

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: EXAME DE SUA APLICABILIDADE PRÁTICA AOS CASOS DE PROMOÇÃO E REMOÇÃO DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E MAGISTRATURA POR MERECIMENTO NAS RESPECTIVAS CARREIRAS

FÁBIO MEDINA OSÓRIO¹

Introdução — 1. Um problema prático: os atos de promoção e remoção dos membros do Ministério Público gaúcho e a ausência de motivação do Conselho Superior da Instituição — 2. Atos de promoção ou remoção de agentes do Ministério Público e da Magistratura na carreira como atos administrativos — 3. A necessária objetividade dos critérios de merecimento na carreira do Ministério Público e da Magistratura: a motivação como instrumento de verificação dos critérios legais de mérito dos agentes públicos — 4. Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados: o problema da interpretação dos critérios de merecimento — 5. Aferição de merecimento e análise dos fatos — 6. Acesso à justiça: a controlabilidade judiciária dos atos administrativos e o direito fundamental à efetiva tutela judicial — 7. Interdição à arbitrariedade dos Poderes Públicos — 8. Transferência administrativa — 9. Eficiência administrativa — 10. Moralidade administrativa — 11. Do princípio da igualdade — 12. Do provimento jurisdicional positivo ou negativo: os limites da tutela judicial — Considerações finais: da necessidade de uma cultura político-administrativa democrática

¹ Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul (RS). Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal-RS. Professor na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica-RS, nas Escolas Superiores do Ministério Público-RS e da Magistratura-RS. Doutorando em Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madrid (CAPES), Espanha, onde é membro (atuante) do Seminário de Professores dirigido pelo Prof. Eduardo García de Enterría.

“Ningún pueblo confía en quienes pretendan disponer de un status superior que les dispense de explicar sus actos y de rendir cuentas de los mismos” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. 4ª ed., ampliada, Civitas, Madrid, 1998, p.110)

Introdução

Resulta inquestionável, no campo dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública², a importância do *exemplo de conduta administrativa correta* das autoridades fiscalizadoras, visto que estão estas encarregadas de zelar pelo cumprimento de normas constitucionais consagradoras da legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, legitimidade, moralidade, transparência administrativas, todas convergentes no sentido de vedar arbitrariedades, desmandos, patrimonialismo no trato de questões públicas.

O Ministério Público, órgão incumbido de zelar pela proteção da ordem jurídica e do regime democrático³, tem sido um dos principais protagonistas, no cenário nacional, do sistema de controle das arbitrariedades dos Poderes Públicos. De igual modo, ao Poder Judiciário se reserva, atualmente, um papel controlador nunca antes visto na sociedade brasileira, é dizer, de inquestionável transcendência e importância. Trata-se de Instituições que, juntas, têm desempenhado um papel fundamental na fiscalização dos abusos praticados pelos Poderes da República em detrimento dos interesses sociais⁴.

Pergunta-se, nesse contexto: pode o Conselho Superior do Ministério Público ou o órgão competente do Poder Judiciário praticar atos administrativos imotivados,

2 Veja-se o art. 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF): “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)”, sendo que essa redação — incluindo a eficiência como novo princípio — foi dada ao *caput* pela Emenda Constitucional nº 19/98, que tratou da chamada “reforma administrativa”.

3 Reza a CF: “art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. § 1º. São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”.

4 É bom que se diga, com toda franqueza, que justamente em razão do exercício enérgico das atribuições. Judiciário e Ministério Público são, não raro, atacados por políticos e poderosos, que passam a questionar os poderes e as funções dessas Instituições. O corte das prerrogativas, das atribuições, das garantias desses agentes públicos — Juizes e membros do Ministério Público — está, ao que parece, na permanente pauta das reformas legais e constitucionais cogitadas por políticos nacionais, tendo em vista as insatisfações produzidas pelos órgãos fiscalizadores nos “fiscalizados”. Necessário que se fique atento em relação a esses movimentos supostamente “reformistas”, notadamente quando as propostas se revelem claramente nocivas aos interesses sociais e aos princípios da imparcialidade, independência e autonomia dos Ministérios Públicos e Magistraturas brasileiros.

sob o pretexto de exercício de poderes discricionários, ao promover ou remover seus membros, nas respectivas carreiras, por merecimento? Estará tal prática legal e constitucionalmente legitimada às Instituições fiscalizadoras?

Já não é incomum o controle jurisdicional dos atos administrativos carentes de motivação ou a anulação de sentenças cuja fundamentação resulte nula ou inexistente⁵, mas necessário observar e verificar se as próprias Instituições fiscalizadoras fornecem o necessário parâmetro comportamental correto à sociedade.

Ver-se-á, ao longo deste trabalho, a importância, teórica e pragmática, do princípio da motivação dos atos administrativos, cuja multifuncionalidade já foi posta de manifesto pela doutrina⁶.

5 O Conselho de Estado francês já havia firmado entendimento de controle da motivação dos atos administrativos em 1867, no caso *Bizet*, sendo que, em geral, a exigência de motivação dos atos dos Poderes Públicos é reconduzível à influência do pensamento iluminista do século XVIII e aos postulados da Revolução Francesa, conforme registra SCARCIGLIA, Roberto, *La motivazione dell'atto amministrativo*, Giuffrè ed., Milano, 1999, pp.23 e ss. Leia-se o trabalho de SALINA, Pedro Gonzalez, *La motivación arbitraria de las sentencias*, in Revista Española de Derecho Administrativo número 082, abril-junho de 1994, Civitas, Madrid, quando aponta recente e antiga jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol a respeito do controle da arbitrariedade jurisdicional, em face do princípio corporificado no art. 9.3 da Constituição espanhola de 1978 (interdição à arbitrariedade dos Poderes Públicos) e que, no Direito brasileiro, encontra correspondência no princípio do devido processo legal. Oportuna a lição de 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, quanto pondera que as leis e os procedimentos jurídicos são de interesse público, cabendo ao Juiz apresentar publicamente as razões de suas decisões. "Moralmente, las razones constituyen una justificación del poder, y el poder puede ser usado sólo dentro de los límites de su justificación", p.81, sendo crucial o conceito de razões legalmente válidas, p.85.

6 Consulte-se SCARCIGLIA, Roberto, cit, pp.51 e ss. quando fala na *polifunzionalità della motivazione*, o que revela, por si só, a peculiar importância desse princípio constitucional. Desde logo, cabe destacar, juntamente com 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, alguns aspectos comumente relacionados à importância do princípio da motivação no Direito Administrativo: "A) El principal argumento en favor de la motivación es, a nuestro juicio, el siguiente: conecta el acto a la legalidad, establece un enlace entre el acto y el ordenamiento, nos recuerda que el acto es una especificación o particularización de la norma. En este caso, la Administración manifiesta la norma que le da pie para tomar una decisión sobre una materia determinada; B) Gracias a la motivación, la Administración debe justificar (razonar) sus decisiones y dar cuenta de la misma a los administrados, permitiendo de esta manera un control más fácil. Notas todas ellas propias de una Administración democrática; C) Facilita la posterior fiscalización del acto por parte de Tribunales o autoridades administrativas; permite un mayor control de la objetividad de los motivos que han inducido a la Administración a tomar la decisión, con la consiguiente transformación en una garantía para el administrado; D) Facilita, también, el conocimiento de la voluntad de la Administración y es instrumento de la interpretación del acto; E) Otorga racionalidad a la actividad administrativa; F) Garantiza el acierto en la decisión, ya que permite y obliga a la Administración a estudiar con cautela la decisión a tomar, adecuándola a las cuestiones de hecho y de derecho en juego; G) Da seguridad jurídica y es instrumento pedagógico al servicio de los administrados, puesto que persuade

O objetivo do trabalho consiste, pois, em trazer à tona considerações críticas que revelem, ao final, a impossibilidade de o Conselho Superior do Ministério Público ou o órgão competente do Poder Judiciário praticar atos administrativos desprovidos de motivação, notadamente no que se refere às promoções ou remoções por merecimento de seus membros.

1. Um problema prático: os atos de promoção e remoção dos membros do Ministério Público gaúcho e a ausência de motivação do Conselho Superior da Instituição

Em primeiro lugar, cumpre constatar, sem qualquer espaço às controvérsias, que existe, sim, no seio do Ministério Público gaúcho, o “hábito” de se praticar atos de promoção e remoção de agentes ministeriais ao arrepio de qualquer motivação formal e escrita, inviabilizando ou no mínimo dificultando gravemente um posterior controle jurisdicional.

O modelo de promoções e remoções dos agentes ministeriais se reduz a uma insólita ata formalizadora da reunião do Conselho Superior do Ministério Público, na qual se reflete uma votação secreta e imotivada no que se refere ao critério do *merecimento* do Promotor ou Procurador de Justiça ao cargo para o qual se abriu a disputa

Devo relatar, neste espaço, para ilustrar concretamente a importância do princípio da motivação dos atos administrativos, um *case*. Não se trata de um caso recolhido dos Manuais de Direito Administrativo ou dos repertórios de jurisprudência dos Tribunais. Trata-se, em verdade, de um caso retratado no expediente administrativo número 5579-09000/99-5, da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público gaúcho. A outra peculiaridade do caso é que envolve diretamente minha pessoa, o que, inicialmente, suscitou alguma dúvida no sentido da conveniência de sua inserção explícita neste trabalho. E alguma dúvida houve porque, como se verá, é um caso de certo modo polêmico. E é

al destinatario y previene eventuales impugnaciones (ver Segismundo ROYO VILANOVA: *El procedimiento administrativo como garantía jurídica*, «REP», núm. 48, Madrid, 1948. S. MARTÍN RETORTILLO: *El exceso de poder como vicio del acto administrativo*, «RAP», núm. 23, Madrid, 1957. José María PÍ SUNYÉ: *La motivación de los actos administrativos*, en «Estudios en homenaje al profesor López Rodó», I, Madrid, 1972, pág. 596. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, I, pág. 62). Será interessante constatar, ao longo deste trabalho, que ninguém (inclusive a jurisprudência brasileira) duvida, teoricamente, da existência de um princípio da motivação administrativa na ordem constitucional pátria. Sem embargo, sua aplicabilidade prática nem sempre é observada em todos os setores da Administração Pública, especialmente em Instituições justamente encarregadas da fiscalização do aludido princípio, daí derivando o interesse de se discutir (não mais apenas de forma genérica) de modo pontual o assunto, tendo por parâmetros idéias e teorias gerais. Da teoria à prática, eis o desafio que se impõe ao princípio da motivação administrativa.

polêmico por dois motivos fundamentais: primeiro, porque envolve um questionamento doutrinário de uma prática administrativa interna da Instituição, a qual está pouco acostumada a que suas práticas administrativas internas sejam questionadas, menos ainda em público e abertamente no meio acadêmico; segundo, porque o caso retrata um possível desvio de poder administrativo praticado pelo Conselho Superior do Ministério Público gaúcho, situação que, uma vez abertamente criticada e trazida à luz dos debates da comunidade jurídica, poderia suscitar certos constrangimentos, é dizer, reações, sentimentos, antipatias... Estamos acostumados a lidar com os livros de jurisprudência ou com os acórdãos simplesmente publicados pelos Tribunais. Manejamos vidas humanas que se retratam nesses papéis: paixões, liberdades, sofrimentos, injustiças, alegrias. VON IHERING, Rudolf, *La lucha por el Derecho*, versão espanhola de A. POSADA, com prólogo de Leopoldo ALAS (CLARÍN), nueva edición, Librería General de V. Suárez, Madrid, 1921, p.55, chegou a afirmar que aqueles que não tiveram ocasião de medir experimentalmente a injustiça, «no saben lo que es el Derecho, por más que tengan en su cabeza todo el Corpus Iuris». É importante saber medir o Direito corretamente. Daí a relevância, a meu ver, dos casos práticos. Como as Leis, abstratas e gerais, são aplicadas nos casos concretos? De que modo a Administração Pública atende, concretamente, para o cidadão, no seu dia-a-dia, os comandos legais e constitucionais? Como agem o Ministério Público e o Judiciário, nas suas rotinas administrativas, em relação aos seus agentes políticos? Nem sempre os casos práticos, que ilustram — e devem ilustrar — argumentações jurídicas ou doutrinárias, são relatados por terceiros totalmente imparciais. Às vezes, é o Juiz que julgou uma causa que pode escrever ou proferir palestras sobre o assunto. Ou é o Promotor de Justiça ou Procurador da República que, por suas experiências em determinados *cases*, relata fatos e sustenta soluções jurídicas em auditórios públicos. E parece, de fato, correto assim proceder. Os profissionais, operadores jurídicos, devem trazer à luz do mundo acadêmico suas experiências pessoais, notadamente quando constituam casos paradigmáticos para incidência de normas jurídicas. Não se deve alimentar constrangimentos. O Judiciário e o Ministério Público já não são Instituições que se possam — ou se devam — reputar misteriosas, fechadas, pouco transparentes. Os casos julgados e apreciados, que sofreram a concreta incidência das normas jurídicas, devem ser trazidos ao crivo da opinião pública e particularmente da comunidade jurídica, que é destinatária e crítica das soluções adotadas pelos lidadores do Direito. Assim se opera e se viabiliza, em grande medida, o consenso. Todavia, quem conhece as soluções jurídicas, as razões pelas quais determinados processos administrativos são resolvidos no interior do Ministério Público e Judiciário? Necessitamos discutir com maior frequência — e profundidade — as práticas administrativas e públicas das Instituições. Por essa busca de transparência, seja doutrinária, pessoal, acadêmica ou de Promotor de Justiça, como agente público, e, principalmente, *porque se trata de matéria que bem ilustra o tema deste trabalho*, relatarei um *case* no qual tive participação direta. Sigo, assim, a trilha de BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Um caso paradigmático de violação ao Direito*, in *Revista*

Trimestral de Direito Público número 19. 1997. Malheiros Ed., São Paulo. pp.05-18, o qual também se valeu do meio acadêmico para relatar uma experiência pessoal, de advogado vinculado fortemente à defesa de uma causa, de doutrinador que, com base no caso concreto, foi capaz de trazer à luz soluções jurídicas e propostas hermenêuticas. Devo referir que tive a singular oportunidade — como, por certo, outros colegas de Ministério Público do Rio Grande do Sul e de todo este imenso Brasil — de sentir de perto os efeitos da subjetividade do Conselho Superior do Ministério Público nos critérios de merecimento na carreira. Tive denegado o critério de merecimento na carreira, através de um ato administrativo secreto e imotivado, tendo sido ultrapassado, seja efetivamente, seja em diversas votações, por colegas mais modernos, alguns bem mais modernos. Aliás, tal a “transparência” de todo o procedimento que sequer a notícia da promoção por antiguidade me foi enviada espontaneamente pela Instituição, tendo ficado sabendo do fato através de uma consulta por mim formulada. Na resposta a essa consulta, sequer remeteram a ata da sessão em que fui promovido, nem cópia do edital. Tampouco tive a oportunidade de receber a costumeira correspondência da Associação de Classe dando conta da promoção. Consta, em parecer da PGJ, a data de minha promoção, mais de um mês depois de sua ocorrência. E não se pode dizer que a Instituição desconhecesse meu paradeiro no exterior, porque outras cartas, distinta correspondência institucional recebi no endereço espanhol. Nenhuma votação fundamentada, tudo secretamente realizado (votos secretos), em uma sessão pública provavelmente sem platéia e certamente sem votos abertos, assim funcionou o Conselho Superior do Ministério Público gaúcho na prática do ato administrativo que denegou meu merecimento na carreira. Agora, qual a importância de se discutir esse assunto? Não será um problema estritamente individual? Estarei simplesmente desabafando em campo doutrinário? A realidade é que todas as promoções e remoções por merecimento, tanto nos Ministérios Públicos como nas Magistraturas de nosso Brasil, são, ao que consta, imotivadas. É possível que em algum lugar de nosso imenso País se motivem, expressamente, documentadamente, tais atos administrativos, mas certamente a esmagadora maioria das referidas Instituições não pratica atos escritos, fundamentados, documentados, na promoção e remoção por merecimento de seus membros. Alguém haveria de trazer à tona um caso concreto para fins de discussão científica. No meu caso, o que acendeu a polêmica foi o fato de que ouvi notícias informais de que não poderia ser promovido por merecimento, em face de meu doutorado na Espanha, é dizer, em virtude da licença concedida para esse curso. Ouvi depoimentos certamente insuspeitos. A partir daí prestei atenção nos motivos de denegação de merecimento. Antes, como a maioria dos agentes ministeriais, não me preocupei com radicalidade — embora, sim, superficialmente — a respeito da operatividade do princípio constitucional da motivação dos atos administrativos nesse terreno. Era hora de reparar essa omissão. Formulei, assim, no mês de junho de 1999, desde a longínqua Península Ibérica, uma consulta à Procuradoria-Geral de Justiça (PGJ), no sentido de que se esclarecesse se havia algum ilegal provimento administrativo ou ilegal disposição na Lei Orgânica

Estadual do Ministério Público gaúcho vedando promoção por merecimento a membros afastados da carreira para cursos de especialização ou doutorado. Citei, então, na consulta, o art.53, III, da Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público): “*Art. 53 — São considerados como de efetivo exercício, para todos os efeitos legais, exceto para vitaliciamento, os dias em que o membro do Ministério Público estiver afastado de suas funções em razão: (...) III — de cursos ou seminários de aperfeiçoamento e estudos, no País ou no exterior, de duração máxima de dois anos e mediante prévia autorização do Conselho Superior do Ministério Público*”. Essa singular consulta me possibilitou, na seqüência, um interessantíssimo material para reflexões, que não posso, nem devo, deixar de partilhar com a comunidade científica. Como resposta, no bojo do expediente administrativo que se formou, obtive um parecer, assinado por um Procurador de Justiça-Assessor e subscrito pela Chefia da Instituição, dizendo, *explicitamente*, que não tive direito a promoção por merecimento, em face de estar afastado das funções para o curso de doutorado. Para fundamentar sua posição, o Assessor da PGJ citou o art. 75, parágrafo único, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, pela metade, sem a parte adiante sublinhada: “*Art. 75 — Compete ao Procurador-Geral de Justiça, ouvido o Conselho Superior do Ministério Público, autorizar o afastamento da carreira de membro do Ministério Público que tenha exercido a opção de que trata o art. 29, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para exercer o cargo, emprego ou função de nível equivalente ou maior na Administração Direta ou Indireta. Parágrafo único — O período de afastamento da carreira estabelecido neste artigo será considerado de efetivo exercício, para todos os efeitos legais, exceto para remoção ou promoção por merecimento*”. Disse o Assessor-parecerista, expressamente, que “*compete ao Procurador-Geral de Justiça, ouvido o Conselho Superior do Ministério Público, autorizar o afastamento da carreira de membro do Ministério Público O período de afastamento da carreira estabelecido neste artigo será considerado de efetivo exercício, para todos os efeitos legais, exceto para remoção ou promoção por merecimento*”. Sustentou esse parecer que, em razão do art.75, parágrafo único, da LOMIN, minha promoção por antiguidade não teve “*tisnas de ilegalidade*”. Recebi cópia da resposta e suscitei, dentre outros pedidos de providências, a nulidade de minha promoção por antiguidade, por violação à legalidade. Não poderia haver sido denegado merecimento com suporte em um dispositivo legal distorcido e deturpado. O motivo era ilícito. Proferido um segundo parecer, agora subscrito por um Promotor-Assessor e novamente aprovado pela Chefia da Instituição, sustentou-se que meu nome esteve formalmente incluído nas listas de merecimento e que não fui delas afastado pelo motivo elencado no primeiro parecer da assessoria (fruto de equívoco). Na fundamentação desse segundo parecer, levou-se em consideração, seguramente, de forma implícita, o voto por mim recebido em uma das reuniões do Conselho Superior da Instituição, voto que seria prova do fato de que, portanto, havia concorrido às promoções por merecimento, tendo sido promovido por antiguidade em face de critérios outros (*inominados*) adotados soberanamente pelas autoridades admi-

nistrativas (critérios que, segundo referido pela PGJ, não se vincularam a imposição legal ou institucional — “sic”). No caso concreto, não se declinaram expressamente os verdadeiros motivos para uma súbita denegação (praticamente unânime) de merecimento na carreira (coincidente com o período da licença para o doutorado), nem se identificaram os nomes e os respectivos votos das autoridades administrativas (consta, evidentemente, a lista de nomes de autoridades que participaram das Sessões, mas não consta qual o sentido ou o teor do voto de cada uma delas). Bastante crítica seria, para esse caso, a lição de FENÁNDEZ, Tomás-Ramón, *De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario* in Revista Española de Derecho Administrativo (REDA) número 080, Ed. Civitas, Madrid, outubro-dezembro de 1993, que afirma o seguinte: “cuando se elude el deber de motivar las decisiones es, no nos engañemos, porque el obligado a darla carece de una explicación *exhibible* y cuando las verdaderas razones de la elección no son del todo nítidas o contienen elementos espúreos, la motivación, si se da, tiene que recurrir a la ambigüedad, al circunloquio o al enmascaramiento puro y simple y esto se termina poniendo de manifiesto más pronto o más tarde”. Ficou evidente, a meu ver, no caso em exame, uma possível motivação ilícita, tendo em vista aquilo que foi externado no primeiro parecer da assessoria e subscrito pela Chefia da Instituição, que também acumula funções de presidência do Conselho Superior do Ministério Público. E isso porque a Chefia da Instituição não teria motivos para agasalhar um parecer de sua assessoria no explícito sentido de fundamentar minha ausência de merecimento em face da licença para doutorado, mormente porque esteve presente em sessões nas quais houve votação a respeito das promoções por merecimento. Pode-se presumir, se se quiser, que aquele primeiro parecer fora fruto de equívoco do Procurador-Assessor, o qual transcrevera um dispositivo legal pela metade, conforme afirmado e explicado por seu colega de assessoria subscritor do segundo pronunciamento. Porém, igualmente, há que se presumir que em idêntico equívoco incorrera o Presidente do Conselho Superior do Ministério Público, o qual aprovou o parecer de sua assessoria. Veja-se que, em realidade, a Instituição provavelmente desconheceu a previsão legal de que a licença de doutorado assegurava o direito à promoção por merecimento, tanto que tal orientação resultou estampada em um primeiro parecer formalmente aprovado e remetido ao consulente (lido e assinado previamente pela autoridade competente). Pelo visto, na melhor das hipóteses, houve equívoco do Conselho Superior do Ministério Público. Todos devem ter pensado que o art. 75, parágrafo único, da LOMIN, reproduzia exatamente aquilo que foi transcrito no parecer da PJG. Ao menos o Presidente do Conselho Superior da Instituição assim imaginou. E a verdade é que a partir da licença de doutorado, desapareceram os votos — que, antes, existiam — a uma promoção (minha) por merecimento na carreira. De todas as reuniões do Conselho da Instituição, para apreciar promoções, entre setembro de 1998 (data da licença) e junho de 1999 (data de minha promoção por antiguidade), somente um isolado voto secreto por merecimento recebi. já em abril de 1999 (processo número 2452.0900/99.2, Ata número 711), ao passo que agente ministerial mais moderno (a) fora promovido

