

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E SUA APLICABILIDADE AOS CASOS DE PROMOÇÃO/REMOÇÃO POR MERECIMENTO DE MAGISTRADOS E AGENTES DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Fábio Medina Osório

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Doutorando em Direito Administrativo na Universidade Complutense de Madrid, Espanha

Um dos básicos princípios constitucionais que regem a Administração de todos os Poderes da República e Instituições públicas nacionais é, sem dúvida, o da motivação dos atos administrativos. Na Constituição Federal brasileira de 1988 (CF), o princípio da motivação aparece de diversas formas: ora explicitamente, como o é para a atividade administrativa do Judiciário, ora implicitamente, quando decorre, de forma lógica, racional, doutrinária e jurisprudencialmente aceita, da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade, eficiência administrativas e, fundamentalmente, da controlabilidade judiciária dos atos administrativos.

A exigência de fundamentação dos atos jurisdicionais e administrativos tem raízes no princípio constitucional implícito de interdição à arbitrariedade dos Poderes Públicos, nos princípios democrático, do devido processo legal, da segurança jurídica, igualdade, proporcionalidade e direitos de defesa de posições jurídicas (SCARCIGLIA, Roberto, *La motivazione dell'atto amministrativo*, Giuffrè ed., Milano, 1999, pp.23 e ss; SALINA, Pedro Gonzalez, *La motivación arbitraria de las sentencias*, in Revista Española de Derecho Administrativo número 082, abril-junho de 1994, Civitas, Madrid; BERGHOLTZ, Gummar, “*Ratio et Auctoritas*”: *algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas*, in DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho número 8, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, Alicante, 1990, pp.75-85).

Há indicações de que não há espaço a controvérsias quanto à existência de um princípio constitucional, implícito e explícito, de motivação dos atos

administrativos e judiciários. Trata-se de matéria já pacificada pelos Tribunais no que tange ao controle dos atos administrativos praticados pelo Poder Executivo e atos judiciais realizados por autoridades judiciárias. Nesse passo, tem o Ministério Público cumprido um papel corajoso e eficiente de controle e impugnações de atos administrativos lesivos aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública e atos judiciais imotivados e arbitrários (STJ – Rec. HC 4.851 – 6ª T. – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – DJU 27.05.1996; TRF 3ª R. – AI 96.03.027051-2 – SP – 2ª T. – Rel. Des. Fed. Aricê Amaral – DJU 18.11.1998 – p. 384; TJPR – Reex. Nec. 43.324-9 – Ac. 12.277 – 1ª C. Cív. – Rel. Des. Pacheco Rocha – DJ 05.02.1996).

Não obstante essa indiscutível certeza teórica de que os atos administrativos devam ser fundamentados, partilhada pela esmagadora maioria dos operadores jurídicos e cientistas do Direito, têm havido, na prática, muitas dificuldades para a aplicação concreta e sobretudo espontânea desse princípio, notadamente no âmbito de Instituições fiscalizadoras por excelência, quais sejam, os Ministérios Públicos e os Judiciários estaduais e federal.

Um exemplo importante de desrespeito e desprezo pela exigência constitucional antes referida se encontra nos atos de promoção e remoção, por merecimento, de membros do Ministério Público e Magistratura, nas respectivas carreiras. Em inúmeros Estados brasileiros (se não todos, certamente a grande maioria), e, ao que consta, também no plano federal, as autoridades administrativas não motivam tais atos, não registram, documentadamente, suas razões fático-jurídicas. Agentes do Ministério Público e da Magistratura são removidos e promovidos, tranqüila e silenciosamente, por merecimento, sem suporte em atos administrativos motivados.

No caso do Ministério Público gaúcho, a Lei número 7.669, de 17 de junho de 1982 (Lei Orgânica do Ministério Público do Rio Grande do Sul), em vias de ser reformada, consagra, em seu art. 27, II, a chamada “votação secreta” para composição da lista tríplice dos candidatos à promoção ou remoção por merecimento na carreira. Hoje, o Conselho é quem decide

sobre as promoções e remoções por merecimento, mas persiste a votação imotivada e secreta, corporificada em insólitas “atas” administrativas, nas quais se reflete apenas o resultado final da votação e os nomes dos Conselheiros-votantes, silenciando-se a respeito do conteúdo e teor do voto de cada Conselheiro.

