administrativo de nomeação de ministro pelo Presidente da República, justamente por ser um ato de livre nomeação no qual o Presidente da República faz a escolha do ministro por meio de oportunidade e conveniência colocando para assumir os ministérios pessoas de sua confiança, portanto é justamente neste ato onde pode-se encontrar incidência do desvio de finalidade pela liberdade que é dada ao administrador, que neste caso é ninguém menos que o Chefe do Executivo.

O interesse pelo estudo da nomeação dos ministros se dá pela importância que este ato tem, pois, nomear um ministro significa dividir o governo e colocar uma

pessoa responsável por uma área temática governamental que incidirá diretamente no progresso nacional e conseqüentemente na vida da população.

Nesse sentido, o interesse do estudo se dá principalmente pelas nomeações de ministros que tivemos ao longo desses últimos anos, como por exemplo a nomeação do Ministro Luiz Inácio Lula da Silva para o ministério da Casa Civil no governo Dilma e a nomeação do Ministro Wellington Moreira Franco para Secretaria Geral da República no governo Temer. Sendo importante destacar que ambas nomeações foram levadas ao Supremo Tribunal Federal com a prerrogativa que foram ceifadas por desvio de finalidade, tendo por objetivo a sua anulação.

As nomeações dos ministros acima citados e também as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal referente aos dois casos, servirão de instrumentos para demonstração do problema da não observância do princípio da moralidade no momento da prática do ato de nomeação pelo Presidente da República.

Entretanto, a nomeação quando é feita com caráter de desvio de poder, fica maquiada pela legalidade e interesse público, ou seja, utiliza-se de sua prerrogativa de nomear que é indiscutivelmente legal, para esconder um fim contrário ao direito.

Não obstante a isso, além da não observância do princípio, podemos considerar que o seu alto grau de subjetividade, faz com que sua interpretação se torne extremamente difícil no caso em concreto, sendo comprovada com as decisões monocráticas de Gilmar Mendes e Celso de Mello nos casos de desvio de finalidade dos ministros da Casa Civil e da Secretaria Geral da República.

Assim, o que chama atenção principalmente é a semelhança dos casos e o entendimento divergente sobre a mesma questão dentro do mesmo órgão jurisdicional (STF), demonstrado claramente que apesar de positivado, o princípio da moralidade, é fadado a imprecisão e inconstância.

Portanto, o trabalho tem por objetivo trazer para discussão a importância do princípio da moralidade como elemento de validade das nomeações dos Ministros pelo Chefe do Executivo, como também discutir a não observância do princípio e demonstrar a dificuldade de interpretação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, fazendo uma análise singular e comparativa entre as decisões proferidas; trazendo os divergentes julgamentos de Gilmar Mendes e Celso de Mello, como também traçar o conceito do que é a moralidade administrativa a partir das decisões emanadas pela Suprema Corte.

1. ANÁLISE DA DECISÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA DE NÚMERO 34.070 A RESPEITO DO DESVIO DE FINALIDADE NA NOMEAÇÃO DO MINISTRO LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

O ex-Ministro Luiz Inácio Lula da Silva foi nomeado ao cargo de ministro da Casa Civil no governo de Dilma Rousseff, em 16 de março de 2016 e como chama atenção, apenas ficou sob posse de seu cargo por dois dias, pelo fato de que no dia 18 sua nomeação foi suspensa provisoriamente por decisão monocrática de mandado de segurança, pelo ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes.

Em sua decisão, o ministro do STF ao apreciar o mandado de segurança de número 34.070, reconheceu a nulidade da nomeação por desvio de finalidade. A decisão proferida em caráter provisório, voltaria a ser apreciada no plenário da corte suprema brasileira, onde teríamos real definição do caso. O julgado nunca chegou a ser discutido no pleno, pois a matéria perdeu razão após a concretização do processo de impeachment da ex - Presidenta da República Dilma Rousseff.

A decisão foi fundamentada em um corpo de 34 páginas, trazendo considerações importantes sobre o desvio de finalidade, acerca desse estudo, Hely Lopes Meirelles afirma:

O desvio de Finalidade é a violação ideológica da lei, ou por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de ato administrativo aparentemente legal (...)¹

Em complemento a isso, Celso Antônio Bandeira de Mello enfatiza que, “A propósito do uso de um ato para alcançar finalidade diversa da que lhe é própria, costuma se falar em ‘desvio de poder’ ou ‘desvio de finalidade’”.²

Definindo brevemente o desvio de finalidade como violação do princípio da moralidade da lei, que alcança finalidade diversa que lhe é própria; o estudo dessa nuance da moralidade administrativa torna-se bastante pertinente, e de pronto trazendo ao contexto da decisão anteriormente citada, vale salientar que a mesma não foi discutida em plenário, trazê-la ao estudo se faz altamente louvável ao que

¹MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 112-113

²BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Elementos de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos tribunais, 1987. p. 47.

concerne a importância do princípio para validação do ato administrativo do chefe do executivo. Assim, a partir desse momento, serão apresentados os pontos mais significativos da decisão do Ministro que mais se destacam no presente estudo.

Analisando a decisão, Gilmar Mendes inicialmente preocupa-se em reconhecer que os partidos políticos possuem legitimidade ativa para propor tal demanda contra o Presidente da República. Após isso, o Ministro Gilmar Mendes expõe os argumentos utilizados pelos partidos políticos (parte impetrante), que ensejam a demanda:

Primeiro: a operação “Lava Jato”, cujo Juízo competente é exercido pelo magistrado Sérgio Moro, tem revelado que diversas pessoas, sabidamente aliadas do Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, seriam autoras da prática de crimes (diversos deles contra a Administração Pública), inclusive com sentenças condenações já proferidas. (doc. 2); Segundo: em 29 de Fevereiro de 2016, foi proferida decisão pelo Juiz Sérgio Moro, determinando a condução coercitiva do Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para prestar depoimento no bojo de investigações relacionadas com a operação “Lava Jato” (doc. 3); Terceiro: em 14 de Março de 2016, a Juíza da 4ª Vara Criminal de São Paulo, ao apreciar o pedido de prisão preventiva do Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, no bojo do processo 0017018-25.2016.8.26.0050, declinou de sua competência, por entender que o Juízo responsável pela ‘operação lava jato’ é o competente para apreciar os pedidos formulados pelo Ministério Público (doc. 4); Quarto: todos os setores da sociedade brasileira começam a especular a possibilidade de prisão do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o que é fato público e notório; Quinto: dois dias após (16.03.2016), a autoridade coatora anuncia e decide nomear o Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva como Ministro Chefe da Casa Civil, a deslocar todas as investigações contra o Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o STF (doc. 1); e, Sexto: nesse mesmo dia, interceptação telefônica da Polícia Federal revelou diálogo entre a Excelentíssima Presidente da República e o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva [...] ³

Diante de tais fatos que levaram a impetração do MS, pode-se considerar que, por mais que o ex-Presidente Lula fosse um homem competente para assumir tal cargo, este não era um momento propício para uma nomeação por parte do Chefe do executivo, justamente pelo contexto citado anteriormente que certamente viria trazer questionamentos judiciais, como de fato aconteceu.

