

A RELATIVIVIZAÇÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO À LIVRE NOMEAÇÃO DO CARGO EM COMISSÃO À LUZ DE MÉRIDA.

LA RELATIVIZACIÓN DE LA POTESTAD DISCRICIONAL AL LIBRE NOMBRAMIENTO DEL CARGO EN COMISIÓN A LA LUZ DE MÉRIDA.

COIMBRA, Mário¹

AMARAL, Sérgio Tibiriçá do²

RESUMO: A Constituição da República, a despeito de ter erigido o concurso público como regra de acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos, ressaltou que os cargos em comissão são de livre nomeação e exoneração. Esta aparente liberdade de o gestor público em tal nomeação esbarra, contudo, na necessidade de o agente ter um mínimo de vocação para o cargo, em face de o princípio da eficiência. Com a internalização da Convenção de Mérida essa exigência tornou-se ainda mais cristalina, de forma que a discricionariedade da nomeação tornou-se relativizada pelos preceitos de Mérida incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

RESUMO: La Constitución de la República, a pesar de tener erigido el concurso publico como regla de accesibilidad a los cargos, funciones e empleos públicos, ressaltou que los cargos en comisión son de libre nombramiento y exoneración. La aparente libertad del administrador público en dicho nombramiento, sin embargo, necesita el agente tener un mínimo de vocación por la posición, ante el principio de eficiencia. Con la internalización de

¹ Graduação em Direito pela Associação Educacional Toledo (1981) e mestrado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2001). É doutorando em Direito Constitucional na Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Atualmente é professor da Associação Educacional Toledo e promotor de justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo

² Mestre em Direito das Relações Públicas pela Universidade de Marília (1998); especialista em interesses difusos e coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo(1999) e mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino (2003). Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE (2011). Professor titular de Teoria Geral do Estado da FDPP das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo; Professor do Programa de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino(ITE) - Mestrado e Doutorado em Sistema Constitucional de Garantias da ITE-Bauru.

la Convención de Mérida esta demanda se convirtió aún más clara, por lo que la potestad discrecional de la nominación ha ser relativizada por los preceptos de Mérida incorporado en el sistema jurídico brasileño.

Palavras chaves: cargos em comissão – poder discricionário - princípio da eficiência – moralidade administrativa – Convenção de Mérida.

Palavras chaves: cargos en comisión – potestad discrecional – principio de la eficiencia – moralidad administrativa – Convención de Mérida.

1. Introdução.

O presente artigo discorreu inicialmente sobre o concurso público como instrumento destinado pela Constituição Federal para o preenchimento de cargos, funções e empregos públicos da Administração Pública, com a ressalva de que os cargos em comissão são de livre nomeação e exoneração.

O poder discricionário de o gestor público de prover os cargos em comissão foi também destacado no artigo, com todas as suas características singulares. Deu-se ênfase ao fato de que a aparente liberdade de o gestor encontra amparo justamente na necessidade de se otimizar a Administração Pública com uma modulação gerencial que não poderia ser concretizada, caso fosse ele compelido a se curvar perante o formalismo legal, em todos os atos, para laborar em prol do interesse público. Também foi esclarecido que seria impossível ao legislador modular todas as decisões futuras a serem tomadas pelo Administrador Público, daí a aplicação oportuna da discricionariedade, como exceção, ao formalismo legal que norteia a Administração Pública.

Discorreu-se, ainda, sobre os limites da discricionariedade que está sempre vinculada ao fim a que o legislador pretendeu alcançar com a liberdade concedida ao Administrador Público.

Assim foi apontado o princípio da eficiência como um importante vetor limitador da liberdade do gestor já que a nomeação de agente para os aludidos cargos deve recair sobre pessoas detentoras de um mínimo de vocação para servirem de instrumentos eficazes da

Administração Pública para melhor servirem aos cidadãos individual e coletivamente considerados.

Não se olvidou do princípio da moralidade administrativa que também constitui importante instrumento limitador da liberdade que o gestor tem na nomeação dos cargos em comissão já que o provimento de tais cargos deve recair em pessoas probas.

Deu-se ênfase, por fim, à Convenção de Mérida que, além de a exigência expressa no sentido de que todos os servidores públicos, em seu sentido lato, devam ser contratados levando-se em consideração os princípios da eficiência e da transparência, também é notória a preocupação da referida convenção com o respeito à probidade administrativa.

