

## LIMITES DO PODER DISCRICIONÁRIO DOS CHEFES DO PODER EXECUTIVO PARA NOMEAÇÃO DE FUNÇÕES DE CONFIANÇA

### LIMITS OF THE DISCRETIONARY POWER OF THE HEADS OF THE EXECUTIVE BRANCH FOR APPOINTING TRUST POSITIONS

João Carlos Queiroz Rocha<sup>1</sup>  
Marcelo Benetele Ferreira<sup>2</sup>

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo central o estudo sobre o poder discricionário, o qual consiste em dar ao agente público a liberdade de opção mediante suas finalidades. O artigo científico busca responder a seguinte pergunta: Quais os limites do poder discricionário dos Chefes do Poder Executivo para nomeações de funções de confiança? Para tanto, o objetivo geral é analisar os limites inerentes ao poder discricionário no ato de nomeação de funções de confiança e o controle jurisdicional do ato. Ademais, em relação aos objetivos específicos, buscamos examinar a produção acadêmica sobre o tema poder discricionário e seus limites; exemplificar casos de nomeações que foram suspensas pelo Poder Judiciário; e apontar as dificuldades e possíveis soluções em conseguir comprovar o desvio de conduta nos atos discricionários de nomeação. A metodologia utilizada constituiu-se de pesquisa exploratória por meio do estudo bibliográfico dos autores e estudiosos do tema. Assim, foi feita busca de artigos científicos, leis e livros no banco de dados da biblioteca digital do Google Acadêmico por meio dos descritores: (1) Poder discricionário, ato discricionário; (2) limites dos atos discricionários; (3) Nomeações de funções de confiança, Nomeações suspensas. A principal contribuição do presente artigo científico foi o de ampliar os conhecimentos no campo acadêmico e profissional do Direito Administrativo no tema nomeação em cargo de confiança. Ademais, abarcamos os estudos sociais da esfera pública da administração brasileira e investigamos a autonomia para organizar seu quadro de pessoal com o devido respeito aos princípios que guiam o Estado Democrático de Direito brasileiro.

841

**Palavras-Chave:** Poder Discricionário. Limites. Nomeações. Serviço Público.

<sup>1</sup>Bacharel em Direito pelo Instituto de Ensino e Pesquisa Objetivo Pós-Graduando em Direito e Processo Administrativo da Universidade Federal do Tocantins - UFT Cabo QPBM do Corpo de Bombeiros do Estado do Tocantins

<sup>2</sup>Mestrado Profissional em Direito Econômico e Desenvolvimento pelo IDP/DF. Professor do Programa de Pós-Graduação Latu Senso em Direito e Processo Administrativo da UFT. Membro da PGF/AGU.

**ABSTRACT:** This article has as its main objective the study on discretion, which consists of giving the public agent the freedom of choice through its purposes. The scientific article seeks to answer the following question: What are the limits of the discretionary power of the Heads of the Executive Branch for appointments of trust functions? To this end, the general objective is to analyze the limits inherent in discretion in the act of appointing functions of trust and judicial control of the act. Moreover, in relation to the specific objectives, we seek to examine the academic production on the subject of discretion and its limits; exemplify cases of appointments that have been suspended by the judiciary; and to point out the difficulties and possible solutions in being able to prove the deviation of conduct in the discretionary acts of appointment. The methodology used consisted of exploratory research through the bibliographic study of authors and scholars of the theme. Thus, we searched for scientific articles, laws and books in the database of the Digital Library of Google Scholar through the descriptors: (1) Discretionary power, discretionary act; (2) limits on discretionary acts; (3) Appointments of trust functions, Suspended appointments. The main contribution of this scientific article was to expand knowledge in the academic and professional field of Administrative Law in the subject of appointment in a position of trust. Ademas, we embrace the social studies of the public sphere of the Brazilian administration and investigate the autonomy to organize its staff with due respect to the principles that guide the Democratic State of Brazilian law.

**Keywords:** Discretion. Limits. Appointments. Civil Service.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) investiu a Administração Pública de poderes administrativos explícitos e implícitos que possibilitam a execução de seus afazeres. Tais poderes são ferramentas essenciais para a assistência e a defesa do interesse público assegurado à coletividade.