(a) já em outubro de 1998 (processo número 7024.09.00/98.8, Ata número 254/98), por merecimento, além de que outros agentes bem mais modernos receberam expressivas votações no período, contrastando com a inexistência de votos ao autor deste trabalho (vejam-se os processos números 9177.0900/98.8, 2452.09.00/99.2, 4159.09.00/99.1, edital número 135/99, 4456.09.00/99.8, edital num.147/99...) Devo destacar, nesse passo, com a máxima insistência possível, que os colegas que receberam votos do órgão administrativo, a efeitos de merecimento na carreira, são, ao que consta, todos extremamente capacitados e dignos, não estando tal matéria em discussão. Aqui exteriorizo meu respeito e minha sincera admiração pessoal por tais colegas. O que se discute é o fato de o Conselho não haver motivado seus atos e, mais ainda, denegado merecimento a um agente mais antigo, em múltiplas oportunidades, preterindo-o em favor de outros bem mais modernos, sem nenhuma justificação formal ou material para tanto, sem declinar as razões de seu agir. Diante da alegação de nulidade, a Instituição apegou-se, implicitamente, a um isolado voto secreto para sustentar que o agente ministerial lesado concorrera (formalmente) ao merecimento, é dizer, que concorreu, mas não logrou obter a votação necessária. Referiu, inclusive, que o consulente esteve *formalmente* incluído nas listas dos que concorreram ao merecimento na carreira, o que dá lugar a que se pense que, *substancialmente*, não concorrera ao merecimento. É interessante como a linguagem administrativa — *que é uma linguagem humana e, portanto, dotada de significados e significantes, de símbolos conscientes e inconscientes* — pode denunciar, ainda que involuntariamente, os reais motivos e fatos subjacentes à realidade. Ocorre que não bastaria concorrer à promoção, por antiguidade e merecimento, apenas do ponto de vista formal, pois necessário que a motivação da denegação do merecimento não fosse ilícita, ilegal ou inconstitucional, em suma, que não fosse abusiva desde um ponto de vista formal e material. A motivação oculta da autoridade administrativa se revela aparentemente incontornável, visto que formalmente inexistente. Caracterizaram-se indícios de um desvio de poder (de natureza objetiva, por culpa ou dolo), sem dúvida, mas como comprovar tal prática ante o Judiciário? O normal, na lógica das provas, seria presumir a motivação estampada no primeiro parecer da Procuradoria Geral de Justiça, impondo-lhe o ônus de comprovar o contrário, até porque resulta evidente a coincidência da licença com o desaparecimento dos votos por merecimento. Os Conselheiros, por exemplo, poderiam ir a juízo explicar os motivos de seus votos. Não ficaria a Instituição cerceada em seu direito de provar uma motivação lícita do atuar administrativo. No desvio de poder, há que se prestar muita atenção às contradições, ambigüidades, comportamentos incongruentes da Administração Pública. Os indícios assumem especial relevância. E os juízes podem inverter o ônus da prova. Dependendo do caso, pode-se chamar a juízo as autoridades administrativas, a fim de que declinem os motivos embaixadores de determinado ato administrativo. Se antiguidade fosse merecimento, para ficarmos com uma máxima muitas vezes utilizada (informalmente), em outros momentos históricos, na Instituição, se atenuaria o efeito danoso das promoções por merecimento imotivadas. Todavia, não é isso que ocorre normalmente e

tampouco foi o que ocorreu no caso ora examinado. Refiro todo esse contexto porque, como se sabe, ninguém é neutro ou imune às motivações, conscientes ou inconscientes, de seu agir. Minha experiência pessoal, portanto, é relevante e não deve ser desconsiderada, muito menos escondida do (a) leitor (a). A matéria bem ilustra a importância prática e concreta do tema ora debatido, porque a promoção de um membro do Ministério Público ou da Magistratura, na carreira, por merecimento ou antiguidade, constitui um dos momentos mais relevantes de sua trajetória pessoal na Instituição e ostenta inegável relevância social, afetando interesses difusos da comunidade. No Ministério Público gaúcho, são apenas três as promoções que um agente ministerial pode ter: da inicial para a intermediária, desta para a final e desta última para o cargo de Procurador de Justiça. Tal ato possui reflexos econômico-financeiros e, notadamente, morais e sociais, se verificarmos que a *máxima* “antiguidade é merecimento” não é respeitada. Cargos são distribuídos a agentes públicos inamovíveis através do critério de merecimento, eis o ponto fundamental, sem a correspondente motivação administrativa. Impossível negar o interesse social em torno a esse assunto. Igual importância possuem as chamadas remoções por merecimento, já que também se trata de distribuir cargos no interior da Instituição, com claros e poderosos reflexos sociais. Qual agente ministerial está melhor capacitado para exercer um cargo X ou Y? Quais os critérios adotados pela Instituição? A situação se agrava em face do fato de que a criação dos cargos passíveis de disputa também ficariam na órbita de uma excessiva discricionariedade quanto ao enquadramento no critério de merecimento ou antiguidade. Se se quiser manipular a distribuição de cargos, esvaziando o princípio isonômico e a garantia de promotor natural do cidadão, tudo resulta muito simples. Cria-se um cargo por merecimento e promove-se o agente X, mais moderno que Y, ao cargo. Ajeitam-se as coisas, os ânimos, os apetites individuais. Tudo resolvido. O certo é que o sistema de promoções ou remoções por merecimento necessita de aprimoramento, de um sólido aperfeiçoamento, porque se trata de garantir a observância dos princípios que regem a Administração Pública no interior mesmo do Ministério Público. Necessitam os agentes ministeriais de forte legitimação para questionar atos administrativos ilegais e inconstitucionais, de tal modo que são obrigados a dar o exemplo nessa área. Necessita a sociedade da transparência plena do Ministério Público, pois interessa-lhe de perto se um cargo X ou Y será outorgado ao agente A ou B, qualquer deles inamovível, dependendo do histórico pessoal e funcional de cada um. Parte-se, neste trabalho, de um caso prático, uma experiência pessoal, para uma abordagem mais ampla, abstrata e geral da matéria. A experiência concreta é indispensável ao presente trabalho, notadamente porque são raras as hipóteses em que um agente ministerial ou judicial se insurge contra um ato denegatório de merecimento, a efeitos de promoção ou remoção, na carreira, daí derivando uma escassez — para dizer-se o mínimo — de material prático destinado a reflexões teóricas. E a abordagem geral é necessária, dado que a patologia administrativa aqui noticiada é freqüente e potencialmente prejudicial ao bom funcionamento das Instituições, assumindo, pois, inegável transcendência social.

Se há, ou não, um eventual debate, em uma ou outra reunião do Conselho Superior do Ministério Público gaúcho, a respeito dos critérios que o conduzem a promover ou remover, por merecimento, na carreira, um ou outro agente ministerial, não importa. O fundamental é perceber que o voto de cada Conselheiro, além de secreto, é *substancialmente* imotivado, *formalmente* desprovido de qualquer fundamentação explícita, documentado sem motivação nem identificação, o que conduz, de fato, a uma ausência de motivação dessas espécies de atos.

Resulta preocupante, em realidade, e eis a necessidade de uma abordagem mais ampla do assunto, o fato de que muitos — talvez todos — Ministérios Públicos adotem idêntico procedimento àquele que está em voga — desde sempre — no Rio Grande do Sul. E é igualmente digno de reflexões o fato de que essa prática de ausência de motivação dos atos de promoção ou remoção na carreira resulte usual na Magistratura, em suas mais diversas vertentes, atitude que parece, realmente, generalizada.

2. Atos de promoção ou remoção de agentes do Ministério Público e da Magistratura na carreira como atos administrativos

Sublinhe-se, *ab initio*, que o problema “da discriminação das competências legislativa, judiciária e executiva dos Podêres Públicos já não pode ficar no terreno dos conceitos de lei, sentenças e atos de execução (...). Seja como fôr, libera-se da separação apriorística a técnica de fixação das competências segundo o critério dos agentes (poder legislativo, poder judiciário e poder executivo), que traduz a separação subjetiva, e da pretensão à caracterização objetiva, confiante na possibilidade de sêres puros que seriam a lei, a sentença e o ato de execução”⁷.

7 PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI, *Comentários à Constituição de 1967*, Tomo I, artigos 1^a — 7^a, 1987, Editora Forense, p. 289. Diz o autor: “O Poder Legislativo é o que edicta a lei, mas a lei, regra jurídica elaborada adrede, cai em sistema jurídico, anterior a ela e suscetível de receber, como regras jurídicas suas, outras leis. Tanto o Poder Executivo quanto o Poder Judiciário podem ter de explicar todo o sistema jurídico; donde colaboração dêles, não na edição da lei, porém na determinação lógica do sistema. O poder executivo administra e dá execução às leis que precisam da função administrativa. E o Poder Judiciário aplica a lei e as outras regras, que, sem serem leis, fazem parte do sistema jurídico. Um e outro, por seu embutimento no Estado de Direito, têm a revelação do sistema jurídico. Aquêle, sem ser judiciário, julga; e êsse, sem ser executivo, executa. Por onde se vê que o discrimine das funções não coincide, precisa e exclusivamente, com o discrimine dos “poderes” (...). Da missão de criar o Direito desempenha-se o Estado pelo acto de edictar a lei, porém não sòmente por êsse ato. Se só pela feitaura das leis o Estado exercesse a função juriferante teríamos : ou que a atividade elaboradora de regras jurídicas que não fôssem leis seria contra, ou, pelo menos, indiferente à atividade do Estado, em todo o caso estranha a ela; ou que só a lei é o Direito. Qualquer das duas hipóteses seria absurda. Por onde se vê que a diferenciação do Poder Público em legislativo, judiciário e executivo não esgota as funções de legislar, julgar e executar. Além disso, nas próprias atividades dos legisladores e dos juízes há muito de execução, e muito de julgamento, nas que competem aos legisladores e ao Poder Executivo, em todos os graus”. pp. 275/276.

Não parece haver dúvidas de que os atos de promoção ou remoção de um agente ministerial ou de um Magistrado, na carreira, constituem autênticos atos administrativos. Trata-se da Administração Superior do Ministério Público ou da Magistratura que pratica atos tipicamente administrativos, é dizer, que envolvem a administração da Instituição e que retratam o exercício de poderes administrativos.

Não se trata — esses atos de remoção ou promoção na carreira — de atos legislativos ou jurisdicionais, muito menos de exercício de típicas atribuições institucionais do Ministério Público diante da sociedade, v.g., denúncia, petição inicial de ação civil pública, parecer lançado em processo judicial. No caso da Magistratura, os atos em exame também são administrativos, visto que não se enquadram nas outras duas categorias, a saber, sentenças ou leis.

Observa-se que os atos ora examinados envolvem aspectos internos das Instituições — com inegável e transcendente repercussão externa — e dizem respeito aos agentes ministeriais, aos Magistrados e suas relações com a Administração Superior das respectivas Instituições.

Assim sendo, os atos em exame são, fora de dúvida, administrativos, submetendo-se aos princípios constitucionais que presidem a Administração Pública.

3. A necessária objetividade dos critérios de merecimento na carreira do Ministério Público e da Magistratura: a motivação como instrumento de verificação dos critérios legais de mérito dos agentes públicos

Cabe observar que a LOMIN⁸ dá uma notória e indiscutível prevalência aos critérios objetivos para aferição do merecimento na carreira dos membros do Ministério Público, afastando, assim, uma maior influência de critérios subjetivos, bem como rejeitando, evidentemente, qualquer critério arbitrário⁹.

Resulta ilegal, portanto, que qualquer Lei Orgânica Estadual agasalhe um conjunto de critérios de merecimento que, ao fim e ao cabo, acarretem a preponderância da subjetividade dos membros do Conselho Superior do Ministério Público em

8 Lei 8625, de 12 de fevereiro de 1993, a chamada Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

9 Diz o Legislador Federal, na LOMIN, o seguinte: " Art. 61 — A Lei Orgânica regulamentará o regime de remoção e promoção dos membros do Ministério Público, observados os seguintes princípios: I — promoção voluntária, por antigüidade e merecimento, alternadamente, de uma para outra entrância ou categoria e da entrância ou categoria mais elevada para o cargo de Procurador de Justiça, aplicando-se, por assemelhação, o disposto no art. 93, incisos III e VI da Constituição Federal. II — *apurar-se-á a antigüidade na entrância e o merecimento 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 freqüência e o aproveitamento em cursos oficiais, ou reconhecidos, de aperfeiçoamento.*

detrimento da exigida objetividade¹⁰, de modo que às Leis Orgânicas Estaduais e aos regulamentos resta o necessário ajustamento à legalidade administrativa superior.

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 correi-*

10 Cabe observar o disposto na Lei Complementar número 75, de 20 de maio de 1993, o chamado Estatuto do Ministério Público da União, que tem aplicabilidade subsidiária às Leis Estaduais, por força do art. 80 da LOMIN, e que, por isso mesmo, constitui importante referencial, *in verbis*: “Art. 199 — As promoções far-se-ão, alternadamente, por antigüidade e merecimento. § 1^a — A promoção deverá ser realizada até trinta dias da ocorrência da vaga; não decretada no prazo legal, a promoção produzirá efeitos a partir do termo final dele. § 2^a — Para todos os efeitos, será considerado promovido o membro do Ministério Público da União que vier a falecer ou se aposentar sem que tenha sido efetivada, no prazo legal, a promoção que cabia por antigüidade, ou por força do § 3^a do artigo subsequente. § 3^a — É facultada a recusa de promoção, sem prejuízo do critério de preenchimento da vaga recusada. § 4^a — É facultada a renúncia à promoção, em qualquer tempo, desde que haja vaga na categoria imediatamente anterior. Art. 200 — O merecimento, para efeito de promoção, será apurado mediante critérios de ordem objetiva, fixados em regulamento elaborado pelo Conselho Superior do respectivo ramo, observado o disposto no art. 31 desta Lei Complementar. § 1^a — À promoção por merecimento só poderão concorrer os membros do Ministério Público da União com pelo menos dois anos de exercício na categoria e integrantes da primeira quinta parte da lista de antigüidade, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago; em caso de recusa, completar-se-á a fração incluindo-se outros integrantes da categoria, na seqüência da ordem de antigüidade. § 2^a — Não poderá concorrer à promoção por merecimento quem tenha sofrido penalidade de censura ou suspensão, no período de um ano imediatamente anterior à ocorrência da vaga, em caso de censura; ou de dois anos, em caso de suspensão. § 3^a — Será obrigatoriamente promovido quem houver figurado por três vezes consecutivas, ou cinco alternadas, na lista tríplice elaborada pelo Conselho Superior. Art. 201 — Não poderá concorrer à promoção por merecimento, até um dia após o regresso, o membro do Ministério Público da União afastado da carreira para: I — exercer cargo eletivo ou a ele concorrer; II — exercer outro cargo público permitido por lei. Art. 202 — (vetado). § 1^a — A lista de antigüidade será organizada no primeiro trimestre de cada ano, aprovada pelo Conselho Superior e publicada no Diário Oficial até o último dia do mês seguinte. § 2^a — O prazo para reclamação contra a lista de antigüidade será de trinta dias, contado da publicação. § 3^a — O desempate na classificação por antigüidade será determinado, sucessivamente, pelo tempo de serviço na respectiva carreira do Ministério Público da União, pelo tempo de serviço público federal, pelo tempo de serviço público em geral e pela idade dos candidatos, em favor do mais idoso; na classificação inicial, o primeiro desempate será determinado pela classificação no concurso. § 4^a — Na indicação à promoção por antigüidade, o Conselho Superior somente poderá recusar o mais antigo pelo voto de dois terços de seus integrantes, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação”.

ções 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. Uma Lei antiga, já em vias de ser substituída por outra — ou mesmo já substituída, a esta altura — como o é o Estatuto do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (*Lei Complementar número 28, de 21 de maio de 1982*) também consagra critérios de ordem preponderantemente objetiva para o merecimento na carreira, embora, é certo, consagre, simultaneamente, o segredo das sessões do Conselho Superior do Ministério Público: “Art. 84 — As promoções na carreira do Ministério Público serão feitas de classe para classe, por antigüidade e por merecimento, alternadamente. Art. 85 — A antigüidade será apurada na classe e determinada pelo tempo de efetivo exercício na mesma. § 1º — O eventual empate na classificação por antigüidade, resolver-se-á pelo maior tempo de serviço no Ministério Público Estadual. Na classe inicial o empate resolver-se-á pela ordem de classificação no concurso. § 2º — Em janeiro de cada ano o Procurador-Geral mandará publicar, no órgão oficial, a lista de antigüidade dos membros do Ministério Público em cada classe, a qual conterà, em anos, meses e dias, o tempo de serviço na classe, na carreira, no serviço público estadual e no serviço público em geral e o computado para efeito da aposentadoria e disponibilidade. § 3º — As reclamações contra a lista deverão ser apresentadas no prazo de 30 (trinta) dias da respectiva publicação, cabendo ao Conselho Superior o seu Julgamento. Art. 86 — O merecimento, também apurado na classe, será aferido pelo Conselho Superior, que levará em conta os fatores seguintes: I — o procedimento do membro do Ministério Público em sua vida pública e particular, o conceito de que goza na Comarca, segundo as observações feitas em correições e em visitas de inspeção, e o mais que conte de seus assentamentos funcionais; II — a pontualidade e o zelo no cumprimento dos deveres funcionais, a atenção às instruções emanadas da Procuradoria-Geral e da Corregedoria, aquilatadas pelo relatório de suas atividades e pelas observações feitas nas correições e visitas de inspeção; III — a eficiência no desempenho de suas funções verificadas através dos trabalhos produzidos; IV — a contribuição à organização e à melhoria dos serviços judiciários e correlatos; V — o aprimoramento de sua cultura jurídica, através de cursos especializados, publicações de livros, teses, estudos e artigos e obtenções de prêmios, tudo relacionado com a sua atividade funcional. Parágrafo único — Para os efeitos do artigo, o Corregedor fará presente à sessão do Conselho Superior a pasta de assentamento dos membros do Ministério Público que possam ser votados para compor a lista tríplice a que alude o art. 87. Art. 87 — A promoção por merecimento dependerá de lista

tríplice para cada vaga, organizada pelo Conselho Superior, *em sessão secreta*, com ocupantes do primeiro terço da lista de antigüidade. § 1^o — Serão incluídos na lista tríplice os nomes que obtiverem os votos da maioria absoluta dos votantes, procedendo-se a tantas votações quantas sejam necessárias para composição da lista. § 2^o — A lista de promoção por merecimento poderá contar menos de 3 (três) nomes, se os remanescentes da classe com o requisito do interstício forem em número inferior a 3 (três)”.

De igual modo, a CF exige critérios preponderantemente objetivos para a promoção dos Magistrados por merecimento.

