

DIREITO ADMINISTRATIVO

ARTIGO

OS CARGOS PÚBLICOS EM COMISSÃO, A IDONEIDADE MORAL E O CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO

COMMISSION PUBLIC POSITIONS, THE MORAL SUITABILITY AND THE CONTROL BY THE JUDICIAL POWER

PAULA DE RESENDE ASSIS

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

paulaassis@mpmg.mp.br

RESUMO: Abordam-se neste estudo as características e os limites dos atos discricionários de nomeação para cargos em comissão do quadro da administração pública. Não obstante tratar-se de atos delineados pelos critérios de conveniência e oportunidade do gestor público, objetiva-se demonstrar a necessidade de controle desse tipo de nomeação. Admitir a liberdade absoluta em tais atos em detrimento das normas constitucionais de observância obrigatória é tolerar a prevalência do interesse pessoal do administrador sobre o interesse público. A indicação de prejuízo ao interesse coletivo pela investidura de pessoas inidôneas em cargos em comissão impõe seja admitido o controle judicial, em verdadeira homenagem aos princípios constitucionais que norteiam o direito administrativo. Utiliza-se a discussão teórica e jurídica, analisando-se aspectos doutrinários sobre o assunto, tendo como diretriz os princípios da moralidade administrativa e da supremacia do interesse público.

PALAVRAS-CHAVE: ato discricionário; cargo em comissão; idoneidade moral; controle judicial.

ABSTRACT: This study highlights the limits and the characteristics of the discretionary acts for commission positions nominated in the public administration. Notwithstanding it is about delineated acts by the convenience and opportunity criteria of the public manager, is objectively to show the need by control in this kind of preferment. Accepting the absolute freedom in these acts over the constitution standards of the obligatory observances is the same of tolerating the prevalence of the manager personal interest above the public interest. The prejudice indication to the collective interest by the investment of inapt people in public positions imposes being admitted the judicial control, in a real honor to constitution principles that guide the administrative law. It uses the theoretical and legal discussion assaying the doctrinal issues, focusing in the principles of administrative moral and the public interest primacy.

KEY WORDS: discretionary act; commission public position; moral suitability; judicial control.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ato de provimento de cargos em comissão. 3. Cargos públicos em comissão, idoneidade moral e moralidade administrativa. 4. Controle judicial das nomeações para cargos em comissão. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

Este trabalho tem por fim investigar a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário dos atos administrativos discricionários de nomeação para cargos em comissão do quadro da administração pública, tendo-se por critério a idoneidade moral. Para isso, resgata-se o significado de alguns princípios constitucionais, bem como o conceito de ato discricionário.

É sabido que o princípio implícito da supremacia do interesse público sobre o interesse privado está relacionado à noção de sociedade e, aplicado à administração pública, pressupõe o desenvolvimento do bem comum, do interesse coletivo. Essa regra contrapõe-se à da autonomia da vontade, na qual se privilegiam interesses próprios, que satisfazem a vontade individual.

A moralidade administrativa, por sua vez, pressupõe a observância dos princípios éticos no trato com a coisa pública. Assim, a conduta do administrador público, além de estar autorizada por uma norma, deve atender a um pressuposto inerente ao interesse público, que é a moralidade administrativa, princípio consagrado no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Tais princípios norteiam a prática de todos os atos administrativos, incluindo os atos discricionários, que têm que respeitar não só a legalidade, mas, também, o interesse coletivo e a moralidade administrativa.

Por atos discricionários ou atos praticados no exercício de competência discricionária, entendem-se aqueles que não possuem definição quanto ao comportamento a ser adotado, deixando ao administrador público certa margem de liberdade para decidir. A subjetividade no caso é o que se chama de juízo sobre a oportunidade e a conveniência da administração pública na prática do ato. Tais atributos são também denominados de mérito administrativo.

A partir dessa análise, verifica-se que a discricionariedade conferida àquele que se encontra à frente da administração pública não ocorre, portanto, de forma absoluta. Há sempre de se respeitarem as normas constitucionais. Desta sorte, distanciando-se o administrador dos mandamentos principiológicos, surge a necessidade de se autorizar uma forma de controle para que o interesse público seja resgatado e a moralidade administrativa preservada.