Dentre tantos, apresentamos o poder discricionário como objeto central do estudo o qual consiste em dar ao agente público a liberdade de opção mediante suas finalidades. Ou seja, lhe permite escolher, praticar determinados atos de forma autônoma, ensejando que o aplique da melhor forma que convier na satisfação do interesse público.

Entretanto, o poder discricionário apesar de inviolável não é absoluto haja vista possuir certos limites para que sejam realizadas determinadas escolhas pautadas nos normativos de regência. Ademais, os limites do poder discricionário condicionam as escolhas no âmbito do interesse público e objetiva afastar o nefasto e ímprobo interesse particular na sua aplicação.

É certo que a otimização do poder discricionário exige a inviolabilidade de alguns princípios próprios da Administração Pública, sendo norteadores o da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade do interesse público que garantem que a finalidade seja direcionada ao bem comum.

Nesse contexto e quando provocado, o Poder Judiciário exerce um controle de legalidade no ato discricionário eivado de abuso de poder ou uso indevido, o qual será retificado mediante o instituto da anulação. Logo, a ilegalidade da utilização do poder discricionário, indo de encontro aos princípios supramencionados, poderá ser realizado pelo Poder Judiciário quando eivado de abuso de poder ou quando houver o uso indevido.

Desse modo, o Brasil enfrenta alguns processos mediante o uso do ato discricionário em nomeações de agentes públicos por vezes controversas. São caracterizados por atos políticos praticados erroneamente e que podem ser caracterizados como desconformes ou ilegais para as delimitações poder discricionário.

Não obstante os atos políticos do Poder Executivo possuírem a natureza jurídica de atos administrativos discricionários eles não são absolutos como se acredita. Tais atos devem se submeter à CF/88 e à supervisão do Poder Judiciário quando provocado pelos legitimados processuais. A vinculação constitucional e o controle exercido asseguram o cogente respeito a legalidade e a retidão na aplicação e execução do ato político de nomeações de agentes públicos em funções de confiança.

Portanto, o presente artigo científico busca responder a seguinte pergunta: Quais os limites do poder discricionário dos Chefes do Poder Executivo para nomeações de funções de confiança? Com isso, a pesquisa procura contribuir e investigar os limites da discricionariedade administrativas na atuação dos Chefes do Poder Executivo nas nomeações de funções de confiança.

Para tanto, o objetivo geral é analisar os limites inerentes ao poder discricionário no ato de nomeação de funções de confiança e o controle jurisdicional do ato. Ademais, em relação aos objetivos específicos, buscamos examinar a produção acadêmica sobre o tema poder discricionário e seus limites; exemplificar casos de nomeações que foram suspensas pelo Poder Judiciário; e apontar as dificuldades e possíveis soluções em conseguir comprovar o desvio de conduta nos atos discricionários de nomeação.

Este artigo científico trará o método teórico para responder à pergunta problema, utilizando da abordagem de pesquisa exploratória, por meio do estudo bibliográfico dos autores e estudiosos do tema.

Assim, foi feita busca de artigos científicos, leis e livros no banco de dados da biblioteca digital do Google Acadêmico por meio dos descritores: (1) Poder discricionário, ato discricionário; (2) limites dos atos discricionários; (3) Nomeações de funções de confiança, Nomeações suspensas.

Com isso, para uma melhor compreensão metodológica, dividimos o trabalho em três partes, sendo a primeira uma conceituação do que é a Administração Pública, em um segundo momento diferenciamos o vocábulo cargo, emprego, função de confiança e, por fim, passamos a analisar o poder discricionário e seus limites, além da representatividade do Poder Judiciário.

### **Administração Pública**

A Administração Pública é basilar no atual Estado Democrático de Direito brasileiro e pode ser considerada a partir de dois significados distintos, o subjetivo e o objetivo. O primeiro, que também é conhecido como formal, refere-se às pessoas jurídicas, aos órgãos e aos agentes públicos que fazem parte da organização administrativa. Por outro lado, o segundo (material) é entendido como sendo a própria designação das atividades realizadas com o fim de atender o interesse público (PAVANI, 2014).

É sabido que a organização da Administrativa Pública surge com a criação do Estado, logo em meio ao período absolutista, no qual priorizava-se o patrimônio do monarca em detrimento do bem comum a todos, evidenciando uma confusão de esferas pública e privada (PAVANI, 2014). A partir do advento de um Estado que passou priorizar as normas jurídicas e a garantir os direitos sociais do cidadão, perpassado pelos ideais iluministas e pelo pensamento neoliberal, além da globalização da economia, surgiu a Administração Pública conhecida e estudada na contemporaneidade.

