DECLARAÇÃO DE VOTO

Ao tempo em que me congratulo com o Relator pelo voto apresentado, peço vênias para divergir de suas conclusões.

Segundo a Secretaria de Controle Externo da Defesa Nacional e da Segurança Pública (SecexDefesa), a designação de Jeferson da Silva Figueiredo, Segundo Tenente Músico do Quadro Auxiliar de Oficiais, para o exercício do cargo de Ajudante da Subsecretaria de Serviços Administrativos e de Conferências (SACS) da JID, em Washington-DC, Estados Unidos da América, violaria o princípio constitucional da impessoalidade e caracterizaria desvio de finalidade, o que tornaria o ato ilegítimo. Da mesma forma, ao nomear um Segundo Tenente para ocupar cargo supostamente destinado a Primeiro-Sargento, existiria um ato antieconômico.

Esse posicionamento, acolhido pelo Relator, estaria a fundamentar a aplicação de multa ao então Ministro de Estado da Defesa, Jaques Wagner, autoridade responsável pela designação.

De início, destaco que a unidade técnica e o Relator não apontaram qualquer descumprimento a dispositivo legal específico vigente: (i) houve consenso quanto à competência, do Ministro de Estado, para proceder à referida designação, com fundamento nos termos do art. 8º do Regulamento da Representação Brasileira na Junta Interamericana de Defesa – RBJID; (ii) não existiam normativos que exigissem a realização de procedimento seletivo para designações da espécie.

Friso, uma vez mais: não houve violação a dispositivo legal específico.

Os pareceres afirmam que: (i) o cargo já estava vago há 22 meses, o que revelava a desnecessidade de sua ocupação; (ii) a designação de um Segundo Tenente, para a ocupação de cargo que poderia ser ocupado por um Primeiro-Sargento, trouxe "*ônus indevido*".

Dissinto de ambos os argumentos.

A ocupação do cargo subsume-se a um juízo de oportunidade, próprio e privativo da autoridade competente. O pressuposto é de que, se o cargo existe, pode ser preenchido, desde que o designado preencha os requisitos exigidos para o desempenho das funções. Caso contrário, deveria ter sido extinto.

Por outro lado, não há que se falar na existência de ato antieconômico. Contrariamente ao que afirmam os pareceres, o cargo não deveria, necessariamente, ser ocupado por um Primeiro-Sargento. O parâmetro referencial adotado pela SecexDefesa e acolhido pelo Relator para firmar sua convicção adveio de expediente encaminhado pela Junta Interamericana de Defesa (Ofício SACS 022/DG/JID), que apresentou uma relação de cargos vagos (em outubro de 2013) e do "*posto desejável do ocupante*". Veja-se: posto desejável. Transcrevo, a seguir, excerto daquele expediente, em uma tradução livre: *"(...) permito-me enviar aos senhores a informação que foi requerida (...) quanto às funções e os desejados perfis do pessoal a ser indicado para ocupar os postos vagos (...)*". Na sequência, são listados os cargos, ao lado dos "*postos desejáveis*", seguidos da lista de competências necessárias para cada posto. No caso do Suboficial Ajudante, consta como posto desejável "*Primeiro Sargento*" e como competências:

"*- atender aos requerimentos do Diretor do SACS;*

- manter o registro e controle dos documentos oficiais das divisões da SACS".

Do exposto, me parece claro: (i) que não há norma estabelecendo uma necessária correlação entre o cargo a ser ocupado e o posto do servidor militar designado; (ii) que o "*posto desejável*" constitui-se em requisito mínimo de preenchimento, ou seja, equivale ao menor posto aceitável. Aliás, a existência da descrição de atribuição de funções, associadas às competências requeridas, somente faz sentido a partir do pressuposto de que o "*posto desejável*" indicado constitui mero referencial. O que se faz necessário é que o designado seja capaz de levar a cabo as tarefas requeridas do cargo.

Nesta senda, não há qualquer questionamento no sentido de que o designado estaria inapto ao desempenho de tais funções. Encontram-se nos autos diversos documentos que comprovam sua qualificação profissional, dentre as quais destaco: (i) bacharel em direito; (ii) curso de Estudos de Política e Estratégia, da Associação dos Diplomados da Escola Superior de Guerra; (iii) curso de Segurança e

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57290624.

Proteção de Autoridades – Nível Gerencial; (iv) curso Logística e Reembolso em Operação de Paz; (v) proficiência no idioma russo para estrangeiros; (vi) ocupação das funções de Encarregado de Material e de Supervisor na Subchefia de Operações de Paz do Ministério da Defesa; (vii) desempenho de atividades no Haiti, como Supervisor.

Não há, portanto, qualquer sentido, **data maxima venia**, em se alegar que existiu ato antieconômico.

Com todo o respeito ao zelo e à preocupação demonstradas pelo Relator, não concebo que os apontamentos referentes à violação do princípio da impessoalidade se mostrem razoáveis e suficientes para sustentar a multa pretendida.

