



X Encontro Brasileiro de Administração Pública.
ISSN: 2594-5688
secretaria@sbap.org.br
Sociedade Brasileira de Administração Pública

O DIREITO À DESCONFIANÇA E O CONTROLE SOCIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: um estudo de caso do Mandado de Segurança nº 37.097

Marina De Castro Firmo, Matheus Lobo Custódio Duarte Maia

[ARTIGO] GT 10 Controle social e combate à Corrupção na Administração Pública

O DIREITO À DESCONFIANÇA E O CONTROLE SOCIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: um estudo de caso do Mandado de Segurança nº 37.097

Resumo:

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e a constitucionalização levaram a uma mudança no ordenamento jurídico brasileiro, resultando em uma releitura dos princípios da legalidade e publicidade. Isso gerou o direito à desconfiança, que permite o controle popular sobre os atos da Administração Pública que não estão em conformidade com a crfb/88. O presente estudo buscou identificar contexto em que não houve convergência entre um ato administrativo e o texto constitucional e que culminou no exercício do direito à desconfiança pelos cidadãos. Foi realizado estudo de caso sobre o contexto que culminou na publicação do Mandado de Segurança nº 37.097. Conclui-se que, em um contexto atual marcado pela crescente autocratização das democracias em todo o mundo, o direito à desconfiança desempenha um papel crucial na proteção do principal pilar do Estado Democrático de Direito: a soberania do povo.

Palavras-chave: Controle Social. Direito à Desconfiança. Princípio da Publicidade. Administração Pública. Controle da Administração Pública.

Introdução:

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) consolidou-se como materialização do modelo estatal, político e social adotado pelo povo brasileiro qual seja o Estado Democrático de Direito. A opção por determinado marco reflete uma histórica demanda dos cidadãos por protagonismo nos atos decisórios do Estado, assim como por um verdadeiro usufruto efetivo de seus direitos fundamentais. Em síntese, a escolha do povo foi por um regime no qual ele fosse soberano. A adoção do Estado Democrático de Direito, no entanto, iniciou um processo de choque e ruptura com a tradição jurídica legalista, aqui presente, no que diz respeito a sua interpretação e aplicação. Essa disfunção consiste no correto processo de sobreposição das normas constitucionais, regras e princípios à legislação infraconstitucional.

Afinal, se a CRFB/88 é a manifestação dos valores e compromissos firmados pelo povo, então a efetivação desta constitui o principal objetivo imediato a ser cumprido pelo Estado, visando o cumprimento de tal meta, o próprio texto constitucional adota mecanismos de controle sobre os atos estatais a fim de possibilitar que o povo realize juízo de conformidade destes ao seu conjunto normativo regras e princípios. Constata se, atualmente, que tais mecanismos têm sido cada vez mais utilizado pelo povo, pois, mesmo com a adoção de um Estado Democrático, o que se nota é um cenário de incongruência

entre o exercício da função administrativa do Estado, através de seu representante no Poder Executivo, e as normas constitucionais.

Destarte, o presente trabalho defende a hipótese de que a função administrativa do Estado, manifestada por meio do ato administrativo, deve ser aplicada de acordo com o conjunto normativo constitucional. Caso não haja a convergência do ato administrativo ao texto presente na CRFB/88 sustenta-se que os cidadãos teriam o direito à desconfiança, decorrente do princípio da publicidade em uma releitura constitucional. Tal direito consiste na potência dos cidadãos em desconfiar da atividade da Administração Pública e conseqüentemente exercer seu papel de cidadania, por via da atividade de controle na modalidade ampla ou estrita.

Nesse contexto, o objetivo do presente artigo é o de identificar a validade da hipótese mencionada no contexto em que emergiu o Mandado de Segurança nº 37.097. A escolha do caso objeto de estudo foi baseada em sua relevância para o tema do direito à desconfiança no controle da Administração Pública. O Mandado de Segurança nº 37.097 foi selecionado por ter sido objeto de discussão em diversos meios de comunicação e por ter gerado precedentes jurisprudenciais relevantes para a temática. Nesse contexto, foram utilizadas como fontes de dados as decisões judiciais proferidas no caso, as peças processuais disponíveis nos autos e a jurisprudência relacionada ao tema do direito à desconfiança.

É importante ressaltar que o estudo de caso apresenta algumas limitações. Em especial, a disponibilidade limitada de informações em algumas das peças processuais e a falta de acesso às discussões ocorridas em sessões sigilosas nos Tribunais podem ter restringido a análise de alguns aspectos relevantes do caso. Além disso, a análise dos dados foi limitada ao período em que o Mandado de Segurança foi julgado, não incluindo posteriores desdobramentos do caso ou decisões posteriores sobre o tema.

A conclusão deste trabalho ressalta a incorporação, pela CRFB/88, de diversos mecanismos de controle da Administração Pública, que combinam as técnicas da democracia direta e representativa. Destaca-se que o princípio da publicidade e o direito à desconfiança serão cada vez mais importantes para o cidadão no exercício de sua cidadania. Conclui-se que, em um contexto atual marcado pela crescente autocratização das democracias em todo o mundo, o direito à desconfiança desempenha um papel crucial na proteção do principal pilar do Estado Democrático de Direito: a soberania do povo.

1. Direito à desconfiança e controle

A CRFB/88 imputa, em seu art. 37, os princípios que norteiam o exercício da Administração Pública, sendo eles o da legalidade, o da impessoalidade, o da moralidade, o da publicidade e o da eficiência. Acrescenta-se que no regime administrativista são aceitos princípios que não estão expressos no texto constitucional, os chamados de princípios implícitos.