Nos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020, p. 185):

Basicamente, são dois os sentidos em que se utiliza mais comumente a expressão Administração Pública: em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa; em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo. Há, ainda, outra distinção que alguns autores costumam fazer, a partir da idéia de que administrar compreende planejar e executar: em sentido amplo, a Administração Pública, subjetivamente considerada, compreende tanto os órgãos governamentais, supremos, constitucionais (Governo), aos quais incumbe traçar os planos de ação, dirigir, comandar, como também os órgãos administrativos, subordinados, dependentes

(Administração Pública, em sentido estrito), aos quais incumbe executar os planos governamentais; ainda em sentido amplo, porém objetivamente considerada, a Administração Pública compreende a função política, que traça as diretrizes governamentais e a função administrativa, que as executa; b) em sentido estrito, a Administração Pública compreende, sob o aspecto subjetivo, apenas os órgãos administrativos e, sob o aspecto objetivo, apenas a função administrativa, excluídos, no primeiro caso, os órgãos governamentais e, no segundo, a função política.

A investigação do poder discricionário do ato político de nomeações de agentes públicos em funções de confiança está ligado à Administração Pública Gerencial, a qual descentraliza a política e transfere verbas e competências para os demais Entidades e Entes públicos; em que há a descentralização administrativa e a diminuição da hierarquização organizacional e sua flexibilização; que controla cada etapa do procedimento administrativo, com premissa de confiança limitada em seus agentes e que presta atendimento coerente ao cidadão (PAVANI, 2014).

Por conseguinte, o termo “Administração” evidencia a aspiração externa do administrador decorrente da norma jurídica e por isso é pública. Ademais, a função de Administração do Estado seria “(...) a *emanação de atos de produção jurídica complementares, em aplicação concreta do ato de produção jurídica primário e abstrato contido na lei; o órgão atua como parte das relações a que os atos se referem; a administração atua independentemente de provocação*”. (DI PIETRO, 2020, p. 201).

Vale frisar que a Administração Pública possui prerrogativas ou privilégios. Isto é, regalias institucionais na relação jurídico-administrativa quando se decide agir contra o particular. Contudo, é importante mencionar que também há restrições em que a Administração Pública está sujeita, “(...) *sob pena de nulidade de seu ato administrativo e, em alguns casos, até mesmo de responsabilização da autoridade que o editou*”. (DI PIETRO, 2020, p. 208).

Na mesma toada, a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020, p. 208) ensina que:

Dentre tais restrições, citem-se a observância da finalidade pública, bem como os princípios da moralidade administrativa e da legalidade, a obrigatoriedade de dar publicidade aos atos administrativos e, como decorrência dos mesmos, a sujeição à realização de concursos para seleção de pessoal e de concorrência pública para a elaboração de acordos com particulares. Ao mesmo tempo em que as prerrogativas colocam a Administração em posição de supremacia perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade, as restrições a que está sujeita limitam a sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e conseqüente nulidade dos atos da Administração. O conjunto das prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração e que não

se encontram nas relações entre particulares constitui o regime jurídico administrativo.

Portanto, as restrições e as prerrogativas em favor da Administração Pública estão dispostas no ordenamento jurídico brasileiro e na organização estatal e são emanadas dos princípios que moldam o direito público, em especial o Direito Administrativo. Sendo assim, guiam a Administração Pública e são importantes para compreendermos os limites da discricionariedade administrativas na atuação dos Chefes do Poder Executivo nas nomeações de funções de confiança, objeto da pesquisa. Para tanto, a seguir iremos discorrer a respeito da diferenciação entre cargo, emprego e função, com ênfase na função de confiança para, ao final, adentrarmos ao poder discricionário e suas limitações e demais princípios.

### **Cargos: indicação, nomeação, cargo em comissão**

Neste tópico distinguiremos os conceitos dos vocábulos dados pela CF/88 para designar algumas realidades que existem dentro da Administração Pública, quais sejam: cargo, emprego e função.

Antes de compreendermos os conceitos será preciso entender que na Administração Pública todas as competências são definidas em leis e se dividem em pessoas jurídicas, órgãos e servidores públicos, que ocupam cargos ou empregos ou exercem função (DI PIETRO, 2020).