Objetiva-se, então, investigar a possibilidade de esse controle ser realizado pelo Poder Judiciário e os limites dessa atividade. Realizou-se, para isso, uma pesquisa bibliográfica, analisando-se obras publicadas na literatura.

2. Ato de provimento de cargos em comissão

O ato de provimento de cargos em comissão insere-se no conceito de atos discricionários, pois os cargos dessa natureza são declarados em lei de livre nomeação e exoneração pela autoridade administrativa competente.

Os cargos de provimento em comissão são próprios para a direção, comando ou chefia de certos órgãos, onde se necessita de um agente que sobre ser de confiança da autoridade nomeante se disponha a seguir sua orientação, ajudando-a a promover a direção superior da administração. (GASPARINI, 1992, p. 201).

Feita a classificação dos atos de nomeação para cargos públicos em comissão como atos discricionários, devem-se compreender os exatos limites dessa discricionariedade.

A discricionariedade prevista em lei é o campo de liberdade conferida ao administrador. Tem ele o legítimo juízo de conveniência e oportunidade de se praticar o ato. Entretanto, deve-se saber que não se dimensiona a discricionariedade com base simplesmente no texto legal. A discricionariedade conferida por lei é sempre relativa, pois essa liberdade encontra limites nas normas constitucionais. Sobre esse aspecto, Figueiredo (2004, p. 212) enfatiza que “[...] como limite, na dinâmica da discricionariedade, necessariamente, há a proporcionalidade, a boa-fé, a lealdade e a igualdade [...]”.

Portanto, a discricionariedade só existe se a escolha do administrador cumprir da forma mais satisfatória o objetivo pretendido pela norma. Daí resulta sua relatividade; afinal, o que deve ser sempre alcançado, independentemente da opção do administrador, é o interesse coletivo. E não há como se alcançar o interesse público se não se observarem sobremaneira os princípios constitucionais da supremacia desse interesse sobre o privado e da moralidade administrativa.

Nesse sentido salientou Di Pietro:

Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa. (DI PIETRO, 2003, p. 79).

Está evidente, portanto, que não basta a mera consonância com a lei para que o ato administrativo esteja de acordo com o interesse público. Mister se faz também a primazia deste e é preciso que não haja ofensa à moralidade administrativa, sob pena de se ter que decretar a invalidade do ato administrativo discricionário.

Por essa razão é que também para os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração impõe-se observar os ditames constitucionais e, respeitados esses, aí sim o administrador poderá valer-se da discricionariedade que lhe permite a livre escolha.

3. Cargos públicos em comissão, idoneidade moral e moralidade administrativa

Dessa forma, os cargos públicos em comissão devem ser preenchidos por aqueles que, entre outros requisitos pertinentes ao cargo, atendam também à moralidade inerente à administração pública. Com efeito, ao gestor público não é conferido o poder de nomear toda e qualquer pessoa para os cargos em comissão, mas tão somente lhe é facultado escolher entre aquelas que atendam aos mandamentos que regem a administração pública. Nisso reside sua liberdade de escolha.

Registre-se, portanto, que não há ato discricionário no sentido de se autorizar o administrador a fazer o que lhe convém; ele estará sempre vinculado às regras constitucionais que regem o direito público. Desse modo, certo é que o provimento de cargos comissionados, embora enquadrado como ato discricionário, só será válido se feito conforme os parâmetros constitucionais.

Isso porque a noção de moralidade, trazida expressamente pela Constituição Federal, pressupõe a ocupação de cargos públicos, ainda que de forma transitória, por pessoas dotadas de qualidades morais. Tal exigência já vem, como regra, prevista nos certames quando se trata de cargo público de natureza efetiva. Nesse caso, além da aprovação no concurso, o candidato deve também comprovar o preenchimento dos requisitos específicos à natureza da função e aqueles inerentes a todo servidor público em sentido am-

plo ou agente público, entre os quais está a idoneidade moral. Faz parte dos requisitos subjetivos para admissão de uma pessoa como servidor público a capacitação moral.