Desnecessário seria lembrar a importância dos critérios de merecimento na carreira, seja porque se trata de imposição legal e constitucional, seja porque, efetivamente, o sistema de promoções por méritos tem sido adotado nas legislações mais avançadas em matéria administrativa. O princípio do mérito, nas promoções funcionais de agentes públicos, está na ordem do dia em face da introdução na CF do princípio da eficiência, o qual alcança, “por supuesto”, a Administração de qualquer dos Poderes da República e Instituições públicas. Mais ainda, sistemas que avaliam o mérito dos agentes públicos estão vinculados à obediência de interesses gerais e princípios constitucionais que regem as Instituições públicas, tais como a igualdade de acesso às funções e cargos públicos e a necessidade de especialização funcional. No caso, trata-se de cargos distribuídos por merecimento a agentes políticos inamovíveis, é dizer, a situação envolve interesses difusos de toda a sociedade, que é, em última análise, a destinatária final da atuação de tais autoridades, as quais devem ostentar plena (e responsável) independência funcional por força da CF.

Os critérios de merecimento estão plasmados na CF, nas Leis Federais e Estaduais que regem a matéria, não podendo ser caprichosamente criados pelas autoridades administrativas, judiciárias (no controle de demandas) ou mesmo legislativas estaduais, estas últimas balizadas pela inafastável exigência de objetividade dos critérios. Resumidamente, para a Magistratura, devem constar, desde o ângulo do constituinte de 1988, a “presteza e segurança no exercício da jurisdição, frequência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento, bem como dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz à primeira quinta parte da lista de antiguidade desta, salvo se não houver, com tais requisitos, quem aceite o lugar vago (art. 93, II, “b” e “c”)”. Para o Ministério Público, hão de prevalecer os requisitos previstos no art. 61, II, da Lei 8625, de 12 de fevereiro de 1993, que diz que *o merecimento* deve ser apurado pela atuação

do membro do Ministério Público em toda a carreira, com prevalência de critérios de ordem objetiva, levando-se inclusive em conta sua conduta, operosidade e dedicação no exercício do cargo, presteza e segurança nas suas manifestações processuais, o número de vezes que já tenha participado de listas, bem como a frequência e o aproveitamento em cursos oficiais, ou reconhecidos, de aperfeiçoamento. Os critérios das Leis Orgânicas Estaduais não podem afastar-se da objetividade exigida pela CF e por Leis Federais.

A Lei número 6.536, de 31 de janeiro de 1973 (Estatuto do Ministério Público gaúcho), em seu art. 26, parágrafo 3º, consagra a necessidade de o merecimento na carreira ser aferido por “critério de ordem objetiva”, levando-se em consideração os seguintes fatores: a) a vida pública e particular do agente ministerial, o conceito que goza na Comarca segundo as observações feitas em correições, visitas de inspeção ou informações idôneas e o mais que conste do prontuário; b) a pontualidade e a dedicação no cumprimento das obrigações funcionais, a atenção às instruções do Procurador-Geral e do Corregedor-Geral, aquilatadas pelos relatórios de suas atividades e pelas observações feitas nas correições e visitas de inspeção; c) a contribuição à organização e melhoria dos serviços judiciários e correlatos; d) o aprimoramento de sua cultura jurídica, através de cursos especializados, publicações de livros, teses, estudos e artigos e obtenção de prêmios, relacionados com sua atividade funcional; e) atuação em Comarca que apresente particular dificuldade ao exercício das funções. Trata-se de critérios que exigiriam, teoricamente, uma farta motivação administrativa para seu reconhecimento ou rejeição. A Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo, Lei número 734, de 26 de novembro de 1993, posterior à LOMIN, no art. 133 e seguintes, Seção II do Capítulo IV, do Livro I, do Título II, consagra um conjunto de critérios preponderantemente objetivos para o merecimento na carreira, tais como: *art.134, I* - conduta pública e privada do agente ministerial e conceito que goza na Comarca; II - operosidade e dedicação ao cargo; III - presteza e segurança nas suas manifestações processuais; IV - eficiência no desempenho das funções, verificada através das referências dos Procuradores de Justiça em sua inspeção permanente, dos elogios insertos em julgados de Tribunais, da publicação de trabalhos forenses de sua autoria e das observações feitas em correições em visitas de inspeção; V - número de vezes que já tenha

participado de listas de promoção; VI - frequência e aproveitamento em cursos oficiais, ou reconhecidos, de aperfeiçoamento; VII - aprimoramento de sua cultura jurídica, através da publicação de livros, teses, estudos, artigos e obtenção de prêmios relacionados com sua atividade funcional; VIII - atuação em Comarca que apresente particular dificuldade para o exercício das funções; IX - participação nas atividades da Promotoria de Justiça a que pertença e a contribuição para a execução dos Programas de Atuação e Projetos Especiais. Gize-se que essa Lei Orgânica Estadual silencia a respeito da motivação dos atos administrativos praticados nesse terreno.