O primeiro conceito, cargo, é a unidade de poderes e deveres estatais mais simples, e que é expressa por um agente público. Em consonância, a quantidade de cargos é criada por lei, que confere denominação própria, as atribuições e o vencimento ou a remuneração. Além disso, Di Pietro (2020, p. 1251) afirma que *“durante muito tempo, essa unidade de atribuições correspondia ao cargo e era atribuída ao funcionário público sob regime estatutário”*.

Em se tratando de emprego, a renomada autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020, p. 1251) aduz que:

Quando se passou a aceitar a possibilidade de contratação de servidores sob o regime da legislação trabalhista, a expressão emprego público passou a ser utilizada, paralelamente a cargo público, também para designar uma unidade de atribuições, distinguindo-se uma da outra pelo tipo de vínculo que liga o servidor ao Estado; o ocupante de emprego público tem um vínculo contratual, sob a regência da CLT, enquanto o ocupante do cargo público tem um vínculo estatutário, regido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos que, na União, está contido na lei que instituiu o regime jurídico único (Lei nº 8.112/90).

Ao lado do cargo e do emprego existe uma atribuição que é exercida por servidores públicos, mas sem corresponder a um cargo ou emprego próprio. No caso, fala-se em função

em relação à servidores contratados temporariamente, com base no inciso IX do art. 37da CF/88, sem exigência de concurso público e nas funções de natureza permanente que correspondem a chefia, direção, assessoramento ou outras funções que não tenham cargos criados por lei (DI PIETRO, 2020).

O exercício das funções de confiança não demanda a aprovação em concurso público, apenas exige-se que sejam desempenhadas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo público efetivo e que se limita “(...) às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Essa exigência, que decorre de alteração introduzida nesse inciso pela Emenda Constitucional nº 19, impede que pessoas estranhas aos quadros do funcionalismo sejam admitidas para funções de confiança.” (DI PIETRO, 2020, p. 1264). Isso ocorre, também, com os cargos em comissão e que não precisam do concurso, mas um percentual mínimo previsto em lei deverá ser respeitado para que sejam preenchidos por servidores de carreira e dentro de certas condições.

Sedimentando o assunto, ensina a doutrinadora(DI PIETRO, 2020, p. 1264) que:

Vale dizer que as duas hipóteses limitam-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento, sendo inconstitucionais quaisquer normas que criem funções de confiança ou cargos em comissão para o exercício de outro tipo de atribuição. Além disso, as funções de confiança somente podem ser exercidas por pessoas que já componham o quadro de pessoal, como ocupantes de cargo efetivo. E os cargos em comissão sofrem menor restrição, porque o preenchimento por servidor de carreira somente é exigido nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei. 9 A Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 88, de 8-9-09, determinou que, para o Poder Judiciário dos Estados que ainda não regulamentaram os incisos IV e V do artigo 37 da Constituição Federal, pelo menos 50% dos cargos em comissão deverão ser destinados a servidores das carreiras judiciárias, cabendo aos Tribunais de Justiça encaminharem projetos de lei de regulamentação da matéria, com observância desse percentual (art. 2º, § 2º). Se a medida, de um lado, possui caráter moralizador, de outro, desatende à exigência de lei para a fixação do percentual dessa reserva.

Desse modo, as funções e os cargos em comissão devem respeitar limites legais e é preponderante que haja a observância da discricionariedade administrativa nos meandros adequados à Administração Pública delimitados pelas normas jurídicas. Além disso, as nomeações dos cargos em comissão impõem a conexão da esfera política de governo e os servidores responsáveis pela execução administrativa dos serviços (PAVANI, 2014).

Tecidas as considerações necessárias para que entendermos a básica diferenciação dos institutos do cargo, do emprego e da função pública na realidade existe na Administração Pública, passaremos em revista o poder discricionário e os princípios constitucionais na atuação dos Chefes do Poder Executivo nas nomeações de funções de confiança.

## Poder discricionário e os princípios constitucionais

A Administração Pública pauta sua atuação através das normas jurídicas, logo, as funções administrativas são atos jurídicos que segue a lógica legal. Apesar disso, há a possibilidade de em determinadas hipóteses seguir o critério da discricionariedade do administrador (PAVANI, 2014). Isto é, “(...) *discricionariedade, assim, é a liberdade de atuação de acordo com os parâmetros definidos pelo ordenamento jurídico*” (PAVANI, 2014, p. 77).