No escopo do presente estudo, enfatiza-se o princípio da publicidade, definido como o dever constitucional do Estado em tornar público todos os atos praticados em função do exercício de sua função administrativa. A incidência de seus efeitos, contudo, não possui caráter ilimitado. Segundo Di Pietro (2020), no artigo 5º da CRFB/88, é possível constatar preceitos constitucionais que confirmam ou restringem o princípio da publicidade.

É notória a relação entre o princípio da publicidade e o Estado Democrático de Direito, enquanto paradigma de Estado adotado na CRFB/88. Se, como sustenta Soares (2004), tal marco é fundamentado na hipótese de que os problemas socioeconômicos e políticos de uma territorialidade serão eficazmente resolvidos mediante uma política inclusiva e plural, constata-se, então, que a publicidade assume função essencial na efetivação deste modelo de Estado.

Uma política realmente inclusiva e plural somente se verifica em uma sociedade na qual os cidadãos, por mais diversos que sejam – em matéria de gênero, orientação sexual, preferência religiosa, classe social ou raça –, estejam possibilitados, de modo formal e material, a participarem do processo de tomada de decisões do Estado, agindo direta ou indiretamente. Em suma, tal forma de política é aquela que justamente concretiza a principal premissa do Estado Democrático de Direito: soberania do povo – axioma disposto no parágrafo primeiro do artigo 1º da CRFB/1888. Em convergência ao disposto no texto constitucional, o poder é do povo, sendo este exercido por meio de seus representantes eleitos ou de maneira direta. No que diz respeito à Administração Pública, especificamente, observa-se que a população exerce este poder ao compor o aparato estatal e conseqüentemente ao movimentar na persecução de satisfazer interesses públicos que estejam alinhados à concreta efetivação de direitos fundamentais.

No entanto, tal poder cidadão não se manifesta apenas no exercício da função administrativa do Estado pela Administração Pública, mas também na forma de controle posterior e concomitante, isto é, os cidadãos são dotados da capacidade de fiscalizar os atos administrativos e, de forma decorrente, instrumentalizar medidas de controle.

No Estado Democrático, ao contrário do que se via nos paradigmas de estado

anteriores, o povo é soberano para exercer o seu próprio e, de forma consequente, realizar o seu autocontrole. Para tanto, o princípio da publicidade atua como requisito de eficácia deste processo, uma vez que a ação de publicizar os atos administrativos é uma forma pela qual os agentes públicos prestam contas de sua atuação para apreciação do restante da população que compõe a sociedade civil. Deste modo, uma vez publicizados os atos administrativos, será possível a atividade do povo sob a atuação administrativa, sendo esta respaldada por dados concretos e sólidos.

Importante ressaltar, para os fins do presente estudo, a relação do princípio da publicidade com o processo de constitucionalização do direito. A CRFB/88, marco histórico de ambos, elencou o princípio da publicidade como um dos preceitos que rege a Administração Pública, demonstrando-se assim a força deste.

Ainda, tem-se que o processo de constitucionalização do direito é caracterizado pelo (i) preponderância da legislação constitucional sobre a legislação infraconstitucional; (ii) um novo marco hermenêutico, no qual os princípios constitucionais revestiram-se de maior força normativa e interpretativa (BARROSO, 2005). Assim, é possível sustentar que, sob a ótica da constitucionalização do direito, a legislação administrativa deve ser aplicada tanto à luz do princípio da publicidade, quanto em observância aos outros princípios que regulam a Administração Pública.

Em um ordenamento jurídico influenciado pelo processo de constitucionalização do direito e pelo movimento neoconstitucional, observa-se de forma mais intensa o aumento do fenômeno de interação principiológica durante o processo de interpretação, criação ou interpretação da norma (BARROSO, 2005). Observa-se que o princípio da publicidade desempenha uma função interativa única, isto é, propiciar diálogos principiológicos. A função em questão consiste na capacidade do princípio da publicidade assumir a função de lente pela qual se verifica a relação entre princípios, assim como a legalidade e constitucionalidade de atos administrativos.

Diante do exposto, tomando o ato administrativo como exemplo, sustenta-se a possibilidade de averiguar a sua validade por meio do princípio da publicidade, afinal, a publicização do ato - e, conseqüentemente, seus aspectos - possibilita a análise da conformidade deste com os princípios administrativos-constitucionais que o regem. Em suma, a publicidade se reveste como um meio importante e efetivo de controle.

Além disso, há uma grande relação harmônica entre os princípios da publicidade e legalidade, devido à natureza indissociável de ambos. Neste sentido, nota-se que, se por um lado a publicização do ato demonstra a validade deste, por outro lado a mesma

publicização constitui um dever da Administração Pública, isto é, a publicidade está amparada em um dever legal constitucionalizado.

Assim, do princípio da publicidade e do dever estatal de transparência se extrai o direito ao acesso da informação, assim como o direito à desconfiança. No que diz respeito ao primeiro, Sarlet, Marinoni e Mitidieiro (2019) sustentam o direito à informação como o elemento inerente de um cidadão inserido em um Estado Democrático de Direito:

“O direito à informação, aqui na perspectiva do direito de ser informado e do acesso à informação, passou, outrossim, a operar como elemento central de um Estado Democrático de Direito, seja pelo fato de permitir o exercício consciente e responsável da cidadania e dos direitos políticos, seja como meio de assegurar o controle social e a transparência e publicidade por parte do poder público e dos seus atos” (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2019, p.689)

Assim, verifica-se que o mencionado direito consiste na capacidade do cidadão de acessar informações. No entanto, é necessário ressaltar que este direito apresenta duas dimensões, sendo estas a (i) capacidade do cidadão obter e acessar informações que esteja em posse do Estado; e a (ii) liberdade de se informar como quiser.