2. Discricionariedade e provimento dos cargos em comissão.

A Constituição da República albergou em seu artigo 37, incisos I e II o princípio da ampla acessibilidade aos brasileiros quanto à ocupação de cargos, funções e empregos públicos, com extensão aos estrangeiros, na forma da lei, mediante aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Ressalva a Lei Magna, contudo, que os cargos em comissão são de livre nomeação e exoneração, desde que previamente descritos em lei, devendo ser observado que a legislação deverá prever um percentual mínimo de cargos de direção, chefia e assessoramento que deverá ser preenchidos por servidores de carreira.

Os cargos de provimento em comissão, pela disposição normativa contida no preceito constitucional enfocado, podem ser definidos como “[...]aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual também pode exonerar *ad nutum*, isto é, livremente quem os esteja titularizando” (MELLO, 2010, p.305-306).

Odete Medauar prefere conceituar o cargo em comissão (2009, p.274) como:

[...]aquele preenchido com o pressuposto da temporariedade. Esse cargo, também denominado cargo de confiança, e ocupado por pessoa que desfruta da confiança daquele que nomeia ou propõe a nomeação...Com a mesma facilidade com que é nomeado o titular de cargo em comissão, ele o perde, sem garantia alguma, pois é de livre exoneração – daí dizer-se que seus ocupantes são demissíveis *ad nutum*, pois esta expressão significa literalmente ‘um movimento de cabeça’.

Quanto ao fato de o detentor do cargo em comissão poder ser exonerado *ad nutum* é digno de nota o registro de que exoneração consiste no “[...]desligamento sem caráter

sancionador, e tanto pode ter lugar ‘a pedido’ do servidor quanto *ex officio*, isto é, por deliberação espontânea da Administração[...]”(MELLO, 2010, p.306).

Verifica-se, assim, que o gestor público brasileiro se reveste do poder discricionário para nomear pessoas estranhas aos servidores públicos de carreira para ocupar cargos importantes na estrutura da Administração Pública.

Para que possa aquilatar a dimensão da liberdade do gestor na aludida nomeação impõe-se a análise do alcance do poder discricionário.

Se o princípio da legalidade estabelece modulagens estanques ao gestor na prática do ato e/ou contrato administrativo condicionando a sua eficácia ao prévio cumprimento do formalismo imposto pelo legislador, o poder discricionário, por sua vez, permite ao gestor público praticar determinados atos com inteira liberdade quanto à conveniência, oportunidade e conteúdo.

Muito a propósito, leciona Hely Lopes Meirelles (2010, p.121) que: “o poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”.

Nunca é demais lembrar que esta liberdade concedida ao gestor público visa justamente instrumentalizar a Administração Pública de mecanismos eficientes para melhor deliberar de forma exitosa sobre desafios a serem enfrentados, que o legislador é incapaz de prever.

Se o gestor público não deve se afastar do ordenamento jurídico na realização dos atos administrativos, não se pode olvidar que seria impossível normatizar toda a sua conduta na gerência da Administração Pública sendo justificável, assim, a concessão de liberdade, como exceção, na realização de alguns atos e/ou contratos administrativos.

Assim embora todo ato de a Administração Pública deva se curvar ao formalismo legal a prática do ato discricionário rompe com as modulações estanques a permitir que o gestor realize o ato com a liberdade outorgada pela própria lei.

Bandeira de Mello (1993, p.09) define esta atuação discricionária, no sentido de que:

[...] em decorrência do modo pelo qual o Direito regulou a atuação administrativa, resulta para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação subjetiva sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos, assistindo-lhe, então, sobre eles prover na conformidade de uma intelecção, cujo acerto seja irredutível à objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa.

Buscando diferenciar o ato vinculado do discricionário pondera Hely Lopes Meirelles (2010, p.122) que:

A faculdade discricionária distingue-se da vinculada pela maior liberdade de ação que é conferida ao administrador. Se para a prática de um ato vinculado a autoridade pública está adstrita à lei em todos os seus elementos formadores, para praticar um ato discricionário é livre, no âmbito em que a lei lhe concede essa faculdade.

3. Princípios constitucionais

É desafiador, no entanto, aquilatar a dimensão desta liberdade do gestor na prática do ato discricionário e aferir, principalmente, se os princípios constitucionais constituem mecanismos constritores da liberdade concedida ao Administrador na prática dos referidos atos.