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho (2020, p. 155), em seu Manual de Direito Administrativo, conceitua poder discricionário como:

[...] a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Em outras palavras, não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade. Conveniência e oportunidade são os elementos nucleares do poder discricionário. A primeira indica em que condições vai se conduzir o agente; a segunda diz respeito ao momento em que a atividade deve ser produzida. Registre-se, porém, que essa liberdade de escolha tem que se conformar com o fim colimado na lei, pena de não ser atendido o objetivo público da ação administrativa. Não obstante, o exercício da discricionariedade tanto pode concretizar-se ao momento em que o ato é praticado, quanto, a posteriori, ao momento em que a Administração decide por sua revogação.

Nesse diapasão, o agente político tem que agir com a finalidade do interesse público, escolhendo de forma coerente e adequada para o momento, jamais violando os princípios inerentes a Administração Pública, caso contrário o ato será imoral. E, por certo, os Chefes dos Poderes Executivos têm a discricionariedade para nomear agente públicos para exercer funções de confiança.

Ocorre que a discricionariedade desses Gestores Públicos, por vezes, é confundida com atos discricionários sem limites e que eles possuiriam irrestrita e livre escolha. Apesar da conveniência e da oportunidade, esses devem estar de acordo com o ordenamento jurídico republicano, se submetendo aos requisitos da CF/88. No mesmo sentido, ensinava o saudoso doutrinador Hely Lopes Meirelles, conforme:

Os atos administrativos nulos ficam sujeitos a invalidação não só pela própria Administração como, também, pelo Poder Judiciário, desde que levados à sua apreciação pelos meios processuais cabíveis que possibilitem o pronunciamento anulatório (MEIRELLES, 2013, p. 217).

Além dos critérios objetivos estipulados nos normativos de regência, existem as bases principiológicas do ordenamento, como por exemplo, a moralidade e a eficiência, que perpassam a própria nomeação, que deve ir ao encontro a esses critérios, caso contrário se

torna imoral e impraticável. Saliendo que discricionariedade não é arbitrariedade, pois na arbitrariedade o ato é excedente aos limites da lei ou mesmo contrário ao texto dela.

Esses atos quando se mostram de má-fé, desviantes, corruptos, fraudulentos, despertam a indignação da coletividade que esperam dos Gestores Públicos adições positivas que irão beneficiar a sociedade em geral, sendo frustrante e imoral a nomeação em um cargo de confiança com alta representatividade utilizado para algo individual e em benefício próprio.

Na mesma linha argumentativa e de controle judicial da discricionariedade do ato,

[...] consoante à discricionariedade administrativa, o controle judicial não se restringe apenas a verificar a legalidade dos atos perante a lei, mas também a analisá-los conforme os princípios constitucionais que norteiam a Administração. Quando estes princípios são atentados por qualquer conduta de má-fé do administrador que viole seus deveres, caracterizado está o ato de improbidade por força do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Portanto, os atos administrativos discricionários que ultrapassem os seus próprios limites possibilitam o controle a ser exercido pelo Poder Judiciário, o que os doutrinadores contemporâneos vêm denominando de “princípio da juridicidade”. Desse modo, a Administração tem sua amplitude discricionária regida por determinados princípios e objetivos, ao passo que deixa de estar vinculada somente à lei formal, passando a estar vinculada ao ordenamento jurídico como um todo: princípios, costumes e jurisprudências. Em contrapartida, como consequência, amplia-se a possibilidade de controle judicial sobre a atividade administrativa, na medida em que se permite ao julgador examinar aspectos além da legalidade, como, por exemplo, o mérito do ato, resumido no binômio oportunidade e conveniência, como forma de conter possíveis arbitrariedades no exercício da discricionariedade administrativa. Sendo assim, os atos discricionários devem ser analisados sob o paradigma do poder-dever de “boa-administração” (MARQUES; JURUENA, 2016, p. 12-13).

Portanto e em consonância ao debatido acima e devido a comoção negativa da população em casos recentes, o estudo se justifica no intuito de demonstrar que os atos discricionários devem possuir limites de eticidade. Quando não ocorrem, percebemos o abuso de poder desenfreado com tentativas de obter, por exemplo, foro privilegiado na nomeação de Ministra do Trabalho que já havia sido condenada pela própria Justiça do Trabalho, nomeação do Delegado-Geral da Polícia Federal amigo íntimo de filho do Chefe do Poder Executivo.