³STF, MS, Decisão monocrática: Min. GILMAR MENDES, julgado em 18/03/2016. p. 1-2

Após demonstrar os fatos que ensejaram o pedido de suspensão da nomeação, o Ministro do STF preocupa-se em frisar a importância do princípio da moralidade:

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).⁴

Assim, entende-se que apesar de discricionário o ato de nomeação de ministro, todo ato administrativo praticado pelo chefe do executivo deverá respeitar os princípios constitucionais, que compreendido entre eles, está o princípio da moralidade, e a não observância do princípio causará a nulidade absoluta do ato, que não pode ser convalidado pois decorre em vício de legalidade.

Falado sobre a essencialidade da moralidade, Gilmar Mendes enfim discute o mérito do caso prático, afirmando que a nomeação do ministro Luiz Inácio Lula da Silva fora feita meramente a fim de beneficiá-lo com foro privilegiado; que apesar de a priori o ato estar em conformidade com a competência elencada no art.84, inciso I, da CF, ele teria a finalidade de atrapalhar as investigações que estavam em curso, definindo que a nomeação em questão causaria um tumulto processual:

Aplicando essas noções ao caso em tela, tem-se que a Presidente da República praticou conduta que, a priori, estaria em conformidade com a atribuição que lhe confere o art. 84, inciso I, da Constituição – nomear Ministros de Estado. Mas, ao fazê-lo, produziu resultado concreto de todo incompatível com a ordem constitucional em vigor: conferir ao investigado foro no Supremo Tribunal Federal [...] Havia investigações em andamento, que ficariam paralisadas pela mudança de foro, uma delas que ensejou medidas de busca e apreensão contra Luiz Inácio Lula da Silva– Operação Aletheia, desdobramento da Lava Jato. Havia uma denúncia pendente de apreciação, acompanhada de um pedido de decretação de prisão preventiva – caso Bancoop. É muito claro o tumulto causado ao progresso das investigações, pela mudança de foro. E “auto evidente” que o deslocamento da competência é forma de obstrução ao progresso das medidas judiciais.⁵

De fato, a de se concordar que o entendimento do Ministro Gilmar Mendes é razoável e proporcional, tendo em vista que uma nomeação naquele contexto que o

⁴STF, MS. Decisão monocrática: Min GILMAR MENDES, julgado em 18/03/2016. p. 18

⁵STF, MS 34.070. Decisão monocrática: Min. GILMAR MENDES, julgado em 18/03/2016. p. 20

ex-ministro Luiz Inácio Lula da Silva estava inserido, seria totalmente inviável e tinha caráter sim, de obstruir a justiça e causar um tumulto processual, pois uma nomeação de “supetão” que precede um contexto de investigações e uma condução coercitiva, possui claramente um liame subjetivo com o desvio de finalidade.

A respeito dessa subjetividade, vale destacar que Maria Sylvia Di Pietro afirma que existe “grande dificuldade com relação ao desvio de poder em sua comprovação, pois o agente não declara a sua verdadeira intenção; ele procura ocultá-la para produzir a enganosa impressão de que o ato é legal” ⁶.

Assim, o ministro Gilmar Mendes a respeito dessa subjetividade deixa claro ao longo de sua decisão que “Neste caso, o elemento subjetivo é revelado por riqueza probatória que não merece passar despercebida” ⁷. Em análise, o que se refere o Ministro do STF quando fala dessa riqueza são os antecedentes da nomeação que aqui já foram expostos, como também, um fato preponderante para sua decisão: A interceptação telefônica entre a Presidente da República e o ministro da Casa Civil.

Sobre essa interceptação telefônica, é importante destacar que aqui não está se discutindo se deveria ter sido ou não liberada para os meios de imprensa, mas sim, o que se discute é o quanto ela foi preponderante para a valoração do caso prático para o ministro do STF.

O ministro “No momento, não é necessário emitir juízo sobre a licitude da gravação em tela. Há confissão sobre a existência e conteúdo da conversa, suficiente para comprovar o fato” ⁸. Portanto fica claro o quanto a interceptação foi importante para o entendimento, do desvio de finalidade e posteriormente a suspensão da nomeação. Nesse contexto o Ministro Gilmar Mendes, expõe:

O objetivo da Presidente da República de nomear Luiz Inácio Lula da Silva para impedir sua prisão é revelado pela conversa seguinte, em 16.3, 13h32. Trata-se de diálogo sobre o termo de posse, com o seguinte conteúdo: “DILMA: Alô. LILS: Alô. DILMA: LULA, deixa eu te falar uma coisa. LILS: Fala querida. "Ahn" DILMA: Seguinte, eu tô mandando o "BESSIAS" junto com o PAPEL pra gente ter ele, e só usa em caso de necessidade, que é o TERMO DE POSSE, tá?! LILS: "Uhum". Tá bom, tá bom. DILMA: Só isso, você espera aí que

⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 251

⁷STF, MS 34.070. Decisão monocrática: Min. GILMAR MENDES julgado em 18/03/2016. p. 21

⁸STF, MS 34.070. Decisão monocrática: Min. GILMAR MENDES julgado em 18/03/2016. p. 21

ele tá indo aí. LILS: Tá bom, eu tô aqui, eu fico aguardando. DILMA: Tá?! LILS: Tá bom. DILMA: Tchou. LILS: Tchou, querida.⁹

Analisando o teor da conversa telefônica, a Presidenta Dilma estava mandando o termo de posse para o futuro ministro da Casa Civil, para o mesmo, assinar e guardar com ele, mas o que chama atenção no trecho acima é a fala da Presidenta “Só usa no caso de necessidade”; Ora, qual necessidade seria essa? Assim remetemos a fala para necessidade da prisão provisória, consequência das investigações já citadas. Caso já estivesse empossado, seu foro seria o STF, atrapalhando assim a continuidade das investigações e de uma hipotética prisão, sobre o termo de posse, o ministro Gilmar Mendes afirmou:

Parece indisputável que, no momento da conversa, Luiz Inácio Lula da Silva não poderia tomar posse, por duas razões. Primeiro, porque o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil estava ocupado por Jaques Wagner. Segundo, porque ainda não fora nomeado.¹⁰

Com isso, fica claro que o mero termo de posse, tinha finalidade diversa, pois no momento que a Presidente estava mandando o termo, ainda quem ocupava o cargo era o ministro Jaques Wagner, não podendo Luiz Inácio assumir. Já certo de que o desvio de finalidade teria ocorrido, Gilmar Mendes explica que além de Jaques Wagner está no cargo, a posse não poderia acontecer sendo assinada naquela noite, pois:

Ocorre que a legislação de regência veda essa hipótese. Se Luiz Inácio Lula da Silva não estivesse presente na cerimônia de posse, duas consequências poderiam ocorrer: ou ele não tomaria posse – podendo fazê-lo a qualquer momento, no intervalo de trinta dias contados da publicação da nomeação – ou tomaria posse por procuração – caso enviasse mandatário com poderes específicos. Em nenhuma hipótese, a posse poderia ocorrer pela aposição, pela Presidente, de sua assinatura, em termo adremente assinado pelo nomeado.¹¹

Enfim, fica claro que em nenhuma hipótese, a posse poderia ter ocorrido da maneira que foi, com o termo de posse sendo enviado previamente, pois a nomeação só ocorreria na cerimônia de posse marcada dia no seguinte, caso não

⁹STF, MS 34.070, Decisão monocrática: Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/03/2016. p. 30-31

¹⁰STF, MS 34.070, Decisão monocrática: Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/03/2016. p. 32

¹¹STF, MS 34.070, Decisão monocrática: Min. GILMAR MENDES, julgado em 18/03/2016. p. 32

estivesse presente, Lula poderia assumir por procuração ou nos 30 dias subsequentes. Com isso Gilmar Mendes utiliza a interceptação telefônica como prova inequívoca do desvio de finalidade e esgota claramente o mérito da questão de forma acertada, pois todos fundamentos apresentados demonstram que o termo de posse enviado a casa do ex-ministro da casa civil apenas serviria para criar uma falsa situação e que formalmente esse termo teria eficácia zero para uma nomeação. Sobre a prova do desvio de finalidade Adilson Dallari de Abreu dispõe:

O desvio de poder nunca é confessado, somente se identifica por meio de um feixe de indícios convergentes, dado que é um ilícito caracterizado por um disfarce, pelo embuste, pela aparência da legalidade, para encobrir o propósito de atingir a um fim contrário ao direito, exigindo um especial cuidado por parte do Judiciário¹²

No caso em questão, o feixe de indícios convergentes seriam toda conturbação anterior a nomeação, valendo salientar que nunca o desvio de finalidade será confessado, nesse contexto Gilmar Mendes utiliza da conversa telefônica como um tipo de confissão do desvio mesmo que não intencional, corroborando para deferir a medida liminar e suspender a nomeação.

Portanto, em linhas gerais podemos considerar que a decisão do ministro do STF, no caso da nomeação de Lula tenha sido razoável, tendo em vista o liame subjetivo (antecedentes a nomeação), como também a comprovação do desvio com a conversa telefônica, sendo esses elementos suficientes para comprovação da finalidade diversa e para o esgotamento do mérito. Apesar do caso prático demonstrar riqueza na demonstração do desvio, vale destacar o quanto é difícil se comprovar o desvio de poder, mas nesse caso específico os detalhes ante expostos possuem grande riqueza na comprovação.

¹²DALLARI, Adilson Abreu. Desvio do Poder na Anulação do Ato Administrativo. Instituto de Direito Público da Bahia. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Número 7 –, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-7-JULHO-DESVIO%20DE%20PODER-ADILSON%20DALLARI.pdf>>

2. ANÁLISE DA DECISÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA DE NÚMERO 34.609 A RESPEITO DO DESVIO DE FINALIDADE NA NOMEAÇÃO DO MINISTRO WELLINGTON MOREIRA FRANCO

Wellington Moreira Franco foi promovido ao cargo de ministro da Secretaria Geral da Presidência, no governo de Michel Temer, em 3 de fevereiro de 2017, insta frisar no contexto fático da nomeação que quatro dias antes de Moreira Franco torna-se ministro, tenha sido citado 34 vezes por um dos delatores da Odebrecht que na ocasião apresentou supostas planilhas que detalham contribuições ilegais para campanhas, onde Moreira Franco aparece com o apelido de Angorá. Em detrimento dessa delação, os partidos políticos Rede Sustentabilidade e Psol (Partido Socialismo e Liberdade) impetraram o Mandado de Segurança de número 34.609 com finalidade de suspender a nomeação.

É importante citar que os partidos políticos usaram como fundamento para suspensão do ato, a decisão que suspendeu a nomeação do ex-ministro Lula, decisão esta que foi analisada anteriormente. Se no caso Lula a suspensão da nomeação se concretizou pela decisão do ministro Gilmar Mendes, no caso em comento o ministro Celso de Mello negou o pedido de suspensão e manteve a nomeação do Ministro da Secretaria Geral da Presidência.

Em sede inicial de sua decisão, o ministro Celso de Mello preocupa-se em fazer um resumo dos argumentos utilizados pelo impetrante do mandado de segurança, vejamos:

Sustenta-se, nesta sede mandamental, que referido ato de nomeação mostrar-se-ia inválido, porque afetado por desvio de finalidade, eis que a razão subjacente a tal deliberação presidencial consistiria, alegadamente, em virtude da outorga de prerrogativa de foro ao litisconsorte passivo necessário, em evitar o regular andamento das investigações em sede da operação Lava Jato, para, desse modo, impedir sua prisão e os regulares desdobramentos perante o juízo monocrático, o que coloca em risco a celeridade do julgamento [...]. O impetrante do presente mandado de segurança coletivo insiste na afirmação de que “a criação de um Ministério quatro dias após a homologação de delações premiadas [o caso Odebrecht] teve o fito de obstrução da justiça, revelando-se dispensáveis provas subjetivas para tanto.”¹³

Analisando o trecho, entende-se claramente que os motivos que levaram a impetração do mandado de segurança giram em torno de que a nomeação serviu

¹³STF, MS 34.609, Decisão monocrática: Min. Celso de Mello, julgado em 14/02/2017. p. 2

como forma de obstruir a justiça e impedir andamento de investigações e impedir possível prisão de Moreira Franco.

Resumindo o pedido da parte impetrante, Celso de Mello em caráter de análise de mérito já inicialmente deixa claro seu entendimento, quanto ao desvio de finalidade do caso em evidência:

A existência de qualquer vício no ato administrativo não passa de mera elucubração. Não há qualquer investigação em curso contra o Ministro e, conforme a jurisprudência desse Supremo Tribunal, o impedimento do acesso a cargos públicos antes do trânsito em julgado de sentença condenatória viola o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da Lei Maior).¹⁴

Logo, o ministro Celso de Mello não reconhece o desvio de finalidade no caso, invocando a Constituição Federal ao afirmar que não pode existir impedimento ao acesso de cargos públicos antes de sentença condenatória transitado em julgado, por violação do princípio da presunção de inocência.