Os princípios constitucionais como pilastras de sustentação do próprio ordenamento jurídico revestem-se dos “vetores condutores dos grandes valores consagrados na Constituição e no ordenamento jurídico, de modo a dotar-lhes de um sentido próprio”(COELHO, 2002, p.50).

Registra Costa Coelho (2002, p.50), ainda, que:

Em razão da carga axiológica de que são portadores, os princípios, por sua vez, situam-se no próprio coração da Constituição, numa posição de imperioso destaque...Os princípios refletem um posicionamento ideológico do Estado e da Nação frente aos diversos valores da humanidade. Bem por isso, a administração pública, na gestão do Estado, na condução das políticas públicas e em suas relações com os administrados, não pode ignorá-los; antes, ao contrário, está a eles vinculada, mesmo nas hipóteses de atuação discricionária...é preciso que o ato emanado, ainda, que de natureza discricionária, esteja em harmonia com os fins de os valores do ordenamento jurídico.

A reverência a tais princípios não escapou à argúcia de Lúcia Valle Figueiredo (2003, p.207/208) para quem “[...]a discricionariedade, como foi escrita, deve provir da valoração do intérprete dentro de critérios de razoabilidade e da principiologia do ordenamento. E pode ser controlada pelo Judiciário”. Acrescenta a mesma autora (p.63) que: “[...]os princípios constitucionais formam um todo coerente, espelham os valores do Estado Democrático de Direito e norteiam toda a conduta administrativa”.

Anota Eberhard Schimdt-Assmann (2003, p.221) que:

[...]discricionariedade não significa ‘liberdade de escolha’. A Administração não escolhe livremente uma opção determinada, já que, como poder em todo momento dirigido pelo Direito, deve orientar-se segundo os parâmetros estabelecidos na Lei...A estes parâmetros se unem os da Constituição...Ainda devem ser observados os critérios da eficácia econômica ou rentabilidade e de austeridade.

Não é por outra razão que a Lei Federal nº 9.784/99 impõe à Administração Pública, no seu artigo 2º, a submissão a todos os princípios, com especificidade aos da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Aliás, a aludida norma, na lição de Meirelles (2010, p.88):

[...]embora de natureza federal, tem verdadeiro conteúdo de normas gerais da atividade administrativa não só da União, mas também dos Estados e Municípios...por esses padrões é que deverão se pautar todos os atos e atividades administrativas de todo aquele que exerce o poder público.

Mais incisiva, a legislação alemã determina expressamente que quando uma autoridade administrativa está autorizada a agir discricionariamente, não pode ela se afastar da finalidade de a autorização e dos limites do próprio poder discricionário. Também autoriza o tribunal a examinar o ato administrativo visando aferir se não foi ele praticado de forma antijurídica. Analisando a denominada lei do procedimento administrativo, ensina Hartmut Maurer (2001, p.50) que: “Ambas as prescrições mostram que não existe um poder

discricionário livre, mas somente um juridicamente vinculado. Se a autoridade não observa essas vinculações, ela atua antijudicialmente”.

Enfocando com cientificidade o tema , leciona Gustavo Binbenbom (2006, p.198) que a discricionariedade é:

[...]um espaço decisório peculiar à Administração, não de escolhas puramente subjetivas, mas que se define pela prioridade das autoridades administrativas na fundamentação e legitimação dos atos e políticas públicas adotados, dentro de parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição, pelas leis ou por atos normativos editados pelas próprias entidades da Administração.

Verifica-se, portanto, que os princípios norteadores da Administração Pública não podem ser ignorados pelo gestor, mesmo no ato discricionário. Registra, neste sentido, Coelho (2002, p.50) que “[...]nos atos discricionários se concede à administração a opção de decidir sobre seu conteúdo. Mas essa decisão não é livre nem incontrastável, porque deve estar adequada ao ordenamento jurídico e aos princípios constitucionais.”

No mesmo sentido, registra Ernst Forsthoff (1958, p.138) ensinando que:

O direito de exercitar seu poder discricionário, não libera a Administração de um comportamento adequado nem da observância do Direito. Também o exercício do poder discricionário se move, efetivamente, dentro do marco da ordem jurídica...O poder discricionário está submetido à chamada moralidade administrativa. ...A submissão da Administração à moral administrativa ...significa que a Administração não pode proceder nem caprichosa nem arbitrariamente. Uma ação é caprichosa quando está determinada exclusivamente por considerações subjetivas[...]