Não é necessário adentrar, neste momento, o debate a respeito dos chamados conceitos indeterminados e poderes discricionários. Em qualquer hipótese, sempre é necessária a motivação de um ato administrativo (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, 4ª ed., ampliada, Civitas, Madrid, 1998, pp.143 e ss), mesmo que se trate de ato discricionário (STJ, Rel. Min. Anselmo Santiago, RESP79761/DF, 6ª Turma, julgado em 29-04-97, unânime). O merecimento na carreira exige a prática de ato administrativo vinculado, interpretativo de determinados (alguns) conceitos indeterminados que, eventualmente, podem envolver valores cuja apreciação é, normalmente, discricionária *lato sensu*. Trata-se da chamada discricionariedade fundada em valoração objetiva, que se diferencia daquela que se assenta em valoração puramente subjetiva, projetando-se no plano hermenêutico (BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, com prólogo de Martin Bullinger, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 167, 253, 267; AARNIO, Aulis, *Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica*, in DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho número 4, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, Alicante, 1987, pp.109-117). Valoração puramente subjetiva ocorre quando o Governador do Estado escolhe, dentre os integrantes da lista tríplice, o Procurador-Geral de Justiça ou quando o Presidente da República escolhe o Procurador-Geral da República dentre os membros do Ministério Público Federal. Não é essa valoração admitida no sistema de provisão de cargos do Ministério Público ou Magistratura, visto que o órgão administrativo competente não pode, dentro de uma livre disponibilidade,

escolher qualquer dos agentes políticos integrantes da carreira para ocupar determinada Promotoria ou Vara Judicial. Há limites objetivos explícitos e implícitos. A valoração, mesmo que implique alguma – maior ou menor – margem de seleção entre alternativas igualmente válidas, tem caráter objetivo, não subjetivo.

O programa normativo de provisão de postos de trabalho, tanto no Ministério Público quanto na Magistratura, está positivamente vinculado, é dizer, composto de critérios preponderantemente objetivos de merecimento, critérios interpretáveis e passíveis de aplicação diretamente pelo Judiciário, quando da eventual correção de abusos e desvios de poder. Com efeito, mesmo nos conceitos indeterminados de valor, ainda que se reconheçam margens mais ou menos amplas ao intérprete, sempre resulta proibida a atuação arbitrária, desarrazoada. É verdade que, conforme aponta BACIGALUPO, Mariano, cit, p.131 e 132, a doutrina alemã reconhece a chamada margem de apreciação na análise, pelo superior hierárquico, do rendimento e dos serviços prestados por funcionários públicos. Maneja-se, nesse terreno, freqüentemente, o argumento de que a decisão administrativa seria insubstituível pela decisão judiciária. *“Se considera que a las normas sobre evaluación del rendimiento y servicios prestados por los funcionarios públicos sólo interesa el juicio que a este respecto emitan sus respectivos superiores jerárquicos, por lo que se habla también de una auténtica habilitación personalísima a los mismos. Además, sólo éstos se hallarían en condiciones de evaluar el rendimiento y los servicios prestados día a día por sus subordinados en sus respectivas unidades”*, p.132. Ressalte-se, nesse ponto, que o agente do Ministério Público ou do Judiciário não possui suas atribuições institucionais, legais e constitucionais fiscalizadas por algum “superior hierárquico”, dada a independência dessas autoridades e sua vinculação à ordem jurídica. Não são supervisionados diariamente por uma autoridade hierarquicamente superior, pois isso implicaria vulneração ao princípio constitucional da independência funcional. Ademais, a jurisprudência *germânica* também reconhece a teoria dos vícios jurídicos em que pode incorrer a Administração quando da aplicação de conceitos normativos indeterminados habilitantes de margens de apreciação. A operação subsuntiva da Administração deve cair dentro do marco conceitual externo ou mínimo do conceito habilitante. Tampouco se admite “la omisión

de toda labor apreciativa por parte de la Administración” (como o é, acrescento, a falta de motivação administrativa)e, por último, “*se considera abusivo el ejercicio del margen de apreciación cuando la subsunción realizada por la Administración se aparta de criterios de valoración generalmente reconocidos, no respeta el principio de objetividad o se apoya en motivaciones arbitrarias. Asimismo, constituye un límite justiciable del margen de apreciación, como no podía ser menos, la vulneración de derechos fundamentales (en particular, del derecho a igualdad) u otros principios constitucionales*”, p.135. O interessante é que pode haver, em determinados casos, além da chamada “*contracción de la discrecionalidad*”, uma redução “a zero” da margem de apreciação, permitindo-se ao Juiz a emissão de um provimento condenatório, não apenas anulatório, embora se revele rara a hipótese em que se reduza a nada a margem de apreciação, p.135. Em tal caso, haverá controle positivo, não meramente negativo pelo Judiciário. Em particular, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão tem reduzido a margem de análise ou valoração dos órgãos julgadores de provas de aptidão ou idoneidade profissional, com suporte no princípio da igualdade, p.156. Creio que essa última doutrina pode aplicar-se, com maior intensidade, ao problema do controle dos critérios de merecimento na carreira de membros do Ministério Público ou do Judiciário, porque se trata, no fundo, de avaliar a aptidão e idoneidade profissional desses agentes políticos.