Já o direito à desconfiança traduz-se na faculdade dos cidadãos em questionar atos administrativos estatais, objetivando, assim, a verificação deste com os princípios e regras constitucionais e administrativistas, assim como com os compromissos democráticos adotados na carta constitucional de 1988.

O direito à desconfiança, além de decorrer do princípio da publicidade e consequentemente do dever estatal de transparência, também é a materialização da principal premissa do Estado Democrático de Direito: soberania do povo. Tal direito é a clara efetivação do poder dos cidadãos em autocontrolar – socialmente ou jurisdicionalmente - a própria soberania.

Assim, nota-se que este processo de autocontrole tem como o marco inicial o direito à desconfiança, podendo tal atuar como fundamento único ou composto de uma pretensão de controle. O direito à desconfiança atuará como fundamento único na pretensão em que o cidadão já possui certo nível de informações que embasam a descrença em relação ao ato estatal, não sendo, então, necessário a cumulação deste com o direito de acesso à informação.

Já na atuação como fundamento composto de uma pretensão, o direito à desconfiança se une ao direito do acesso à informação. Importante ressaltar que tal fundamentação inaugural do exercício de controle – amparada na harmonia dos dois direitos citados - parte de dois momentos distintos, da capacidade do indivíduo em

desconfiar e questionar o ato administrativo e, conseqüentemente, da potência do cidadão em obter acesso a informações que subsidiam a tomada de decisão deste no que diz respeito a como proceder em relação a tal ato.

Nesse contexto, tal processo de convergência de direitos, que servirá da fundamentação inicial contra o ato estatal ilegal e antidemocrático, deverá ser seguido da adoção do procedimento de controle adequado – conforme o texto constitucional -, podendo culminar na revogação, convalidação ou anulação do ato, bem como em uma possível troca de gestão na Administração Pública.

No que diz respeito ao procedimento de controle, Luciano Ferraz (2019) sustenta que o ordenamento jurídico brasileiro é rico nestes mecanismos. Neste sentido, por fins elucidativos, tal doutrinador propõe as diversas taxonomias em relação a atividade de controle, dentre as quais se destaca (i) quanto ao órgão estatal ou grupo social que o exercita e; (ii) quanto ao foco (controle sobre os atos ou controle sobre a gestão). Sobre essas taxonomias, Ferraz (2019) sustenta que o controle do povo incide sobre os atos da Administração Pública, microesfera, assim como em toda a gestão – na macro esfera. Destarte, nota-se que tal controle do povo sobre si ocorre tanto pelos cidadãos que ocupam cargos e exercem funções nos órgãos estatais, quanto pelos que não ocupam.

O controle do povo se dará de forma ampla, que consiste na possibilidade de os cidadãos atuarem diretamente no processo de tomada de decisão do Estado ou de provocação do controle estrito. Já o controle do povo no modo estrito se dá através dos cidadãos que atuam na estrutura de algum dos três poderes do Estado, sendo realizado, por exemplo, pelo controle judiciário, pelo controle parlamentar – direto e indireto -, pelo controle executivo e pelo controle pelo Tribunal de Contas (FERRAZ, 2019).

No presente estudo, focar-se-á no controle realizado pelo Poder Judiciário. Importante se faz ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da jurisdição una, isto é, o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, conforme o artigo 5º, inciso XXV da CRFB/88.

Destarte, observa-se que o texto constitucional deixou claro o dever do Poder Judiciário, mediante provocação, de apreciar lesão ou ameaça de direito, independente ou não do esgotamento em fase administrativa. Ferraz (2019), sustenta que o controle judicial possui caráter repressivo e de incidência restrita, isto é, recai apenas sobre o ato administrativo.

Cabe salientar, no entanto, que o controle judicial ocorrerá de forma distinta a depender da modalidade do ato administrativo executado, sejam eles vinculados ou

discricionários. O controle judicial sobre o ato administrativo vinculado se dá de modo mais simples, pelo qual o Poder Judiciário faz um juízo de compatibilidade entre o ato executado e o exato disposto na lei, isto é, verifica-se se há convergência por meio de um controle de legalidade estrito, afinal, todos os aspectos do ato já estão dispostos na norma aplicada - sujeito (competência), forma, objeto, motivo e finalidade -.

Já o controle sobre o ato administrativo discricionário, conforme expressa Di Pietro (2020) consiste na análise da conformidade da prática do ato com a lei, assim como na consequente verificação do mérito da discricionariedade presente em algum dos aspectos deste ato, respeitando-se o poder concedido pelo ordenamento jurídico ao sujeito público para a prática deste. Em suma, o Poder Judiciário analisa os aspectos da legalidade e verifica se a Administração Pública não ultrapassou os limites da discricionariedade.

Considerando o apresentado como aporte teórico, realizar-se-á na próxima seção uma análise da manifestação e execução deste controle sobre o mandado de segurança 37.097/DF, o qual possui grande repercussão pelo fato do STF, na figura do Ministro Alexandre de Moraes, ter deferido a Medida Liminar para suspender a eficácia do Decreto, de 27/4/2022, emitido pelo Chefe do Poder Executivo, no que se refere à nomeação e posse de Alexandre Ramagem Rodrigues para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal (PF).