Quanto aos cargos em comissão, tem-se que o seu provimento por pessoa nomeada livremente pelo administrador público não prescinde da presença do atributo da idoneidade moral. Ainda que ocupe transitoriamente cargo comissionado, para vir a se tornar servidora pública, é necessário que a pessoa seja moralmente idônea, conceito vago que representa um conjunto de caracteres como integridade e respeitabilidade.

Moralmente idônea é a pessoa incorrupta, imaculada, que em virtude dessa condição seja referida como de reputação ilibada. Assim, para gozar desse atributo, não pode a pessoa, pretendente a ocupar cargo público, registrar, entre outros, antecedentes criminais, situação incompatível com as qualidades anteriormente mencionadas.

Logo, a nomeação de pessoas que não apresentam idoneidade moral para cargos em comissão da administração pública não atende ao preceito constitucional da moralidade administrativa. Dessa forma, constatando-se a violação desse princípio, torna-se o ato passível de impugnação, “[...] pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública [...]” (MORAES, 2002, p. 312).

Com efeito, não pode o gestor público satisfazer interesses pessoais preenchendo cargo público com pessoas que não gozem de idoneidade moral. Agindo assim, estará o ato sendo praticado em desvio de poder, pois não terá sido perseguido um interesse público, ao contrário, a decisão se faz por motivos particulares. Dessa forma, resta violado também o princípio da supremacia do interesse público, porque o interesse privado do administrador terá prevalecido sobre o da coletividade.

Conforme ressaltado por Carvalho Filho (2005, p. 33) o uso do poder “[...] é a utilização normal, pelos agentes públicos, das prerrogativas que a lei lhes confere”. Esse doutrinador segue dissertando

sobre o tema e aduz que “[...] a finalidade da lei está sempre voltada para o interesse público. Se o agente atua em descompasso com esse fim, desvia-se de seu poder e pratica, assim, conduta ilegítima.” (CARVALHO FILHO, 2005, p. 35).

É relevante enfatizar que, ainda que o cargo em comissão seja um cargo de confiança da autoridade nomeante, essa não pode sobrepor seu interesse particular ao interesse público. A livre escolha só pode ser exercida entre pessoas dotadas das qualidades inerentes à idoneidade moral. Não pode o administrador nomear a pessoa que mais lhe convenha, seja para atender a um interesse próprio, seja para favorecer terceiro, sem observância dos requisitos necessários.

Ter um cargo público preenchido por pessoa inidônea fere o princípio da moralidade administrativa. É o conjunto de caracteres que integra o conceito de moralidade que transmite à sociedade a certeza e a segurança de que seus interesses, vistos coletivamente, serão satisfeitos por aqueles que estão à frente da administração pública. Consequentemente, a nomeação de pessoas que não possuem essa qualidade torna o ato imoral e violador do princípio constitucional da moralidade administrativa.

Não se pode descuidar que os cargos de natureza efetiva são providos por pessoas que possuem o atributo da idoneidade moral, o que é demonstrado por meio dos documentos exigidos por ocasião do concurso público, antes da posse e do início do exercício no cargo. Assim também deve ocorrer em relação aos cargos em comissão e, uma vez verificado o não atendimento do requisito da idoneidade moral, cabe a censura do Poder Judiciário para fazer prevalecer o respeito aos princípios constitucionais.

4. Controle judicial das nomeações para cargos em comissão

É sabido que no direito brasileiro não há nenhuma contenda que possa ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, conforme artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Com isso, tem-se por legítima também a submissão ao Judiciário dos atos discricionários praticados em desacordo com as normas constitucionais. Outrossim, é jus-

tamente em atos praticados no exercício de competência discricionária que o controle judicial revela-se como meio imprescindível para garantir o exato atendimento da lei.

É pois, precisamente em casos que comportam discricção administrativa que o socorro do Judiciário ganha foros de remédio mais valioso, mais ambicionado e mais necessário para os jurisdicionados, já que a pronúncia representa a garantia última para contenção do administrador dentro dos limites de liberdade efetivamente conferidos pelo sistema normativo. (MELLO, 2003, p. 850).