Sobre a utilização do princípio para fundamentação do caso, pode-se depreender que é notoriamente válido a utilização do mesmo, mas deve destacar que apenas o princípio da presunção de inocência não afasta o desvio de finalidade, devendo se analisar cuidadosamente todo contexto fático a nomeação.

Posterior a isso, o que chama atenção na fundamentação do ministro Celso de Mello é a breve comparação entre o caso que está sob sua competência e análise com o caso da nomeação do ex-ministro Luiz Inácio Lula da Silva, vejamos:

O presente caso difere daquele indicado pelo impetrante como paradigma, qual seja o Mandado de Segurança nº 34.070, hipótese em que tratou da suspensão da nomeação do Sr. Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil.

A suspensão da nomeação de Lula apreciada pelo mandado de segurança nº 34.070 foi utilizada pelos partidos políticos impetrantes como paradigma perante a nomeação de Moreira Franco. Ao analisar os dois casos, o ministro Celso de Mello afirma que os casos se diferem, mas curiosamente apenas faz essa afirmação e não deixa claro onde as diferenças se acentuam, ficando tal fundamentação vaga.

Insta frisar que a discussão sobre se os casos são iguais ou no que diferem e

¹⁴STF, MS 34.609, Decisão monocrática: Min. Celso de Mello, julgado em 14/02/2017. p. 3

nuances deste tipo não serão aprofundadas neste momento, pois será objeto de nosso estudo em tópico posterior.

Além de citar a presunção de inocência como fundamento de sua decisão, o ministro faz importantes considerações sobre a prova do desvio de finalidade, afirmando:

[...] incumbe a quem imputar ao administrador público a prática desviante de conduta ilegítima a prova inequívoca de que o agente público, não obstante editando ato revestido de aparente legalidade, ter-se-ia valido desse comportamento administrativo para perseguir fins completamente desvinculados do interesse público. As informações prestadas pelo Senhor Presidente da República, no entanto, enfatizam inexistir prova documental idônea de que o ato de nomeação do litisconsorte passivo necessário Wellington Moreira Franco configura (modo de favorecimento do interessado) [...] ¹⁵

Dito isto, o ministro deixa claro que não existe qualquer tipo de prova documental inequívoca que comprove materialmente a ilicitude da nomeação; Deve-se destacar que o desvio de finalidade de alguma forma deva ser comprovado, e que o ônus probatório desta pretensão deva ser provado pela parte que alega a existência de tal vício.

Mas torna-se precário considerar que o desvio de finalidade necessite de uma prova documental inequívoca, tendo em vista o quanto subjetivo é a nomeação. Sobre essa problemática abordada, Hely Lopes Meirelles reconhece:

O ato praticado com desvio de finalidade - como todo ato ilícito ou imoral - ou é consumado às escondidas ou se apresenta disfarçado sob o capuz da legalidade e do interesse público. Diante disto, há que ser surpreendido e identificado por indícios, e circunstâncias que revelem a distorção do fim legal substituído habilidosamente por um fim ilegal ou imoral não desejado pelo legislador. ¹⁶

Segundo entendimento doutrinário, o desvio de finalidade é cometido às escondidas e revestido pela capuz da legalidade, pois claramente o administrador público, que nesse caso é o Presidente da República, tem competência para criar ministérios e teoricamente essa nomeação seria para atender o interesse público, portanto essa presunção do interesse público torna o ato aparentemente legal, mediante que por mais que a finalidade da nomeação tenha sido diversa, o

¹⁵ STF, MS 34.609, Decisão monocrática: Min. Celso de Mello, julgado em 14/02/2017. p. 13

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 23ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.99

presidente poderia invocar o interesse público, porque o desvio de finalidade está ligado ao íntimo do gestor público, sendo dificilmente comprovado a ilegalidade pelo grau de subjetividade.

Como bem destacado por Hely Lopes Meirelles, o desvio de finalidade deve ser identificado por indícios, justamente por apresentar dificuldade em sua comprovação, ficando cristalino divergência entre o pensamento do autor e a decisão de Celso de Mello que se preocupa com a necessidade de uma prova documental inequívoca.

Ora, pode-se considerar que o pensamento doutrinário, assemelha-se mais fielmente com a realidade que encontramos, pois dificilmente o desvio de finalidade será comprovado com documentos exatos, sendo necessário a verificação dos indícios do caso fático. Então quais indícios seriam esses?

Saindo do campo da generalidade podemos afirmar que poderiam ser, a nomeação de Moreira Franco por parte do Presidente da República acontecer 4 dias após seu nome ser citado 34 vezes nas investigações da lava-jato, bem como podemos considerar outro possível indício que o plano do governo quando ascendeu ao poder era claro, enxugar os ministérios, como citado diversas vezes pelo próprio Chefe do Executivo aos veículos midiáticos.

Então pode-se considerar a criação de um novo ministério (Secretaria Geral da União) uma grande contradição ao que teria sido anteriormente dito pelo presidente Michel Temer em seu plano de governo. Por fim pode-se questionar a falta de motivos que levaram à criação da nova secretaria. É evidente que esses indícios anteriormente citados poderiam ter sido apreciados e ao menos analisados de forma mais cuidadosa pelo Ministro Celso de Mello, pois resta evidente que a prova documental dificilmente se tornará presentes nesses casos.

Após isso, em sede final de sua fundamentação, o Ministro Celso de Mello discute quais efeitos o foro privilegiado concedido ao Ministro Moreira Franco poderia causar:

[..] eis que a prerrogativa de foro – que traduz consequência natural e necessária decorrente da investidura no cargo de Ministro de Estado (CF, art. 102, I, “c”) – não importa em obstrução e, muito menos, em paralisação dos atos de investigação criminal ou de persecução penal; A mera outorga da condição político-jurídica de Ministro de Estado não estabelece qualquer círculo de imunidade em torno desse qualificado agente auxiliar do Presidente da República, pois,

mesmo investido em mencionado cargo, o Ministro de Estado, ainda que dispondo da prerrogativa de foro “ratione muneris”, nas infrações penais comuns, perante o Supremo Tribunal Federal, não receberá qualquer espécie de tratamento preferencial ou seletivo, uma vez que a prerrogativa de foro não confere qualquer privilégio de ordem pessoal a quem dela seja titular.¹⁷

Compulsando tal afirmação deve-se concordar que o foro privilegiado não iria proporcionar de nenhuma forma de imunidade ao ministro, mas podemos considerar que uma mudança de foro pode causar protelação nas investigações, algum tipo de atraso processual. Ao afirmar que o foro privilegiado não propiciará nenhum tipo de tratamento preferencial, entende-se o argumento pertinente em defesa da Corte Suprema. Em complemento a isto o ministro expõe:

“Falar de ‘blindagem’ em virtude do foro privilegiado, como usualmente se fala em parte da doutrina, é depreciar a dignidade do STF, que não tem sua atuação pautada pela vontade da Presidência da República. Pelo contrário, é um dos ‘Poderes’ da República e, nesta qualidade, com todas as garantias para pronunciar-se de maneira autônoma, sem sucumbir à pressão de outros ‘Poderes’ e sem o receio de represálias posteriores (institucionais, econômicas ou pessoais).”¹⁸

É claro a defesa da corte como forma de assegurar sua dignidade, reiterando mais uma vez a proporcionalidade coerente no argumento do ministro, em contrapartida podemos considerar o argumento da parte impetrante do Mandado de Segurança não como uma forma de o STF imputar impunidade a Moreira Franco, mas como uma forma de atrapalhar possíveis continuidades investigativas e processuais na justiça comum após tornar-se ministro quatro dias depois de ser citado na investigação da lava-jato. Uma mudança abrupta de foro tende a causar uma interrupção do que já está em seguimento.