Paulo Bonavides (2011, p.286) , em brilhante lição sobre os princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico, preleciona que:

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo

inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais.

Canotilho (2003, p.446) ao analisar o poder discricionário da Administração Pública ensina que: “[...] quando a administração pratica actos no exercício de um poder discricionário, ela está obrigada a actuar em conformidade com os direitos, liberdades e garantias”.

Pondera, ainda, Patrícia Baptista (2003, p.91) ao destacar o papel dos princípios no controle da Administração Pública que:

A mais destacada atuação dos princípios constitucionais no âmbito do direito administrativo se verifica no aperfeiçoamento do controle da Administração Pública, sobretudo no controle da discricionariedade[...]a partir do reconhecimento de que o Direito é um sistema não só de regras, mas também de princípios igualmente vinculantes, a discricionariedade passou a ser considerada com um espaço de ponderação, reservada àqueles casos difíceis, de concorrência entre princípios.

3.1 Eficiência e moralidade administrativa

Vê-se, portanto, que se o gestor público detém o poder discricionário de nomear livremente os cargos em comissão há que se harmonizar o referido poder com o princípio da eficiência que, na lição de José Afonso da Silva (2010, p.672) significa:

[...]a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados.

Ensina-se, aliás, (BARRA, 1998, p.100) que “a eficácia-eficiência se convertem, para a Administração pública moderna, em parâmetros de valoração da ação governamental”.

Melhor definindo o instituto, ensina Pazzaglini Filho (2007, p.34) que:

A eficiência no trato das coisas públicas significa a obrigação de o agente público agir como eficácia real e concreta, isto é, de o administrador aplicar, sempre, no desempenho de suas atividades públicas, as medidas ou soluções, entre as previstas em abstrato no ordenamento jurídico, mais positivas (operativas, razoáveis, racionais e de maior eficácia), para a realização satisfatória das finalidades públicas almejadas pela sociedade.

Complementa Floriano de Azevedo Marques Neto (2010, p.208), ao se referir à eficiência da Administração que:

Trata-se de uma sinalização clara do dever (agora constitucionalizado) de que atuação e organização administrativas se voltem a eficazmente satisfazer as finalidades públicas. Mas o dever de eficiência ainda cumpre um segundo objetivo: deve ser entendido como parâmetro de controle, de aferição permanente do atendimento das finalidades na atuação do poder público, refletindo um direito subjetivo ao recebimento da boa prestação administrativa.

Embora o cargo em comissão seja de livre nomeação, o gestor não pode olvidar do princípio da eficiência, de forma que, mesmo para tais cargos, há que se exigir um mínimo de qualificação, sob pena de a Administração Pública tornar-se um mero instrumento a serviço dos detentores do poder político e de seus apaniguados.

O preenchimento dos cargos em comissão pelo denominado loteamento das repartições públicas, sem a preocupação de a nomeação recair em agentes descompromissados com os deveres ínsitos à Administração Pública constitui vilipêndio inaceitável aos princípios anotados. Nunca é demais lembrar que o poder concedido ao gestor público é relativizado pelos deveres inerentes ao cargo, com destaque para a reverência aos preceitos constitucionais.

De fato, o poder discricionário tem por escopo atingir uma finalidade pública e a liberdade concedida ao legislador visa justamente iluminar uma solução exitosa ao caso concreto que não se conseguiria atingir com fórmulas estanques.

Debruçando-se sobre o poder-dever do gestor, ensina Bandeira de Mello (2010, p.98) que:

Segue-se que tais poderes são instrumentais: servientes do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolúvelmente atrelados: Logo, aquele que desempenha função tem, na realidade, deveres-poderes. Não ‘poderes’ simplesmente. Nem mesmo satisfaz configurá-los como ‘poderes-deveres’, nomenclatura divulgada a partir de Santi Romano. Com efeito, fácil é ver-se que a tônica reside na ideia de dever, não na de ‘poder’...Ora, a Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetiva-las para colimar interesse de outrem: o da coletividade. É em nome do interesse público – do corpo social – que tem de agir, fazendo-o na conformidade da *intentio legis*. Portanto, exerce ‘função’, instituto – como visto – que se traduz na ideia de indeclinável atrelamento a um fim preestabelecido e que deve ser atendido para o benefício de um terceiro. É situação oposta à da autonomia da vontade típica do Direito Privado. De regra, neste último, alguém busca, em proveito próprio, os interesses que lhe apeteçam, fazendo-o, pois, com plena liberdade.