Em primeiro lugar, cabe recordar do que estabelece a CF: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I — ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, através de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; II — *promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas: a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento; b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago; c) aferição do merecimento pelos critérios da presteza e segurança no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento; d) na apuração da antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação; III — o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última entrância ou, onde houver, no Tribunal de Alçada, quando se tratar de promoção para o Tribunal de Justiça, de acordo com o inciso II e a classe de origem”*. Um interessante julgado, que estabelece a auto-aplicabilidade dessas normas constitucionais, é o seguinte: “A norma inscrita no art. 93 da Constituição Federal estabelece que a lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os princípios e regras que enumera. Esses princípios, em sua maioria, estabelecem *critérios objetivos referentes ao ingresso na magistratura e ao desenrolar da carreira judiciária*, até a aposentadoria. *A natureza estritamente objetiva dessas regras traduz-se na sua eficácia plena e em sua aplicabilidade imediata, e parece tornar dispensável qualquer integração normativa que pudesse vir a consubstanciar-se, instrumentalmente, no estatuto da magistratura*. As normas inscritas no artigo 93 da Constituição da República muito mais traduzem diretrizes, de observância compulsória pelo legislador, do que regras dependentes, para sua efetiva aplicação, de ulterior providência legislativa. A eficácia e a aplicabilidade das normas consubstancia-

das no art. 93 da Carta Federal não dependem, em princípio, para que possam operar e atuar concretamente, da promulgação e edição do Estatuto da Magistratura. A ausência de hostilidade a quanto preceitua, de forma genérica, o dispositivo constitucional invocado como parâmetro de confronto, ainda que resulte aparente, desautoriza — inobstante o relevo jurídico do tema — a suspensão liminar da eficácia do ato normativo impugnado” (STF — ADI 189 (MC) — RJ — TP — Rel. Min. Celso de Mello — DJU 18.05.1990). A Suprema Corte reconheceu, ao que tudo indica, a auto-aplicabilidade dos critérios de merecimento estabelecidos diretamente na CF, critérios essencialmente objetivos. A Legislação anterior a 1988, a Lei Complementar número 35/1979, recepcionada, no que diz respeito aos critérios de merecimento, pela CF, estabelecia o seguinte: “art. 80. A lei regulará a promoção, preservando a observância dos critérios de antigüidade e de merecimento, alternadamente, e o da indicação dos candidatos à promoção por merecimento, em lista tríplice, sempre que possível. § 1º. Na Justiça dos Estados: I — apurar-se-ão na entrância a antigüidade e o merecimento, este em lista tríplice, sendo obrigatória a promoção do juiz que figurar pela quinta vez consecutiva em lista de merecimento; havendo empate na antigüidade, terá precedência o juiz mais antigo na carreira; II — para efeito da composição da lista tríplice, o merecimento será apurado na entrância e aferido com prevalência de critérios de ordem objetiva, na forma do regulamento baixado pelo Tribunal de Justiça, tendo-se em conta a conduta do juiz, sua operosidade no exercício do cargo, número de vezes que tenha afigurado na lista, tanto para entrância a prover, como para as anteriores, bem como o aproveitamento em cursos de aperfeiçoamento; III — no caso de antigüidade, o Tribunal de Justiça, ou seu órgão especial, somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto da maioria absoluta de seus membros, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação; IV — somente após 2 (dois) anos de exercício na entrância, poderá o juiz ser promovido, salvo se não houver, com tal requisito, quem aceite o lugar vago, ou se forem recusados, pela maioria absoluta dos membros do Tribunal de Justiça, ou de seu órgão especial, candidatos que hajam completado o período”. Lembre-se, claro, que o Conselho Nacional da Magistratura resultou extinto. Deve-se dizer, infelizmente, que a jurisprudência brasileira parece inclinar-se no sentido de um reconhecimento de amplas “liberdades” aos Tribunais, na escolha dos Magistrados que se enquadram nos critérios de merecimento. Parece não haver tradição de controles rigorosos desses atos administrativos. Confira-se este julgado: “*Magistrado. Promoção por merecimento. Lista tríplice. Liberdade de escolha do Tribunal, em função do merecimento apurável nos declinados termos da alínea c do inciso II do art. 93 da Constituição, mormente em não sendo o juiz preterido o único integrante da primeira parte do quinto da antigüidade requisitada na alínea a do citado dispositivo*” (STJ — MS 3.077-6 — MT — 5ª T. — Rel. Min. José Dantas — DJU 29.08.1994). Resulta certo, de outro lado, que não há *direito adquirido*, aprioristicamente, à promoção, sequer por antigüidade, porque, evidentemente, tudo depende do caso concreto e dos currículos concretamente comparados. Somente assim se pode compreender essa decisão: “Magistrado — Promoção

— Antiguidade — CF/88, art. 93, II, d — O magistrado, ainda que mais antigo, não tem direito adquirido à promoção por antiguidade. O Tribunal, em tese, pode recusá-lo pelo voto de dois terços de seus membros (Const., art. 93, II, d). Evidencia-se carência do direito da ação, caso postule a promoção” (STJ — RMS 4.074-7 — PB — 6ª T. — Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro — DJU 24.10.1994). Sem embargo, nesse contexto, necessário advertir que maior relevância assume o princípio da motivação dos atos administrativos, na medida em que uma promoção por antiguidade não pode ser recusada imotivadamente, com suporte em votos secretos.

além de impor a obrigação de os Tribunais motivarem expressamente suas decisões administrativas¹¹.

Qual a razão para que preponderem critérios objetivos na análise do merecimento, seja das promoções, seja das remoções, tanto na Magistratura quanto no Ministério Público? Por evidente que se trata de ordem do Constituinte de 1988 e do Legislador Federal no sentido de coibir arbitrariedades, injustiças, ilegalidades encobertas, reprimindo, assim, ambiente propício ao clientelismo institucional, aos favorecimentos ilícitos, às perseguições injustificadas.

Considerando a inafastável exigência de critérios objetivos para o merecimento na carreira, forçoso reconhecer que a ausência de motivação desses atos administrativos, por si só, retrata uma absoluta e esmagadora prevalência de critérios essencialmente subjetivos em detrimento dos critérios objetivos¹². Impossível falar-se em

11 Confira-se o art. 93, X, da CF, quando reza o seguinte: “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”. Essa norma constitucional se aplica, evidentemente, às decisões sobre merecimento na carreira, notadamente porque se trata de atos administrativos que podem lesar ou ameaçar de lesão direitos individuais e interesses difusos da sociedade, especialmente aqueles relacionados à moralidade administrativa.

12 Há que se lembrar que não basta uma mera racionalidade subjetiva do intérprete. Conforme assinala CARACCILO, 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 racionalidade subjetiva de um sujeito X pode ser pensada como a coerência de suas decisões com seu próprio sistema de valores, o que pode significar, também, que sua eleição de uma alternativa de ação, em determinado contexto, se revele orientada pela ordem vigente nesse mesmo contexto. Uma ação pode ser internamente racional se estiver fundada consistentemente no conhecimento e no sistema de valores do ator. Uma decisão subjetiva racional pode ser, não obstante, imprevisível e, portanto, objetivamente arbitrária. O fundamental é perceber a racionalidade objetiva, exterior ao próprio sujeito, fundada em regras não-arbitrárias. Diferencia-se, assim, racionalidade objetiva de racionalidade subjetiva. 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*

critérios juridicamente objetivos se não há, na prática, qualquer motivação administrativa. Resultaria hipócrita sustentar a existência de critérios objetivos diante da inexistência de motivação objetiva das autoridades administrativas.

Só por essa singela razão — a exigida objetividade dos critérios de merecimento —, torna-se escancaradamente ilegal e inconstitucional a ausência de motivação dos atos administrativos que reconhecem merecimento a membros do Ministério Público e da Magistratura em suas respectivas carreiras.

4. Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados: o problema da interpretação dos critérios de merecimento

Sabe-se que os atos discricionários não traduzem um passaporte para arbitrariedades. Discricionariedade pressupõe limites jurídicos, porque se trata, simplesmente, de uma decisão jurídica¹³.

No exercício de um ato discricionário, entre duas ou mais alternativas possíveis, o decisor poderia optar por qualquer delas, indiferentemente, sem necessidade de justificar sua escolha no que diz respeito ao afastamento de uma ou outra possibilidade, v.g., quando o Governador escolhe, na lista tríplice, qualquer dos agentes ministeriais eleitos pela Classe para exercer o cargo de Procurador-Geral de Justiça. Nesse caso, a escolha pode recair em qualquer das figuras integrantes da lista, inclusive no nome menos votado, porque há um típico poder discricionário do Governador, o qual está constitucional e legalmente legitimado a esse procedimento.

Veja-se o que diz a CF, em seu art. 128, parágrafo 3º: “*Os Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios formarão lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução*”. Tendo havido uma eleição, tendo sido formada uma lista tríplice, cabe ao Governante, sem sombra de dúvida, escolher qualquer dos agentes indicados pela Classe, sem necessidade de específica ou densa motivação que ampare uma ou outra escolha, presumindo-se que todos os integrantes da lista estão potencialmente habilitados ao exercício do cargo disputado, até porque, rigorosamente, a votação é na lista,

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?

13 Nesse sentido é a palavra de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, cit, pp.143 e ss, especialmente quando afirma que não há discricionariedade na ausência ou à margem das leis. “*Por amplia que sea cualquier discrecionalidad, siempre será un quid aliud respecto de la Ley, como cualquier otro producto administrativo, y estará por ello sometida plenamente a la Ley y al Derecho*”, p.144.

não uninominal, sendo improcedente qualquer reclamação de que o Governante deva escolher o mais votado da lista. Porém, inclusive esses atos tipicamente discricionários podem sofrer alguma espécie de controle. Cumpre registrar que desvios de poder são passíveis de controle jurisdicional, mesmo nessa seara. Acordos políticos espúrios, ilícitos, que comprometam a independência funcional do Ministério Público, podem ser reprimidos. Se um dado Procurador ou Promotor de Justiça (na medida em que também os Promotores de Justiça podem concorrer ao cargo de Procurador-Geral de Justiça) celebra acordos ilícitos com o Governante de plantão, para justificar sua escolha, o ato administrativo correspondente a essa escolha será nulo de pleno direito. E isso porque mesmo os poderes discricionários encontram limites na CF e nas Leis. No caso, o princípio da nomeação do Procurador-Geral de Justiça há de ajustar-se ao princípio — não menos importante — de independência e autonomia da Instituição frente ao Executivo. Confira-se o excelente trabalho de BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, com prólogo de Martin Bullinger, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp.253 e ss, quando afirma que até mesmo as nomeações e designações aos chamados “cargos em confiança” podem ser controlados pelo Judiciário, ainda que, em tal hipótese, haja um controle meramente negativo, ao contrário do que pode ocorrer no sistema de concurso regrado, pois nesse último há uma programação normativa positiva de provisão dos postos de trabalho. Em todo caso, insiste o autor, nem mesmo as livres designações são absolutas, porque toda nomeação deve ajustar-se ao interesse público, respeitando os princípios de mérito e capacidade. Os desvios de poder podem ser controlados nesse terreno, p.257. No caso, presume-se o mérito e a capacidade de um integrante da listra tríplice de membros do Ministério Público, mas não se pode descartar a possibilidade de que o Governante, ilicitamente, pratique ou tente praticar atos de ingerência na independência funcional da Instituição, buscando extrair benefícios políticos indevidos de seu ato discricionário. Nesse caso, poderá haver controle negativo, é dizer, puramente repressivo. A vedação de acordos ilícitos não se confunde, cabe esclarecer, com a possibilidade de identificação ideológica ou puramente política do Governante com um determinado agente ministerial figurante na lista tríplice, pois nessa hipótese se está diante de uma legítima opção da autoridade detentora da atribuição constitucional. E acordos ilícitos tampouco se confundem com contatos políticos e diálogos legítimos entre as autoridades. Forçoso dizer, de qualquer sorte, que há uma histórica insatisfação dos Ministérios Públicos (em suas bases) em relação a esse método de escolha do Procurador-Geral de Justiça. Realmente, não se vê em que medida tem o Governador interesse e legitimidade moral para a escolha do Chefe do Ministério Público, é dizer, daquele que possui, justamente, atribuições para investigar e promover ações civis públicas por atos de improbidade administrativa contra o Chefe do Poder Executivo. Seria interessante, por curiosidade, fazer um levantamento estatístico, em todo o Brasil, de quantos Procuradores-Gerais de Justiça promoveram ações civis públicas — ou viabilizaram seu ajuizamento — contra Governadores (não ex Governadores...) por

atos ímprobos ou lesivos ao patrimônio público. Cabe dizer que muito maior ainda é a insatisfação em relação ao método de escolha do Procurador-Geral da República, cujas atribuições possuem uma dimensão nacional. A esse respeito, estabelece a CF. em seu art. 128, parágrafo 1º, o seguinte: “ *O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução*”. Resulta verdadeiramente inadmissível que o Presidente da República não tenha, praticamente, limites de escolha daquele que pode investigá-lo, acusá-lo, processá-lo por determinados delitos e por atos de improbidade administrativa, sem falar no fato de que se trata do Chefe da Instituição controladora, por excelência, da Administração Pública federal. Critérios espúrios, essencialmente políticos, obscuros, certamente podem influir na seleção do Procurador-Geral da República, enfraquecendo-se, de um lado, o Ministério Público da União, e, de outro, a sociedade, porque dificilmente ostenta a autoridade escolhida independência funcional em relação ao Governante, mormente quando o sistema de recondução permite (teoricamente, claro...) todo o tipo de trocas de favores no plano federal. Assim, se um dado Procurador-Geral da República quer perpetuar-se no exercício do Poder, poderá, ao menos, acompanhar o mandato do Governante de plantão ou, o que pode ser inclusive pior, de seu partido político. Daí porque se revela urgente uma reforma constitucional que restaure a legitimidade democrática dessas figuras fiscalizadoras. Costuma-se dizer, aliás, que essa legitimidade adviria da escolha efetuada por órgão democraticamente constituído. Sem embargo, semelhante argumento não prospera, visto como não se trata de avaliar a democrática investidura de órgãos representativos de eleitores, mas sim de fortalecer a democrática independência de um órgão fiscalizador e controlador daqueles que governam e devem prestar contas (intensamente) à coletividade. Os Governantes, quando no exercício do poder, exercem um cargo de “confiança”, pois não recebem um mandato ilimitado. A representatividade dos eleitos há de ser exercida nos termos da ordem constitucional e isso pressupõe o império do Direito. Assim sendo, o enfraquecimento das Instituições fiscalizadoras, através do falso fundamento de que devem ser escolhidas por autoridades “democráticas”, ocasiona, em realidade, o desmoronamento do princípio constitucional da responsabilidade dos Governantes e autoridades públicas. Esse enfraquecimento das Instituições gera, por seu turno, deterioração do regime democrático, que passa a prescindir, na prática, da prestação de contas dos poderosos, tornando-se uma frágil democracia clientelista de um momento determinado: a eleição. Ora, a democracia, como se sabe, não se esgota no momento eleitoral, porque os eleitos não recebem seus mandatos para o cometimento de atos arbitrários e ilícitos, conforme assinalado insistentemente por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, cit, pp.102 e ss. Em todo caso, também parece oportuno aduzir que uma escolha direta, no âmbito da própria classe, dos Procuradores-Gerais de Justiça e da República, exigiria, por seu turno, reformas institucionais inibi-

tórias de práticas clientelistas *interna corporis*. Não se pode ignorar a triste realidade de que a eleição uninominal também pode apresentar sérias distorções. Preocupa o fato de que, no interior de determinadas Instituições, possam alguns candidatos receber benefícios, diretos ou indiretos, da máquina administrativa. A Administração Superior da Instituição não pode usar encontros de formação funcional ou o aparato administrativo para beneficiar ou prejudicar candidatos. A Procuradoria, a Associação e a Corregedoria são órgãos que devem manter-se rigorosamente imparciais, sem qualquer ingerência nos assuntos eleitorais internos, seja oficialmente, seja informalmente através da chamada “política” com “p” minúsculo, v.g., fofocas, maledicências, manobras antiéticas, encontros e eventos com fins sabidamente eleitorais. Há que se desenvolver mecanismos de controles. Na prática, não é raro que órgãos exercentes de poderosas atribuições dentro das Instituições se inclinem ao favorecimento de um ou alguns candidatos em detrimento de outros. Não se trata de distorção de menor importância, como se o “eleitorado”, por seu elevado senso crítico, pudesse ficar imune às influências da máquina administrativa. Ninguém é imune à propaganda política, mormente quando realizada com habilidade, de molde a atingir o consciente e o inconsciente coletivos. Tornam-se, enfim, urgentes reformas legais e constitucionais que permitam à sociedade possuir Ministérios Públicos realmente independentes. De resto, uma forte independência do Ministério Público pode projetar, positivamente, uma maior independência dos Juízes e Tribunais, que não têm poderes de atuação *ex officio*.

O ato de promoção ou remoção do agente do Ministério Público ou da Magistratura, na carreira, é um ato tipicamente discricionário? Pode o Conselho Superior do Ministério Público ou o órgão competente da Magistratura escolher qualquer agente político, indiferentemente, para preencher uma dada vaga aberta à luz do critério de merecimento?

A interpretação dos critérios de merecimento suscita, desde logo, o debate em torno aos chamados conceitos jurídicos indeterminados e poderes discricionários. Claro que um conceito jurídico indeterminado de valor, v.g., “interesse público”, pode comportar espaços mais amplos de escolhas ou maior elasticidade de margem de apreciação por parte das autoridades administrativas, o que não significa, sem embargo, que comporte qualquer solução ou acoberte qualquer ato, como se fosse uma fórmula mágica. É comum afirmar-se que ao Judiciário somente cabe um controle negativo, na análise dos conceitos indeterminados de valor, consoante recorda COSTA, Regina Helena, *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*, in Revista de Direito Público número 95, julho-setembro de 1990, ano 23, ed. RT, p.133/137. Nesse passo, um conceito indeterminado, por si só, pode abrir margem a algo parecido a uma discricionariedade valorativa da autoridade competente, com ela confundindo-se. Sem embargo, cabe recordar, juntamente com AARNIO, Aulis, *Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica*, in DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho número 4, Centro de Estudios Constitucio-

nales y Seminario de Filosofía del Derecho. Universidad de Alicante. Alicante. 1987, pp.109-117, que a própria interpretação jurídica, em seu sentido mais amplo, implica, em geral, uma seleção entre alternativas, o que não significa, acrescento, rigorosamente, discricionariedade. Pondera o autor que as autoridades não podem exercer caprichosa e arbitrariamente seus poderes coercitivos, tampouco podem basear-se em regras arbitrárias. A ambigüidade semântica intencional foi detectada, conforme se vê nesse trabalho, já na literatura da Antiga Grécia. No Direito, diferentemente do que pode ocorrer em outros campos, deve-se levar em conta a relação que o intérprete tem com os outros membros do auditório. O intérprete, assim, não pode aspirar a um resultado que somente satisfaça a si próprio. Tem que chegar a um nível de aceitação geral ao atribuir um significado a uma parte de um texto jurídico, p.114. Daí porque, acrescenta-se, 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 substantiva 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. Consulte-se LEAL, Vitor Nunes, *Poder discricionário e ação arbitrária da administração*, in *Revista de Direito Administrativo* número 14/67, quando salienta a existência de *deveres discricionários*, pois o fim legal limita a zona livre de opções do agente público, daí porque a melhor denominação seria “dever”. Consulte-se, também, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, revista, ampliada e atualizada, 11 edição, Forense, Rio de Janeiro, 1996, p. 170, quando afirma que a última palavra, na definição dos conceitos jurídicos indeterminados, caberá ao Poder Judiciário, “que exercerá o controle de aplicações irreais ou despidas de razoabilidade”. Diz o autor que o Poder Judiciário, sempre que se trate de interpretar conceitos jurídicos indeterminados, v.g., paz pública, falta grave, reputação ilibada, conduta desonrosa, juízos vagos, amplos e imprecisos, “pode e deve examinar os pressupostos de realidade, razoabilidade e proporcionalidade de qualquer definição administrativa de conceito jurídico indeterminado, sempre que provocado por quem alegar lesão ou ameaça a direito” (art.5, XXXV, CF), p.171. Como se vê, pautas de razoabilidade vinculam o Judiciário e a Administração Pública, de tal modo que inclusive o campo de maior ou menor liberdade valorativa do órgão originariamente decisor dependerá, por certo, do princípio da razoabilidade, propiciando controles positivo ou negativo pelo Judiciário. Interessante, neste tema, a lição de FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?*, in *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)* número 083, julho-setembro de 1994, Civitas ed., Madrid: “Sólo lo razonable es conforme a Derecho. Ni la Administración, ni los jueces, ni los juristas en general podemos escapar de esta lógica, eludir esta idea. «Cada vez que el juez debe decidir — dice PERELMAN- si ha habido falta, negligencia, imprudencia, cuándo hay que precisar un *standard* (obrar como un buen padre de familia), determinar las consecuencias dañosas de un acto *fautif*, se encuentra regularmente en las sentencias el recurso a la idea de lo que es o no razonable. Del mismo modo, los hechos son establecidos cuando no se puede tener, a este respecto, ninguna duda razonable. Un texto legal es claro cuando, aplicadas a una situación dada, todas las interpretaciones razonables que se pudieran dar de él no dan lugar a ninguna controversia” (Cfr. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable*, cit., pág. 515). *¿Y qué es lo razonable? ¿Cuándo puede calificarse de tal una decisión? Cuando se acomoda a una realidad objetiva o cuando se presenta de*

tal manera que su claridad y distinción nos constriñen a someternos a la evidencia, dice PERELMAN (Cfr. PERELMAN, *Ce que le philosophe peut apprendre par l'étude du Droit*, en «*Etique et Droit*», cit., pág. 448). Cuando aparece debidamente justificada, cuando se sustenta en razones, en las razones del Derecho por utilizar la expresión que sirve de título a la obra de M. ATIENZA, cuando «esté precedida de la argumentación que la fundamente», de forma que «se puede comprobar que la solución dada es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad», esto es, de la mera voluntad o el simple capricho de su autor, cuando «responde a una determinada interpretación del Derecho» y, en consecuencia, es capaz de «permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los derechos», en palabras de la Sentencia constitucional de 28 de octubre de 1991. En eso consiste sencillamente el quehacer jurídico, en razonar, que no es sólo verificar y demostrar, sino también deliberar, criticar y justificar, presentar razones a favor y razones en contra, argumentar en una palabra (cfr. PERELMAN, *Cinq leçons sur la justice*, en «*Etique et Droit*», pág. 224) es decir, confrontar razones a través del proceso argumental, del desarrollo de un discurso coherente por las vías de la lógica jurídica, que es una lógica peculiar, enraizada en la propia evolución del Derecho, orientada a dar sentido a la ambigüedad, abierta siempre a la comprobación de la cambiante sensibilidad del cuerpo social sobre los conflictos que se generan en su seno y conectada necesariamente por ello a los sutiles mecanismos de producción del imprescindible consenso, que es la única base firme sobre la que el Derecho puede sustentarse y su referencia última, supuesta la inaprehensibilidad y relatividad irreductible de los valores absolutos de la verdad y la justicia (la referencia al consenso es fundamental siempre en todo tipo de discurso jurídico, vid. M. ATIENZA, cit. Reitero al respecto mis anteriores observaciones en *De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario*, cit). “En cualquier caso, lo que está claro que no puede decirse, so pretexto de la imprecisión de las reglas del discurso jurídico o de la falta de una teoría acabada e indiscutible de la argumentación jurídica, es que la idea de lo razonable remita pura y simplemente a la voluntad objetiva del juzgador y sea por ello mismo rechazable. Hay en todo caso una regla general, aplicable tanto al administrador como al juez: la necesidad de fundamentar toda decisión y de fundamentarla, precisamente, en Derecho y no en el deseo, en la voluntad, en el capricho, en las preferencias o en los gustos de quien la adopta. En un Estado de Derecho sólo lo fundamentado y justificado en Derecho es razonable y sólo lo razonable es jurídicamente admisible. La cuestión clave es, pues, como ya tengo dicho, la motivación, pero no la motivación entendida en ese sentido rutinario y formal que solemos dar al término, sino como justificación resultante de un proceso argumental más o incluso menos explícito, pero apoyado siempre por razones exhibibles y sostenibles, dotadas de capacidad persuasiva y susceptibles por ello de resistir su eventual confrontación con otras en un debate abierto ante una instancia imparcial, que, en última instancia, tiene como testigo y como referencia una comunidad de hombres libres”.