2. Análise do Mandado de Segurança 37.097

Em 24/04/2020, o ex-juiz Sérgio Fernando Moro anunciou a sua exoneração do cargo de Ministro da Justiça e Segurança Pública, tendo como motivo principal a decisão do então Chefe do Poder Executivo de trocar o Diretor-Geral da PF da época, Maurício Valeixo. Segundo noticiado pelo portal de notícias G1, em 20 de abril de 2020, o ex-ministro Sérgio Moro, afirmou que o Chefe do Poder Executivo da União Federal, de forma consciente, insistia em tal mudança, desde 2019, visando um aumento da influência do poder executivo sobre a instituição. Da mesma maneira, ainda de acordo com Moro, o Chefe do Poder Executivo também desejava a troca do superintendente da instituição no Rio de Janeiro.

Ademais, o ex-Ministro revelou que o Chefe do Poder Executivo manifestava preocupação com alguns inquéritos em andamento no Supremo Tribunal Federal (STF), logo, tal troca seria desejável no intuito de sanar tal perturbação. Segundo o noticiado no jornal Folha de São de Paulo, esta preocupação do Chefe do Poder Executivo consistia

em investigações conduzidas pela PF no Rio de Janeiro, que estavam apurando fatos que poderiam atingir a si, a seus aliados e a sua família. Desta forma, argumentando ser contra o atentado à autonomia de órgão independente, Sergio Moro pediu exoneração de seu cargo de Ministro.

Após o ocorrido, houve a divulgação da gravação da ministerial ocorrida na data de 22/04/2020, que aumentou as dúvidas sobre a intenção do Chefe do Poder Executivo em alterar o comando da PF. Em tal reunião, o Chefe do Poder Executivo expôs o seu desejo de interferir no órgão, alegando que precisava saber das investigações que estavam ocorrendo na PF do Rio, além de ter citado que as investigações em andamento não poderiam prejudicar a sua família e seus amigos. Na mesma gravação verifica-se a afirmação do Chefe do Poder Executivo no sentido de que trocaria o Superintendente do Rio de Janeiro, o Diretor-Geral da PF ou até mesmo o então Ministro da Justiça, com fins de garantir o seu acesso a informações sigilosas e impedir que aliados e familiares fossem prejudicados.

Após a exoneração de Sergio Moro, o Chefe do Poder Executivo indicou um amigo pessoal, e familiar, para o cargo de Diretor-Geral da PF, na data 28/04/2020. Entretanto, tal indicação foi suspensa, um dia depois, pelo Ministro do STF Alexandre de Moraes, após Mandado de Segurança impetrado pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), que alegava a tese de flagrante abuso de poder, na forma de desvio de finalidade na nomeação de Alexandre Ramagem pelo Chefe do Poder Executivo.

Relatado o contexto da decisão, parte-se para a análise. No que se refere ao presente caso, verifica-se uma atividade de controle do povo em duas etapas: a do controle amplo e a do controle estrito. A primeira etapa pôde ser vislumbrada por meio da atividade de controle exercida pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), enquanto legitimado para representar interesses coletivos e sociais. Já a segunda etapa foi executada pelo Ministro Alexandre de Moraes, enquanto representante do povo na hierarquia máxima do Poder Judiciário, desempenhando a sua função de protetor da CRFB/88.

A primeira etapa do controle amplo iniciou-se após um processo de valoração do Decreto de 27/4/2020¹ (DOU de 28/4/2020, Seção 2, p. 1), pelo qual a população, após a publicização do citado ato administrativo discricionário, emitiu um juízo de valor a respeito da nomeação de Alexandre Ramagem para o cargo de Diretor-Geral da PF, pelo Chefe do Poder Executivo. Nesse sentido, através do cumprimento do princípio da

¹ Decreto Presidencial que nomeou Alexandre Ramagem como Diretor-Geral da Polícia Federal

publicidade, os cidadãos souberam da escolha do Chefe do Poder Executivo na indicação de Diretor-Geral da PF e, conseqüentemente, tiveram a possibilidade de exercer o seu direito à desconfiança. Ou seja, este princípio, aliado ao direito à desconfiança, possibilitou o início da atividade de controle amplo.

Desta forma, nota-se a umbicalidade entre o princípio da publicidade e o direito à desconfiança no caso concreto. Isso porque afere-se que o direito à desconfiança dos cidadãos, ao questionar os atos administrativos estatais, objetivando, assim, a verificação deste com os princípios e regras constitucionais e administrativista - assim como com os valores democráticos adotados na carta constitucional de 1988 -, se deu mediante análise do ato publicizado.

No caso estudado, o direito à desconfiança foi exercido pelo fato dos cidadãos questionarem o ato do Chefe do Poder Executivo em indicar Ramagem ao cargo, devido ao fato de haver uma possível desconformidade entre a execução do ato – e suas motivações – e o texto constitucional. Isto pelo fato de que o Chefe do Poder Executivo declarou a sua intenção de aparelhar a Polícia Federal para concretizar interesses pessoais. Através da função de ótica do princípio publicidade, notou-se, inicialmente, que a decisão do Chefe do Poder Executivo transgrediu inúmeros princípios, principalmente os da impessoalidade, da moralidade administrativa, da motivação, da supremacia do interesse público e o próprio princípio da legalidade, como será explanado posteriormente. Constatada esta lesão, os cidadãos exerceram seu papel de cidadania, especificamente o status positivo e ativo de sua relação com o Estado (JELLINEK, 1912), em busca de reparo aos princípios administrativos e constitucionais lesados.