Esposando a tese de que o ato discricionário pode ser revisto pelo Estado-Juiz leciona Costa Coelho (2002, p.49) que:

Importa ressaltar que a existência de uma possibilidade de opção discricionária não torna imune a atividade administrativa ao controle jurisdicional, uma vez que sua atribuição ao administrador público não significa um ‘cheque em branco’ ou a possibilidade de opções desarrazoadas, personalíssimas, preconceituosas e, sobretudo, ofensiva aos vetores axiológicos do ordenamento jurídico...O que importa notar, portanto, é que o exercício de faculdades discricionárias não só não dispensa a administração pública do respeito à principiologia constitucional como ainda obriga a consagrá-las em todos os seus atos. Não há, portanto, no poder discricionário, nem vontade absolutamente livre do administrador nem a pretensa imunidade a seu controle .

No mesmo sentido, leciona Odete Medauar (2009, p.406) que:

A tendência de ampliação do controle jurisdicional da Administração se acentuou a partir da Constituição Federal de 1988. O texto de 1988 está impregnado de um espírito geral de priorização dos direitos e garantias ante o poder público. Uma das decorrências desse espírito vislumbra-se na indicação de mais parâmetros da atuação, mesmo discricionária, da Administração, tais como princípio da moralidade e o princípio da impessoalidade. O princípio da publicidade, por sua vez, impõe transparência na atuação administrativa, o que enseja maior controle. ...Hoje, no ordenamento pátrio, sem dúvida, a legalidade assenta em bases mais amplas e, por conseguinte, há respaldo constitucional para um controle jurisdicional mais amplo sobre a atividade da Administração, como coroamento de uma

evolução já verificada na doutrina e na jurisprudência antes de outubro de 1988.

Tal posição doutrinária não destoa da lição de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernández (2006, p.491-492), os quais prelecionam que :

Pela maneira diferente de atuar, o exercício do poder discricionário da Administração comporta um elemento substancialmente diferente: a inclusão no processo aplicativo da lei de uma previsão subjetiva da própria Administração com a qual se completa o quadro legal que condiciona o exercício do poder ou seu conteúdo particular. Há que se anotar, entretanto, que essa previsão subjetiva não é uma faculdade extralegal que emerge de um suposto poder originário da Administração, anterior ou marginal ao Direito; ao contrário, é uma previsão cuja relevância decorre de haver sido citada expressamente pela Lei justamente com esse caráter. Por isso, a discricionariedade, frente ao que se pretendia antiga doutrina, não é uma suposição de liberdade da Administração frente à norma, bem ao contrário, a discricionariedade é um caso típico de remissão legal: a norma remite parcialmente para completar o quadro regulativo do poder e as condições para o seu exercício[...].

4. A relativização do poder discricionário de prover os cargos em comissão

Assim, embora a nomeação dos cargos em comissão deva, de fato, ser discricionária, pela própria natureza da função, não pode ser olvidada a diretriz constitucional estabelecida pelo próprio “caput, do artigo 37 que impõe a reverência aos princípios citados.

Há, como bem pondera Bandeira de Mello, citando Gido Falzone (1993, p.37) “[...]um dever jurídico de boa administração e não apenas um dever moral ou de Ciência da Administração, porque a norma só quer a solução excelente[...]”.

Evidentemente, a liberdade concedida ao gestor traz implicitamente sua capacidade gerencial de escolher bem agentes públicos e/ou políticos para ocupar tais cargos visando justamente o que preconizou a Constituição ao excetuar a regra geral do concurso público, que é impulsionar a Administração Pública trazendo para servi-la cidadãos comprometidos com medidas inovadoras de modernização da gerência pública de forma a torná-la mais acessível e eficiente.

O desafio paradigmático à sociedade brasileira e às instituições públicas do país ainda constitui alcançar os objetivos fundamentais da República Federativa no Brasil emoldurados no artigo 3º da nossa Carta.

A existência de uma Administração Pública fortalecida com agentes vocacionados ocupantes de cargos estratégicos destinados à livre nomeação constitui conquista plausível a se atingir o desiderato objetivado pela Constituição da República.