Em primeiro lugar, forçoso reconhecer que, sendo ou não discricionário, o ato de promoção ou remoção de um agente público, pelo critério de merecimento, a um posto de trabalho, haveria de ser motivado¹⁴.

Em todo caso, pode-se salientar, tranquilamente, que não há poder discricionário de escolha — legalmente indiferente — de qualquer membro do Ministério Público ou da Magistratura para o cargo disputado à luz de critérios de merecimento.

Note-se que, em geral, não há conceitos indeterminados de valor¹⁵ como critérios objetivos de merecimento na carreira do Ministério Público, isso já por força do

14 Mesmo que se considerasse a existência de discricionariedade na valoração de determinados fatores relativos ao merecimento na carreira, cabe reconhecer, sem qualquer sombra de dúvida, a importância da motivação. Diz o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão que se poderia aplicar ao problema relativo às promoções ou remoções dos membros do Ministério Público ou Magistratura por merecimento, na hipótese de se considerá-las portadoras de certas atribuições discricionárias, que a “*discricionariedade atribuída ao Administrador deve ser usada com parcimônia e de acordo com os princípios da moralidade pública, da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de desvirtuamento. As razões para a não convocação de estágio probatório, que é condição indispensável ao acesso dos terceiros sargentos do quadro complementar da Aeronáutica ao quadro regular, devem ser aptas a demonstrar o interesse público. Decisões desse quilate não podem ser imotivadas. Mesmo o ato decorrente do exercício do poder discricionário do administrador deve ser fundamentado, sob pena de invalidade. A diferença entre atos oriundos do poder vinculado e do poder discricionário está na possibilidade de escolha, inobstante ambos tenham de ser fundamentados. O que é discricionário é o poder do administrador. O ato administrativo é sempre vinculado, sob pena de invalidade*” (STJ, Rel. Min. Anselmo Santiago, RESP 79761/DF, 6ª Turma, julgado em 29-04-97, unânime). Quando se diz que o ato administrativo é sempre vinculado, quer-se dizer que não se trata de um ato “ajurídico”, mas sim de um ato que se insere no universo normativo, legal e constitucional. Consulte-se WACHSMANN, Patrick, *Libertés publiques*, 2ª ed., Dalloz, Paris, 1998, pp.147 e ss, quando pondera que até mesmo as decisões proferidas em procedimentos disciplinares — historicamente infensas ao controle jurisdicional — hoje se submetem a um amplo e intenso controle judicial. Diz o autor que já são raras, escassas, as hipóteses em que a autoridade judiciária deixa um integral poder discricionário ao agente público: “*Las hypothèses dabsence totale de contrôle des appréciations sont aujourd'hui très peu nombreuses*”. Mesmo as competências discricionárias devem ser exercidas de forma razoável, até porque uma liberdade absoluta do administrador implicaria uma total ausência de direito do administrado, pp.157 e 158. Note-se que inclusive decisões historicamente consideradas como expressão de típico poder discricionário, v.g., abertura ou não de uma sindicância administrativa, também podem sofrer o exame de fundo das autoridades judiciárias, pois inviável reconhecer poderes arbitrários às autoridades encarregadas de cumprimento da ordem jurídica. Nesse passo, não se vê em que medida seria possível imaginar que decisões fortemente vinculadas, como aquelas que concedem promoções ou remoções a agentes do Ministério Público ou da Magistratura, por merecimento na carreira, ficariam imunes ao controle judicial. O importante é fixar quais os limites da intervenção jurisdicional e do campo de movimentação da autoridade administrativa.

15 Cabe diferenciar a “*valoración personal-subjetiva del aplicador*” da norma (autoridade administrativa), que, nesse caso, ostenta discricionariedade, da valoração objetiva de caráter regrado, conforme recorda BACIGALUPLO, Mariano, cit. p.167. No caso da LOMIN, a maioria dos critérios, por sua objetividade, pode, no máximo, comportar valorações objetivas, não subjetivas do aplicador da regra. Igual limite existe às autoridades administrativas no âmbito do Judiciário. Já a escolha do Procurador-Geral de Justiça, pelo Governador, comporta valorações subjetivas do aplicador da regra.

disposto na própria LOMIN, que estabelece a regra de que o merecimento será aferido “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” (art.61, II, LOMIN). Não se trata de conceitos que comportem espaços de discricionariedade valorativa. Ao revés, trata-se de conceitos que, embora, em alguma medida, juridicamente indeterminados, são perfeitamente delimitáveis à luz de critérios objetivos, “palpáveis”, controláveis. E esses são os critérios preponderantes, obrigatórios, previstos diretamente no campo federal e aplicáveis a todos os Ministérios Públicos do Brasil.

Na Magistratura, basta que se observe o texto explícito da CF, que exige, nada menos, do que os requisitos da 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 a 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”)¹⁶.

Não se olvide que, em geral, a objetividade dos critérios de merecimento, tanto para a Magistratura como para o Ministério Público, não fica, nem pode ficar, na dependência de subjetiva e arbitrária vontade do órgão administrativo responsável pela edição de regulamento e tampouco da discricionária previsão do Legislador Estadual, visto que se trata de uma imposição que deriva diretamente dos preceitos que regulam a Administração Pública brasileira, preceitos aplicáveis, por extensão, às Administrações dos demais Poderes da República e aos Legisladores Estaduais. Trata-se de normas federais e constitucionais que estão em jogo.

Cumpra lembrar que a análise interna de determinados elementos e fatores juridicamente indeterminados, que digam respeito a conceitos de valor, legalmente previstos para o merecimento, cabe, preponderantemente, ao órgão administrativo decisor, nas zonas de penumbra¹⁷. Isso não significa que se trate de ato integralmente

16 Já se decidiu, a propósito da aplicabilidade do art. 93, III, ao Ministério Público, o seguinte: “Ministério Público. Promoção para a Procuradoria da Justiça. Aplicação do art. 93, III, da CF. Impossibilidade. Norma que somente estende ao *parquet* a sistemática de promoção de entrância para entrância. Dispositivo, ademais, que não é auto-aplicável. Inexistência de direito líquido e certo. Writ denegado. Inteligência dos arts. 93, II, e 129, § 4º, da CF” (TJMT — MS 928 — TP — Rel. Des. Mauro José Pereira — J. 23.11.1989). Essa decisão, ao que parece, está equivocada, porque, além de ser auto-aplicável, o dispositivo em comento não poderia ter sua incidência restrita às promoções de entrância a entrância, visto que inalterados os critérios de merecimento e inexistente tal restrição na LOMIN ou na CF.

17 A valoração do que seja uma Comarca que apresente particular dificuldade para o exercício das funções é prerrogativa praticamente exclusiva do Ministério Público (no que se refere aos seus membros, obviamente), sendo que, em geral, tal realidade é diretamente fixada em provimentos administrativos (que devem ser devidamente fundamentados, sem dúvida). Também as referências dos Procuradores de Justiça, na análise dos trabalhos dos agentes ministeriais, comportarão, por

discricionário, como se o Órgão Superior da Instituição pudesse, a seu bel prazer, escolher qualquer dos nomes dos agentes públicos aceitantes de promoção ou remoção para o cargo disputado, violando abrupta ou sutilmente a ordem de antiguidade, muito menos que se dispensasse o requisito da motivação do ato, pois, em todo caso, o Judiciário exerce um controle de limites, positivos e negativos.

Não se pode negar merecimento a quem, à luz de critérios racionais, lógicos, razoáveis, preponderantemente objetivos, o possui para efeitos de promoção na carreira¹⁸.

5. Aferição de merecimento e análise dos fatos

Note-se que o conceito de *merecimento* envolve, necessariamente, um importante conjunto de fatos (legalmente previstos e juridicamente relevantes) na carreira do agente do Ministério Público ou da Magistratura. Esses fatos determinantes do merecimento, verdadeiras causas, podem e devem ser controlados pelo Judiciário.

No caso concretamente examinado ao início deste trabalho (expediente administrativo número 5579-09000/99-5 da Procuradoria-Geral de Justiça-RS), há todo um conjunto de fatos juridicamente relevantes que deveriam haver sido discutidos e motivadamente apreciados pelo Conselho Superior do Ministério Público quando da promoção de um agente ministerial mais moderno em detrimento de outro mais antigo. Como se viu, tanto a LOMIN quanto a CF tipificam uns critérios fundamentais de merecimento funcional dos membros do Ministério Público e da Magistratura. Tais critérios se corporificam em fatos. Não se pode desprezar os fatos, o suporte fático das normas jurídicas. O histórico de cada autoridade na Instituição há de ser debatido à luz de critérios objetivos. Nesse passo, a fim de que se tenha uma idéia da quantidade de fatos que poderiam ser levados em conta e discutidos pelo Conselho Superior do Ministério Público, devo declinar, muito sucintamente, meu histórico pessoal na Instituição, histórico que abarca, como se poderá perceber, todo um conjunto de fatos juridicamente relevantes (e jurisdicionalmente controláveis) a efeitos

certo, uma boa dose de subjetividade discricionária, embora careçam, por igual, do requisito da fundamentação. Já não há essa mesma discricionariedade valorativa no que diz respeito à atividade do Corregedor-Geral do Ministério Público, que, visualizando as referências dos Procuradores ou dos Tribunais, bem como as notícias a respeito dos cursos e da publicação de trabalhos por um agente ministerial, deve, *ex officio*, proceder às necessárias anotações na respectiva ficha funcional. Tal providência não pode ficar na dependência de reiterados pedidos das partes interessadas ou, o que é muito pior, das relações pessoais das autoridades. A maioria dos critérios que podem e devem ser consagrados em qualquer Lei Orgânica Estadual, a efeitos de merecimento dos membros do Ministério Público na carreira, não tolera valorações preponderantemente subjetivas.

18 Convém insistir na idéia de que todo o sistema do concurso público possui uma programação normativa positiva fundada nos princípios do mérito e da capacidade dos agentes públicos, conforme aponta BACIGALUPO, Mariano, cit, p.254.

de merecimento na carreira. Todos esses fatos, que adiante relatarei, foram simplesmente desconsiderados pelo silêncio administrativo das autoridades competentes. Ninguém apreciou tais fatos, nem um único deles, na prática do ato administrativo objeto deste debate. Sei que corro o risco do constrangimento pessoal, pois tenho que trazer à tona o próprio *curriculum*, adotando uma atitude que poderia ser qualificada como ato antipático ou desprovido de modéstia. Prefiro correr esse risco a pecar por omissão. Considerando a necessidade de bem ilustrar o objeto deste trabalho, inevitável aprofundar o exame do caso inicialmente relatado, agora por ângulo diverso. Não se trata, pois, de avaliar a antipatia ou simpatia da atitude, tampouco sua falta de modéstia ou suas razões psicológicas. Todos esses aspectos — antipatia, falta de modéstia, fatores psicológicos — se diluem ante as conveniências e necessidades acadêmicas. Na argumentação que se desenvolve, resulta necessário revelar, na prática, quais os fatos que poderiam interessar — ou interessaram — à incidência das normas jurídicas. Outros detalhes não interessam, estando centrados tais argumentos em considerações pessoais, não profissionais, é dizer, evidenciaríamos autênticos ataques pessoais a um dos interlocutores. Daí que me abstenho de comentá-los. Imagine-se que vários agentes do Ministério Público concorrem a um posto de trabalho por merecimento e que um colega mais moderno, e outros bem mais modernos, ultrapassam outro colega na carreira, recebem uma grande quantidade de votos em detrimento de colegas mais antigos. Não estou a dizer, frise-se, que os colegas mais modernos recebedores de expressivas votações do Conselho, e inclusive aquele (a) que me ultrapassou efetivamente na antiguidade, não tenham um currículo superior ou simplesmente mais adequado ao cargo disputado. Também esses outros currículos deveriam ser examinados, analisados criticamente, e não o foram. Tampouco seria minha tarefa fazê-lo. Cuido, apenas, de relatar fatos de que tenho ciência e que são objetivamente perceptíveis e comprováveis, e que não foram apreciados sequer minimamente. Em meu caso, aprovado em concurso, com o primeiro lugar de minha turma, em fins de 1991, assumi (em início de 1992) a Primeira Promotoria de Justiça da Comarca de Torres-RS, aceitando, de imediato, promoção (permanentemente) à entrância intermediária. Fui promovido, por merecimento, à Comarca de Uruguaiana-RS (Comarca que sempre apresentou particular dificuldade para o exercício das funções, tanto que considerada, historicamente, de difícil provimento), Segunda Promotoria de Justiça Criminal, em julho de 1993, onde atuei até dezembro de 1994, inclusive, por necessidades da comunidade (eis que obtive remoção a outra Comarca já em setembro daquele ano), participando de programas e projetos institucionais. Naquela época, juntamente com outros colegas da Comarca, trabalhamos em regime de exceção, em Promotorias com excesso de serviço, sem qualquer ônus aos cofres públicos, por designação do Procurador-Geral de Justiça, apenas para colaborar com a Instituição. Me removi a São Jerônimo-RS, Primeira Promotoria de Justiça, também por merecimento, onde comecei meus trabalhos em início de 1995, tendo ali ficado até agosto de 1998, inclusive, sempre aceitando promoção na carreira. Nessa última Comarca, recebi uma especial designação, sem qualquer ônus ao Estado, para investigar e, se

fosse o caso, promover ações civis públicas em defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, na Comarca, acumulando tais atribuições com o Tribunal do Júri, execução criminal, cível, administrativo, família, tudo que fosse distribuído à 1ª Vara Judicial. Nesse período, nunca respondi a qualquer sindicância (embora o responder a uma sindicância ou procedimento similar não seja um fator necessariamente desabonatório, pois pode haver sindicâncias ou procedimentos injustos ou ilegais), obtive um prêmio pelo segundo lugar em concurso de melhor arrazoado forense, na área criminal (o primeiro lugar ficou — merecidamente, em meu modo de ver — com um Procurador de Justiça, cujo trabalho forense, aliás, a par de estar muito bem fundamentado e de versar matéria de interesse extremamente atual, citava artigo jurídico de minha autoria, artigo amplamente citado no acórdão que resolveu o assunto objeto do parecer, notadamente no voto do Relator), e exerci com o máximo zelo possível minhas atribuições, mantendo o trabalho sempre em dia (conforme atestado pela Corregedoria na véspera de minha licença de doutorado e nas diversas inspeções levadas a cabo ao longo de minha vida funcional). Destaco, ainda, que inúmeros pareceres e trabalhos forenses, além dos trabalhos doutrinários, mereceram transcrição em acórdãos dos Tribunais de Alçada (atualmente extinto) e de Justiça do Rio Grande do Sul, bem como de Tribunais Federais, estando vários deles documentados em revistas às quais têm acesso as autoridades administrativas responsáveis por anotações nas fichas funcionais. Paralelamente ao desempenho das atribuições funcionais, realizei um curso de Mestrado, sem qualquer prejuízo às funções, no qual apresentei dissertação relacionada ao tema da moralidade administrativa, de transcendental importância ao Ministério Público, com máxima qualificação (nota dez, conceito A, por unanimidade). Também proferi inúmeras palestras, nos mais diversos campos do conhecimento jurídico, a pedido da Corregedoria-Geral e da Associação do Ministério Público gaúcho, aos colegas, no interior do Estado e na Capital, inclusive em Congresso Estadual da Instituição, sem prejuízo às funções ou ônus ao Estado. Diga-se, *en passant*, que no Congresso Estadual do *parquet* gaúcho de 1998 apresentei uma grande quantidade de teses (talvez a maior ou a segunda maior quantidade de teses do Congresso), as quais foram, praticamente em sua totalidade, aprovadas pelos colegas. Obtive, então, por unanimidade, licença do Conselho Superior do Ministério Público para curso de doutorado na Espanha, a contar de setembro de 1998, por dois anos, ocasião em que se examinou positivamente o merecimento desse benefício. O que faltará, pergunto, nesse brevíssimo currículo, para que se reconheça o merecimento do agente público, à luz de critérios jurídicos previstos na LOMIN e na CF, independentemente de igual ou semelhante merecimento que possa(m) ostentar *colega (s) mais moderno (a — s)* na carreira, para preencher os cargos disputados? Não se pode saber, porque o ato administrativo é imotivado. Nenhum desses fatos foi analisado quando da promoção de um colega mais moderno em detrimento de outro mais antigo. É possível, realmente, que haja critérios que afastem o merecimento de um agente público mais antigo em favor de outro mais moderno, mas o ato administrativo correspondente haveria de ser motivado, fundamentado, racionalmente rastreável, até

por uma questão de transparência de critérios. No meu caso, poderia não ter ocorrido nenhuma injustiça, nenhum abuso, caso se abstraísse o problema da revelação dos reais motivos embaixadores da denegação do merecimento (que se baseou, ao que tudo indica, em minha licença para doutorado). Poderia, em tese (não fosse a revelação involuntária da real e provável motivação), simplesmente haver sido escolhido agente do Ministério Público melhor capacitado para o exercício de umas determinadas atribuições. Se isso ocorreu, aliás, presumindo-se que diversa tivesse sido a motivação oculta do ato, ainda assim seria necessário conhecer os motivos explícitos e jurídicos do ato administrativo do Conselho Superior da Instituição. O empate haveria de outorgar preferência aos mais antigos. E a preferência do mais moderno haveria de ser justificada e fundamentada à luz da excepcionalidade que deve caracterizá-la. Quem ultrapassa um colega mais antigo na carreira, tem o direito de conhecer as razões de seus méritos, os critérios eleitos pela autoridade administrativa, até para continuar seguindo tais diretrizes ou paradigmas comportamentais. Cabe lembrar, consoante pondera GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, cit, pp.155 e ss, que o próprio fato de ser o Direito um instrumento de racionalização do poder, por si só, acarreta a necessária consequência de que as decisões dos órgãos não se justificam simplesmente em razão da autoridade de quem as dite. Nas sociedades atuais, aduz, se substituiu a fé nas autoridades pela necessidade e exigência de que as opiniões sejam justificadas. No caso prático já relatado, verifica-se claramente a importância da motivação administrativa como instrumento de racionalidade decisória da Administração Pública, diante da necessidade de análise dos fatos juridicamente relevantes que compõem o histórico pessoal de cada agente público.

A causa, enquanto relação de adequação entre os pressupostos do ato e seu objeto, pode ser examinada pelo Poder Judiciário, na análise da legalidade administrativa. “*Se inexistente o motivo, ou se dele o administrador extraiu consequências incompatíveis com o princípio do direito aplicado, o ato será nulo por violação de legalidade*”¹⁹.

19 Essa é a lição de BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Controle judicial dos limites da discricionariedade administrativa — exame dos motivos ou pressupostos do ato — a noção de causa como requisito de legalidade, in Revista de Direito Público número 31, setembro-outubro de 1974, ed. RT, São Paulo, p.37. Sobre a necessidade de se examinar a matéria fática embaixadora do ato administrativo, consulte-se TÁCITO, Caio, Direito Administrativo, ed. Saraiva, São Paulo, 1975, p.103. Ver, sobre a causa como elemento do ato jurídico-administrativo, BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, Princípios gerais de direito administrativo, v.1, Forense, 2ª edição, 1979, p.488/530. Mesmo nos atos em que a manifestação de vontade desfruta de poderes discricionários, o agente público, embora dotado da capacidade de apreciar os critérios de conveniência e oportunidade na realização do ato ou na fixação de seu conteúdo, não pode se desviar do interesse geral que deve nortear quaisquer de seus atos e sequer “perturbar os efeitos próprios que a figura do ato jurídico objetiva alcançar”, p.522. Acrescenta o autor que “a alteração dessa finalidade genérica ou específica gera a nulidade do ato sob o fundamento do abuso no exercício do direito”, p.523.

A causa jurídica de um ato administrativo é o fato determinante que conduz o ato a uma determinada categoria legal. Por óbvio que se o fato determinante, ou a base fática, é falso ou errôneo, invalida-se a respectiva categoria legal e, por conseguinte, o próprio ato. Há controle objetivo de enquadramento dos fatos em determinadas categorias, até porque esse controle significa um controle de estrita legalidade²⁰.

No caso das promoções ou remoções de membros do Ministério Público ou da Magistratura, por merecimento, acima das relações de simpatia, amizade, companheirismo entre candidatos e votantes, paira o interesse geral da coletividade, que se expressa em exigências de imparcialidade, objetividade do decisor, bem como fundamentação explícita, razoável, juridicamente vinculada do ato administrativo, porque a distribuição de cargos aos membros do Ministério Público e Magistratura, agentes inamovíveis, não resulta de critérios arbitrários do órgão administrativo competente. Consulte-se, ainda, RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, 3ª ed., Dalloz, 1965, p.226/231, quando refere que no exame do *détournement de pouvoir*, o intérprete se atém à análise de um elemento interno da legalidade. O caso mais freqüente ocorre quando o agente busca objetivo estranho ao interesse geral, vale dizer, age impulsionado por uma inimizade pessoal, uma paixão política ou ideológica, ou, ainda, defende interesses privados. Mas também ocorre o desvio de poder quando o agente persegue interesse público diverso daquele consignado na norma de competência, p.227/228. A única forma de perceber os objetivos do agente público, e de controlá-los, é exigir-lhe, no mínimo, que motive juridicamente seus atos, pois do contrário resultaria impossível qualquer tentativa de controle. Como se poderia saber a motivação da autoridade administrativa, se há ou não desvio de poder, na hipótese de se admitir atos francamente imotivados? Resulta óbvia a exigência e a necessidade de motivação dos atos administrativos. Cabe sublinhar, ademais, que a motivação não pode ser vista por um ângulo estritamente formal. Interessante, nesse contexto, a advertência de ATIENZA, Manuel, *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica*, in *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)* número 085, janeiro-março de 1995, Ed. Civitas, Madrid: “La palabra «motivación» es desafortunadamente ambigua, de manera que por «motivar una decisión» puede entenderse tanto a) señalar los motivos, las causas, que produjeron la decisión (que sería el efecto), como b) indicar las razones que permiten considerar la decisión en cuestión como algo aceptable. Es obvio que ambas nociones no coinciden: el motivo determinante por el que el órgano X dictó la resolución Y pudo haber sido favorecer a una determinada persona Z, pero ello no excluye, necesariamente, que la decisión en cuestión pudiera haber sido (jurídicamente) justificada; y cabe — lo que quizás sea más frecuente — que la decisión de X haya sido dictada por motivos absolutamente nobles, pero sin embargo resulte injustificada a la luz del Derecho vigente. Ahora bien, la obligación jurídica de motivar sus decisiones que tienen los órganos públicos (bien se trate de actos administrativos o jurisdiccionales) se refiere al segundo de los sentidos distinguidos: motivar una decisión no significa explicarla, sino justificarla (aunque explicar pueda contribuir muchas veces a justificar); un acto arbitrario no es un acto sin causa, sin motivo, sin explicación, sino un acto que carece de razones que lo hagan aceptable, es decir, que carece de justificación”.