No caso, ressalta-se que segundo Mendes e Branco (2018), Jellinek desenvolve uma teoria de que os cidadãos podem encontrar-se em quatro modos diferentes no que se refere a sua relação com o Estado, sendo estes: passivo, negativo, ativo e positivo. Considerando o objeto da presente análise, explicar-se-á a conceituação dos dois últimos. O status positivo consiste na potência do indivíduo em exigir do Estado prestação, isto é, o cidadão possui o direito de demandar que o ente estatal haja em seu favor. Já o status ativo, segundo Mendes e Branco (2018) verifica-se na competência que o cidadão desfruta para influir sobre a formação da vontade do Estado, exercendo, assim, seus direitos políticos de participação.

De volta ao caso, vê-se que o status positivo do povo materializou-se no desempenho de controle amplo sobre o ato administrativo supracitado. Neste processo de controle inicial, foi constatado que a decisão emanada pelo Chefe do Poder Executivo

estava divergente das normas e compromissos adotados na CRFB/88. Portanto, neste sentido, o povo exerceu seus direitos políticos de participação objetivando a revogação do ato a fim de que tal escolha fosse substituída por uma convergente à CRFB/88 e ao Estado Democrático de Direito.

Já o mencionado status positivo, ou o direito de demandar prestação positiva do Estado, foi observado pelo fato de que certa parcela do povo, ao utilizar seu direito à desconfiança como fundamento de atividade de controle amplo, impetrou um Mandado de Segurança buscando a revogação do referido decreto de nomeação.

Neste ponto, se salienta também a substituição da atividade de controle, isto é, a atividade de controle ampla do povo cede espaço à atividade de controle estrito, que foi desempenhada através dos cidadãos que estão em algum órgão da estrutura de algum poder do Estado – neste caso, o Poder Judiciário – ou de instituição ou órgão que constitucionalmente desempenha funções essenciais para atividade estatal.

Os mencionados status ativo e positivo, no entanto, funcionam em observância às regras dispostas no ordenamento jurídico brasileiro, isto é, há uma clara definição de quais órgãos, formas de organização ou instituições possuem legitimidade jurídica para representar as demandas do povo. Além disso, a CRFB/88 também determina meios adequados para exigir prestações positivas do Estado, desse modo, há que se observar se tal procedimento ou ação é a adequada para a demanda. Em síntese, analisa-se a legitimidade do partido político para impetrar mandado de segurança coletivo.

No caso concreto, o porta-voz dos interesses de certa parcela do povo foi o Partido Democrático Trabalhista (PDT), que desempenhou o seu papel de representante dos seus filiados eleitos e não eleitos, assim como de cidadãos que não necessariamente apresentam adesão ideológica ao partido, mas que também discordaram da nomeação analisada.

Sobre o mérito do ato coator, resta claro que há abuso de poder e violação ao princípio da legalidade, no sentido amplo – como será abordado na análise do mérito da decisão –, na nomeação de Ramagem para o cargo de Diretor-Geral da PF, configurando-se, assim, uma clara lesão de direito líquido e coletivo.

Já no que refere a possibilidade da impetração do mandado coletivo, o Ministro Alexandre de Moraes, no próprio ato decisório do caso estudado, chancela entendimento majoritário na doutrina de que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político (MS 37097/DF). Seguindo o mesmo entendimento, manifestou-se a ex-Ministra Ellen Gracie, em sede de RE 196.184/AM.

Assim, resta clara a legitimidade do Partido Democrático Trabalhista (PDT) em impetrar o mandado de segurança nº 37.097 objetivando a suspensão da eficácia do Decreto Presidencial de 28/04/2020 (DOU de 28/04/2020, Seção 2, p. 1). No que se refere ao mérito da pretensão da medida liminar, se faz importante analisar a nomeação pelo Chefe do Poder Executivo sob as óticas da pré-constitucionalização e da pós-constitucionalização do Direito Administrativo.

Anteriormente ao processo de constitucionalização do direito e da decorrente ascensão da efetividade das normas constitucionais - regras e princípios -, assim como do processo hermenêutico administrativo-constitucional, havia a preponderância da interpretação e da execução do ato administrativo discricionário com base simples na letra da lei, fundamentando-se no mero cumprimento estrito do princípio da legalidade.

Desse modo, com base nesta perspectiva, a nomeação de Alexandre Ramagem estaria dentro da conformidade, pois encontraria respaldo legal no art. 84, caput, inciso XXV, da CRFB/88, e no disposto no art. 2º-C da Lei nº 9.266, de 15 de março de 1996, conforme abaixo:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei; (BRASIL, 1988)

Art. 2º-C. O cargo de diretor-geral, nomeado pelo Presidente da República, é privativo de delegado de Polícia Federal integrante da classe especial. (BRASIL, 1996)

Já sob a ótica da constitucionalização do direito, houve a sobreposição da normatividade constitucional sobre a infraconstitucional. Nesse sentido, o processo de interpretação e aplicação da principiologia constitucional, em convergência com a lei, reduziu a aplicação legalista mecânica sob o fato concreto, em convergência ao já professado por Robert Alexy (1993).

No que diz respeito ao Direito Administrativo, também como consequência do fenômeno de constitucionalização, ocorreu uma releitura dos institutos e estruturas da disciplina sob uma perspectiva constitucional estrita e ampla. Sendo a primeira uma observação dos princípios constitucionais que regulam a função administrativa do Estado. Já a segunda consiste numa releitura ampla, isto é, com base nos valores e princípios democráticos, assim como nos direitos fundamentais, assegurado no corpo da CRFB/88.

Neste marco, então, a discricionariedade presente no ato administrativo da nomeação de Alexandre Ramagem não é absoluta, mas limitada, isto é, o Chefe do Poder Executivo tem a competência para executar tal ato, porém a execução deve estar de acordo com as normas presentes na carta constitucional. Assim, o controle judicial deve

realizar a sua atividade de controle justamente averiguando a conformidade deste ato com a ordem constitucional e não apenas como a mera observância da execução mecânica da lei.