Todos os critérios, legais e constitucionais, justificadores de merecimento funcional, para Magistrados e membros do Ministério Público, se refletem e são projetados em fatos. Trata-se de comprovar e justificar o enquadramento jurídico de determinados fatos, que podem constituir a causa dos atos administrativos. Admite-se amplamente, na doutrina e jurisprudência, o controle do suporte fático dos atos administrativos, de suas causas, do conjunto de fatos que os integram.

Sem motivação administrativa, as autoridades deixam determinadas categorias de indivíduos desprovidos do mais elementar direito de defesa. Como poderá o cidadão saber se as autoridades administrativas estão cumprindo a lei e a CF? Quais os argumentos e provas oponíveis a um ato secreto e imotivado que denega merecimento a um agente público em sua

carreira? Em realidade, resulta inadmissível o sigilo e a arbitrária subjetividade dos pronunciamentos administrativos no campo dos provimentos de cargos públicos regrados por sistema de mérito e concurso. Essa é a inequívoca orientação do STF, analogicamente aplicável à matéria: “Concurso público – Julgamento sigiloso da conduta do candidato – Inconstitucionalidade – CF/67, art. 153, § 4º, XXXV, CF/88, art. 5º – Exame e avaliação de candidato com base em critérios subjetivos, como, por exemplo, a verificação sigilosa sobre a conduta, pública e privada, do candidato, excluindo-o do concurso sem que sejam fornecidos os motivos. Ilegitimidade do ato, que atenta contra o princípio da inafastabilidade do conhecimento do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito. É que, *se a lesão é praticada com base em critérios subjetivos, ou em critérios não revelados, fica o Judiciário impossibilitado de prestar a tutela jurisdicional, porque não terá como verificar o acerto ou o desacerto de tais critérios. Por via oblíqua, estaria sendo afastada da apreciação do Judiciário lesão a direito*” (STF – RE 12.556-1 – PR – TP – Rel. Min. Carlos Velloso – J. 27.03.1992). No caso das promoções ou remoções de Magistrados e membros do Ministério Público, a conduta do agente político – pública e, em alguma restrita medida, inclusive privada - pode ser julgada pelas autoridades administrativas. Porém, admitir-se-á um julgamento secreto, imotivado, nesse terreno? E se a conduta privada, por exemplo, for levada em consideração indevidamente? Chama-se a atenção para o detalhe de que certos comportamentos privados, embora possam revelar-se discutíveis por um ângulo estritamente moral (Ética Privada), não podem assumir relevância desabonatória na esfera administrativa (Ética Pública). Descabe ao Estado, salvo em raras e altamente justificadas exceções (no máximo pontuais), adentrar o exame da vida e da moralidade privada de seus agentes públicos, visto que constitucionalmente assegurados os direitos à intimidade e privacidade, bem como a separação entre Direito e Moral Crítica. Nesse sentido, leia-se FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, teoría del garantismo penal, ed. Trotta, 3ª ed., 1998, Madrid, p.481 e ss, quando pondera que não é tarefa do Direito sancionar ou impor a Moral em toda sua dimensão. De fato, diz o autor, “*si la valoración de la interioridad de la moral y de la autonomía de la consciencia es el rasgo distintivo de la ética laica moderna, la reivindicación de la absoluta licitud jurídica de los actos internos y, aún más, de un derecho natural a la inmoralidad es quizá el principio más*