Ainda sobre o foro privilegiado, o ministro Luiz Roberto Barroso declara à imprensa:

Foro por prerrogativa de função é um desastre para o país, minha posição é extremamente contra. É um péssimo modelo brasileiro e estimula fraude de jurisdição, na qual, quando nós julgamos, o sujeito renúncia, ou quando o processo avança, ele se candidata e

¹⁷ STF, MS 34.609, Decisão monocrática: Min. Celso de Mello, julgado em 14/02/2017. p. 17

¹⁸STF, MS 34.609, Decisão monocrática: Min. Celso de Mello, julgado em 14/02/2017. p. 23

muda a jurisdição. O sistema é feito para não funcionar.¹⁹

O impasse sobre o foro torna-se tão amplo, que dentro da mesma corte existem entendimentos contrários ao de Celso de Mello, sendo o ministro Barroso um de seus opositores, reconhecendo que a prerrogativa de função é um sistema que tende não funcionar. Entendendo-se que nos dias atuais a prerrogativa de foro, tem virado um instituto de “bagunça jurisdicional” que tende a dificultar a aplicação do direito.

Assim, tendo sido analisado os principais pontos da decisão do ministro Celso de Mello depreende-se que a decisão emitida pode ser atacada e questionada em diversos pontos, principalmente no que se refere à alegação da presunção de inocência, como também quando o ministro discorre acerca da necessidade de prova documental inequívoca. Claramente o que se pesa mais na decisão de Celso de Mello, é a contrariedade de sua decisão com a decisão anterior proferida por Gilmar Mendes em um caso bastante parecido sobre o desvio de finalidade.

Esta contrariedade revela a dificuldade da valoração da Suprema Corte brasileira ao que concerne a utilização da moralidade, mediante o desvio de finalidade, portanto nessa seara tem-se a necessidade de colocar as duas decisões em evidência para um estudo comparado, com finalidade de enriquecimento do trabalho como também para definir o princípio da moralidade à partir das decisões.

3. COMPARAÇÃO ENTRE AS DECISÕES DO MANDADO DE SEGURANÇA DE NÚMERO 34.070 e 36.609 PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A RESPEITO DO DESVIO DE FINALIDADE

Como analisado anteriormente as decisões de forma individualmente, neste momento torna-se primordial um estudo comparado entre os mandados de número 34.070 e 34.609, principalmente pelo fato que os casos fáticos que deram origem às demandas judiciais tornam-se bastante parecidos e curiosamente foram julgados pela mesma corte de forma diferente. Com isso até hoje não se possui um entendimento uniforme quanto às nomeações dentro do Supremo Tribunal Federal.

¹⁹TERRA NETWORKS BRASIL S.A. “‘Foro privilegiado é um desastre para o país’, diz Barroso”. Disponível em: <<https://noticias.terra.com.br/brasil/politica/lava-jato/foro-privilegiado-e-um-desastre-para-o-pais-dizbarroso,d995f0474387a747bff0fcb6148c0c8buwjmalxv.html>> (acesso em 06/11/2017)>

A respeito da coincidência dos casos, vale salientar que Luiz Inácio Lula da Silva foi nomeado a ministro da Casa-Civil após ser duramente investigado pela lava-jato. Também é importante considerar que Luiz Inácio foi conduzido a depor coercitivamente e naquele momento, estaria em iminente risco de prisão provisória. Após esses fatos Lula foi nomeado a ministro da Casa-Civil e sua nomeação foi suspensa mediante Mandado de segurança 34.070 Jugado por Gilmar Mendes.

Já Wellington Moreira Franco foi nomeado ao cargo de Ministro da secretaria geral da República, quatro dias após ter sido citado trinta e quatro vezes nas delações das investigações da lava-jato. Como frisado precedentemente, os casos assemelham-se principalmente por as nomeações terem acontecido em momentos pouco propícios e claramente conturbados e tiveram desfechos distintos, ocorrendo que a decisão de Celso de Mello foi contrária ao que existia de jurisprudência da corte (MS 34.070 - caso Lula) a respeito de desvio de finalidade.

A partir deste momento traz em questão os argumentos antagônicos das duas decisões, a fim de demonstrar a discordância de argumentos quanto aos casos análogos.

Inicialmente o que chama atenção é a forma que o ministro Celso de Mello aborda o princípio da presunção de inocência:

[...] não há qualquer investigação em curso contra o Ministro e conforme a jurisprudência desse Supremo Tribunal, o impedimento do acesso a cargos públicos antes do trânsito em julgado de sentença condenatória viola o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da Lei Maior).²⁰

Como preleciona o ministro, existe jurisprudência da corte declarando que o impedimento ao acesso de cargos públicos sem sentença transitada em julgado viola o princípio da presunção de inocência, ora argumentação bastante pertinente, mas insta observar que Gilmar Mendes em julgamento anterior do Caso Lula em momento algum pugnou pela presunção de inocência.

A diferença fática existente é que o caso de Lula, ele já estava sendo investigado, já no caso de Moreira Franco não existia investigação em curso, apenas seu nome foi citado numa delação.

Apesar dessa diferença, vale observar claramente que Lula não detinha nenhuma sentença transitando em julgado, então como preconiza Celso de Mello,

²⁰STF, MS 34.609, Decisão monocrática: Min. Celso de Mello, julgado em 14/02/2017. p. 3

não poderia ser impedido de assumir o cargo. Sendo que em nenhum momento de sua decisão o ministro Gilmar Mendes alegou o princípio da presunção de inocência para afastar o desvio de poder no caso Lula. Essa divergência torna-se o primeiro ponto questionável entre as decisões.

Dando continuidade a esse comparativo pode-se encontrar outra grande divergência no que se refere a questão do foro privilegiado:

É muito claro o tumulto causado ao progresso das investigações, pela mudança de foro. E “auto evidente” que o deslocamento da competência é forma de obstrução ao progresso das medidas judiciais.²¹

É o que Gilmar Mendes afirma ao julgar o caso Lula, pois o deslocamento de foro seria uma forma de obstruir, mesmo que momentaneamente o progresso e medidas judiciais cabíveis ao caso. Considerando de certa forma uma maneira de procrastinação da justiça.