Aqui, relembra-se o papel do princípio da publicidade para a verificação da conformidade da execução do ato analisado com o marco constitucional adotado. Conforme já mencionado, o referido princípio assume função de lente pela qual se verifica os diálogos principiológicos, assim como a concordância dos atos administrativos com o texto constitucional.

Assim, no tocante ao ato administrativo, sustenta-se a possibilidade de averiguar a validade deste através do princípio da publicidade, afinal, a publicização do ato – e conseqüentemente seus aspectos - possibilita a análise da sua conformidade com os princípios administrativos e constitucionais que o regem. Em suma, a publicidade se reveste como um meio importante e efetivo também para o controle estrito, realizado pelo poder judiciário.

No caso concreto analisado, inicialmente, observa-se, por via da publicização do decreto, a discricionariedade concedida legislativamente ao Chefe do Poder Executivo para a escolha do responsável técnico para ocupar o cargo de Diretor-Geral da PF. Isto porque não há no art. 84, caput, inciso XXV, da CRFB/88 ou no artigo 2º-C, da Lei nº 9.266, de 15 de março de 1996, a definição de critérios específicos para a nomeação do cargo de Direção-Geral da Polícia Federal.

Contudo, em que pese a referida discricionariedade concedida ao Chefe do Poder Executivo para a referida nomeação, constatou-se a divergência entre a finalidade legal e constitucional do ato administrativo executado em relação aos motivos que levaram o Chefe do Poder Executivo a executá-lo, engendrando-se, assim, notória ilegalidade.

Primeiro, se analisa a lesão causada ao princípio da legalidade pela execução do ato. Segundo Di Pietro (2020), com a constitucionalização dos princípios, o princípio da legalidade adquiriu um sentido mais amplo que abrange não só os atos normativos, como também as regras e princípios previstos implícita ou explicitamente na CRFB/88.

Di Pietro (2020) conclui, então, que, em uma perspectiva do Direito Administrativo constitucionalizado, o controle judicial de legalidade não incide apenas na averiguação da conformidade entre o ato e as regras infraconstitucionais e constitucionais, mas também sobre os princípios constitucionais. Portanto, resta claro que o ato administrativo praticado pelo Chefe do Poder Executivo é ilegal justamente por transgredir tais princípios.

Neste sentido, destaca-se a lesão do princípio da impessoalidade e da supremacia do interesse público, dado que é notório que a escolha por Alexandre Ramagem no comando da PF se deu exclusivamente por motivos parciais, qual seja o aparelhamento pessoal da instituição a fim de espúria proteção jurídica e política dos familiares, amigos e aliados políticos do Chefe do Poder Executivo. Também elenca-se o descumprimento aos princípios da motivação e da moralidade administrativa, uma vez que observou-se que no decreto de nomeação supracitado não há a devida fundamentação de fato e de direito que embase a escolha do Chefe do Executivo por Alexandre Ramagem em convergência às normas constitucionais. Pelo contrário, o que se nota é a execução do ato administrativo sem a observância dos fatores requisitos da moralidade administrativa, quais sejam a boa-fé, probidade e decoro.

Outrossim, a atitude presidencial diverge do principal pilar democrático, qual seja a soberania do povo, afinal, em um Estado Democrático, os cidadãos elegem um representante máximo no poder executivo para que este, através do aparato estatal, materialize e execute a agenda de Estado e sociedade escolhida durante o processo constituinte. Nesse sentido, todo ato administrativo, enquanto materialização da função administrativa do Estado, que for exercido de forma contrária aos interesses dos cidadãos, irá claramente configurar abuso de poder por desvio de finalidade do ato, podendo esta ocorrer na modalidade imediata ou mediata.

O desvio de finalidade do ato na modalidade imediata corresponde à deturpação do propósito e dos efeitos direto do ato, já a modalidade mediata consiste no vício nos fins e resultados indiretos do ato. Peguemos o caso concreto, como exemplo. Há claro desvio de finalidade no âmbito mediato e imediato do ato administrativo.

Assim, o Chefe do Poder Executivo, de forma imediata, deturpou a finalidade institucional da PF ao nomear um amigo pessoal para o cargo de Diretor-Geral para que este a use como órgão de governo – e não de Estado – no intuito de preservar seus interesses. Já sobre o desvio de finalidade mediata, observa-se que o Chefe do Poder Executivo, ao atentar contra o propósito da PF, foi em desencontro com os compromissos e normas presentes na carta constitucional de 1988.

Constatada tal lesão, por abuso de poder acarretada no desvio de finalidade do ato, o Poder Judiciário tem a faculdade e o dever de executar o controle sobre a execução deste. Nesta perspectiva, sustenta Celso Bastos:

Então, ao Poder Judiciário cabe também anular atos administrativos, por desvio de poder, por abuso de poder, que atacam exatamente não uma irregularidade formal explícita do ato administrativo, mas ataca o seu âmago,

a sua finalidade, apresentando-se essa irregularidade de forma velada, camuflada. (BASTOS, 1994)

Na mesma perspectiva entende o Ministro Alexandre de Moraes que, ao deferir a medida liminar para suspender a eficácia do Decreto de nomeação e posse de Alexandre Ramagem para o cargo de Diretor-Geral da PF,, aduz:

O Poder Judiciário, portanto, deverá exercer o juízo de verificação de exatidão do exercício da discricionariedade administrativa perante os princípios da administração pública (CF, art. 37, caput), verificando a realidade dos fatos e também a coerência lógica do ato administrativo com os fatos. Se ausente a coerência, o ato administrativo estará viciado por infringência ao ordenamento jurídico e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que se converta em causa, de decisões desprovidas de justificação fática e, conseqüentemente, arbitrárias, pois o exame da legalidade, moralidade e impessoalidade, além do aspecto formal, compreende também a análise dos fatos levados em conta pelo Presidente da República ao realizar determinada nomeação. (MS 37.097/DF)

Ante o exposto acima, assiste razão à decisão do Ministro Alexandre de Moraes e a pretensão do PDT ao impetrar o mandado de segurança 37.097, isto é, resta claro que o Chefe do Poder Executivo, abusou de seu poder ao executar o ato administrativo deturpado de sua finalidade, cabendo-se, assim, controle estrito pelo judiciário.