autenticamente revolucionario del liberalismo moderno”, p.481. Como controlar a real motivação da autoridade administrativa, que pode levar em consideração dados ou motivos ilícitos, preconceituosos, inconfessáveis, se o ato administrativo por ela praticado carece de total motivação formalmente exteriorizada? Se é possível levar em conta, inclusive, a conduta privada do agente público, a efeitos de merecimento na carreira, como conciliar essa possibilidade com a ausência de fundamentação do ato administrativo? Podem informações pejorativas, difamatórias ou caluniosas lançadas secretamente contra a honra de um funcionário público, restar acobertadas a título de motivo oculto por parte da autoridade administrativa? Veja-se o que diz também o STJ: “Concurso público – Informações pejorativas – Exclusão de candidato – Direito ao contraditório– Sigilo – Direito de certidão – Em concurso público, o candidato deve ser ouvido sobre informações pejorativas, capazes de o excluïrem do certame. Somente assim, dá-se eficácia à garantia constitucional do contraditório. (CF, art. 5º, LV). O sigilo que reveste as informações prestadas no procedimento de concurso público não alcança o candidato a quem tais informes se referem. A este, deve ser facilitado o acesso e reconhecido o direito de certidão - CF, art. 5º, XXXIV” (STJ – RMS 1.922-6 – SP – 1ª T. – Rel. Min. Humberto Gomes De Barros – DJU 14.03.1994). Como se vê, em que medida poderia um candidato a cargo ministerial ou judicial, aberto à disputa pelo critério de merecimento, conhecer as eventuais informações “pejorativas” levadas em conta para denegação de seu merecimento? Que tipo de contraditório e defesa se assegurará àquele cujo merecimento na carreira haja sido denegado? Qual a potencial eficácia de uma posterior tutela judicial? Perguntas cujas respostas apontam a importância constitucional e legal do princípio da motivação administrativa.

Há que se sublinhar que o mesmo rigor exigido do Poder Executivo, no que tange aos atos administrativos, há de ser aplicado a outras Instituições, quando da prática de seus atos administrativos, sob pena de quebra da igualdade de tratamento dos cidadãos ante as Instituições e destas ante o Judiciário, além do estímulo ao cinismo e à hipocrisia que semelhante comportamento produziria. De outra banda, inviável desprezar a concreta e plena incidência do princípio isonômico no tratamento que a Administração Pública deve outorgar aos seus agentes públicos, incluindo-se aí os agentes

políticos do Estado. Uma promoção ou remoção possui reflexos patrimoniais, morais, pessoais e institucionais relevantes, não sendo viável o desprezo pelo princípio da igualdade, o qual constitui um direito fundamental da pessoa humana. E se agentes públicos têm seus direitos sacrificados de forma discriminatória, como fica o controle do princípio isonômico? Os interesses individuais dos agentes públicos, na busca de preenchimento de vagas ou postos de trabalho, não podem ser desprezados, muito menos quando se trata de um desprezo dissociado de qualquer interesse público.

E os princípios da transparência e publicidade administrativas? Lembre-se, com efeito, do art. 5º, XXXIII, da CF: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. Se um Promotor de Justiça desejar saber da Administração Superior de sua Instituição quais os motivos pelos quais se lhe denegou merecimento na carreira, resultará frustrado em sua pretensão, visto que o Estado, nessa seara, não fundamenta suas decisões. Será esse segredo imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado? A resposta há de ser negativa. Não há possibilidade de invocar-se o interesse público para justificar semelhante segredo. Necessário observar o trabalho de DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio, *El derecho de información administrativa: información documentada y transparencia administrativa*, in Revista Española de Derecho Administrativo (REDA) número 088, outubro-dezembro de 1995, Civitas ed., Madrid, quando pondera que a Administração Pública deve enquadrar-se na imagem da “Casa de Cristal” (figura imaginada e referida por JEAN RIVERO), cujo interior deve ser visto pelos cidadãos. Nesse passo, argumenta que o princípio da motivação administrativa tem um papel fundamental: “*los ciudadanos tienen el derecho no solamente de conocer los expedientes administrativos, sino también el porqué de las decisiones administrativas e incluso el proceso de los actos administrativos*”. O registro documentado dos atos administrativos, nesse sentido, permite a concreta e efetiva transparência administrativa. Não bastam, pura e simplesmente, razões orais, que não resultem documentadas, para justificar comportamentos administrativos. O controle

a posteriori há de ser devidamente assegurado, pois, do contrário, a sensação que afloraria seria a de que certas autoridades administrativas são incontroláveis, pairariam acima das Leis e da Constituição, possuiriam competências de puro poder (ajurídico), realidade impensável em um Estado de Direito Democrático como o é o Estado Brasileiro. Cabe observar, *en passant*, que outros atos administrativos, não menos importantes que estes examinados no presente trabalho, praticados no interior de muitas Magistraturas e Ministérios Públicos brasileiros, deixam a desejar em termos de transparência. Tal é o caso das provas orais em numerosos concursos públicos, provas estas que muitas vezes sequer resultam documentadas (perguntas e respostas), inviabilizando-se totalmente um juízo de controle posterior. Pode-se ver a necessidade de aplicar, em muitos setores, o princípio da motivação dos atos administrativos. Consulte-se, a propósito, o trabalho de BONORA, Raffaele, *L'impugnazione degli atti amministrativi non scritti*, in Nuova Rassegna di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza – Rivista Amministrativa Quindicinale per i Comuni, le Province, Associazioni Intercomunali ed altri Enti, Firenze Nocchioli Editore (N. Rass.), número 1, 1995, pp.21-23, quando enuncia que, nos atos administrativos, a forma escrita acaba sempre assumindo o lugar da forma oral, ao menos no momento da impugnação, visto como necessária, no mínimo, a expedição de uma certidão administrativa noticiando a decisão “implícita” adotada no caso concreto. E fala-se em “decisão implícita”, justamente porque a ausência de forma escrita conduz, no mais das vezes, ao reconhecimento do chamado “silêncio administrativo”, que é nada menos do que uma séria patologia administrativa, na medida em que todos os pleitos, demandas, debates, atos que sacrificam, implícita ou explicitamente, direitos, devem revestir-se da forma escrita, assegurando-se às partes sua impugnabilidade.