20 Tal é a antiga lição de HAURIOU, Maurice, *La jurisprudence administrative* — de 1892 a 1929, Tomo II, Recueil Sirey, Paris, 1931, p.385. Veja-se, ainda, FORSTHOFF, Ernst, *Traité de Droit Administratif Alemand*, trad. por Michel Fromont, Ed. Émile Bruylant S.A., Bruxelles, 1969, pp.167 e ss, quando pondera que o erro de apreciação dos fatos, pela Administração Pública, pode ser judicialmente controlado. O legislador, repita-se, impõe limites explícitos e implícitos ao Conselho Superior do Ministério Público e ao órgão competente da Magistratura, os quais não podem, sob hipótese alguma, afastar-se dessas exigências mínimas, exigências que envolvem análise de fatos passíveis de controle jurisdicional. Quando o Conselho Superior do Ministério Público ou o órgão

Cabe examinar, a esta altura, quais os fundamentais princípios constitucionais que se ligam diretamente ao princípio da motivação dos atos administrativos, e dos quais ele deriva, direta ou indiretamente, destacando-se, desde logo, que há, certamente, um conjunto de princípios constitucionais vinculantes nesse terreno.

Relembre-se da importante lição de DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, Ed. Atlas, 1991, São Paulo, pp. 151/152, *in verbis*: “É imprescindível, para avaliação da razoabilidade, conhecer os motivos que levaram a Administração a adotar determinada medida (objeto do ato administrativo) para alcançar a finalidade que decorre implícita ou explicitamente da lei. Daí a necessidade de motivação. Não se exige fórmula sacramental para a motivação; o que se entende necessário é que fiquem documentados, de algum modo, os motivos, para posterior apreciação, seja pela própria Administração, seja pelos demais Poderes do Estado, nos limites de suas competências constitucionais”. “A motivação é necessária tanto para verificação da existência ou veracidade dos motivos invocados, como para verificação da adequação entre os motivos e o resultado obtido”. “No direito brasileiro, está consagrada no próprio direito positivo a inclusão do motivo entre os elementos essenciais à validade do ato. O artigo 2º da Lei 4.717, de 29.06.65, estabelece serem nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo 1º, nos casos de incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade. E no parágrafo único, alínea “d”, diz que ‘a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou

superior da Magistratura denega, injustificadamente, imotivadamente, de forma ilícita, merecimento a um determinado agente público, cabe ao Poder Judiciário, a petição do titular do direito violado, ditar o ato legalmente exigível, substituindo a omissão da autoridade administrativa. Em outras palavras, à autoridade judiciária cabe determinar a promoção por merecimento de um determinado agente público em sua carreira, porque se trata, simplesmente, de interpretar conceitos jurídicos indeterminados e de fixar a incidência da regra legal ao caso concreto, extraindo-lhe as consequências cabíveis, é dizer, outorgando à parte seu direito. Não se diga que o Poder Judiciário estaria substituindo a discricionariedade da autoridade administrativa, visto que se trata, ao contrário, de intervenção repressora de abusos e ilegalidades, reparadora de um direito violado. Quando de sua operação hermenêutica, o Judiciário pode e deve reconhecer certos campos de liberdade de movimentos à autoridade administrativa, alguma autonomia decisória, um terreno mais ou menos amplo para interpretação e valoração dos fatos e dos elementos normativos inerentes aos critérios de merecimento, em conformidade com as exigências institucionais e sociais pertinentes. Sem embargo, esses espaços de movimentação não são absolutos ou ilimitados, porque resultam juridicamente vinculados, delimitados, de tal modo que ao Judiciário se reserva o necessário papel corretivo e controlador. Se resulta demonstrado que um dado agente público possui *direito* ao critério de merecimento na carreira, reduzindo-se a margem de apreciação da autoridade administrativa, cabe ao Judiciário, simplesmente, reconhecer e declarar esse direito. Pode-se dizer, assim, juntamente com ZUBALLI, Umberto, *Il controllo della discrezionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, a cura di Vera Parisio, Giuffrè Editore, Milano, 1998 p.161, que a motivação é o suporte da legalidade, estando referida ao fato e à norma.

juridicamente inadequada ao resultado obtido'. O próprio princípio da razoabilidade, como adequação jurídica entre motivo e objeto, tendo em vista a finalidade legal, está contido expressamente na parte final do conceito". "A única maneira de verificar-se a observância daquele princípio é pelo exame da motivação. Por isso mesmo, a motivação não pode limitar-se a indicar a norma legal em que se fundamenta o ato (pressuposto do direito) e os fatos (pressupostos de fato). É necessário que na motivação se contenham os elementos indispensáveis para controle da legalidade do ato, inclusive no que diz respeito aos limites da discricionariedade. É pela motivação que se verifica se o ato decorre da vontade pessoal e arbitrária da autoridade administrativa e se observou a regra da proporcionalidade e da adequação entre os meios e os fins. Antônio Carlos de Araújo Cintra mostra a divergência doutrinária sobre a abrangência da motivação: de um lado, aqueles que vêem na motivação apenas uma explicitação dos motivos; nessa corrente inclui Cretella Júnior, Themístocles Brandão Cavalcanti, Hely Lopes Meirelles, Laubadère, Maria Rivalta, Guy Isaac, Vallina Velarde. De outro lado, os que lhe dão maior abrangência; é o caso de Stassinopoulos, para quem a motivação é a 'menção das circunstâncias ou das considerações que fundaram o ato, ou a sua legalidade'; a mesma tese é adotada por Manuel María Diez, Cassagne e Taruffo; para este último, que trata do assunto a propósito da sentença judicial, 'a idéia de motivação deve partir da constatação de que ela constitui um discurso, ou seja, um conjunto de proposições ligadas entre si e inseridas num contexto autonomamente identificável...A motivação se caracteriza por sua intencionalidade, apresentando-se como um discurso destinado a justificar racionalmente o ato motivado'. "Na mesma linha de raciocínio — que nos parece a mais adequada — Araújo Cintra manifesta o seu entendimento no sentido de que 'se torna necessário aderir a uma visão mais abrangente da motivação, do que a geralmente acolhida, aproximando-nos da linha preconizada por Stassinopoulos, para fazê-la incidir não apenas nos motivos da decisão administrativa, mas em todos os seus aspectos de legalidade e de oportunidade e conveniência'". A motivação, embora não inserida expressamente na Constituição Federal entre os princípios impostos à Administração Pública, está nela implícita, porque é inerente ao princípio da legalidade e, em especial, ao devido processo legal; e é indispensável até para que os cidadãos possam exercer o seu direito à informação, pois, sem a motivação, não lhes é possível conhecer as razões que serviram de fundamento à decisão administrativa; é essencial para o exercício do direito de defesa e para a garantia do contraditório, além de ser elemento indispensável a servir de base para o controle dos atos administrativos, seja para fins de controle interno pela própria administração, seja para fins de controle externo exercido pelo poder Legislativo, seja, ainda, para fins de controle judicial. Em síntese, a motivação constitui garantia de legalidade dos atos administrativos".

Uma interpretação sistemática, teleológica, em conjunto, dos princípios constitucionais que presidem a Administração Pública brasileira, revela, fora de dúvida, a importância da motivação administrativa.

6. Acesso à justiça: a controlabilidade judiciária dos atos administrativos e o direito fundamental à efetiva tutela judicial

Direta é a conexão do princípio da motivação com o princípio da controlabilidade judiciária dos atos administrativos²¹, visto que se trata, este último, de um desdobramento do direito fundamental à efetiva tutela judicial²².

O princípio da controlabilidade judiciária da Administração Pública resulta consagrado na CF²³. Possível dizer que não há atos administrativos absolutamente imunes ao controle judicial. Já não subsistem atos fundados em “razões de Estado” que escapem ao controle, positivo ou negativo, mais ou menos intenso, do Judiciário.

Se alguém, mesmo um funcionário público, ficasse sujeito aos efeitos de atos administrativos totalmente desprovidos de fundamentação, como poderia o Judiciário exercer um controle *a posteriori*? Que tipo de tutela judicial receberia essa classe

21 Por todos, consulte-se ZUBALLI, Umberto, e SAVOIA, Riccardo, *La motivazione dell'atto amministrativo — Struttura e contenuti per una corretta e puntuale motivazione*, Cosa e Come (Giuffrè Editore per I pubblici amministratori e per I professionisti), Milano, 1999, pp.8-10.

22 Relembre-se do art. 5º, inciso XXXV, da CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O mero acesso formal ao Judiciário não asseguraria a efetividade da tutela judicial. “Que ello sea posible — o no — depende, más allá del acceso formal a la jurisdicción, de la existencia y suficiencia de parámetros normativos que permitan someter la decisión recurrida a un control material efectivo”, conforme pondera BACIGALUPO, Mariano, cit, p.222, ao tratar do art. 24.1 da Constituição espanhola, a qual há de ter o mesmo alcance, nessa matéria, àquele dispensado à CF.

23 O ato administrativo submete-se aos princípios constitucionais que presidem a Administração Pública. Nesse sentido, sua controlabilidade é a controlabilidade dos princípios constitucionais, ou seja, é o próprio controle de constitucionalidade das leis administrativas ou dos atos dos agentes públicos no desempenho de suas funções. Sobre o alcance desse controle, interessantes os trabalhos de BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Curso de Direito Administrativo*, 8ª edição, Malheiros editores, São Paulo, 1996, p.69/70 e FREITAS, Juarez, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, Malheiros editores, São Paulo, 1997, p.81, quando fala, este último, no princípio da unicidade da jurisdição e seus desdobramentos, relacionando-o com o art. 5º, XXXV, CF/88, cabendo ao Judiciário a última palavra em termos de controle dos atos administrativos. Cabe dizer, de fato, que a motivação integra a legalidade administrativa, 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”, conforme já registrava CAVALCANTI, Themístocles Brandão, *O princípio da legalidade e o desvio de poder*, in Revista de Direito Administrativo número 85, p.05. Intimamente vinculado ao princípio da razoabilidade e também ao princípio da controlabilidade judiciária do ato administrativo, é de se destacar o princípio da motivação. A doutrina tem extraído o princípio da motivação do art. 5º, LIV e LV, CF, sendo ele aplicável indistintamente às decisões administrativas e judiciárias. Ademais, pondera-se que se até as decisões administrativas dos Tribunais devem ser motivadas (art. 93, X, CF), tal princípio se estende aos demais Poderes da República e Instituições como o Ministério Público, mesmo porque a garantia da motivação se relaciona com a controlabilidade judiciária dos atos administrativos, conforme aponta corretamente MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Curso*, cit, p.67/68. Inexigível fórmula sacramental para a motivação administrativa, mas é importante que os motivos fiquem documentados de algum modo, de tal sorte que se torne possível sua apreciação jurisdicional. A ausência de motivação, no plano legal, é causa de nulidade do ato administrativo, conforme estabelece o art. 2º da Lei 4.717/65, em seu parágrafo único, alínea “d”.

de cidadãos? Necessário fundamentar os atos administrativos, porque ao Judiciário há que se possibilitar o acesso aos motivos que impulsionaram o ato e, conseqüentemente, o respectivo controle²⁴.

A ausência de motivação do ato administrativo torna-o, *ipso facto*, sigiloso, secreto, prejudicando, nessa medida, o acesso material do cidadão ao Poder Judiciário²⁵.

Na garantia de acesso ao Judiciário, compreende-se a perspectiva de efetiva tutela judicial dos direitos consagrados na CF. tais como a ampla defesa e o contraditório, ambos abertamente vulnerados por atos administrativos secretos e imotivados²⁶.

24 Veja-se a poderosa corrente doutrinária que visualiza na motivação uma dupla funcionalidade: de um lado, permite ao Juiz o controle das ilegalidades; de outro, permite ao cidadão o direito de defesa, conforme anota SCARCIGLIA, Roberto, cit, pp.46 e ss.

25 Essa é a inequívoca orientação do STF: “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 (exames 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 auténticamente 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?

26 Veja-se o que diz 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 excluírem 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

A obrigação de motivação administrativa resulta ligada à amplitude do controle jurisdicional da Administração Pública, sendo, a um só tempo, elemento formal e material do ato administrativo²⁷.

Enfim, o princípio da controlabilidade judiciária dos atos administrativos exige, torna imperiosa, a motivação desses atos públicos.

7. Interdição à arbitrariedade dos Poderes Públicos

A ausência de motivação de um ato administrativo, seja discricionário, parcial ou totalmente vinculado, implica, fundamentalmente, a caracterização de um ato arbitrário, ferindo, nessa medida, os princípios democrático²⁸ e do devido processo legal.

No Direito Constitucional espanhol, consagra-se, explicitamente, o princípio de interdição à arbitrariedade dos Poderes Públicos,

Sabe-se que o princípio constitucional de interdição à arbitrariedade dos Poderes Públicos foi introduzido, no art. 9.3 da Constituição espanhola de 1978, por iniciativa do então Senador MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo, *Materiales para una Constitución (Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado)*, Akal ed., Madrid, 1984, pág. 56 y siguientes, e que, atualmente, possui um duplo significado, conforme explica FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario*, cit: “en un sentido genérico, correlativo de la idea ya antigua que ve en la arbitrariedad

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?

27 Essa é a idéia de PEDACI, Vincenzo, *Note intorno all obbligo di motivazione ed al controllo sui provvedimenti amministrativi*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, maio de 1998, v. CXLIX, fasc. 5, pp.427-429.

28 Leia-se SCARCIGLIA, Roberto, cit, pp.43 e ss, quando enuncia correntes doutrinárias importantes que, a partir da década de 1980, visualizam na motivação uma funcionalidade de legitimação político-democrática. Oportuno, ainda, consultar a obra de ZUBALLI, Umberto, e SAVOIA, Riccardo, cit, quando afirmam que a motivação é decorrência do Estado Democrático, pp.4-6. Ponderam esses autores que a motivação há que ser justa, conforme ao Direito, e lógica, p.11 e 42. Quanto maior a discricionariedade, prosseguem, maior a necessidade de motivação, embora a discricionariedade que recaia sobre o mérito se satisfaça com a mínima motivação, pp.69 e 70. Em um plano mais filosófico, cumpre registrar que as normas jurídicas, em si mesmas, podem ser consideradas como razões para determinados comportamentos. Se as normas são consideradas como um instrumento utilizado pelas autoridades para determinar as ações dos sujeitos, é óbvio que essas autoridades busquem que essas normas sejam razões para as ações, conforme assinalam REDONDO, Maria Cristina, e NAVARRO, Pablo E., *Aceptación y funcionamiento del Derecho*, in DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho número 9. Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, Alicante, 1991, pp.225-233.

el reverso o el negativo de la Justicia y el Derecho, su prohibición constitucional juega el papel de una cláusula de cierre del sistema que se corresponde con la fórmula «Ley y Derecho» y que, por lo tanto, comprende todo lo que es contrario a aquella o éste, se encuentre o no especificado en otros preceptos constitucionales; en un sentido más concreto, arbitrario y, por lo tanto, constitucionalmente prohibido es todo aquello que es o se presenta como carente de fundamentación objetiva, como incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión, como desprendido de o ajeno a toda razón capaz de explicarlo”. Prosegue, mais adelante, o autor: “Los lingüistas, desde SAUSSURE, saben esto muy bien y por eso afirman que el signo lingüístico es arbitrario, no porque el significante dependa de la libre elección del sujeto hablante, en cuyas manos no está en ningún caso cambiar nada en un signo una vez establecido éste en un grupo lingüístico, sino porque es «inmotivado, es decir, arbitrario en relación al significado, con el que no tienen ningún vínculo natural en la realidad” (Cfr. P. DE SAUSSURE, *Curso de Lingüística general*, publicado por Ch. BALLY y A. SECHEHAYE, con la colaboración de A. RIEDLINGER, trad. de M. ARMIÑO, Akal ed., 1980, pág. 106). Esa falta absoluta de motivación, esa inexistencia de todo vínculo con la realidad, choca con «la necesidad humana de motivación», lo que lleva, como resaltan DUCROT y TODOROV (Cfr. O. DUCROT y TZVETAN TODOROV, *Diccionario enciclopédico de las ciencias del lenguaje*, Siglo XXI Argentina, Ed. 1974, pág. 158) a crear signos que encuentran, al menos, una motivación secundaria en la existencia de una clase en la que el mismo tipo de derivación va acompañado de un contenido semántico análogo, con la consiguiente reducción de la arbitrariedad absoluta inicial al nivel de una arbitrariedad relativa (DUCROT y TODOROV ponen como ejemplo la serie *poirier*, *cerisier*, *mûrier*, *bananier* (página 158). Lo mismo en castellano (*moral*, *zarzal*, *peral*, *manzano* etc.) en inglés (*raspberry*, *strawberry*, *blackberry*) etc). El concepto de arbitrariedad se vincula así en su esencia última al concepto de motivación, de la que los humanos no podemos prescindir en cuanto entes de razón, ni en el plano del *logos*, que es y no puede dejar de ser el del pensamiento (se piensa con palabras), ni, por supuesto, en el plano del Derecho, es decir, del pensamiento y del razonamiento jurídico. *El Derecho exige siempre justificación, demanda razones, preserva la razón. Su naturaleza es la de justificar decisiones, actuaciones. Por eso no puede y no podrá nunca rehuir la cuestión del fundamento* (Cfr. Ch. ATIAS, *Theorie contre l'arbitraire*, París, 1987. La edición castellana con el título *Contra arbitrariedad, teoría* es de EDERSA, Madrid, 1988. Cito por ésta, páginas 26 y 27). Si no se entiende — y se siente — esto, no se entiende nada”. “La cuestión crucial está en la motivación, de la que depende esencialmente la legitimidad de ejercicio de todo poder, legitimidad de ejercicio que es inexcusable e irrenunciable, como lo prueba la categórica prohibición constitucional de todo uso arbitrario de aquél. La Administración puede elegir ciertamente el trazado de la nueva carretera que mejor le parezca: el más barato, el más sencillo técnicamente, el que cause un menor impacto ecológico, el que produzca un trastorno menor de la vida social, el más corto, el que más rentabilice la inversión por su mayor capacidad de

absorber un tráfico más abundante, el que redima del aislamiento a mayor número de núcleos de población etc. etc. Optar por uno o por otro es su derecho, pero razonar el por qué de su elección es su deber, su inexcusable deber. *El mero «porque sí» está constitucionalmente excluido, como lo está la nada infrecuente apelación al carácter discrecional de la elección y, con mayor motivo todavía, el simple silencio al respecto* (grifei). Dada una motivación, una razón de la elección, la que sea, esa razón debe ser plausible, congruente con los hechos de los que necesariamente ha de partirse, sostenible en la realidad de las cosas y... susceptible de ser comprendida por los ciudadanos, aunque no sea compartida por todos ellos (...). Lo que por el momento quiero destacar es que si la razón de la elección del trazado concreto que la Administración ofrece a los ciudadanos que la sostienen y a cuyo servicio está es que ese trazado es el más corto, debe éste serlo efectivamente; si dice que es el más barato, debe serlo también y así sucesivamente. Si no lo es — y a estos efectos habrá que estar a la prueba que, contradictoriamente, pueda practicarse en el curso del proceso —, la concreta elección realizada por la Administración se revelará arbitraria y deberá ser anulada por el juez, que, justamente, está para eso y que es esencial que esté porque, si no estuviera, sobraría la Constitución entera, la proclamación que ésta contiene del Estado de Derecho, la afirmación solemne del sometimiento pleno de la Administración a «la Ley y al Derecho», así como a los fines que la justifican, y todo lo demás. Todo esto es bastante obvio, me parece, y no requiere mayor justificación. *La Administración es libre de elegir*, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados”. “La exigencia de motivación — y de una cierta motivación, no de cualquiera — no es una mera exigencia técnica; es mucho más que eso. Como antes dije, recordando a los lingüistas, *la motivación es una necesidad humana, consustancial a nuestra distintiva condición de entes de razón*. Esto es ya por sí sólo suficiente, pero, por si pareciera muy abstracto el argumento, importa recordar *que todo poder público es un poder funcional* (El recordatorio de SANTI ROMANO, *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*, Buenos Aires, 1964, 002 «Poderes, Potestades» es obligado) como poder otorgado en consideración a intereses ajenos a los de su titular; es un poder, por lo tanto, obligado a justificarse en su ejercicio, a dar cuenta *cumplida* de éste. Al *dominus negotii* no le basta, como es obvio, cualquier explicación que su mandatario convenga en darle en el momento de la obligada rendición de cuentas; éstas han de ser, en todo caso, debidamente justificadas (*Vid.* por ejemplo, J. M. MANRESA y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil Español*, tomo XI, Madrid 1931, pág. 435: «su contenido debe ser el de una cuenta regular, detallando minuciosamente los ingresos y los gastos con expresión de los conceptos que los hubiesen motivado. En tal supuesto, no podrá estimarse como rendición de cuentas la nota expresiva del total de los ingresos y de los gastos con la remisión si lo hubiere del saldo a favor del mandatario». «Abonan este deber juntándose para exigirlo la moral y la ley escrita»). Pero, además, hay que tener presente que la exigencia constitucional y legal de motivación no cumple sólo en el Derecho