Em contrapartida a esse entendimento de Gilmar Mendes, Celso de Mello assegura em sua decisão “Consequência natural e necessária decorrente da investidura no cargo de Ministro de Estado (CF, art. 102, I, “c”) – não importa em obstrução e, muito menos, em paralisação dos atos de investigação criminal ou de persecução penal”.²²

Assim claramente vemos que dois ministros divergem quanto a utilização do foro como medida de obstruir a Justiça. No primeiro, Gilmar Mendes reconhece a mudança de foro como tendência para tumultuar as medidas judiciais contra Lula, utilizando dessa mudança como indício comprobatório do desvio de finalidade. Já Celso de Mello entende que a mudança de foro em nada atrapalha a continuidade das investigações contra o ministro Moreira Franco.

Essa divergência é objeto de extrema preocupação, tendo em vista que ela concentra-se dentro do mesmo órgão jurisdicional, sendo este órgão a Corte Suprema brasileira e não obstante a isso pode-se perceber que essa discordância argumentativa serviu de base para ambos ministros emitirem seus juízos de valoração.

²¹STF, MS 34.070, Decisão monocrática: Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/03/2016. p. 20

²²STF, MS 34.609, Decisão monocrática: Min. Celso de Mello, julgado em 14/02/2017. p. 23

De um lado Gilmar Mendes utilizou da mudança de foro como prerrogativa de conceder imunidade a Lula, incorrendo no desvio de finalidade, do outro a lado a mudança de foro para Celso de Mello não indica uma forma de tentativa de desviar a finalidade da nomeação.

Sobre o desvio de poder, José Cretella Júnior considera “Desvio de poder é o uso indevido que o agente público faz do poder para atingir fim diverso do que a lei lhe confere”.²³

A partir de mais uma definição sobre o desvio de finalidade resta trazer um comparativo entre os indícios apresentados por os dois casos e como realmente estes indícios foram valorados, a começar por Celso de Mello:

[...] impõe-se a quem os questiona em juízo o ônus processual de infirmar a veracidade dos fatos que motivaram sua edição, não lhes sendo oponíveis, por insuficientes, meras alegações ou juízos conjecturais deduzidos em sentido contrário [...].²⁴

Ora, deve-se concordar com a afirmação do ministro Celso de Mello, que a veracidade dos fatos deve ser comprovada e apenas não se basear em alegações, mas como exposto aqui anteriormente existe a problemática de que o desvio de finalidade está ligado ao íntimo do gestor público, assim sua comprovação dificilmente se dará de forma concreta, com provas documentais ou até com confissões. Com essa precariedade de provas o mais proporcional a se fazer é analisar os indícios envolvendo o caso fático. Sobre os indícios Hely Lopes garante:

A propósito, já decidiu o STF que: "Indícios vários e concordantes são prova". Dentre os elementos indiciários do desvio de finalidade está a falta de motivo ou a discordância dos motivos com o ato praticado. Tudo isto dificulta a prova do desvio de poder ou de finalidade, mas não a torna impossível se recorrermos aos antecedentes do ato e à sua destinação presente e futura por quem o praticou.²⁵

Como visto em tópico anterior, o ministro Celso de Mello partiu da premissa da necessidade de uma prova documental inequívoca ao afirmar “As informações prestadas pelo Senhor Presidente da República, no entanto, enfatizam inexistir

²³CRETILLA JÚNIOR, José. Manual de direito administrativo, Rio de Janeiro, Forense, 2000. p. 177

²⁴ STF, MS 34.609, Decisão monocrática: Min. Celso de Mello, julgado em 14/02/2017. p. 14

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 1991. p.99

prova documental idônea de que o ato de nomeação do litisconsorte passivo necessário²⁶”, divergindo assim do entendimento de Hely Lopes acima citado que preconiza pela observância dos indícios envoltos no caso.

Já o julgamento de Gilmar Mendes foi pautado na análise principalmente dos indícios que envolveram o caso da nomeação de Lula, estando mais próximo do entendimento do doutrinador, principalmente quando Gilmar Mendes reconhece “Evidentemente, o ato sempre será editado com base em premissas falsas, aparentemente verdadeiras. A resposta está na análise das circunstâncias”²⁷,

Portanto fica claro a abordagem diferente sobre a análise dos indícios entre as duas decisões, que conseqüentemente culminou em desfechos totalmente distintos.

A título de maior compreensão das decisões, o quadro a seguir sintetiza os principais argumentos dos ministros e seus diferentes entendimentos, comparando de forma breve cada argumento discordante, a fim de resumir o que foi anteriormente colocado neste estudo.

Tabela 01: Comparativo dos fundamentos jurídicos utilizados pelos ministros do STF

Ministro	Presunção de Inocência	Foro Privilegiado	Prova	Reconhecimento do desvio
Gilmar Mendes	Não utiliza o Princípio da presunção de inocência	Afirma que a mudança de foro causaria tumulto processual	Preocupa-se em analisar os indícios como meio de prova	Reconhece o desvio de finalidade
Celso de Mello	Utiliza o Princípio da presunção de inocência como requisito de legalidade da nomeação	Afirma que a mudança de foro não prejudica a persecução penal	Preocupa-se com a necessidade de prova documental inequívoca	Não reconhece o desvio de finalidade

Fonte: O autor

Analisando o quadro acima percebe-se claramente quantas diferenças foram encontradas entre as duas argumentações dos ministros do STF. Vale destacar que, como já bastante frisado anteriormente, os casos das nomeações assemelham-se

²⁶STF, MS 34609, Decisão monocrática: Min. Celso de Mello, julgado em 14/02/2017. p. 13-14

²⁷STF, MS 34.070, Decisão monocrática: Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/03/2016. p. 16

bastante, tendo em vista que as nomeações aconteceram posteriores a um contexto de investigações e especulações que ligavam os nomes dos ministros a prática de crimes.

Obsta dizer que o julgamento da nomeação de Lula, foi o primeiro caso a ser julgado e Gilmar Mendes reconheceu o desvio de finalidade. Já no caso da nomeação de Moreira Franco, o ministro Celso de Mello afastou a incidência do desvio de poder. Então torna-se pertinente questionar que não parece razoável a posição adotada por Celso de Mello, tendo em vista a proximidade dos casos e também pelo fato que já existia jurisprudência ligada a essa questão dentro do próprio STF.

De fato, pode-se reconhecer que na nomeação de Lula os indícios do desvio se mantiveram mais latentes e agressivos, principalmente pela polêmica criada pela interceptação telefônica, mas como aqui foi demonstrado, a decisão de Gilmar apenas não foi tomada mediante apenas a interceptação, houve a análise de outros indícios, como as investigações contra Lula, a mudança de foro, o risco de prisão entre outros já debatidos neste trabalho.