Assim, cumpre, então, salientar o papel fundamental do direito à desconfiança e do princípio da publicidade no desenrolar do caso estudado, dividindo a atuação destes em duas etapas: controle amplo e controle estrito. Acerca do controle amplo, restou claro o papel do princípio da publicidade no processo de controle amplo pelo povo, isto é, através da publicização do ato, os cidadãos, representado pelo PDT, exerceram o seu direito à desconfiança ao impetrar um mandado de segurança contra a execução do ato nomeatório.

A respeito do controle estrito, observou-se a essencialidade do princípio da publicidade – e de sua função de lente - no processo de análise da execução do ato presidencial pelo Poder Judiciário. Deste modo, concretizando tal função, foi verificado que a execução do ato feriu inúmeras normas constitucionais. Em outras palavras, ocorreu, no caso concreto, o fenômeno da interação principiológica pelo qual o princípio da publicidade demonstrou que a nomeação de Ramagem para o cargo de Diretor-Geral, da PF, lesou o princípio da legalidade em sentido amplo, sendo este uma espécie de feixe que abarca os princípios da impessoalidade, supremacia do interesse público, moralidade administrativa e motivação, dentre outros.

Na mesma linha, ao deferir a medida liminar demandada, Alexandre de Moraes também reconheceu o direito à desconfiança dos cidadãos, pois a sua decisão de suspender a eficácia do ato administrativo, executado pelo Chefe do Poder Executivo,

legitimou a atividade de controle amplo desempenhada pelo povo – amparado no direito supracitado.

Em outras palavras, o Poder Judiciário reconheceu o direito do povo de desconfiar da nomeação de Ramagem, por suspeitar dos motivos que levaram o Chefe do Poder Executivo a praticá-lo, bem como por observar transgressões às normas constitucionais, e, de forma consecutiva, adotar a medida processual adequada a fim de revogar o ato. Observando-se, assim, no presente estudo de caso, que o direito à desconfiança foi fundamento de pretensão essencial para o efetivo controle judicial de tal ato administrativo autoritário.

Após a concessão da medida liminar, o Chefe do Poder Executivo acatou a decisão judicial de suspender a nomeação de Alexandre Ramagem e, em 05/05/2020, optou por nomear Rolando Alexandre de Souza para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal.

Considerações finais

No presente trabalho, foi defendida a tese do direito à desconfiança como um fundamento para o controle do povo sobre os atos administrativos que não estão em conformidade com a CRFB/88. Também foi proposta uma releitura democrática do princípio da publicidade, que amplia a contribuição deste princípio no exercício de controle pelo povo. A atividade de controle pelo povo foi abordada, com destaque para as principais modalidades de controle e a classificação bipartida da atividade controladora. Foi realizada uma análise do controle exercido pelo Poder Judiciário em um estudo de caso específico.

Assim, por meio de análise jurisprudencial e documental, realizou-se um estudo de caso sobre a decisão do Ministro Alexandre de Moraes em deferir a medida liminar presente no mandado de segurança 37.097/DF, impetrado pelo Partido Democrático Trabalhista contra a escolha do Chefe do Poder Executivo de nomear Alexandre Ramagem para o Cargo de Diretor-Geral da PF.

É claro que o dissenso e o conflito de ideias é elemento primordial em uma dinâmica democrática, inclusive, tal divergência materializa-se em um sistema eleitoral multipartidário. No entanto, embora o processo eleitoral possibilite que a sociedade opte por diversas agendas ideológicas, ainda sim todas estas devem apresentar certo consenso com a escolha social realizada na constituinte. Em outras palavras, independente de qual seja o Chefe do Executivo eleito – e o seu partido -, o representante do poder executivo

sempre terá a obrigação de agir de acordo com os valores e compromissos constitucionais, cumprindo o seu mero papel de colocar em prática a vontade do povo – e não a sua.

Nesse contexto, verificou-se que a pretensão do povo, representada pelo PDT, teve como fundamento o direito à desconfiança, que se materializou após o Chefe do Poder Executivo, de forma obscura e divergente ao texto constitucional, indicar um amigo pessoal para o cargo mais importante da citada corporação. Desse modo, o direito à desconfiança agiu como marco inicial para atividade de controle do povo até a passagem para a modalidade de controle realizada pelo Poder Judiciário, que realizou corretamente as suas competências e atribuições no sentido de invalidar um ato administrativo que não apresentava conformidade aos compromissos e normas – regras e princípios - presentes no texto constitucional.

Assim, neste cenário novo, vê-se que o princípio da publicidade e o direito à desconfiança deverão assumir relevância cada vez maior para o cidadão ao exercer a sua cidadania. Nesse contexto, verifica-se que o estudo de caso em questão não exaure a temática e todas as suas nuances, de modo que devem ser realizados mais estudos sobre a aplicação, importância, potencialidades e hipóteses de cabimento do direito à desconfiança.