De início, há que se delimitar os contornos da designação efetuada: para a ocupação de cargo de livre indicação, de competência do Ministro de Estado da Defesa, aberto a todos aqueles que preenchessem os requisitos mínimos para sua ocupação, já explicados neste voto. Ainda que a comparação seja imperfeita, é uma situação assemelhada à ocupação de uma função comissionada, destinada exclusivamente a servidor de determinada carreira.

Como já frisei anteriormente, não havia, como ainda não há, normativo disciplinando ritos e procedimentos aplicáveis às designações da espécie. Não existia a exigência de realização de um processo seletivo, precedido de ampla divulgação e abertura de oportunidade a todos eventuais interessados.

Por evidente que a realização de procedimentos seletivos da espécie é, sempre, considerada como uma boa prática. Mas há que se discernir: uma boa prática é algo desejável, mas não é cogente. Poucas, aliás, pouquíssimas unidades da Administração Pública Federal realizam procedimentos seletivos para o preenchimento de suas funções de confiança, o que seria uma boa prática.

A arguição da existência de desvio de finalidade exige, em minha concepção, análise mais cautelosa. Doutrinariamente, afirma-se existir o desvio de finalidade quando o agente busca satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado. Em outras palavras, é quando o agente pratica ato visando ao atingimento de fim diverso daquele previsto e/ou explicitado. Do ponto de vista prático, Silvio Luis Ferreira da Rocha, valendo-se do magistério de Caio Tácito, assinala:

"*Entretanto, admite o referido autor a conjugação da finalidade legal da competência com outro qualquer fim, de ordem pública ou privada.* ***Isso não invalida o ato****. Assim, além de atender a finalidade legal, a autoridade administrativa pode atender com o mesmo ato a quaisquer outros fins públicos ou privados.* ***Não basta, portanto, provar a existência de uma finalidade alheia à previsão da lei: é necessário expor, meridianamente, a ausência do interesse público específico em virtude do qual foi conferida à autoridade administrativa a finalidade discricionária*****"** (grifos do original, **in** http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/silvio-luis-ferreira-da-rocha/consideracoes-acerca-do-desvio-de-finalidade, consulta realizada em 22/03/2017).

Aliás, esse também é o ensinamento de Hely Lopes Meirelles:

"*Desde que o princípio da finalidade exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros. Pode, entretanto, o interesse público coincidir com o de particulares (...), casos em que é lícito conjugar a pretensão do particular com o interesse coletivo*".

É neste quadro que situo a questão tratada nestes autos.

A designação se deu a partir do uso legítimo do poder discricionário que detinha o Ministro da Defesa.

Com as escusas daqueles que pensam em contrário, não concebo a ideia de que um Ministro de Estado não pudesse designar servidor de sua escolha para preenchimento de um cargo de livre nomeação, para o qual cumpria todos os requisitos e que não exigia a realização de processo seletivo, apenas por uma pretensa afronta ao princípio da impessoalidade administrativa.

Não está configurado, no caso, excesso ou desvio de poder, seja em vista da quantidade de designações procedidas (apenas uma), ou pelo fato de que o militar designado era possuidor das qualidades que o tornavam apto ao desempenho do cargo.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57290624.

Ademais, e só para argumentar, o episódio é dotado de insignificância, no universo das complexas e relevantes atribuições de um Ministro de Estado. A aplicação da pena, que, repito, é indevida, apequenaria o exercício das funções político-administrativas inerentes àquele cargo.

Em suma, pelas razões colecionadas, não vislumbro a existência de mácula que possa conduzir às punições pretendidas pelo Relator: (i) aplicação da multa prevista no art. 58 da Lei 8.443/1992, em seu valor máximo: (ii) instauração de tomada de contas especial; (iii) inabilitação para o exercício de cargo em comissão e função de confiança na administração pública federal, pelo período de seis anos.

Não obstante, as discussões hoje travadas no Colegiado, relativas a estes autos, me levam a admitir que o ato praticado pelo ex-Ministro, ainda que não possua a gravidade apontada pelo Relator, revestiu-se de falhas, sobretudo no que concerne à ausência de fundamentação concreta e da inexistência de respaldo em pareceres tempestivos, técnicos e jurídicos, capazes de elidir todos os questionamentos concernentes à absoluta lisura de sua edição e dos procedimentos que o antecederam.

Destarte, creio que o caminho do conservadorismo recomende o acolhimento parcial das razões de justificativa apresentadas por Jacques Wagner e a mitigação da punição proposta pelo Relator, em obediência ao princípio da proporcionalidade da pena, adequando-a à menor gravidade da situação apontada.

Ademais, com o intuito de agir de forma proativa e evitar questionamentos análogos, considero de bom alvitre que sejam adotadas as determinações constantes do item 9.9 da minuta de acórdão apresentado pelo Relator.

Ante o exposto, voto por que seja adotado o acórdão que submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 19 de abril de 2017.

JOSÉ MÚCIO MONTEIRO
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57290624.