Público una función procesal de facilitar el ulterior control jurisdiccional de la decisión, que a falta de una motivación suficiente no sería posible, sino también la función extraprocesal de permitir un control externo, general y difuso por la colectividad en su conjunto del fundamento lógico, fáctico y valorativo de la decisión administrativa e, incluso, del ulterior juicio que sobre ella puedan eventualmente pronunciar los Tribunales (*Vid.* sobre esto la excelente tesis doctoral de M. FERNANDO PABLO, *La motivación del acto administrativo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993. Razones (de la Administración) frente a razones (del juez), será, finalmente, el conjunto de la colectividad quien forme opinión y sitúe a cada uno en su lugar). Desde la perspectiva del principio democrático (...) esta segunda función es más importante aún que la primera y está en íntima sintonía con ese aliento participativo, con ese legítimo afán de profundización de la democracia, con esa búsqueda de una Administración más transparente y más próxima al ciudadano que el texto constitucional estimula y las leyes posteriores al mismo enfáticamente proclaman (muy singularmente, por cierto, la reciente y polémica Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, cuya Exposición de Motivos desarrolla con notable autocomplacencia este discurso: «*La Constitución de 1978 alumbra un nuevo concepto de Administración, sometida a la Ley y al Derecho, acorde con la expresión democrática de la voluntad popular...*». «Las nuevas corrientes de la ciencia de la organización aportan un enfoque adicional en cuanto mecanismo para garantizar la *calidad y transparencia* de la actuación administrativa, *que configuran diferencias sustanciales entre los escenarios de 1958 y 1992*»; «... rompiendo la *tradicional opacidad de la Administración...*»; «*la Ley introduce un nuevo concepto sobre la relación de la Administración con el ciudadano...*». Supongo que hay que dar a estas declaraciones del legislador todo su valor y que hay que hacerlas buenas en la realidad cotidiana)con esa nueva concepción del poder público como un instrumento racional al servicio de la colectividad que aspira no sólo a imponerse, sino también y sobre todo a convencer, que es, sin duda alguna, la de nuestra Norma Fundamental. El Derecho es la suma de ideología y coerción, de fuerza y consenso (un análisis sobre esta base del poder del Estado en J. CHEVALLIER y D. LOSCHAK, *Science administrative. Théorie générale de l'institution administrative*, «LGDJ», París 1978, pág. 178 y sigs. Hay también traducción castellana del INAP, Madrid, 1986). Para que sea socialmente eficaz, esto es, para que el Derecho pueda conseguir y mantener el orden en una sociedad dada, el resultado de esa suma debe ser cien en todo caso. En un régimen autoritario, como el que hasta 1975 era el nuestro, la fuerza tenía que suplir el déficit de consenso; en un régimen democrático, por el contrario, en el que a la fuerza se reserva, por hipótesis, el mínimo espacio posible, recae necesariamente sobre el consenso el peso de la siempre irrenunciable eficacia social del Derecho. Al Estado democrático le es por ello de esencia un consenso reforzado, que sólo puede lograrse a partir de decisiones objetiva y racionalmente fundadas, capaces de resistir la prueba de la realidad y de confrontarse con otras de signo opuesto y no salir vencidas, al menos, de esta confrontación”.

fórmula que também foi adotada, porém implicitamente, pelo Direito Constitucional brasileiro, sob a genérica e conhecida garantia do *due process of law*.

Reza a CF: “Art. 5^º. *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV — ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”. O “*due process of law*” tem a sua origem mais conhecida na Magna Carta inglesa de 1215, exatamente na garantia de proteção à liberdade e propriedade do ser humano, com duas exigências fundamentais: a sentença legítima de seus pares e a lei do lugar. A expressão “*due process of law*” aparece, mais especificamente, em 1344, quando o Parlamento inglês força o Rei Eduardo III a aceitar uma Lei desenhada para frear seus próprios excessos. Com o tempo, o princípio em exame foi convertendo-se em sinônimo de “*by the law of the land*”, possuindo, nesse sentido, um significado restrito. Através de COKE e BLAKSTONE, o *due process of law* chegou ao sistema do direito norte-americano, justamente no momento da Revolução, conforme apontam CARBONELL, Eloísa, e MUGA, José Luis, *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Marcial Pons ed., Madrid, 1996, p.96. Sobre as iniciais perplexidades dos julgadores do Tribunal Supremo norte-americano, na compreensão da ambígua cláusula do *due process of law* e, ademais, a respeito da mudança histórica de concepções em torno ao conteúdo dessa cláusula, consulte-se U.S. Supreme Court, DAVIDSON v. CITY OF NEW ORLEANS, 96 U.S. 97 (1877), para visualizar interessante histórico a respeito da cláusula do “*due process of law*”. Sobre a influência e o alcance da doutrina de COKE e BLACKSTONE, veja-se U.S. Supreme Court, HURTADO v. PEOPLE OF STATE OF CALIFORNIA, 110 U.S. 516 (1884), com fartas referências ao assunto e ao próprio conteúdo da cláusula do “devido processo legal”, no examinar a exigência de “*grand jury*” prévio à pena de morte, no século XIX. Forçoso destacar, na esteira da doutrina e dos julgados referidos, *ab initio*, que a expressão “*privação dos bens ou liberdade*” merece, a semelhança do que ocorreu nos Estados Unidos da América, uma ampla interpretação. Liberdade e bens podem ser atingidos, direta ou indiretamente, por atos administrativos. Um ato que deixa de reconhecer um direito pessoal pode implicar alteração na liberdade do indivíduo, na medida em que, em certo sentido, sempre alguma liberdade resulta cerceada por um ato administrativo ilícito. No Direito norte-americano, o devido processo legal aplica-se, por exemplo, à teoria dos contratos privados. Liberdade contratual é englobada na garantia. De igual modo, liberdade de usufruir dos direitos legalmente previstos é, ou pode ser, cerceada por um ato administrativo ilegal. A jurisprudência brasileira também tem encarado o *due process of law* de forma bastante ampla, aplicando-o (exigindo-o), por exemplo, nas seguintes hipóteses: exclusão de aluno da Universidade (TRF 5^ª R. — AMS 59.404 — CE — 97.05.13047-7 — 1^ª T. — Rel. Juiz José Maria Lucena — DJU 23.10.1998 — p. 664); ato administrativo disciplinar (TRF 1^ª R — AMS 00873-9 — DF —

2ª T. — Rel. Juiz Eustáquio Silveira — DJU 29.06.1990); descredenciamento de professor orientador de estágios (TRF 4ª R — REO 90.04.12658-9 — RS — 3ª T. — Rel. Juiz Sílvio Dobrowolski — DJU 15.04.1992). Desde logo, cabe extrair do princípio do devido processo legal algumas conseqüências formais básicas, conforme apontado pela doutrina antes referida. Assim, todos os procedimentos, administrativos ou judiciais, devem ostentar os seguintes passos: notificação ou citação do imputado ou interessado; garantia dos direitos de defesa, com abertura de possibilidade de a parte manifestar-se, por escrito ou oralmente, a respeito do caso; *resolução motivada da autoridade competente (previamente)*; existência de um órgão decisor imparcial. Ademais, o Tribunal Supremo norte-americano introduziu algumas outras importantes garantias dentro da cláusula do devido processo legal, a saber: não se pode obrigar o acusado a declarar-se culpado; as provas não podem ser obtidas com métodos que ofendam o sentido de Justiça; o acusado não poderá ser julgado mais de uma vez pelo mesmo fato; a irretroatividade das normas penais (com algumas poucas exceções). O certo é que a idéia de garantias formais decorrentes da cláusula do devido processo legal é o primeiro conteúdo dessa norma fundamental. Seu desenvolvimento partiu da noção de garantias procedimentais aos acusados e envolvidos em procedimentos administrativos. Não se deve olvidar a importância do “procedimento devido em direito” para a própria produção normativa no sistema de *common law*, de tal sorte que, desde suas origens, direito processual e direito material andam intimamente ligados. Sem embargo, a evolução histórica do devido processo legal alcançou garantias substanciais, ultrapassando, também, os limites dos procedimentos sancionadores.

O direito ao devido processo legal significa, no cenário jurídico onde deita raízes esse princípio, uma vedação à arbitrariedade dos Poderes Públicos²⁹, significado que assume também no Direito brasileiro.

29 Veja-se CARBONELL, Eloísa, e MUGA, José Luis, cit, p.117/118, quando enunciam o significado substantivo do *due process of law*. Pelo ângulo substantivo, a legislação deve estar em conformidade com os critérios do *just and fair standart*, ajustando-se às idéias de razoabilidade e interdição à arbitrariedade. Segundo se vê em US. Supreme Court, HURTADO v. PEOPLE OF STATE OF CALIFORNIA, 110 U.S. 516 (1884), o devido processo legal impede *arbitrary powers* do próprio Legislador. Veja-se o trabalho de BRINDEIRO, Geraldo, *O devido processo legal e o Estado Democrático de Direito*, in Revista Trimestral de Direito Público número 19/1997, Malheiros ed., São Paulo, 1997, p.51, quando reconhece que tal princípio, no direito norte-americano, ganhou uma conotação substancial, interditando a arbitrariedade legislativa. Um importante reparo, todavia, merece o raciocínio do autor: é que, ao que parece, ele interpreta a noção de “processo”, tal como veiculada na CF/88, como equivalente a “processo judicial”, raciocínio que, a meu ver, resulta equivocado. Ocorre que uma maior abrangência merece essa cláusula. Alcança, sem dúvida, os processos administrativos, inclusive os procedimentos, porque se trata de uma ampla limitação aos Poderes Públicos. Nesse sentido, aliás, caminha a jurisprudência (STF — MS 124 — DF — 1ª S. — Rel. Min. Carlos Velloso — DJU 14.05.1990). Se o devido processo legal interdita até mesmo a arbitrariedade legislativa, o que se dirá da arbitrariedade administrativa? Conforme ponderam RADLEY, A.W. e EWING, K.D., *Constitutional and Administrative Law*, 12ª ed.,

Pode-se dizer que a garantia do devido processo legal, formal e substancial, no Direito Constitucional brasileiro, implica, necessariamente, uma exigência de motivação dos atos administrativos, porque, sem esse requisito, o ato resulta, inevitavelmente, arbitrário, autoritário, despótico, inconciliável com os padrões jurídicos de um Estado Democrático de Direito, para que se diga o mínimo.

Ademais, se o chamado “princípio da proporcionalidade”³⁰ é, hoje, no Direito brasileiro, amplamente admitido, não se pode ignorar que um dos pilares de controle desse princípio é, exatamente, a motivação. Sem esta, como se pode exercer o juízo de ponderação? Um discurso jurídico desprovido de argumentos, de razões, de fundamentos, não é, em realidade, um discurso jurídico, mas sim um discurso puro e bruto da autoridade, do autoritarismo, da força. Que proporcionalidade se pode esperar e exigir de um ato imotivado?

A motivação desempenha, instrumentalmente, funções que permitem o juízo de proporcionalidade, razoabilidade, justiça, juridicidade do ato.

8. *Transparência administrativa*

A CF consagra explicitamente o princípio da publicidade administrativa. Mais do que isso, resulta consagrada a exigência de transparência formal e material da Administração de qualquer dos Poderes da República e de Instituições públicas como o Ministério Público ou o Tribunal de Contas.

Veja-se o art. 5º, XXXIII, da CF: XXXIII — “*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,*

Longman, London, 1997, pp.773 e ss, mesmo os poderes discricionários da Administração Pública podem ser controlados judicialmente, desde que exercidos de forma desarrazoada, com busca de objetivos inapropriados ou com suporte em considerações (motivos) irrelevantes. Como se controlaria o poder administrativo em toda essa extensão, se se permitisse atos imotivados? Note-se que WADE, H.W.R. e FORSYTH, C.F., *Administrative Law*, 7ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1994, também argumentam que a relevância ou irrelevância dos motivos do ato administrativo deve ser objeto de controle. O poder há de ser exercido com razoabilidade e proporcionalidade, o que significa ausência de arbitrariedade, pp.399 e ss. Em qualquer caso, verifica-se que resulta vedada a arbitrariedade administrativa e esta necessariamente aparece na hipótese de atos imotivados.

³⁰ Veja-se o trabalho de BARROS, Suzane de Toledo, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 37-45, 68-84, 85-93, bem como o trabalho de HECK, Luís Afonso, *O Tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais — contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*, Fabris editor, Porto Alegre, 1995, p.176. Interessante, também, a idéia de que a proporcionalidade ocupa uma posição de mediação entre positivismo e jusnaturalismo, conforme aponta, já no início de sua obra, SANDULLI, Aldo, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), Padova, 1998, p.02 e ss.

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. Aliás, um eventual pedido de informações dessa natureza provavelmente seria interpretado como um ato "antipático". Igual frustração sentirão, imagina-se, os membros da Magistratura, porque as autoridades superiores parecem não fundamentar, em geral, essas decisões tidas como "soberanas" ou "internas". Interessante 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 joga 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, pairam acima das Leis e da Constituição, possuem 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.

Veja-se que o princípio da motivação é, de certo modo, garantidor da publicidade material do ato administrativo, na medida em que permite aos administrados o conhecimento acerca do conteúdo do ato do administrador. Nesse passo, o Supremo Tribunal Federal já negou a existência de poder discricionário dos Tribunais de excluir, imotivadamente e por deliberação tomada em sessão secreta, qualquer candidato ao cargo de juiz da lista de concorrentes³¹.

Dentre as variadas e múltiplas consequências da transparência administrativa, destaca-se, realmente, a necessidade de motivação dos atos administrativos³², porque a ausência de motivação pressupõe o segredo — ou falta de publicidade — dos reais motivos. Não há atos imotivados, na prática, porque sempre alguma razão ou algum motivo, expresso ou oculto, impulsiona o agir humano. Daí porque a ausência formal e explícita de motivos encobre uma realidade inafastável de motivos ocultos e reais, que são, por isso mesmo, incontroláveis, secretos, arbitrários, na medida em que dependem de uma vontade absoluta do agente público.

Poder-se-ia afirmar que o voto secreto e imotivado do Conselheiro — ou do Membro do Tribunal, Juiz Federal ou Desembargador — seria uma garantia contra eventuais pressões dos candidatos, tal como se dá em ordinárias eleições populares? Poder-se-ia comparar o voto de um Procurador de Justiça ou de um Magistrado, ambos nos mais altos patamares das respectivas carreiras, ao voto de um cidadão que participa das eleições populares? Creio que semelhante possibilidade há de ser descartada, de plano, porque distintas as realidades comparadas. Se o eleitor necessita do voto secreto para sua real independência, já o Conselheiro do Ministério Público e o Magistrado integrante do Tribunal competente necessitam motivar suas decisões para mostrar e revelar uma efetiva independência. Se o eleitor popular pode ser pressionado, é frágil e carente de proteção, já o Conselheiro ou o Magistrado possuem, em regra, um poder hierárquico-administrativo de supremacia sobre os candidatos à vaga disputada, uma independência assegurada institucionalmente para o exercício de atos muito mais graves, uma posição sem dúvida privilegiada relati-

31 Ver a notícia em COUTO E SILVA, Almiro do, *Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro*, in Revista de Direito Administrativo número 179, janeiro/junho de 1990, p. 65.

32 A exigência da motivação é inerente ao princípio da legalidade e ao do devido processo legal, sendo imprescindível para que os cidadãos possam exercer o direito de obter informações da administração pública, consoante a respeitada palavra de DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, cit, p.151/152, o que bem revela a conexão do princípio em exame com a transparência administrativa. Também SCARCIGLIA, Roberto, cit, pp.48 e ss, arrola opiniões doutrinárias que sustentam a existência de forte vínculo entre transparência administrativa (*principio di trasparenza*) e a motivação administrativa. Já ZUBALLI, Umberto, e SAVOIA, Riccardo, cit, relacionam o princípio da motivação expressamente com a transparência administrativa, dizendo, inclusive, que, em certa medida, a motivação é a etiqueta informativa do produto, p.18.

vamente ao agente político candidato nas listas de merecimento. Quem necessita de proteção, portanto, é o candidato, não o votante, no campo ora examinado.

Tampouco se pode comparar essa escolha de Promotores, Procuradores de Justiça ou da República para determinados cargos, à luz do critério de merecimento funcional (promoções ou remoções por merecimento), com a eleição para o próprio Conselho Superior do Ministério Público ou para a lista tríplice de agentes ministeriais candidatos ao cargo de Procurador-Geral de Justiça, em que os eleitores possuem a garantia do voto secreto. Nesses últimos dois casos, a independência dos eleitores há de ser assegurada, como, realmente, o é, pois estão na posição de potenciais “governados” pelos eleitos, além do fato (fundamental) de que o critério de escolha é exclusivamente político, não jurídico. No caso dos Conselheiros-votantes, os “candidatos” votáveis são membros do Ministério Público administrativamente situáveis em posição inferiorizada diante dos votantes, e, o que é mais importante, os critérios de escolha não são políticos, mas sim jurídicos.

O que se deve destacar, a meu ver, é a necessidade de proteção da própria sociedade, que possui o direito de saber como funciona, e na base de que motivos funciona, o sistema de promoções ou remoções por merecimento dos agentes do Ministério Público. A transparência administrativa possui como destinatária final a sociedade.

9. *Eficiência administrativa*

Consagra-se, hoje, na CF, o chamado princípio da eficiência da Administração Pública. Esse princípio carece de uma compreensão sistemática, porque, em um primeiro momento, se traduz como uma exigência constitucional de funcionamento ótimo da Administração de qualquer dos Poderes da República ou de Instituições públicas. Exige-se qualidade dos serviços públicos e dos comportamentos administrativos. Os resultados dos atos administrativos são passíveis de controle social e jurisdicional, porque nenhum princípio constitucional é inoperante ou desprovido de força jurídica. Nenhum princípio constitucional se traduz como mera “sugestão” ou “conselho” aos seus destinatários, nem se reduzem esses princípios a normas de “cortesia” ou “morais”. A potencial coercitividade das normas constitucionais se projeta, desde logo, em relação às autoridades encarregadas de cumprí-las³³.

Os atos administrativos devem satisfazer interesses públicos³⁴. A promoção ou a remoção de um agente público, na carreira, não é um capricho da Instituição, mas

33 Motivação administrativa e eficiência se conectam intimamente, conforme apontam ZUBALLI, Umberto, e SAVOIA, Riccardo, cit, p.18.

34 Em sua clássica lição, afirma FORSTHOFF, Ernst, cit, que inclusive os poderes discricionários devem ser exercidos em conformidade com o interesse geral. A Administração não pode agir segundo seu “bon plaisir”, nem de forma arbitrária. E é arbitrária a atuação administrativa que se funde exclusivamente em considerações subjetivas ou por motivos alheios e estranhos à matéria ou objetivos legalmente previstos, pp.166-167.

sim um ato jurídico dotado de relevância social inquestionável. Não se trata de um ato meramente *interna corporis* dissociado das constitucionais e legais exigências da ordem jurídica. Ao revés, trata-se de um ato que implica, de um lado, alteração e sacrifício dos direitos individuais dos membros da Instituição³⁵ e, de outro, alteração de interesses difusos na sociedade, visto que os cidadãos e os demais Poderes Públicos são potencialmente controláveis por membros do Ministério Público ou da Magistratura, disso resultando a necessidade de critérios claros, jurídicos, legais, constitucionais, razoáveis de merecimento na carreira, seja para as promoções, seja às remoções.

A eficiência administrativa interna do Ministério Público e da Magistratura pode e deve ser medida pelos critérios de merecimento que utilizem essas Instituições na promoção ou remoção de seus membros na carreira. A eficácia institucional, por seu turno, diante da sociedade, depende, em grandes proporções, desses critérios, que podem atingir, inclusive, direta ou indiretamente, a independência funcional dos agentes políticos.

Imagine-se um órgão administrativo que somente promovesse seus membros, por merecimento, na base dos laços de amizade, simpatia ou sentimentos que, embora legítimos, não encontrem fundamento nas Leis e na CF. Poder-se-ia imaginar uma Instituição que funcionasse com suporte em estruturas internas exclusivamente clientelistas ou arbitrárias, essencialmente subjetivas? É possível aceitar, tranquilamente, um campo aberto às perseguições políticas internas e, por conseguinte, ao cerceamento da independência institucional? Certamente não é isso o que a sociedade espera do Ministério Público e da Magistratura brasileiras.

35 Os agentes públicos *concorrem* ao merecimento, é dizer, disputam a vaga. Isso significa que, ao fim e ao cabo, o merecimento do agente A ocorre em detrimento dos agentes B e C, cujos “direitos”, por assim dizer, resultam sacrificados. Claro que, sendo legal, razoável, motivado, o ato administrativo que reconhece o merecimento a A, e não a B, C, D, F... em realidade não sacrifica os “direitos” dos preteridos, porque, em última análise, estes não tiveram “direitos” dignos de reconhecimento. O que também pode ocorrer, todavia, é que o ato administrativo que reconhece merecimento a A se revele ilegal, inconstitucional, abusivo, e, nesse sentido, há, sim, um sacrifício indevido de direitos de algum dos demais participantes da disputa e, em certo sentido, de todos (que merecem tratamento isonômico). E se esse ato administrativo, ora comentado, não se apresenta sequer formalmente motivado, como se pode saber, ou controlar, se houve ou não um sacrifício de direitos ao arrepio da legalidade ou da constitucionalidade? Somente um exercício de hipóteses, de imaginação, pura e simples, poderia permitir que se tentasse “adivinhar” os reais motivos do ato administrativo, salvo quando, consciente ou inconscientemente, o decisor deixe transparecer indícios dos motivos verdadeiros do ato, tal como ocorreu no caso paradigmático relatado ao início deste trabalho. Sem embargo, isso não basta, porque, em todo o caso, a autoridade competente para decidir originariamente a matéria, ao omitir as razões de seu ato, transfere a competência decisória a outro órgão, que seria o revisor. Daí a necessidade de que haja, portanto, uma motivação desde logo externada pela autoridade competente. Claro que uma eventual omissão, nesse campo, não pode inviabilizar que se reconheça, em juízo, um direito violado, porque isso significaria premiar o abuso e castigar aquele que já fora castigado por um ato arbitrário. O atual panorama, portanto, não parece dos mais saudáveis desde o ponto de vista do funcionamento das Instituições. Necessários remédios jurídicos e políticos, pois somente com vontade política se pode mudar alguns padrões comportamentais internos em certas Instituições.