É cristalino afirmar que o desvio aconteceu nas duas nomeações, e que apesar da nomeação de Lula conter indícios a mais que o caso de Moreira Franco, este segundo caso se enquadra tranquilamente dentro da jurisprudência do STF criada por Gilmar Mendes, justamente por apresentar indícios análogos ao caso Lula, e assim deveria ter sido reconhecida como ilegal e conseqüentemente ser anulada.

Deve-se citar também que inobservância do princípio moralidade não torna-se exclusivo apenas nesses casos apresentados, insta afirmar que a nomeação de ministros atualmente vem envolvendo bastante polêmica, como a nomeação de Cristiane Brasil para o ministério do trabalho. Assim o ato administrativo de nomeação de ministro cada dia torna-se mais precário e envolvido em controvérsias.

Não obstante a isso, além das nomeações controvérsias, vale observar que existe outra problemática acerca dessa temática, que é a exoneração dos ministros visando que estes participem de algumas votações “consideradas importantes” para o governo no legislativo.

Assim, fica evidente que a problemática abordada no trabalho apenas não refere-se aos casos aqui analisados, mas sim estende-se aos demais casos de nomeações que recorrentemente não respeitam o princípio da Moralidade

Administrativa, pois o que encontra-se na atualidade é cada vez mais casos de nomeações contrários a este princípio.

Feita esta consideração, vale destacar que o estudo minucioso entre os dois casos e decisões, foi feito a fim de encontrar alguma nuance que comprovasse porque os casos foram julgados de forma distinta, mas por fim fica claro que não existiu diferença gritante que legitima Celso de Mello a ter entendimento contrário.

Com isso o que fica mais evidente ao estudo que resta ser destacado agora e aprofundado em tópico posterior, é a falta de observância do princípio da Moralidade por parte do Chefe do Executivo dos dois casos, como também a dificuldade de interpretação do princípio nas decisões do STF anteriormente estudadas a respeito do desvio de finalidade.

4. O PRINCÍPIO DA MORALIDADE Á PARTIR DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DOS CASOS DOS MINISTROS LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA E MOREIRA FRANCO

Após a análise das decisões judiciais a respeito do desvio de finalidade, cumpre neste momento discorrer sobre o princípio da Moralidade administrativa, que está positivado na Constituição Federal de 1988²⁸ em seu artigo 37, que dispõe:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]

Cabe ressaltar que com advento da Constituição Federal de 1988, a Moralidade administrativa alcançou patamares antes jamais visto dentro do sistema jurídico brasileiro, tornando-se princípio orientador da administração pública.

Além positivado, muito se conceitua o princípio da moralidade administrativa na doutrina, o grande administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello garante:

Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso,

²⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos ²⁹

Com esta definição Bandeira de Mello deixa claro que o princípio da moralidade é a observância da lealdade, boa-fé pelo gestor público no momento que este responde pela administração pública. Em complemento a esta definição e ainda sobre o estudo da moralidade administrativa, José dos Santos Carvalho Filho afirma:

Ora, o princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto.³⁰

Assim, além da observância da lealdade e boa-fé como frisado por Celso Antônio Bandeira de Mello, José dos Santo Carvalho complementa que o princípio da moralidade deve pautar-se em o administrador público distinguir o honesto do desonesto a fim de colocar em prática a justiça em suas ações.

Como bem conceituado o princípio anteriormente, devemos fazer uma ressalva bem pertinente acerca do tema, pois muito se discute sobre a moralidade administrativa e a moral comum, assim Hely Lopes Meirelles preleciona:

A moral comum é imposta ao homem para a sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para a sua conduta interna, segundo as exigências da instituição que a serve, e a finalidade de sua ação: o bem comum. O certo é que a moralidade do ato administrativo, juntamente com a sua legalidade finalidade, constituem pressupostos de validade, sem os quais toda atividade pública será ilegítima” ³¹

Após toda essa conceituação doutrinária, fica claro que o princípio é altamente estudado pela doutrina, bem como é reconhecido a necessidade da existência do mesmo para o funcionamento da administração, mas em contrapartida o que pode-se depreender do nosso estudo, é que o princípio da moralidade na prática, é esquecido por diversas vezes e não respeitado.

²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 73

³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 21

³¹MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 22ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.p.83

Ora, o estudo das nomeações dos ministros Luiz Inácio Lula da Silva e Wellington Moreira Franco deixam claro e fundamentam essa afirmação. É notório que o Chefe do Executivo de ambos os casos em nenhum momento agiu munido de boa-fé e honradez ao nomear os ministros, tanto é que foram levadas ao judiciário.

O que fica cristalino também, é que o princípio da moralidade administrativa apesar de ser esquecido por ambos Presidentes nas nomeações, é elemento essencial para validade do ato administrativo, como bem afirmado por Hely Lopes Meirelles:

A moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da administração pública (art. 37, caput). Não se trata de moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como o conjunto de regras tiradas da disciplina interior da Administração.³²

A análise do texto deixa claro a moralidade administrativa como requisito de validade do ato. Mais uma vez colocando este conceito em frente as nomeações anteriormente estudadas, resta evidente que ao nomear os ministros sem observar o princípio, bem como utilizar desta nomeação para um finalidade não pública, o Chefe do executivo vicia o ato administrativo em sua finalidade, incorrendo em desvio de finalidade, estando este desvio ligado diretamente a observância do princípio da moralidade administrativa, pois se o princípio fosse observado o ato não estaria viciado e conseqüentemente seria legal. Sobre a correlação que tem o princípio da moralidade com o desvio de finalidade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma “Essa é a razão pela qual muitos autores entendem que a imoralidade se reduz a uma das hipóteses de ilegalidade que pode atingir os atos administrativos, ou seja, a ilegalidade quanto aos fins (desvio de poder)”³³.

Diante disto, vê-se claramente a estreita relação entre a moralidade e legalidade, sendo o primeiro apesar de princípio autônomo uma das hipóteses de legalidade do segundo.

Já confirmado o princípio da moralidade como requisito de validade do ato administrativo, resta nesse momento a observação que como claramente debatido neste estudo, os casos das nomeações dos ministros chegaram ao Supremo Tribunal Federal, sendo alegado vício por desvio de finalidade.

³²MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.p.83

³³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.110

O que mais surpreende nos casos é o quanto são parecidos, e como já exposto neste estudo, os casos foram julgados de forma diferente, tendo um sido reconhecido o desvio e o outro não. Com isso podemos depreender a dificuldade de interpretação da Suprema Corte brasileira no momento de interpretar o princípio, pois claramente as argumentações distintas dos casos análogos causa insegurança jurídica no cenário do Direito brasileiro.