Deve-se relembrar que a finalidade da norma que prevê a existência de cargos em comissão é garantir ao administrador público a possibilidade de ter junto de si pessoas de sua confiança para que melhor possa desempenhar suas funções. Isso, no entanto, não significa que ele possa admitir a pessoa que lhe convier, pois, para se alcançar a finalidade da norma, imprescindível que a pessoa escolhida possua as qualidades inerentes a todo e qualquer servidor público, que dão concretude à moralidade administrativa.

Violados preceitos constitucionais, cabe o controle de legitimidade, conforme disserta Meirelles:

A competência do Judiciário para a revisão de atos administrativos restringe-se ao controle da legalidade e da legitimidade do ato impugnado. Por legalidade entende-se a conformidade do ato com a norma que o rege; por legitimidade entende-se a conformidade com os princípios básicos da Administração Pública, em especial os do interesse público, da moralidade, da finalidade e da razoabilidade, indissociáveis de toda atividade pública. Tanto é ilegal o ato que desatende à lei formalmente, como ilegítimo o ato que violenta a moral da instituição ou se desvia do interesse público, para servir a interesses privados de pessoas, grupos ou partidos favoritos da Administração. (MEIRELLES, 2008, p. 717, grifo do autor).

Nesse contexto, importante ressaltar que a expressão idoneidade moral insere-se nos chamados conceitos indeterminados que, como res-

saltado por Figueiredo (2004, p. 210), “[...] comportam mais de uma aceção. Porém, no caso concreto, se a matéria estiver *sub judice*, será o juiz que os interpretará e atribuir-lhes significado”. Desta sorte, constatadas evidências de que um ato discricionário de provimento de cargo em comissão, no caso concreto, não atendeu à finalidade da norma, qual seja, escolha daquele que melhor atende à satisfação do interesse público, respeitando-se também a moralidade administrativa, impõe-se admitir o controle de tais atos administrativos.

Visto isso, tem-se que não basta a mera legalidade do ato para que ele seja considerado válido; é necessário também que haja conformidade com os princípios constitucionais, pois “[...] qualquer ato que desatenda à moralidade e aos fins administrativos invalida-se pelo *desvio do poder* [...]” (MEIRELLES, 2008, p. 719).

Nesse ponto Alexandrino e Paulo (2011, p. 795) endossam o entendimento acima, ressaltando que “[...] o controle de legalidade ou legitimidade não verifica apenas a compatibilidade entre o ato e a literalidade da norma legal positivada [...]”:

[...] devem, também, ser apreciados os aspectos relativos à obrigatoria observância do ordenamento jurídico como um todo, mormente dos princípios administrativos, tais como o princípio da moralidade. (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 796).

Quanto ao controle dos atos administrativos pelo Judiciário, Marinela disserta sobre a evolução que se apresenta hoje acerca do exercício dessa atividade:

No atual cenário do ordenamento jurídico, reconhece-se a possibilidade de análise pelo Judiciário dos atos administrativos que não obedeçam à lei, bem como daqueles que ofendam princípios constitucionais, tais como: a moralidade, a eficiência, a razoabilidade, a proporcionalidade, além de outros (MARINELA, 2001, p. 277).

Não é, pois, mais tolerável que nos dias atuais o administrador preencha cargos de comissão de forma arbitrária, valendo-se da liber-

dade conferida pelo legislador para satisfazer interesses próprios. Há mesmo nos atos discricionários um senso comum, representado pelos princípios, do qual não pode o gestor público distanciar-se. Não se pode conceber, também, a remuneração de pessoas inidôneas pelos cofres públicos por razões de exclusivo interesse pessoal do gestor público.

Ademais, justamente nos casos em que há liberdade de escolha é que se faz necessário o controle judicial, única forma de garantir que o administrador público aja em conformidade com os preceitos constitucionais. Sobre isso, Carvalho Filho (2005, p. 36) relembra que “[...] o desvio de poder é conduta mais visível nos atos discricionários”.

Não se ignora que o controle a ser exercido pelo Poder Judiciário deve ocorrer de forma comedida, pois “[...] o controle judicial é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei [...]” (DI PIETRO, 2003, p. 210).