Os princípios da moralidade, impessoalidade e legalidade administrativas (art.37, *caput*, CF) resultam escancaradamente violados com a prática de atos administrativos imotivados. Os desvios de finalidade são praticamente incontroláveis, o que constitui um estímulo à imoralidade administrativa e à quebra da impessoalidade. Mais que isso, tal proceder é, por si só, objetivamente imoral do ponto de vista do Direito Administrativo. Finalidades privadas podem facilmente ser perseguíveis através de atos secretos e imotivados. Um ambiente institucional que proporcione

facilidades intoleráveis para a prevalência de interesses privados sobre interesses públicos é, por isso mesmo, administrativamente imoral. Já a legalidade é, por seu turno, vulnerada sem nenhum pudor, visto que agredidos os preceitos legais que estipulam objetivos critérios para as remoções e promoções por merecimento. O Administrador Público, nesse passo, atua ao arrepio da legalidade, pois não fundamenta suas convicções, as quais, só por essa razão, tornam-se prevalentemente subjetivas, violentando-se o sistema jurídico. Sabe-se que a motivação integra a legalidade, pois não se pode alimentar dúvidas em considerar “no quadro da legalidade a frustração dos motivos expressos no ato administrativo, desde que haja lesão de direitos” (CAVALCANTI, Themístocles Brandão, O princípio da legalidade e o desvio de poder, *in* Revista de Direito Administrativo número 85, ed. Renovar, p.05). É óbvio que não se poderia simplesmente deixar de consignar os motivos do ato, para, de uma forma oblíqua, chegar-se a uma situação favorável ao desvio de poder, em que não houvesse motivos passíveis de desatendimento. Tal possibilidade seria absurda e intolerável. Se há necessidade de motivação do ato, essa motivação pode e deve ser confrontada com a realidade, o que significa, no fundo, o real controle de legalidade.

No plano da Filosofia do Direito, pode-se aduzir que a motivação das decisões jurídicas é uma exigência resultante da racionalidade. Uma decisão essencialmente subjetiva, que sacrifica direitos, é, só por isso, irracional. Veja-se GUIBOURG, Ricardo A., *El papel de la norma en la despersonalización del poder*, in DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho número 4, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, Alicante, 1987, pp.119-129, quando afirma que é através da linguagem que justificamos nossas ações e comportamentos. “*Las meras acciones humanas, despojadas del ropaje lingüístico que las envuelve, se mostrarían ante un observador externo como manifestaciones de la misma ternura que usa una leona con sus cachorros y de la misma crueldad que emplea la fiera para sus víctimas*”, pp.120-121. Um ato subjetivo, silencioso, secreto, que sacrifica direitos e legítimos interesses, praticado pela Administração Pública, pode ser considerado, verdadeiramente, um ato revestido de juridicidade? Não estaremos diante de um ato completamente irracional, desprovido de

qualquer roupagem lingüística e, portanto, inclusive jurídica? Creio que se trata, sem dúvidas, de um ato gravemente ilícito e nefasto aos interesses difusos da sociedade.