O caso do ex-presidente Lula nomeado pela então Presidente Dilma para exercer cargo de Ministro de Estado com a finalidade de alterar a competência jurisdicional, foi julgado da seguinte forma pelo Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Nenhum Chefe do Poder Executivo, em qualquer de suas esferas, é dono da condução dos destinos do país; na verdade, ostenta papel de simples mandatário da vontade popular, a qual deve ser seguida em consonância com os princípios

constitucionais explícitos e implícitos, entre eles a probidade e a moralidade no trato do interesse público “lato sensu”. O princípio da moralidade pauta qualquer ato administrativo, inclusive a nomeação de Ministro de Estado, de maneira a impedir que sejam conspurcados os predicados da honestidade, da probidade e da boa-fé no trato da “res pública”. (...) Apesar de ser atribuição privativa do Presidente da República a nomeação de Ministro de Estado (art. 84, inciso I, da CF), o ato que visa o preenchimento de tal cargo deve passar pelo crivo dos princípios constitucionais, mais notadamente os da moralidade e da impessoalidade (interpretação sistemática do art. 87 c/c art. 37, II, da CF)”.

(STF, MS 34.071<sup>3</sup>MC / DF, rel. min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, em 18.03.2016).

Num outro caso, a Ministra Carmem Lúcia do Supremo Tribunal Federal proferiu decisão suspendendo a nomeação da deputada federal Cristiane Brasil para a função de ministra do trabalho tendo em vista seu histórico processual, no qual foi condenada pela própria justiça do trabalho.

Em exame ainda que perfunctório, este magistrado vislumbra flagrante desrespeito à Constituição Federal no que se refere à moralidade administrativa, em seu artigo 37, caput, quando se pretende nomear para um cargo de tamanha magnitude, Ministro do Trabalho, pessoa que já teria sido condenada em reclamações trabalhistas, condenações estas com trânsito em julgado, segundo os veículos de mídia nacionais e conforme documentação que consta da inicial ‘processos 0010538-31.2015.5.01.0044, encerrado com decisão judicial transitada em julgado, (fls. 29/246 - note-se especialmente que operou-se o trânsito em julgado da decisão condenatória cf. fls. 169); e 0101817- 52.2016.5.01.0048, encerrado com acordo judicial’ (fls. 323/324).”

(STF, Rcl 29508 MC/DF, rel. min. Carmem Lúcia, decisão monocrática, em 21.01.2018)

Por fim, o Ministro Alexandre de Moraes do Supremo Tribunal Federal suspendeu a nomeação do Delegado-Geral da Polícia Federal, Alexandre Ramagem, conforme:

Diante de todo o exposto, nos termos do artigo 7º, inciso III da Lei 12.016/2016, DEFIRO A MEDIDA LIMINAR para suspender a eficácia do Decreto de 27/4/2020 (DOU de 28/4/2020, Seção 2, p. 1) no que se refere à nomeação e posse de Alexandre Ramagem Rodrigues para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal. Determino, ainda, que, IMEDIATAMENTE, notifique-se a autoridade impetrada, nos termos dos artigos 7º, I da Lei 12.016/2016 e 206 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Dê-se ciência imediata, inclusive por whatsapp em face da urgência, ao Advogado-Geral da União. Após, encaminhem-se os autos à Procuradoria-Geral da República para apresentação de parecer.

(STF, MS 37.097<sup>4</sup> MC/DF, rel. min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática, em 29/04/2020)

<sup>3</sup> Apesar da Decisão Monocrática transcrita, o Mandado de Segurança nº 34.071 MC/DF foi rejeitado e o Acordão transitou em julgado em 06/06/2020.

<sup>4</sup> Apesar da Decisão Monocrática transcrita, o Mandado de Segurança nº 37.097 MC/DF foi rejeitado/prejudicado e o Acordão transitou em julgado em 03/06/2020.

A partir dos casos paradigmáticos expostos, entende-se que o ato discricionário tem seus limites, que são analisados pelo Poder Judiciário com a função de verificar se a autoridade ultrapassou o delimitado pelos normativos de regência e invadiu o campo da legalidade (DI PIETRO, 2020). Isso foi elaborado com base em teorias que fixam tais limites, como a relacionada ao desvio de poder, que “(...) ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Quando isso ocorre, fica o Poder Judiciário autorizado a decretar a nulidade do ato (...)” (DI PIETRO, 2020, p. 502).