Carvalho Filho também disserta com cautela sobre essa possibilidade de controle:

Não é tarefa simples, porque a exacerbação ilegítima desse tipo de controle reflete ofensa ao princípio republicano da separação de Poderes, cujo axioma fundamental é o do equilíbrio entre eles ou, como o denominam os constitucionalistas em geral, o princípio dos freios e contrapesos. (CARVALHO FILHO, 2005, p. 40).

Não obstante, deve-se consignar que essa medida, exercida dentro dos limites da separação dos Poderes, não interfere na liberdade do administrador, visto que a discricionariedade conferida a ele permanece e a ele cabe, segundo seus critérios subjetivos, preencher livremente os cargos de livre nomeação e exoneração. Contudo, sua escolha está restrita a pessoas moralmente idôneas, requisito inerente ao princípio da moralidade administrativa e ao interesse público.

Ademais, conforme disserta Justen Filho (2006, p. 168), a discricionariedade “[...] apresenta feição de dever-poder, não se apresenta

como faculdade a ser exercitada segundo juízos de conveniência pessoal [...]”. Finaliza ele, mais adiante, dizendo que:

[...] a aplicação das teses mais recentes acerca da discricionarieidade conduz à reprovação de atos de investidura em cargos em comissão fundados na pura e simples *preferência* subjetiva do governante. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 608).

Por essas razões, imperioso que se exerçam medidas para o fim de se extirpar da administração pública qualquer ato de imoralidade, função que cabe precipuamente ao Ministério Público. Com isso não estará o Poder judiciário se substituindo ao administrador, pois o mérito administrativo ficará preservado dentro dos limites conferidos pelas normas constitucionais. Assegurar-se-á, por outro lado, que a finalidade da norma discricionária seja cumprida pelo gestor público, que deverá exercer sua opção no preenchimento de cargos públicos em comissão com a escolha de pessoas que atendam aos requisitos subjetivos inerentes à qualidade de servidor público, garantindo-se a preservação da moralidade administrativa e do interesse público.

5. Conclusão

Analisando-se as diversas doutrinas, percebe-se que os princípios constitucionais são reconhecidos como normas que devem ser cumpridas. Contudo, quando se trata de controle judicial de atos discricionários ainda se verifica resistência quanto a uma possível interferência do Judiciário no campo da conveniência e da oportunidade do administrador, o que acaba por mitigar a concretização dos princípios constitucionais.

Como visto, há limites impostos pelo ordenamento jurídico para o preenchimento de cargos de livre nomeação e exoneração. A ocupação de cargos públicos por pessoas que não apresentam idoneidade moral gera desconfiança popular acerca da administração pública e compromete o desenvolvimento dos interesses coletivos.

Assim, não se pode admitir que, a pretexto de fazer uso da discricionariedade que lhe é conferida por lei, o administrador desrespeite

preceito constitucional. Caso isso ocorra, imprescindível a intervenção do Judiciário para correção do desvio, pois utilizar-se da suposta discricionariedade para burlar mandamento constitucional é desvirtuar a liberdade que foi conferida por lei.

Exercendo o Poder Judiciário o controle sobre tais atos, restará preservada tanto a liberdade do administrador público como o exato atendimento da finalidade legal. Em caso de desvio, o controle judicial obrigará o gestor público a observar que a investidura em cargos do quadro da administração pública, independentemente de sua natureza, isto é, seja de provimento efetivo seja em comissão, deve se dar por pessoas capacitadas moralmente, sob pena de se anular o ato administrativo praticado em desconformidade com os preceitos constitucionais.

Por derradeiro, cumpre ressaltar que não basta que o controle seja apenas admitido doutrinariamente. Imperioso é que o exercício dessa atividade ocorra de forma mais ousada pelos Tribunais pátrios, provocados pelo Ministério Público, para que efetivamente haja a concretização dos princípios constitucionais.

6. Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19. ed. São Paulo: Método, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 7 maio 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

Artigo recebido em: 19/10/2012.

Artigo aprovado em: 30/08/2013.