10. *Moralidade administrativa*

Não se pode deixar de referir que o princípio da moralidade administrativa resulta, inegavelmente, ferido de morte por atos administrativos desprovidos de motivação. Como se sabe, os princípios constitucionais que presidem a Administração Pública brasileira se entrelaçam e se cruzam constantemente. Aliás, a compreensão do conteúdo e significado desses princípios depende de interpretações sistemáticas e teleológicas, de tal sorte que há uma constante interdependência entre eles³⁶.

Um ato administrativamente imoral traduz uma órbita de ilicitude mais grave do que a mera ilegalidade. Em geral, casos de desvio, abuso ou excesso de poder administrativo constituem os suportes da imoralidade.

Chama a atenção o fato de que atos administrativos arbitrários, imotivados, gerem um terreno fértil, perfeito, para as práticas abusivas, ilícitas, secretas, incontroláveis. Qual abuso de poder poderá ser controlado quando não se sabe sequer o nome do praticante de um ato administrativo? Alguém, evidentemente, há de ser responsável pela prática de um ato ilícito, mas essa responsabilidade há de ser pessoal, sob pena de violação aos princípios que regem o Direito Administrativo Sancionador. Quem será o responsável pelo voto regido por motivações ocultas, indecifráveis, invioláveis, secretas? Como se pode comprovar o desvio de poder corporificado em um ato administrativo secreto e imotivado? A resposta parece simples: o ato imotivado, por si só, traduz um objetivo desvio de poder, uma imoralidade administrativa, porque um requisito de validade formal e material do ato foi desatendido.

Dados os interesses difusos em jogo, o ato de promoção ou remoção de agente público que se revele ofensivo à moralidade administrativa desafia, inclusive, ação popular³⁷.

11. *Do princípio da igualdade*

Um primeiro detalhe, no que se refere à igualdade, é que, normalmente, se olvida a necessária analogia que merece ser feita entre atos administrativos e sentenças judiciais, visto que ambos carecem do princípio da motivação³⁸. Pior ainda,

36 Nesse sentido, recorde-se de MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, 2ª edição revista e atualizada, ed. RT, São Paulo, p.136.

37 Veja-se o art. 5º, LXXIII, da CF, quando reza que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

38 Das sentenças judiciais se exige, invariavelmente, motivação. Veja-se a jurisprudência: “Decisão judicial — Fundamentação — As decisões judiciais devem ser fundamentadas, pena de nulidade (Const. art. 93, inc. IX). Fundamental é explicitar as razões de fato e conjugá-las com o aspecto normativo. A finalidade é o Juiz dar a conhecer porque decidiu. Irrelevante o magistrado invocar razões expendidas pelo Ministério Público. Seria extrema formalidade recusar a referência. Importa

aplica-se, não raro, com rigor o princípio da motivação dos atos administrativos ao Poder Executivo, deixando de lado sua aplicabilidade aos atos administrativos praticados pelo próprio Poder Judiciário ou pelo Ministério Público, situação que poderia chamar à colação a necessidade de tratamento isonômico das Instituições entre si e dos cidadãos ante as Instituições³⁹.

Cabe observar que a disciplina legal das funções públicas da Magistratura e do Ministério Público consagra, a semelhança do que ocorre, em geral, em qualquer outra função pública provida por concurso, um direito fundamental ao funcionário no sentido do acesso, permanência e promoção em sua respectiva carreira de acordo com os princípios de igualdade, mérito e capacidade, o que exige um controle jurisdicional positivo na provisão dos postos de trabalho⁴⁰.

No que diz respeito aos membros do Ministério Público ou da Magistratura, cumpre lembrar que possuem direitos individuais e garantias institucionais frente

o aspecto material da decisão. O sentido formal é secundário” (STJ — Rec. HC 4.851 — 6ª T. — Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro — DJU 27.05.1996). “Decisão sem motivação — Cerceamento de defesa — Nulidade — Agravo provido — I — A decisão não motivada padece de eiva insanável, pois impede que as partes tenham conhecimento dos seus fundamentos, implicando portanto cerceamento de defesa. II — Não tendo o ato decisório especificado o pressuposto recursal necessário ao recebimento da apelação, é de se reconhecer que o mesmo se ressentido de motivação. III — No caso, a decisão foi exarada em ofensa ao artigo 93, IX, da Constituição Federal. IV — Agravo provido” (TRF 3ª R. — AI 96.03.027051-2 — SP — 2ª T. — Rel. Des. Fed. Aricê Amaral — DJU 18.11.1998 — p. 384). “Depositário — Legitimidade recursal — É nula a decisão interlocutória imotivada. O princípio da motivação possui assento constitucional (CF, art. 5º, LIV e LXI). Doutrina nacional e estrangeira a respeito” (TARS — AI 189.062.508 — 3ª C. Cív. — Rel. Juiz Araken de Assis — J. 16.08.1989).

39 Um exemplo claro de decisão que, aplicando-se ao Executivo, poderia ser aplicada tranquilamente aos casos de promoções ou remoções por merecimento — e inclusive por antiguidade, quando houver denegação do direito — de Magistrados e agentes do Ministério Público: “*Mandado de segurança — Ato administrativo — Motivação — Embora deferida ao administrador certa dose de subjetivismo na prática de determinado ato, é indispensável a respectiva motivação para que seja possível examiná-lo à luz do princípio da razoabilidade. Inexistente a motivação, o ato será irritado. Sentença confirmada em reexame necessário*” (TJPR — Reex. Nec. 43.324-9 — Ac. 12.277 — 1ª C. Cív. — Rel. Des. Pacheco Rocha — DJ 05.02.1996). Sem embargo, lamentavelmente, o mesmo rigor exigido do Executivo não se aplica às Instituições controladoras, o que constitui uma forma de quebra da igualdade de tratamento das Instituições públicas ante o Judiciário e dos cidadãos ante as Instituições públicas. Cumpre lembrar, juntamente com FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, 3ª ed., ampliada, Civitas, Madrid, 1999, que, na esteira do que fora afirmado em decisão do Tribunal Supremo espanhol, datada de 17 de junho de 1981, “*la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos, una garantía elemental del derecho de defensa, incluida en el haz de facultades que comprende el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a obtener una resolución fundada en derecho*”. A motivação da decisão começa por marcar a diferença entre o poder discricionário e o poder arbitrário, p. 82, sendo que na raiz da vedação à arbitrariedade está, sem dúvida, o princípio isonômico.

40 Essa é a lição, no Direito espanhol, de BACIGALUPO, Mariano, cit., pp.257-258, quando interpreta os arts. 23.2 e 103.3 da Constituição espanhola, enunciando esses princípios e essa intensidade de controle judicial positivo.

aos detentores dos poderes de promoção ou remoção, é dizer, frente à Administração Superior da respectiva Instituição.

De um lado, esses agentes políticos possuem, como qualquer cidadão, seus interesses privados, suas preferências pessoais. Assim, um determinado agente público pode ter preferência pessoal pelo Direito Penal, outro pelo Cível, outro pelo Constitucional ou Administrativo, e assim por diante. Mais ainda, pode haver importantes interesses financeiros em jogo. Uma promoção significa aumento de vencimentos. Uma remoção sempre significou possibilidades de ganhos adicionais com substituições tabelares, em determinadas carreiras. Ademais, há interesses morais e estritamente particulares, v.g., carga de serviço, ambiente na comunidade, qualidade de vida em determinada Comarca, facilidades de moradia, transporte, ambiente com colegas, e tantos outros fatores.

Com base nas apontadas preferências pessoais, os agentes do Ministério Público ou da Magistratura podem solicitar promoções em determinadas listas, ou remoções para certas Promotorias de Justiça ou Varas Judiciais. Claro que o mais importante, em tais atos, são os interesses institucional e social de um melhor funcionamento do Ministério Público ou da Magistratura, de uma maior eficácia de sua atuação, mas isso não significa que o princípio da isonomia entre os membros das Instituições inexistam. Pelo contrário, pode-se dizer que todos possuem direito ao tratamento isonômico, que significa, em última análise, tratamento justo, proporcional e ajustado à ordem constitucional⁴¹.

Critérios jurídicos, fundamentados, razoáveis, legais ou constitucionais, podem servir de suporte para a promoção ou remoção, por merecimento, de um agente público mais moderno que outro para uma determinada Promotoria de Justiça ou Vara Judicial. Não se tem dúvidas a esse respeito. O que se quer afirmar, com insistência, é a impossibilidade de uma decisão absolutamente arbitrária, imotivada, secreta, do Conselho Superior do Ministério Público ou do órgão administrativo do Poder Judiciário, a respeito do merecimento de um agente em detrimento de outro mais antigo, porque tal prática feriria o princípio da igualdade. Todas as preferências pessoais (legítimas) de um cidadão, ocupante de um cargo público, ficariam na dependência do capricho, do arbítrio, da subjetividade incontrollável de um conjunto de outros cidadãos ocupantes de cargos públicos. Lembre-se que, por um princípio de justiça, a vontade de um homem não deve submeter-se à vontade arbitrária de outro. Como se controlaria os critérios de quebra da isonomia na disputa pelo cargo? Alguém ousará afirmar que os funcionários públicos não possuem direito à igualdade jurídica de tratamento no interior de suas Instituições?

41 A preocupação com o princípio da igualdade começa no preâmbulo da CF/88, e passa pelos arts. 4^o, V, 5^o, *caput*, 7^o, XXXIV, 37, XXI, 43, parágrafo 2^o, I, 206, I, 227, IV, entre tantos outros. No caso, o preâmbulo e o art. 5^o, *caput*, ambos da CF/88, são perfeitamente aplicáveis a todos os funcionários públicos, ou agentes políticos, em suas relações com as respectivas Instituições. Sobre a relevância do princípio da igualdade no controle da validade dos atos administrativos, reporto-me a BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2^a edição, 2^a tiragem, Malheiros editores, São Paulo, 1996, p.98.

A própria sociedade, que ostenta difusos interesses de possuir um Ministério Público e uma Magistratura independentes e imparciais, também ostenta interesse no sentido de que se respeite o princípio isonômico na distribuição dos cargos nessas Instituições.

Critérios discriminatórios ilícitos devem ser passíveis de exame jurisdicional. Não pode a Administração valer-se de critérios ilegais ou injustos na quebra do princípio isonômico, porque do Poder Público se exige imparcialidade⁴², sendo necessária a amplitude de controle jurisdicional.

Veja-se que a “boa fé” administrativa há de ser aquilatada objetivamente, no contexto dos atos motivados. Como se pode apreciar a boa fé administrativa sem o controle da motivação do ato? O princípio da motivação resulta imprescindível a esse tipo de controle, cabendo ao Judiciário essa tarefa⁴³.

Recorde-se que a igualdade não significa tratamento igual aos desiguais, mas sim tratamento desigual, na exata medida da desigualdade, aos desiguais. Necessário justificar, raciocinar, demonstrar o porquê de um agente ministerial ou de um Magistrado possuir merecimento na carreira e outro não o possuir. A decisão há de ser racionalmente rastreável.

12. Do provimento jurisdicional positivo ou negativo: os limites da tutela judicial

As promoções e remoções por merecimento podem e devem ser aquilatadas pelo Judiciário, o qual, todavia, não é um órgão originariamente decisor, nem possui competência analítica *comumente* substitutiva do ato administrativo revisado, pelo que necessária cautela e uma razoável autolimitação por parte dos julgadores. Um controle essencialmente negativo, estabelecendo-se limites razoáveis ao campo de

42 Cabe lembrar da lição de RIBEIRO, Maria Teresa de Melo, *O princípio da imparcialidade da Administração Pública*, ed. Almedina, Coimbra, 1996, pp.162/163, quando afirma que a exigência da objectividade administrativa afasta as discriminações, protegendo os particulares contra tratamentos administrativos discriminatórios por razões meramente subjetivas, pessoais ou ajurídicas, como o sexo, a raça, a idade, a condição econômica ou social, as opiniões políticas, e outros fatores ilícitos. Como se poderia controlar as discriminações subjetivas em um contexto de ausência de motivação? Resultaria, de fato, complicado, para não dizer impossível. Daí a importância da motivação na operacionalização do princípio isonômico. Costuma-se conectar o princípio da motivação dos atos administrativos ao princípio da imparcialidade administrativa, de tal modo que a obrigação de motivar tais atos decorreria de uma aplicação da imparcialidade administrativa, conforme registra PEDACI. Vincenzo, cit, pp.427.429.

43 Sobre a importância da boa fé administrativa, resulta interessante o trabalho de MODESTO, Paulo, *Controle jurídico do comportamento ético da administração pública no Brasil*, in Revista de Direito Administrativo número 209, julho/setembro de 1997, Renovar, FGV, Rio de Janeiro, p.75 e 77, bem como o excelente trabalho de SALINAS, Pedro Gonzalez, *El principio de la buena fe*, in Revista Española de Derecho Administrativo (REDA) número 052, Ed. Civitas, outubro-dezembro de 1986.

movimentação da autoridade administrativa, há de imperar. Ao Judiciário, de qualquer modo, cabe uma tarefa controladora fundamental, sendo-lhe outorgada a missão de anular, na origem, os atos administrativos ilegais, viciados, ilícitos⁴⁴.

Sem embargo, não apenas os controles negativos do ato administrativo subsistem.

Há que se assinalar, com insistência, que também cabe ao Judiciário reconhecer o direito ao merecimento na carreira de um agente público determinado. Nesse caso, o Judiciário não substitui a autoridade administrativa, mas apenas repara um direito violado, aplicando a Lei e a CF através da interpretação de conceitos juridicamente indeterminados.

Como põe de manifesto FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario*, cit, é inclusive muito comum o fato de que o Judiciário dite, no lugar da Administração, o ato administrativo correto. Assim ocorre, exemplifica o autor, quando o Juiz fixa o justo preço devido na ação expropriatória. O problema, salienta, é que se deve definir se a parte possui ou não um determinado direito ou interesse em jogo. Assim, prossegue o autor, quem solicita a anulação de um ato administrativo que determinou a criação de uma estrada, não tem direito a definir onde se deve construir corretamente a estrada, mas apenas de alegar sua posição de vítima de um ato administrativo arbitrário que lhe ocasionou prejuízos ao direito de propriedade, é dizer, ostenta uma pretensão meramente anulatória. Por isso, há que se examinar o direito que está em litígio. Por evidente que o direito de um dado agente público a ser promovido por merecimento, na carreira do Ministério Público ou da Magistratura, pode ser diretamente outorgado pelo Judiciário, tal como ocorre, analogicamente, com o preço justo que se fixa, em juízo, às desapropriações. Nesse sentido, cabe salientar, juntamente com BACIGALUPO, Mariano, cit, pp.207 e ss, que existem hipóteses de programação jurídica positiva do atuar administrativo “*cuando el ordenamiento jurídico establece exactamente cuál es el sentido que ha de tener la actuación administrativa en un supuesto de hecho determinado. Por el contrario, la programación es negativa cuando el ordenamiento jurídico se limita a establecer cuál es el sentido o cuáles los sentidos que en ningún caso puede adoptar la actuación administrativa, sin prejuzgar cuál haya de serlo a salvo de los excluidos*”. Essa última programação — a negativa — é geralmente fornecida pelos princípios constitucionais, v.g., interdição à arbitrariedade, proporcionalidade, boa fé administrativa, proteção da confiança legítima, na medida em que, simplesmente, se proíbem condutas arbitrárias, irracionais, desarrazoadas, desproporcionais, discriminatórias. Não se aponta, em tais hipóteses, positivamente, qual é, entre todas aquelas que não

44 A doutrina costuma condicionar a validade dos atos administrativos a um juízo *a contrario sensu*: é legal o ato que não esteja marcado por um daqueles vícios que ensejam nulidade, vale dizer, a incompetência, o vício de forma, a violação da lei, o *desvio de poder* (*le détournement de pouvoir*)”. consoante a respeitada palavra de RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, 3^a ed., cit, p.95.

padeçam dos referidos vícios jurídicos, a conduta correta. O Judiciário, em tais casos, limita-se a anular, ou não, o ato viciado. Ao revés, na programação positiva, o controle jurídico não se limita a rejeitar ou anular a conduta ilícita, mas alcança também a possibilidade de condenações, sendo que, havendo base probatória, o Judiciário deve “*sustituir la actuación administrativa impugnada mediante la imposición judicial directa de la única solución conforme a Derecho*”, p.208. Claro que, para revelar-se positiva a programação jurídica fundada em conceitos indeterminados, há que se adentrar a chamada “*zona de certeza positiva*” do conceito. Quando esse mesmo conceito — é o caso do merecimento na carreira, por exemplo — fique em *zona de penumbra*, admite-se apenas um controle negativo, p.211. Exemplificando melhor: pode ocorrer que um dado candidato, agente público, seja promovido indevidamente por merecimento. Há outros candidatos preteridos. Ocorre uma impugnação judicial, por um — e apenas um — dos candidatos, com dupla pretensão: anulatória e condenatória, cumuladas. Se esse demandante não demonstra, dentro de uma zona de certeza positiva, que faz ele jus ao merecimento, mas apenas que o candidato promovido não preenche os requisitos de maior merecimento que os demais candidatos, subsiste tão-somente a pretensão anulatória. Se, diversamente, o demandante comprova sua qualidade de merecedor do cargo ambicionado, resulta viável um provimento anulatório e condenatório.

É importante frisar que a anulação do ato ou o reconhecimento do direito ao merecimento na carreira — enquanto efeitos da decisão judicial — dependem, em grande medida, das provas produzidas e das peculiaridades do caso concreto. Se o requerente demonstra estar enquadrado no critério de merecimento na carreira em uma *zona de certeza positiva*, parece-me que à autoridade judiciária resta reconhecer esse direito. Se, do conjunto das provas, resulta tão-somente a demonstração de um ato administrativo abusivo, ilícito, ilegal, desprovido de racionalidade argumentativa, de motivos, e, de outro lado, o requerente não comprova estar, ele próprio, enquadrado no critério de merecimento, resta à autoridade judiciária anular o ato ilícito. Tudo depende, também, do tipo de ação judicial e de seu objeto, bem como da espécie de provimento jurisdicional ambicionado e viável.

Se os atos administrativos de promoção ou remoção de agentes do Ministério Público ou da Magistratura, por merecimento, carentes de motivação, são nulos de pleno direito, por ofensa aos ditames da CF e das Leis, não se pode ignorar que o princípio da segurança jurídica vedaria o desmoronamento de todo o edifício jurídico-administrativo até agora criado e consolidado ao arrepio da legalidade, observados certos lapsos temporais (razoáveis) e tendo em vista a própria inércia histórica dos interessados.

Considerações finais: da necessidade de uma cultura político-administrativa democrática

Já na reta final deste trabalho, após a constatação — que me parece logicamente irrefutável — de que, juridicamente, não podem o Ministério Público e o

Judiciário praticar atos administrativos imotivados, notadamente quando da promoção ou remoção por merecimento de seus membros nas carreiras, cumpre abordar alguns possíveis motivos pelos quais, historicamente, essas Instituições têm se revelado refratárias ao acolhimento da obrigação de motivar esses atos administrativos.

Argumentos de origem mais pragmática, v.g., excessivo tempo de trabalho para formalização das reuniões em que os Conselheiros ou Magistrados teriam que fundamentar suas posições ou dificuldades materiais na formalização de extensas atas de reuniões, embora historicamente constatáveis⁴⁵, não serão levados em linha de conta como possíveis justificativas concretas para o desrespeito aos ditames legais e constitucionais que tratam da Administração Pública, porque isso desmereceria — no atual panorama histórico — a dignidade das Instituições analisadas. É evidente que uma eventual precariedade de infra-estrutura não justificaria — já que nunca realmente justificou — o completo desrespeito a comandos legais e constitucionais. Mais ainda, com os atuais instrumentos informáticos disponíveis, não se poderia cogitar de falta de meios materiais para operacionalizar um básico dever de respeito e submissão aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Provavelmente não haverá falta de conhecimento jurídico a respeito do assunto (necessidade de motivação dos atos administrativos), notoriamente depois do advento da Constituição de 1988. Então, o problema é, provavelmente, político, mais exatamente de política institucional, o que, a um só tempo, facilita e dificulta sua solução⁴⁶.

45 Cumpre destacar, com ênfase, que tanto o Ministério Público como o Judiciário, em suas mais variadas vertentes, são considerados, historicamente, Instituições desprovidas de básicos meios materiais para o desempenho das funções, tendo em vista a ausência de investimentos e de destinação de recursos a esses órgãos fiscalizadores. Não está tão distante no tempo a figura do Promotor-dactilógrafo, destituído do mais rudimentar apoio material, sem funcionário (s), sem sala própria, tendo que pagar do próprio bolso para aquisição de algum material de serviço. Essas carências históricas, ainda existentes e intensas se comparadas com as carências de outras Instituições, devem explicar-se, fundamentalmente, pela tentativa (de outras instâncias) de enfraquecimento dos órgãos fiscalizadores, é dizer, encontram fundamento em uma atitude hostil e mesquinha de outros Poderes da República, que não aprovam orçamentos adequados e tampouco viabilizam economicamente um funcionamento ótimo do Judiciário e do Ministério Público. A tecnologia invadiu, sem embargo, a vida das Instituições fiscalizadoras (o que resulta também da multiplicação do uso da informática, inclusive no plano estritamente pessoal das autoridades), e as carências materiais, embora ainda fortes, já não se comparam ao que havia (ou não havia) no passado. Se é verdade que tais Instituições ainda carecem de infra-estrutura mais moderna e ajustada aos novos tempos, também é certo que a inexistência de meios materiais básicos para o desempenho das funções já não constitui a regra geral. Isso se aplica, por evidente, a qualquer instância administrativa das Instituições.