Uma segunda teoria é a dos motivos determinantes, ou seja, “(...) quando a Administração indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros. Para apreciar esse aspecto, o Judiciário terá que examinar os motivos, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência.” (DI PIETRO, 2020, p. 502).

Salientamos que a tendência de ampliação da apreciação do Poder Judiciário não implica invasão na discricionariedade administrativa, pois apenas a coloca em seu devido lugar, a distinguindo da interpretação e impedindo o cometimento de arbitrariedades (DI PIETRO, 2020).

Em relação aos limites do poder discricionário da Administração Pública, os princípios são normas que limitam esse poder em relação à nomeação de cargos em confiança, logo conferem unidade e coerência à ordem jurídica (PAVANI, 2014). Ademais, os princípios constitucionais surgem com a intencionalidade de solucionar problemáticas jurídicas, assim como têm a função interpretativa, integrativa e bloqueadora. Isto é, interpretar e ponderar um princípio de acordo com outro, suprir lacunas e afastar uma norma legal incompatível com ele (PAVANI, 2014).

Portanto, a Administração Pública no Estado Democrático de Direito brasileiro precisa respeitar e observar os princípios, especificamente, a impessoalidade, a moralidade e a eficiência, dispostos na cabeça do art. 37 da CF/88. Ainda,

Princípios são regras gerais que a doutrina identifica como condensadoras dos valores fundamentais de um sistema. Por meio de um processo lógico denominado abstração indutiva, os estudiosos extraem da totalidade de normas específicas as ideias-chave que animam todo o complexo de regras. Assim, os princípios informam e enformam o sistema normativo. Informam porque armazenam e comunicam o núcleo valorativo essencial da ordem jurídica. Enformam porque dão forma, definem a feição de determinado ramo (MAZZA, 2019, p. 149).

Nesse contexto, o princípio da impessoalidade obriga o Gestor Público a conduzir seus atos com imparcialidade a partir do respeito às normas jurídicas, exatamente com a intenção de impedir privilégios e desfavorecimentos indevidos. Assim, “(...) significa que a

*Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento.” (DI PIETRO, 2020, 225).*

Já o princípio da moralidade aparece na CF/88 em pelo menos três translúcidas oportunidades, sendo imposto como dever dos agentes públicos. Em um primeiro momento, surge no inciso LXXIII do art. 5º autorizando a propositura de ação popular contra ato lesivo à moralidade administrativa. Ainda, está representado no art. 37 como princípio fundamental da Administração Pública. Por fim, o inciso V do art. 85 define como crime de responsabilidade do Presidente da República – norma extensível aos demais Chefes do Poder Executivo - os atos contra a probidade da administração (MAZZA, 2019). Sendo assim, “(...) *pode-se constatar que a moralidade administrativa constitui requisito de validade do ato administrativo.*” (MAZZA, 2019, p. 185). Assim,

A moralidade administrativa difere da moral comum. O princípio jurídico da moralidade administrativa não impõe o dever de atendimento à moral comum vigente na sociedade, mas exige respeito a padrões éticos, de boa-fé, decoro, lealdade, honestidade e probidade incorporados pela prática diária ao conceito de boa administração. Certas formas de ação e modos de tratar com a coisa pública, ainda que não impostos diretamente pela lei, passam a fazer parte dos comportamentos socialmente esperados de um bom administrador público, incorporando-se gradativamente ao conjunto de condutas que o Direito torna exigíveis (MAZZA, 2019, p. 185).

O princípio da eficiência foi acrescentado pela Emenda Constitucional nº 19/98 e tem como valores a “(...) *economicidade, redução de desperdícios qualidade, rapidez, produtividade e rendimento funcional.*” (MAZZA, 2019, p. 203). Assim, o agente público tem o dever de desempenhar suas atividades com plena qualidade, com o objetivo de atingir os melhores resultados para o interesse geral, lembrando sempre de atingi-lo com o menor custo econômico possível (PAVANI, 2014).