Aliás, em face da existência de fortes contrastes econômicos e sociais no Brasil é digno de registro a lição de Valéria Alpino Bigonha Salgado (2012, p.87) para quem:

A intervenção direta do Estado na promoção do desenvolvimento social e econômica é importante para assegurar oportunidades e direitos democráticos essenciais aos cidadãos, especialmente em sociedades como a brasileira, em que ainda há baixos índices de cidadania e de organização política social.

De fato, como bem ensina Maria Paula Dallari Bucci (2006, p.02):

O atraso econômico, a desigualdade social e cultural, além do profundo desnível na distribuição de renda, perpetuados pelo sistemas políticos e social, devem ser levados em conta na reflexão sobre as estruturas jurídicas e institucionais do Estado brasileiro, em particular a Administração Pública

Verifica-se, assim, que a aplicação do princípio da discricionariedade na nomeação dos cargos em comissão encontra-se vinculada a uma finalidade pública tangível que é a eficiência na gestão pública, para que possa a Administração atingir os fins já preconizados.

Registra, Hely Lopes Meirelles (2010, p.92), a respeito do tema que:

[...]a finalidade terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público. Todo ato que se apartar desse objetivo sujeitar-se-á a invalidação por desvio de finalidade...Desde que o princípio da finalidade exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador dica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros.

Anota, ainda, Bruno Miragem (2011, p.344) que:

[..]é critério para exame da validade do ato administrativo a ausência absoluta da finalidade de beneficiar ou prejudicar determinadas pessoa, ou seja, sem causa objetiva e razoável de diferenciação, tanto em relação ao motivo indicado ao ato (situação de direito e de fato que o autoriza), quanto, com mais razão, ao seu móvel (a finalidade subjetiva do agente que o promove).

Pondera, também, no mesmo sentido Marcelo Harger (2001, p.112) assinalando que: “[...]o processo administrativo somente pode ser instaurado para atingir ao fim específico para o qual foi previsto. A busca de finalidade diversa daquela prevista por lei vicia o processo administrativo *ab initio*”.

Contudo, é digno de preocupação o depauperamento da moralidade administrativa que tem levado agremiações políticas travestidas de partidos políticos detentores do poder político e do executivo a partilharem cargos públicos impulsionados pela denominada corrupção institucionalizada com gravíssima lesão aos princípios enfocados.

Neste sentido, é oportuna a lição de Sérgio Habib (1994, p.26):

[...]a corrupção não é sinal característico de nenhum regime, de nenhuma forma de governo, mas decorrência natural do afrouxamento moral, da desordem e da degradação dos costumes, do sentimento de impunidade e da desenfreada cobiça por bens materiais, da preterição da ética e do exercício reiterado e persistente da virtude, substituindo-se pelas práticas consumistas e imediatistas tão caras ao hedonismo. Esta constatação é possível pelo cotejo da história, pelo estudo da trajetória do homem através dos tempos, donde se infere que a corrupção esteve presente por todo o tempo, contida e limitada, em alguns períodos, crescente e fortalecida em outros, incomensurável e avassaladora em outros tantos. Nenhuma outra fase do Brasil-República, decerto, terá suplantado a que se instalou a partir dos anos sessenta, chegando aos dias atuais, tal o nível de corrupção a que se atingiu e tamanha e indignação popular, face à postura cínica dos que nela se envolveram.

De fato, o loteamento de cargos públicos no Brasil alimentado pelo clientelismo político e a necessidade de perpetuação no poder, representa, também, gravíssimo atentado ao princípio da moralidade administrativa., além é claro, da ofensa aos postulados da eficiência e da finalidade.

Registre-se, por oportuno, a seguinte advertência de Odete Medauar (1992, p.187):

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

Dissertando sobre as vantagens da remuneração dos cargos em comissão, anota José Torres Pereira Júnior (2009, p.744):

O mais comum dos quais é a destinação desses cargos e funções para pessoas cujo único mérito é o do relacionamento de amizade com as autoridades competentes para as respectivas nomeações e designações. Relega-se a plano inferior a importância que o proficiente exercício de uns e outras tem para o corrente funcionamento da administração estatal...De há muito se corrompeu o conceito e as funções gratificadas espalharam-se por todos os níveis da Administração, distribuídas sem critério entre servidores e não-servidores. Mais a estes do que àqueles.

Frise-se que o princípio da moralidade administrativa, na lição de Bandeira de Mello (2010, p.119) consiste no fato de que: “[...]a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito”.