Destarte, a conclusão deste trabalho destaca a adoção constitucional brasileira de inúmeros mecanismos de controle da Administração Pública, que concretizaram a fusão das técnicas da democracia direta e representativa. É enfatizado que o princípio da publicidade e o direito à desconfiança assumirão relevância cada vez maior para o cidadão ao exercer seu papel de cidadania. Finalmente, conclui-se que no atual cenário, caracterizado por uma onda global de autocratização em democracias, o direito à desconfiança desempenha um papel fundamental na defesa do principal pilar do Estado Democrático de Direito: a soberania do povo.

Referências:

ALEXY, Robert. Derecho y razon practica. México: Distribuciones Fontamara,1993.

ALEXY, Robert. Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main 1986.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: Entre a ciência do direito e o direito da ciência. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº17, janeiro/fevereiro/março, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 1994.

BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 jun. 2022.

BRASIL. Decreto nº 27 de abril 2020. Nomear Alexandre Ramagem Rodrigues, para exercer o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal do Ministério da Justiça e Segurança Pública, ficando exonerado do cargo que atualmente ocupa. Decreto Presidencial. Brasília, 27 abr. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/decreto-de-29-de-abril-de-2020-254499313>. Acesso em: 24 abr. 2022.

BRASIL. Decreto nº 04 de maio 2020. Nomear Rolando Alexandre de Souza, para exercer o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal do Ministério da Justiça e Segurança Pública, ficando exonerado do cargo que atualmente ocupa. Decreto Presidencial. Brasília, 04 mai. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/decreto-de-4-de-maio-de-2020-254995907>. Acesso em: 24 abr. 2022.

BRASIL. Lei Federal nº 9.266, de 1996. Reorganiza as classes da Carreira Policial Federal, fixa a remuneração dos cargos que as integram e dá outras providências. Lei Nº 9.266, de 15 de março de 1996. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19266.htm. Acesso em: 04 mar. 2023.

BRASIL. Lei Federal nº 4.717, 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm. Acesso em: 24 abr.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 37.097. Decisão. Brasília, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MSRamagem.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 196.184. Decisão. Brasília, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175175>. Acesso em: 24 abr. 2021

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020

FERRAZ, Luciano. Controle e consensualidade: fundamentos para o Controle Consensual da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GLOBO, G1. Nomeado por Bolsonaro diretor-geral da PF, Alexandre Ramagem está na corporação desde 2005 e é amigo da família do presidente; veja perfil: Delegado assumiu a segurança do então candidato presidencial após facada em 2018 e foi

fotografado em réveillon com Carlos Bolsonaro. Nesta terça, Bolsonaro tornou sem efeito o decreto que havia nomeado Ramagem como diretor-geral da PF; reversão do ato foi publicada em edição extra do ‘Diário Oficial da União. G1, Brasília, p. 1, 28 abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/28/novodiretor-geral-da-pf-alexandre-ramagem-esta-na-corporacao-desde-2005-e-e-amigoda-familia-bolsonaro-veja-perfil.ghtml>. Acesso em: 1 mar. 2023

JELLINEK, Georg. Sistema dei diritti pubblici subietivi, trad. it., Milano: Giuffrè, 1912.

LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. Tradução: Renato Aguiar. 1 ed. São Paulo: Zahar, 2018.

MATTOSO, Camila. Entenda o interesse de Bolsonaro na troca do chefe da Polícia Federal no Rio: No início de maio, presidente atacou a imprensa e negou interferência na Polícia Federal. Folha de São Paulo, São Paulo, 20 maio 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/entenda-o-interesse-debolsonaro-na-troca-do-chefe-da-superintendencia-da-pf-no-rio.shtml>. Acesso em: 1 jun. 2022

MATOS, Vitor; BARBIERI, Luiz Felipe; D'AGOSTINO, Rosanne. Ex-juiz Sergio Moro anuncia demissão do Ministério da Justiça e deixa o governo Bolsonaro: Ex-juiz responsável por processos da Lava Jato, ele deixou a função em 2018 para assumir como ministro da Justiça. É a nona vez que um ministro deixa o cargo no governo Bolsonaro. G1, Rio de Janeiro, 24 abr. 2020. em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/24/moro-anuncia-demissao-doministerio-da-justica-e-deixa-o-governo-bolsonaro.ghtml>. Acesso em: 1 jun. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 13a. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

OLIVEIRA, Regiane. STF suspende nomeação de Alexandre Ramagem para o comando da PF: Alexandre de Moraes considerou que indicação de amigo dos Bolsonaro fere o “princípio da legalidade”, pois atenderia interesse pessoal do presidente. Bolsonaro diz, no entanto, que seu “sonho” de nomear o delegado ainda se concretizará. EL PAÍS, São Paulo, p. 1, 29 abr. 2020. Disponível em: Alexandre de Moraes considerou que indicação de amigo dos Bolsonaro fere o “princípio da legalidade”, pois atenderia interesse pessoal do presidente. Bolsonaro diz, no entanto, que seu “sonho” de nomear o delegado ainda se concretizará. Acesso em: 1 jun. 2022

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TALENTO, Aguirre; MEGALE, Bela. Bolsonaro defendeu em reunião troca na PF para evitar que familiares e aliados fossem prejudicados: Três fontes que acompanharam exibição do vídeo fizeram o mesmo relato ao GLOBO. O Globo, Rio de Janeiro 12 maio 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/bolsonarodefendeu-em-reuniao-troca-na-pf-para-evitar-que-familiares-aliados-fosseprejudicados-1-24422977>.

Acesso em: 1 jun. 2022