Deve-se dizer que o sistema espanhol – um dos mais avançados, na atualidade, no campo jurídico-administrativo, em face de sua intensa e qualificada produção normativa - não consagra um subjetivo critério de merecimento para o provimento de cargos judiciais ou ministeriais. A chamada Lei Orgânica do Poder Judicial, Lei número 6/1985, de 1 de julho, aplicável, em boa medida, a Juízes e membros do Ministério Público, consagra, como regra geral e prevalente, o critério de antiguidade nas promoções funcionais. Soma-se a ele um critério de “merecimento”, de caráter excepcional, fundado na idéia de *especialización funcional*, operacionalizado através de concursos internos para as vagas disponíveis. Assegura-se, assim, uma objetividade administrativa, que parece, realmente, necessária para assegurar a independência interna dos agentes políticos. Diz o Legislador, em sua exposição de motivos, que *“por lo que se refiere al régimen de provisión de destinos, se sigue manteniendo como criterio básico, en lo que respecta a Juzgados, Audiencias y Tribunales Superiores de Justicia, el de la antigüedad. Ello no obsta, sin embargo, para que se introduzca también, como sistema de promoción en la carrera judicial, la especialización que es, por un lado, necesaria a la vista de la magnitud y complejidad de la legislación de nuestros días y, por otra parte, conveniente en cuanto introduce elementos de estímulo en orden a la permanente formación de Jueces y Magistrados”*, in *Poder Judicial y Ministerio Fiscal*, Biblioteca de Legislación, “Serie Menor”, 7ª ed., Civitas, Madrid, 1998, p.34. Há algum critério de especialização nas promoções por merecimento, nas carreiras dos Ministérios Públicos e Magistraturas brasileiras? Teoricamente, sim, na medida em que se outorga constitucional valor aos cursos de especialização. Parece evidente, todavia, que, a prevalecer a ausência de motivação desses atos e a subjetividade das soberanas autoridades administrativas, na prática, inexistente um real critério de especialização, mas sim critérios de conveniências pessoais ou administrativas (nunca se sabe, realmente, em face da ausência de motivação).

A omissão de motivação administrativa, repito, tal como vem ocorrendo no âmbito interno das Magistraturas e Ministérios Públicos brasileiros, viola frontalmente não apenas o princípio constitucional da motivação e, indireta ou diretamente, os demais princípios que regem a Administração dos Poderes e Instituições públicas, mas também preceitos constitucionais e legais que asseguram a exigência de critérios preponderantemente objetivos para o merecimento na carreira. A motivação seria o instrumento pelo qual se analisaria a observância da ordem jurídica, cumprindo, em realidade, uma complexa e diversificada funcionalidade normativa, legal e constitucional (COLOM I PASTOR, B., *La exigencia de motivación en la denegación de los certificados de buena conducta*, in Revista Española de Derecho Administrativo (REDA) número 031, outubro-dezembro de 1981, Civitas ed., Madrid).

O que resulta absolutamente indiscutível é a exigência da prevalência de critérios preponderantemente objetivos para a remoção e promoção, por merecimento, de membros do Ministério Público e da Magistratura, como matéria constitucional e legal, não apenas de política institucional. Não se trata, pois, de questionar apenas um comportamento administrativo inconveniente ou imoral, mas de apontar abertamente uma vulneração explícita e incontestável de normas legais e constitucionais, situação gravíssima se considerada a posição – francamente ocupada pelo Ministério Público e Magistratura - de fiscais da legalidade e constitucionalidade das leis e atos dos Poderes Públicos. Frise-se que não pode haver critérios preponderantemente objetivos desprovidos de argumentação racional, pública, jurídica, dado que a ausência de motivação significa a irremediável prevalência de critérios essencialmente subjetivos e incontrolláveis das autoridades públicas. Racionalidade objetiva não se confunde com racionalidade subjetiva. A primeira exige, imperativamente, fundamentação externa e convincente à luz do ordenamento jurídico-administrativo, afastando, sempre, o risco e a ameaça das arbitrariedades, perseguições e injustiças manifestas. A segunda exige uma coerência interna da decisão do operador jurídico com seu sistema de valores, o que resulta insatisfatório no plano jurídico, embora possa eventualmente satisfazer no plano moral *stricto sensu* (CARACCIOLO, Ricardo Alberto, *Racionalidad objetiva y racionalidad subjetiva*, in DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho número 4, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, Alicante, 1987, pp.144-151).

A transcendental relevância desta discussão não decorre apenas da necessidade de coibir-se, com severidade e transparência, o grave risco de práticas clientelistas *interna corporis*, cujos nefastos efeitos sociais são indiscutíveis, mas também da elementar obrigação de respeito à ordem jurídico-constitucional, cuja inobservância igualmente produz indesejáveis e nocivas conseqüências sociais, afetando, inclusive, o plano da legitimidade democrática das Instituições.

Não se olvide que o critério da antiguidade é, muitas vezes, desprezado em razão da incidência do critério de merecimento, disso derivando intoleráveis distorções normativas e axiológicas. Importante distorção se reflete na curiosa situação de profissionais mais modernos ultrapassarem colegas mais antigos na carreira, com suporte em atos administrativos imotivados, ilegais, inconstitucionais e, não raro, secretos, cultivando-se uma cultura interna de ilicitude administrativa acobertada por misterioso pacto de silêncios e cumplicidades. Desmoraliza-se, na prática, o próprio critério de merecimento, que cai no absoluto descrédito, visto que pode, teoricamente, ser fruto de caprichos pessoais, convicções íntimas e inconfessáveis, dos aplicadores das regras. Estimula-se um comportamento administrativo ilícito que deteriora (embora não destrua) a legitimidade das Instituições fiscalizadoras.