46 Tudo resulta facilitado no momento em que dificilmente se estabelecerá uma forte controvérsia jurídica a respeito da obrigatoriedade da motivação administrativa dos atos de promoção ou remoção, por merecimento, de agentes do Ministério Público ou da Magistratura. Parece claro que há essa exigência constitucional e ninguém, salvo melhor entendimento, sustentou, abertamente, o contrário, com argumentos razoáveis, racionais, científicos, pelo que me consta até o momento. Porém, paradoxalmente, tudo se complica quando se carece de uma vontade puramente política para solucionar uma questão jurídico-política, na medida em que a prática ilícita é fruto de uma mentalidade distorcida, de uma cultura arraigada e de hábitos historicamente refratários a controles

Em primeiro lugar, o peso da tradição de uma Administração Pública infensa a maiores controles prejudica a perspectiva de mudanças institucionais na área administrativa, notadamente em Instituições como o Ministério Público ou a Magistratura, que, por ocuparem posições de órgãos essencialmente controladores, não estão acostumadas ao controle externo⁴⁷.

Se determinadas autoridades se sentem pairando acima dos mecanismos de controle, porque motivar seus atos administrativos? Trata-se de um problema cultural, talvez psicológico, que reclama, por certo, mudança de posturas, tomada de consciência acerca dos novos tempos. Necessário que Ministério Público e Judiciário democratizem certas práticas administrativas e isso envolve uma mudança de mentalidade institucional⁴⁸.

Poder-se-á argumentar, à luz de distinta perspectiva, que a motivação administrativa poderia criar ambientes “desagradáveis”, gerando “inimizades”, desavenças pessoais, na medida em que uma determinada autoridade teria que fundamentar o mérito de um colega de carreira em detrimento, implícita ou explicitamente, de outros. Haveria comparações explícitas e, talvez, constrangedoras. E tal proceder poderia apresentar inconvenientes para um eficaz funcionamento da Instituição. Mais ainda, poderia gerar divisões, rupturas, conflitos internos.

Uma paz institucional⁴⁹, assim, seria buscada através do silêncio e da convivência, que é o que tem ocorrido, na maioria das vezes, em muitas das Instituições públicas

externos. Necessária uma mudança política de mentalidade, de vontade, a fim de que se observem os parâmetros legais e constitucionais. Uma cultura que valorize o personalismo em detrimento da objetividade dos critérios, na prática dos atos administrativos, está condenada ao juízo de reprovação da comunidade jurídica e da opinião pública, as quais se revelam crescentemente críticas em relação aos poderosos e ao patrimonialismo no exercício das funções públicas.

47 Não se pode ignorar que, por paradoxal que possa parecer, o Judiciário e o Ministério Público, por seus agentes, podem e devem controlar externamente as respectivas Instituições. Em palavras diversas: atos administrativos praticados por membros do Judiciário ou do Ministério Público estão, desde logo, sujeitos ao controle externo das autoridades integrantes dessas mesmas Instituições, autoridades que estejam no desempenho de atribuições legais e constitucionais acobertadas pela independência funcional e pela vinculação à ordem jurídica, não a qualquer orientação administrativa. De outro lado, cumpre lembrar que o debate sobre o controle externo das Instituições revela-se, por si só, diante das reações apaixonadas que produz, tanto naqueles que preconizam controles externos com fins sabidamente políticos e inconfessáveis, quanto nos que defendem uma (quase) total ausência de controles, um assunto de grande atualidade e importância. Discussões a respeito do chamado “controle externo” da Magistratura ou do Ministério Público, em geral, se dividem radicalmente entre os defensores do controle e os opositores a qualquer forma de controle externo. Tema polêmico, que merece reflexões aprofundadas, certamente. Sem embargo, cabe ressaltar que o problema do controle das Instituições públicas é um tema que se relaciona com o princípio democrático, pelo qual ninguém, nenhuma Instituição, escapa ao princípio da responsabilidade.

48 Daí a importância transcendental da crítica, sempre fundamentada, da doutrina, que submete seus juízos valorativos à comunidade jurídica. Há que se fomentar discussões abertas, críticas, em torno a todas as Instituições, pois tal proceder é, inegavelmente, uma forma de controle externo bastante saudável.

49 Essa suposta “paz” ou “união” institucional, diga-se *en passant*, fomenta, não raro, o esmagamento de lideranças nas Instituições, de tal modo que o objetivo (oculto) parece ser a preservação

controladoras. tanto que poucos são os que ousam irresignar-se publicamente contra uma promoção por antiguidade, uma denegação de merecimento, um determinado problema institucional.

Ganha terreno, informalmente, o discurso de que o “merecimento”, em realidade, significa muito pouco, visto que decorre do arbítrio das autoridades administrativas. Nesse passo, cultiva-se um “conformismo” nos membros das Instituições, como alternativa a um ambiente mais conflitivo.

Parece relevante destacar que essa espécie de “conformismo” não é saudável ao ambiente democrático, ao espírito crítico que se deve fomentar dentre os membros de Instituições fiscalizadoras.

Mais preocupante ainda é a desmoralização informal do critério de merecimento. O discurso interno — muitas vezes não-dito, oculto — é no sentido de que o “merecimento” na carreira “não vale nada”, porque tudo fica na dependência de critérios subjetivos das autoridades administrativas, tudo se reduz, portanto, a um

de um determinado “rodízio” pré-estabelecido no exercício do poder. Já se disse, por exemplo, que as campanhas eleitorais no Ministério Público — para as Associações de classe ou para cargos de chefia, v.g., Procurador-Geral de Justiça — não devem trazer à tona certos temas, não devem ser radicalizadas em termos de críticas, devem evitar certas “denúncias” ou certos assuntos, na medida em que tudo poderia contribuir às divisões, à animosidade, à ausência de um supostamente saudável corporativismo. Alimenta-se esse clima em face dos “inimigos” externos das Instituições, é dizer, da existência de reais pretensões (de setores alheios à Instituição) de supressão ou amesquinamento das garantias, prerrogativas e atribuições institucionais. Quanto à existência de setores interessados no desmantelamento do Ministério Público e Judiciário, não há dúvidas: eles existem e são poderosos, devendo, por isso mesmo, ser denunciados à sociedade, não adulados ou fortalecidos por eventuais omissões. Quanto à inconveniência e mesmo necessidade de vedação de ataques puramente pessoais — como não raramente ocorre — em campanhas políticas, tampouco há dúvidas: devem ser evitados e, se for o caso, inclusive sancionados, pois os debates não existem para o sacrifício injustificado da honra alheia ou discussões ridículas e pessoalizadas. Sem embargo, há que se constatar outra realidade: os grupos que se formam no interior das Instituições ostentam, freqüentemente, pretensões de se perpetuarem na ocupação dos cargos de comando. Esse é um fenômeno tipicamente político e talvez até inevitável. Todavia, para que prevaleça uma autêntica união institucional, é necessário que a existência de antagônicas visões a respeito dos mais diversos assuntos, no interior das Instituições, seja verdadeiramente estimulada, porque, longe de quebrar ou ameaçar qualquer “paz” institucional, é um fator de equilíbrio e de evolução daqueles que devem sempre argumentar e justificar amplamente seus pronunciamentos. Lideranças devem ser estimuladas, jamais boicotadas. Espaços democráticos devem ser abertos às mais diversas correntes de pensamento político-institucional. A prática, muitas vezes comum, de se vetar certos espaços públicos (institucionais) a determinadas lideranças, a par de seu caráter antiético e mesquinho, revela uma mentalidade clientelista e distorcida. Não apenas aqueles que apóiam os poderosos devem receber oportunidades de proferir palestras aos seus colegas, pois cabe destacar, em primeiríssimo lugar, que palestras e atividades culturais não podem ser realizadas para a “promoção pessoal” de quem quer que seja, mas sim para o aprimoramento do auditório, legítimo destinatário dessas atividades. Critérios técnicos, e também que propiciem o real debate e o choque de idéias, devem prevalecer em detrimento dos critérios personalistas, clientelistas, no momento de se abrir espaços de diálogo dentro das Instituições. O problema, em realidade, é que as pessoas detentoras de poderes públicos ainda se comportam, não raro, no campo administrativo, como se estivessem cuidando do “pátio” privado de suas residências, e não da “praça pública” aberta à comunidade.

jogo de relações pessoais que, no fundo, nada dizem a respeito do mérito dos agentes públicos que concorrem a determinados cargos.

Longe de revelar um ambiente pacífico, a prática ora em exame — conformismo institucional e desmoralização do merecimento — fomenta o cinismo, a hipocrisia⁵⁰, alimentando valores opostos àqueles cuja defesa é confiada a essas Instituições.

Mais ainda, a desmoralização do critério de merecimento acarreta ou pode acarretar uma justificação confortável para a ausência de produtividade, a ineficácia, a “preguiça”, porque, no final, o que conta não são aqueles critérios verdadeiramente consagrados pela CF e pelo Legislador Federal: presteza e segurança nos processos, qualidade dos trabalhos, frequência a cursos de especialização... . Critérios ocultos são os que contam.

A motivação não pode criar desavenças, hostilidades, porque, no mínimo, é um ato transparente, um ato controlável que está em jogo. Garante-se a defesa, o devido processo legal, a interdição à arbitrariedade. Assegura-se o império da legalidade administrativa. Corrigem-se mais facilmente as injustiças. A médio e longo prazos, tal prática democrática não pode gerar resistências nos espíritos abertos às críticas, ao diálogo, ao reconhecimento dos erros e dos acertos. Motivar significa apontar o caminho correto, indicar o que significa o merecimento na carreira, cumprindo comandos legais e constitucionais, abstratos, gerais e igualitários.

Em regra, o merecimento há de ser, sim, bastante influenciado pelo critério da antiguidade. A máxima “antiguidade é merecimento” tem sua lógica, porque pressupõe a capacitação técnica, intelectual, profissional de agentes públicos encarregados, nada menos, de fiscalizar o cumprimento das Leis e da Constituição⁵¹.

50 Diz GUIBOURG, Ricardo A., cit, parafraseando um anônimo, que a hipocrisia é a homenagem do vício à virtude, p.119. No caso, justificações hipócritas, não raro, são apresentadas, informalmente, para fundamentar decisões formal e materialmente injustificáveis, no âmbito das promoções e remoções por merecimento de Magistrados e membros do Ministério Público. Não são infrequentes, lamentavelmente, na história dessas Instituições, os pequenos e grandes escândalos nesse terreno. É o agente X que ultrapassou outros muito mais antigos do que ele, provavelmente em vista de suas relações pessoais com as autoridades administrativas, na carreira, ou o agente Y que, justamente pelo oposto, por (provavelmente) não haver travado, ao longo de sua trajetória, relações pessoais de simpatia, de adulação, que se vê injustamente travado na respectiva carreira, ultrapassado por vários colegas mais modernos. Tudo acaba se justificando, no plano informal, de um lado, pela desmoralização do critério de merecimento (não é incomum que se qualifique uma discussão em torno à pertinência de uma denegação de merecimento como uma “questão menor” ou “desimportante”, uma “quizila”) e, de outro, pela atitude de se apontar, oralmente, os supostos “problemas” dos preteridos e as supostas “virtudes” dos eleitos, partindo-se para o plano das invenções, já que o secreto propicia e alimenta esse tipo de curiosidade. A chamada “fofoca institucional”, em muitas ocasiões, ganha terreno fértil nesse clima de clientelismo político-institucional.

51 Particularmente, penso que o critério de maior peso de merecimento, que pode, em tese, justificar que um agente mais moderno ultrapasse outro mais antigo, poderia ser a “especialização” da autoridade e o interesse público daí resultante no sentido de que ocupe determinado posto de trabalho. Aliás, a CF e as Leis tratam dos “cursos de especialização”, valorando-os positivamente como critério fundamental, dos mais importantes. Há que se interpretar adequadamente esses

Também no Direito espanhol não prevalecem, nem podem prevalecer, critérios subjetivos de “merecimento” em carreiras como as do Ministério e da Magistratura, prevalecendo, aí, depois da antiguidade, o critério da *especialização funcional*, que é o critério que parece mais lógico e racional⁵². Subjetivas opiniões de autoridades administrativas não poderiam prevalecer em detrimento de transparentes e objetivos critérios legais nesse terreno.

Há que se partir, de qualquer sorte, do princípio isonômico: há uma carga argumentativa mais pesada, mais exigente, nos casos de promoção por merecimento de agentes mais modernos em detrimento dos mais antigos. Essa carga há de ser satisfeita pela autoridade administrativa competente através de um ato motivado.

Obviamente, mesmo Instituições controladoras, como o são o Ministério Público e o Poder Judiciário, devem ser controladas, porque estão submersas no universo democrático. As autoridades judiciárias, últimas instâncias de controle, também deverão motivar seus atos jurisdicionais, explicando fartamente o porquê das decisões, das censuras, das correções efetuadas nos atos administrativos *sub judice*.

dispositivos. Não se trata, tão-somente, de outorgar importância a qualquer curso de especialização, mas sim àqueles que ostentam relevância e inegável importância para o exercício das atribuições institucionais, sejam judiciais, sejam ministeriais. Um curso de especialização em literatura, ou arte, não interessa, realmente, à Magistratura e Ministério Público. Interessa, claro, o fato de que os agentes políticos tenham uma sólida cultura, mas não ao ponto de valorizar tais cursos como oportunos e convenientes aos objetivos institucionais e ao custo de uma licença. Daí que a especialização em alguma das áreas jurídicas cobertas pela atuação institucional há de ser devidamente valorada. Pode um agente X possuir um currículo muito extenso na área criminal, ou na área da infância e juventude, no cível, no administrativo, e em qualquer terreno, de modo a justificar, em ato fundamentado amplamente, seu chamamento para ocupar um certo cargo ou posto aberto à luz do critério de merecimento. Esse mesmo agente poderia, assim, possuir merecimento para alguns cargos, e não para outros, em vista de que as mais variadas especializações funcionais ditariam as conveniências da Instituição e o interesse público a ser satisfeito caso a caso, conciliando-se tais aspectos com os direitos dos agentes públicos.

52 Deve-se dizer que o sistema espanhol 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, 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 *especialização funcional*. 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 imenso (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.

Não se pode olvidar da lição de GARCÍA DE ENTERRÍA. Eduardo, *La democracia y el lugar de la Ley*, in Revista Española de Derecho Administrativo (REDA) número 092, Ed. Civitas, Madrid, outubro-dezembro de 1996, quando afirma a necessidade de os Juízes movimentarem-se, no plano hermenêutico, dentro do sistema democrático, de tal modo que não se sintam “senhores” das Leis: “La aplicabilidad directa de la Constitución, con todo su sistema de principios y de valores, que pretenden una conformación social positiva (art. 9.2 de nuestra Constitución), la correlativa regla, que deriva de la superioridad normativa de la Constitución, de la necesaria interpretación de todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución, todo ello lleva a que el proceso aplicativo del Derecho, lejos de poder entenderse como una operación mecánica, pase a ser algo necesaria y rigurosamente axiológico. Desde el momento en que ha quedado claro que hay que operar directamente con valores, la operación aplicativa es todo menos mecánica, lo cual ha restituido a los jueces su papel esencial de asegurar la efectividad del orden jurídico como instrumentos cualificados e imprescindibles de éste. El sistema jurídico europeo, que vivió la esperanza hiperracionalista de una regulación absoluta de la sociedad por obra de las leyes escritas, de las que los jueces serían meros aplicadores automáticos, ha sabido, pues, corregirse desde dentro. No se trata, con ello, bien entendido, de proclamar la libre creación judicial del Derecho, ni la rebelión del juez contra la Ley, ni lo que los juristas alemanes han llamado la interpretación ilimitada de la norma; no es verdad que la Ley admita una interpretación ilimitada, como tampoco que esté abierta a lo que ciertos juristas italianos llamaron hace veinte años (con más éxito en España que en su propio país, por cierto) el uso alternativo del Derecho, que intenta justificar cualquier interpretación desde criterios ideológicos. Es verdad que la Ley no es ya el único instrumento para la regulación social, pero la Ley sigue siendo insustituible, porque sigue siendo verdad que es ella misma la expresión del principio democrático. La Ley es tal porque ha sido querida por el pueblo, a través de su representación parlamentaria, y eso tiene un valor básico por sí solo. La democracia no admite ya otro sistema de regulación o, si se prefiere, las sociedades democráticas siguen siendo, y esto está en la esencia de su ideario, sociedades autorreguladas, que no admiten instancias externas, sean monarcas o poderes absolutos o ungidos por cualquier mito o por cualquier elección, o jueces pretendidamente redentores o iluminados, autoinvestidos como representantes de cualquier ideología, doctrina o tradición histórica. Por otra parte, se da en la aplicación la necesidad de una interpretación uniforme para todo el pueblo, exigida por el básico principio de igualdad ante la Ley. No puede depender el alcance de la Ley del talante personal de sus aplicadores. La objetividad del Derecho, sin la cual no cumpliría ninguno de sus fines, descansa necesariamente sobre la objetividad en la interpretación de la Ley, y hacerla posible viene a ser, justamente, uno de los primeros objetivos de la ciencia jurídica. En fin, los principios de seguridad jurídica y de certeza del Derecho, que aseguran la previsibilidad de las normas como ordenadoras de las conductas, sin lo cual sería difícil hablar de una sociedad libre, como CONSTANT notó por vez primera, llevan también a mantener la pree-

minencia de la Ley en la sociedad democrática. Los ciudadanos tienen que saber que una conducta les compromete en la medida en que el Derecho va a calificarla, bien porque la estimen libre, legítima y aun protegida, o porque deban entender que está limitada o prohibida, capaz incluso de desencadenar una reacción jurídica de sanción o incluso punitiva. Esos valores, seguridad jurídica y certeza del derecho, son así imprescindibles para la vida en sociedad y para la libertad. El juez no es, como ya sabemos, un órgano ciego y automático de aplicación de las leyes, pero tampoco puede ser el señor del Derecho en una sociedad libre e igualitaria. De nuevo el papel de la Ley se revela central e insustituible en la sociedad democrática, por más que haya de convivir con la preeminencia de la Constitución y con el papel, ya no neutro sino activo, del juez, pero siempre vocado al servicio de la Constitución y de la Ley y de sus valores propios. *Al sistema jurídico no le interesan nada las opiniones personales de quienes actúan como jueces, sino sólo su capacidad para expresar las normas que la sociedad se ha dado a sí misma y para hacerlas llegar a su efectividad última, lo que les impone operar necesariamente con sus principios, depurando y afinando su alcance*". Essa inserção dos Juízes e dos membros do Ministério Público no regime democrático acarreta, acrescento, desde logo, algumas fundamentais consequências: devem tais autoridades justificar suas decisões racionalmente, à luz de critérios jurídicos; tem a sociedade direitos de controle e de fiscalização sobre os atos praticados por Juízes e membros do Ministério Público; são essas autoridades responsáveis por seus atos ilícitos, omissivos ou comissivos. Ademais, a inserção de tais figuras no regime democrático se dá em dois planos distintos, a saber, quando desempenham funções típicas, isto é, ministeriais e judiciais, e quando, na condição de administradores de suas próprias Instituições, realizam atos administrativos. Quando agentes do Ministério Público, Juízes e Tribunais controlam, judicialmente, os atos administrativos do Poder Judiciário e do Ministério Público, atuam, em realidade, como se estivessem a controlar a própria Administração Pública, devendo, pois, de um lado, não abdicar dos legítimos, legais e constitucionais espaços de controle, e, de outro, respeitar os espaços reservados às autoridades administrativas controladas. Esse equilíbrio somente se alcança com forte e densa justificação das decisões jurídicas, sejam administrativas, judiciais ou ministeriais.

As promoções ou remoções por merecimento carecem de explícita e farta motivação administrativa, devidamente documentada⁵³, pois se trata de mecanismo

⁵³ Lembre-se, finalmente, da lição estampada na obra de FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, cit., pp.43 e ss, que retrata importante decisão do Tribunal Supremo espanhol, datada de 15 de outubro de 1981. Nessa decisão, a Suprema Corte espanhola analisou o caso de irresignação de um Juiz contra seu ato de aposentadoria, adentrando o exame do *mérito* do Magistrado, seu merecimento, suas qualidades e aptidões profissionais para a continuidade na carreira ativa (pretensão deduzida pelo autor), emitindo provimento favorável ao demandante. Finalizando, pode-se afirmar, como o faz BACIGALUPO, Mariano, cit, p.263, que *"a diferencia de lo que ocurre en el marco de un sistema de provisión de carácter absolutamente*

inibidor de práticas clientelistas, de favorecimento interno de uns em detrimento de outros, de formação de grupos políticos com suporte em práticas ocultas, secretas e reprováveis, fenômeno que, embora ainda não constitua uma regra geral na realidade dos inúmeros Ministérios Públicos e Magistraturas de nosso imenso Brasil, pode aparecer com força crescente, causando, em pouco tempo, sérios desgastes institucionais e sociais.

E tanto a Magistratura quanto o Ministério Público se legitimam pelas justificações e razões de seus pronunciamentos, pela racionalidade e pela obediência aos princípios consagrados, explícita ou implicitamente, no Estado Democrático de Direito que se reflete na Constituição Federal da República de 1988. Essa é a fonte de legitimação constitucional e, portanto, popular, dessas Instituições. Não é o voto do cidadão. É o cumprimento das Leis e da Constituição que outorga sentido existencial às Instituições controladoras. Daí a importância do exemplo de conduta administrativa correta: trata-se de respeitar a vontade do povo, de prestar contas à soberania popular, de submeter-se aos ditames básicos da democracia.

discrecional, como el de libre designación, en el que el legislador renuncia a toda programación de los nombramientos, en el sistema de concurso los conceptos indeterminados que describen los méritos y requisitos de capacidad exigidos por el puesto a cubrir sí permiten, al menos, adoptar decisiones jurídicamente certeras (y, por consiguiente, susceptibles de un control material plenario) en sus respectivas zonas de certeza positiva y negativa”.