Comentando dispositivo semelhante da constituição colombiana, leciona Jaime Orlando Santofimio G. (1998, p.102) que:

[...]a moralidade a que faz referência o constituinte não é outra que a de um adequado comportamento do servidor público a respeito das formalidades e finalidades que se derivam do princípio do respeito para com a legalidade. A moralidade do servidor público como tal só pode ser medida diretamente com os parâmetros deduzidos de os princípios, valores e normas às quais se encontra sujeito.

Assim a utilização da máquina administrativa, para obtenção de proveito pessoal para si ou para outrem, postergando-se o interesse público, constitui, conduta traduzida como repugnante e atentatória aos princípios norteadores da administração pública, notadamente o da moralidade.

E se o conceito popular de moralidade foi mitigado, no decorrer das centúrias, o mesmo não ocorreu com o da moralidade administrativa, expressão da ética que deve pautar a conduta do agente público.

5. A Convenção de Mérida

No entanto, se ainda poderia subsistir dúvida sobre a necessidade do gestor atentar para um mínimo de eficiência e moralidade administrativa na escolha do agente para ocupar um cargo em comissão, o advento da Convenção de Mérida descortinou o oráculo da moralidade administrativa e da reverência que o gestor deve ter para com os princípios constitucionais e os cidadãos coletivamente considerados estampando de forma clarividente a imperatividade de a escolha do agente público recair sobre cidadãos comprometidos com a Administração Pública.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção realizada em Mérida, Yucatan, México, no período de 09 a 11 de dezembro de 2003, entrou em vigor, no dia 14 de dezembro de 2005, por ter reunido na aludida data, a ratificação mínima de trinta Estados Partes, de conformidade com a disposição normativa contida no seu artigo 68.

A aludida Convenção foi ratificada no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Além de o comprometimento dos Estados-Partes com a introdução de medidas preventivas e repressivas à corrupção, merece encômio o fato de tal ação tornar-se um estandarte modulado pelo Direito Internacional.

Registre-se que, além da Convenção enfocar a corrupção como gênero de outras figuras atentatórias ao patrimônio público e à probidade administrativa, como o peculato, a prevaricação, a advocacia administrativa, também enriqueceu o ordenamento com a figura da corrupção no setor privado, fomentando os Estados Partes a reprimirem também tal modalidade de corrupção, com a imputação de responsabilidade, inclusive, à pessoa jurídica.

Neste sentido, o Estado brasileiro, através da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, normatizou a responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública.

Quanto ao funcionário público, assim, definido no artigo 2º, como toda pessoa que ocupe um cargo, uma função ou que preste um serviço público no legislativo, executivo ou judiciário, de forma permanente ou temporário, remunerado ou honorário, verifica-se que a aludida Convenção, exige expressamente no artigo 7º, 1, a que a contratação ou convocação

seja embasada “em princípios de eficiência e transparência e em critérios objetivos como o mérito, a equidade e a aptidão”.

Em complemento, estabelece a alínea *d* que os Estados Partes:

Promoverão programas de formação e capacitação que lhes permitam cumprir os requisitos de desempenho correto, honroso e devido de suas funções e lhes proporcionem capacitação especializada e apropriada para que sejam mais conscientes dos riscos da corrupção inerentes ao desempenho de suas funções. Tais programas poderão fazer referência a códigos ou normas de conduta nas esferas pertinentes.

Além da eficiência expressamente exigida de todos os agentes públicos e/ou políticos a Convenção enfocada também estabeleceu em seu artigo 8º, item 2 que: “.

Em particular, cada Estado Parte procurará aplicar, em seus próprios ordenamentos institucionais e jurídicos, códigos ou normas de conduta para o correto, honroso e devido cumprimento das funções públicas.

Vê-se, portanto, que há uma claríssima preocupação da Convenção no sentido de que os agentes públicos palmilhem o caminho da probidade administrativa.

Registre-se, por oportuno, que a Convenção enfocada, após a aprovação pelo Congresso Nacional e a ratificação pelo Presidente da República, passou a ter plena vigência e eficácia no ordenamento jurídico brasileiro.