Como podemos impugnar atos administrativos imotivados, se em nosso âmbito interno tampouco motivamos alguns atos administrativos da maior relevância social e institucional? Como podemos apostar na eficiência funcional, no mérito dos agentes públicos, na igualdade, na interdição à arbitrariedade, no devido processo legal, nos princípios que presidem a Administração Pública brasileira, se nosso exemplo é péssimo e distorcido em um ponto fundamental de nossas atividades administrativas? Ou não serão as promoções e remoções, por merecimento, de Juízes e Membros do Ministério Público, atos administrativos de transcendental relevância social e política? Não será imprescindível ao regime democrático que se atendam comandos legais e constitucionais inequívocos na prática de atos administrativos de promoção e remoção de agentes públicos em suas carreiras? Haverá, aí, uma espécie de “salvo-conduto” a determinadas autoridades administrativas? E mais: não se

relacionarão tais atos com o princípio constitucional da independência funcional? E esse princípio não terá relação com a separação de poderes? As respostas a essas questões parecem óbvias, dispensando, por incrível que pareça, comentários mais aprofundados, salvo aqueles já alinhavados neste trabalho.

Cabe acrescentar, de qualquer sorte, que, com relação à legitimidade do Ministério Público e Magistratura, no controle de ilicitudes praticadas por autoridades públicas, a verdade é que os comportamentos das cúpulas nem sempre coincidem com os anseios da classe, o que revela a importância prática do princípio constitucional da independência funcional, situação que reforça nossa legitimidade ativa no controle dos abusos e desvios dos Poderes públicos. Um erro não justifica outro, eis porque devemos intensificar a cobrança por transparência administrativa no Poder Executivo das mais distintas esferas, juntamente com a maior transparência que se deve exigir do Judiciário, Legislativo e demais Instituições públicas, incluindo-se aí o Ministério Público. Um sistema efetivo e crítico de controles públicos das Instituições há de ser crescentemente implantado na sociedade brasileira.

Não basta olharmos apenas para os resultados notoriamente positivos da atuação do Ministério Público na sociedade. São indiscutíveis a relevância, a essencialidade dessa Instituição – que deve ser cada vez mais fortalecida como órgão fiscalizador e controlador, independente e aparelhado – ao regime democrático, à prestação jurisdicional digna, justa, igualitária, transformadora, ao princípio de separação de poderes. Temos que divulgar, sem dúvida, os bons e ótimos resultados de nossas atividades à opinião pública, porque nossos poderes são exercidos em nome do povo e devemos prestar contas à sociedade. Mas que esses resultados positivos, sempre pendentes de aperfeiçoamentos, não nos impeçam ou obscureçam o olhar auto-crítico, questionador, que devemos cultivar permanentemente. É essa auto-crítica, esse debate interno, que sempre caracterizou o Ministério Público como uma Instituição diferenciada, com valores democráticos em seu discurso e em sua *praxis* institucional. Essa visão auto-crítica transformadora, honesta, autêntica, aproxima as Instituições da sociedade, na medida em que instaura um debate aberto, humilde, sincero, a respeito

das expectativas e necessidades sociais diante de certas posturas institucionais.

Melhor do que um abusivo e espúrio controle externo de Instituições independentes é, desde logo, o fortalecimento dos mecanismos de controle interno, criando-se freios eficazes aos abusos e desvios de poder administrativo. Não se pode ter medo do debate público, visto que a imperfeição humana sempre se refletirá na imperfeição das Instituições, que devem cultivar a humildade da caminhada permanente rumo ao atendimento de seus objetivos constitucionais e sociais, enfrentando as necessárias críticas e corrigindo as possíveis distorções internas.

Necessitamos fortalecer e aprimorar mecanismos de democracia e pluralismo internos. E democracia é, também, poder questionar a ilegalidade e inconstitucionalidade de uma prática administrativa interna através de um órgão informativo, de interesse geral, como o é esta prestigiada Revista da Associação do Ministério Público do Distrito Federal, propiciando a instauração de debates, reflexões, à luz do pluralismo de idéias. Eventuais discussões sobre esse assunto possuem um nítido sentido de tentativa de aprimoramento institucional, seja propiciando uma melhor defesa e sustentação de determinados comportamentos administrativos suspeitos de ilicitude, seja proporcionando a reformulação de práticas que eventualmente se confirmem, à luz de um debate público e racional, como ilegais e inconstitucionais.