A doutrinadora Fernanda Marinela sobre essa temática da interpretação do princípio da moralidade pondera que, “Entretanto, ele não tem conteúdo definido, representa um conceito jurídico indeterminado, conceito de valor, sem conteúdo preciso que possa ser definido pelo direito positivo”³⁴.

Justamente essa subjetividade do princípio acarreta Insegurança preocupante, tendo em vista que o STF como corte suprema tem o dever pacificar as discursões jurídicas que a ela são levadas, bem como tentar diminuir essa problemática da indefinição do princípio com julgamentos uniformes.

Mas na prática o que observa-se é a evidente dificuldade do STF dar uniformidade ao princípio nos casos de desvio de finalidade.

Como fundamento desta afirmação, pode-se citar que as decisões expostas anteriormente neste estudo demonstram isso, pois o julgamento do ministro Gilmar Mendes no caso Lula claramente torna-se jurisprudência para Celso de Mello julgar a nomeação de Moreira Franco, pois ambos os casos são correlatos, mas na prática o que realmente acontece é que Celso de Mello vai em sentido contrário ao entendimento de Gilmar Mendes.

Não obstante a essa problemática da dificuldade de interpretação do princípio, bem como a falta de observação dos Chefes do executivo no momento da prática das nomeações, a título de informação sobre as decisões, a argumentação de Gilmar Mendes sobre o caso Lula foi feita em 34 laudas onde apenas fez referências ao princípio da moralidade 5 vezes durante toda a decisão.

Já o ministro Celso de Mello em sua decisão de 25 laudas não fez nenhuma referência ao princípio em toda sua argumentação. Ora assim fica evidente o quanto o princípio mantém-se esquecido, pois os casos de desvio de finalidade estão extremamente ligados ao princípio em debate, e mesmo assim ao proferirem suas decisões pouco se foi utilizado o princípio para fundamentação dos casos.

³⁴ MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. 1ed. Salvador: Jus PODIVM, 2005.p.37

Sobre essa questão, Fernanda Marinela enriquece nosso estudo afirmando:

Em razão disto é a dificuldade do poder judiciário em aceitar a possibilidade de invalidação de um ato por lesão apenas a moralidade administrativa. A maioria dos Julgados admite como agravante da ilegalidade e não como vício ³⁵

Essa afirmação resume bem a problemática abordada, pois apesar do princípio ser requisito de validade do ato, como aqui comprovado anteriormente, ainda existe resistência tanto em sua aplicação por parte do judiciário, quanto na observância do gestor público na prática do ato.

Portanto, depois de demonstrado todas essas nuances sobre o princípio, e a partir das decisões anteriores estudadas, pode-se considerar a moralidade administrativa como princípio de validade de todo ato, que obriga o agente que responde pela administração pública agir baseado nos preceitos da ética, dignidade, integridade e honradez. No entanto, obstante a toda essa conceituação, o princípio é fadado a não ser observado, bem como enfrenta desde sua positivação na CF/88 dificuldades de ser interpretado e colocado em prática pelo Judiciário brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após todo estudo exposto, resta fazer algumas considerações finais acerca da temática trabalhada, com finalidade de complementação e confirmação ao que se declarou nesta pesquisa. Inicialmente o estudo das decisões judiciais de Celso de Mello e Gilmar Mendes confirmaram a ampla dificuldade que o princípio tem de ser interpretado pelo judiciário brasileiro.

A análise comparada destas decisões serve como fundamento para esta afirmação, principalmente pela demonstração da divergência argumentativa de ambos os ministros. Ademais, como colocado claramente durante o trabalho, o princípio da Moralidade Administrativa é considerado como a necessidade de o gestor público agir levando em consideração os preceitos da ética, dignidade, honradez, como também direcionar seus esforços para finalidade pública e não para atender seus caprichos pessoais.

³⁵ MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. 1ed. Salvador: Jus PODIVM, 2005.p.38

Sendo amplamente discutido na doutrina, a pesquisa preocupou-se em realizar o caminho inverso ao que se vê na prática, pois a ideia principal do trabalho foi analisar primeiramente as decisões judiciais e após estas, debater como fica o panorama do princípio após as jurisprudências emanadas pela Suprema Corte.

Assim após o estudo das decisões o que pode-se depreender ao fim do estudo, é a importância do princípio da moralidade para validade do ato administrativo, pois caso os Presidentes da República tivessem observado o princípio ao nomear os ministros Luiz Inácio Lula da Silva e Wellington Moreira Franco, o ato evidentemente seria legal e não anulado. Mas deve-se deixar claro que apesar do princípio ser requisito de validade do ato, insta frisar que mesmo positivado, continua fadado a imprecisão e falta de aplicabilidade na prática, tanto pelo gestor como também pelo Judiciário brasileiro.

Não obstante a estes casos apresentados, fica evidente que a problemática debatida, apenas não é de caráter exclusivo das nomeações de Luiz Inácio Lula da Silva e Moreira Franco, pois constantemente encontra-se escândalos envolvidos no ato administrativo de nomeação de ministros, evidenciando de fato a validade da discursão feita neste trabalho.

Assim, ainda que exista toda problemática da falta de observação do princípio, resta aos operadores do direito bem como aqueles que respondem pela Administração Pública, olhar para o princípio com a mesma atenção que lhe foi conferido a partir da positivação em nossa Carta Magna e lutar pela sua aplicação, a fim de superar o esquecimento de tal princípio Constitucional e lhe conferir o espaço no plano fático que a este é merecido .

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, **Elementos de direito administrativo**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. ed 10. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Manual de direito administrativo**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DALLARI, Adilson Abreu. **Desvio do poder na anulação do ato administrativo**. Disponível<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-7-JULHO-DESVIO%20DE%20PODER-ADILSON%20DALLARI.pdf>>. Acesso em 22/04/2017

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 1ed. Salvador: Jus PODIVM, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1997

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar no Mandado de Segurança nº 34.070 (0051789-90.2016.1.00.0000)**. Decisão Monocrática: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 18 de março de 2016. Lex: Jurisprudência do STF. DF- Distrito Federal, 28 de março 2016.

Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar no Mandado de Segurança nº 34.609 (0000850-72.2017.1.00.0000)**. Decisão Monocrática: Ministro Celso de Mello. Brasília, 14 de fevereiro de 2017. Lex: Jurisprudência do STF. DF- Distrito Federal, 16 de fevereiro de 2017.

TERRA NETWORKS BRASIL S.A. “**Foro privilegiado é um desastre para o país diz Barroso**”. Disponível em: <<https://noticias.terra.com.br/brasil/politica/lava-jato/foto-privilegiado-e-um-desastre-para-o-pais-dizbarroso,d995f0474387a747bff0fcb6148c0c8buwjmalxv.html>>. Acesso em 06/11/2017