Como bem ensina Valério de Oliveira Mazzuoli (2009, p.337):

Aprovado o tratado pelo Congresso, e sendo este ratificado pelo Presidente da República, suas disposições normativas, com a publicação do texto, passam a ter plena vigência e eficácia internamente. E de tal fato decorre a vinculação do Estado no que atine à aplicação de suas normas, devendo cada um dos seus Poderes cumprir a parte que lhes cabe nesse processo: ao Legislativo cabe aprovar as leis necessárias, abstendo-se de votar as que lhes sejam contrárias; ao Executivo fica a tarefa de bem e fielmente regulamentá-la, fazendo todo o possível para o cumprimento de sua fiel execução; e ao Judiciário incumbe o papel preponderante de aplicar os tratados internamente, bem como as leis que o regulamentam, afastando a aplicação de leis nacionais que lhes sejam contrárias.

À luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a referida Convenção passou a ter vigência no Brasil, com força de lei ordinária. No julgamento da medida cautelar proferido na ADI-MC nº 1.4830-3/DF, publicado no DJU de 18.05.01, a Excela Corte proferiu o seguinte Acórdão ilustrativo:

No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. [...]Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regulamente incorporados ao direito interno, situam-se no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico... (lex posterior derogat priori) ou quando cabível, do critério da especialidade[...]

A internalização, portanto, da Convenção de Mérida complementa os princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, já contemplados pela Constituição da República, no sentido de que todos os agentes detentores de cargos em comissão devem se revestir de um mínimo de vocação para o cargo, de forma a reverenciar os princípios da eficiência, finalidade e da moralidade administrativa.

6. Conclusão

A acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos no Brasil é permitida através de concurso público, sendo que uma das exceções apontadas pela Constituição da República constitui o provimento de cargos em comissão de livre nomeação e exoneração.

Em face da impossibilidade de normatizar toda a conduta gerencial do gestor público o legislador lhe concede o poder discricionário, como exceção, para a realização de alguns atos administrativos, dentre eles, o poder de nomear agentes para ocuparem cargos em comissão.

A discricionariedade, contudo, encontra limites no próprio fim preconizado pela lei e pela Constituição da República, notadamente, pelos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, de forma que a liberdade do gestor é apenas aparente, já que está ela modulada pelos princípios enfocados.

Assim, a nomeação de agentes para cargos em comissão deve ser guiada pelo princípio da eficiência, de forma que o agente nomeado deve ter um mínimo de vocação para o cargo.

A Convenção de Mérida descortinou o oráculo da moralidade administrativa e da reverência que o gestor deve ter para com os princípios constitucionais e os cidadãos coletivamente considerados estampando de forma clarividente a imperatividade de a escolha do agente público recair sobre cidadãos comprometidos com a Administração Pública.

O artigo 7º da aludida Convenção não deixa dúvida sobre a necessidade de se atentar para os princípios da eficiência e da transparência, na nomeação do funcionário público, aqui considerado em sentido lato.

O texto em exame evidencia, ainda, a reverência à probidade administrativa que deve partir de todo agente público e/ou político.

Verifica-se, assim, que o advento da Convenção de Mérida impõe ao Brasil e aos demais Estados Partes o máximo respeito à probidade administrativa devendo ser afastado, portanto, o clientelismo político na nomeação de cargos públicos que enodoa a Administração Pública, cuja eficiência e moralidade administrativa são postergadas para o favorecimento dos detentores do poder político em detrimento da eficiência da gerência pública.

BIBLIOGRAFIA

- ASSMANN, Eberhard Schmidt. **La teoria general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Trad. de Mariano Bacigalupo *et all*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública/Marcial Pons, 2003.
- BARRA, Rodolfo Carlos. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.
- BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovas, 2003.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovas, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILLO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed.Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. Bogotá: Palestra-Temis, 2006. T.I.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6.ed. são Paulo: Malheiros, 2003.

FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de derecho administrativo**. Trad.Legaz Lacambra *et all*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. **Tratado de derecho administrativo**. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998, T.II.

HABIB, Sérgio. **Brasil: quinhentos anos de corrupção**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1994.

HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.). **Nova organização administrativa brasileira**. 2.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2001.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 3.ed. São Paulo: R.T., 2009.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: R.T., 1992.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13. ed. São Paulo: RT, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes *et all*. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2.ed.São Paulo: Malheiros, 1993.

MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: RT, 2010.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentário ao artigo 37, incisos e parágrafos. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coords.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2009.

SALGADO, Valéria alpino Bigonha. **Manual de administração pública democrática**. Campinas: Saberes Editora, 2012.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.