Nesse diapasão, Marques e Juruena (2016, p. 7) prelecionam, de forma sintética, o pensamento que guia a temática aqui discutida:

É certo que a Administração Pública dispõe de poder discricionário, prerrogativa legal à qual permite ao administrador a possibilidade de escolha quanto a quem deva nomear ou exonerar nos cargos em comissão, sem a necessidade de exigência de concurso público de provas ou de provas e títulos – conforme artigo 37, inciso II, da Lei Maior – ou de processo administrativo, respectivamente. No entanto, os atos administrativos devem ser oportunos e convenientes, seguindo os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, dentre tantos outros que norteiam a atividade pública, como o princípio implícito da indisponibilidade do interesse público, quando no desempenho de suas funções, todos dirigidos a atingir o fim único que é o interesse comum. O que se observa no cenário brasileiro atual, com os cargos em comissão muitas vezes sendo utilizados

para a troca de favores políticos e para que se mantenha a governança e a governabilidade do governante, é que o interesse público não é observado.

Portanto, as nomeações para cargos de confiança devem respeitar os princípios referenciados no decorrer do artigo científico para que sejam evitadas nomeações de agentes públicos com ofensa aos princípios constitucionais. Então, respeitá-los é uma forma de controle do poder discricionário, principalmente em relação ao ato de nomeação de cargo de confiança exercido pelos Chefes dos Poderes Executivos e podem ser controlados, quando provocados, pelo Poder Judiciário.

## CONCLUSÃO

Na presente pesquisa estudamos a temática dos limites do poder discricionário dos Chefes do Poderes Executivos para a nomeação de funções de confiança. O foco central do trabalho se direcionou ao entendimento das práticas de nomeação no contexto das atividades dos administradores públicos, que é abrangido através dos estudos do ramo do Direito Administrativo.

O referencial teórico possibilitou elaborar uma base de compreensão de que a discricionariedade, no campo jurídico, é um instrumento de concretização de suas atividades e que se inscreve no conjunto de normas padronizadas e regulamentadas pelo assentamento jurídico de um País. Assim, os aportes constitucionais e de doutrinadores administrativistas contribuíram para a compreensão de que na esfera forense o arcabouço normativo (legal e principiológico) deverá ser observado como requisito imprescindível na nomeação de agentes públicos para preencherem cargos de confiança.

A principal contribuição do presente artigo científico foi o de ampliar os conhecimentos no campo acadêmico e profissional do Direito Administrativo no tema nomeação em cargo de confiança. Ademias, abarcamos os estudos sociais da esfera pública da administração brasileira e investigamos a autonomia para organizar seu quadro de pessoal com o devido respeito aos princípios que guiam o Estado Democrático de Direito brasileiro.

Logo, para que as finalidades do cumprimento da atividade jurídica pública ocorram de forma correta, é necessário entender que a nomeação para cargos de confiança não implica, necessariamente a ilegalidade do ato por violação de princípios constitucionais, como a impessoalidade, eficiência e moralidade. Todavia, os casos concretos de nomeação dependem de uma análise minuciosa e criteriosa a partir dos preceitos principiológicos, com a finalidade de reforçar a defesa do interesse público e sem o afastamento do controle de

legalidade do ato discricionário exercido pelo Poder Judiciário quando provocado pelos legitimados ativos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar na Reclamação nº 29.508 Distrito Federal. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/carmen-suspende-posse-cristiane-brasil.pdf>>. Acesso em 15 out 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.070 Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 18/03/2016. Stf.jus, 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>>. Acesso em 15 out 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 37.097 Distrito Federal. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJ: 11/05/2020. Stf.jus, 2020. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5899275>>. Acesso em 12 dez 2023.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34<sup>a</sup> Ed. São Paulo. Editora Atlas. 2020.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao)>. Acesso em: 15 out 2021.

854

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2020.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**.9. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2019. 967 p. ISBN 9788502637948.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39 ed. São Paulo. Malheiros. 2013.

MARQUES, Mariana Port; JURUENA, Cynthia Gruending. **OS CONTORNOS DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA CONTRATAÇÃO DOS CARGOS EM COMISSÃO: uma análise da jurisprudência do rio grande do sul na esfera municipal**. XIII Seminário Internacional: Demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea, Santa Catarina, 2016. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/16115/4006>>. Acesso em: 1 out. 2022.

PAVANI, Daniela Elias. **limites ao provimento dos cargos em comissão sob o prisma dos princípios da administração pública**. 2014. 164 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014.