



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

NÁTALY BIJOS GOUVEIA

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE
NO CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO**

Brasília

2017

NÁTALY BIJOS GOUVEIA

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE
NO CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO**

Monografia apresentada junto à Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS como requisito parcial para a obtenção da conclusão do curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Rodrigo Pereira de Mello

Brasília

2017

NÁTALY BIJOS GOUVEIA

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE
NO CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO**

Monografia apresentada junto à Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS como requisito parcial para a obtenção da conclusão do curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Rodrigo Pereira de Mello

BRASÍLIA, / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. Rodrigo Pereira de Mello

Examinador

Examinador

AGRADECIMENTO

À minha mãe Cássia, por todo o apoio, carinho e paciência durante essa jornada.

Ao meu pai Marco, pelo suporte e amor ao longo dessa caminhada.

À minha avó Rute, pelos eternos parabéns.

Aos amigos da faculdade, especialmente Daniela, Ana Raíra, Mayla, Roberta, Elaine, Beatriz, Letícia e Douglas, por enriquecerem todos os os debates.

Ao meu orientador, pela confiança e dedicação.

E a todos que, de algum jeito, me inspiram todos os dias a crescer e a tornar o mundo um lugar melhor, em especial, Vitor, Monna e Pedro.

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a explorar a aplicação do princípio constitucional da moralidade administrativa no controle do ato administrativo. Parte-se da conceituação e elucidação do ato administrativo, seus requisitos e possíveis vícios, bem como dos mecanismos de controle a que pode se submeter. Em seguida, busca-se o teor dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, especialmente o do princípio da moralidade administrativa, a partir de pesquisa doutrinária e legal. Posteriormente, propõe-se o exame jurisprudencial da matéria a fim de observar como o citado princípio vem sendo aplicado pelos Tribunais, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal, com intuito de avaliar a real efetividade do controle do ato administrativo baseado no princípio constitucional da moralidade administrativa, de forma autônoma. Busca-se entender se a moralidade administrativa tem sido aplicada como fundamento apto, por si só, a invalidar um ato administrativo viciado, ou, em sentido contrário, se somente pode ser considerada como elemento secundário atrelado à legalidade.

Palavras-chave: Ato administrativo. Moralidade administrativa. Legalidade. Controle.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. ATO ADMINISTRATIVO	9
1.1. Conceito	9
<i>1.1.1. Atos de governo x atos de gestão.....</i>	<i>11</i>
1.2. Elementos ou requisitos	11
<i>1.2.1. Sujeito ou Competência.....</i>	<i>12</i>
<i>1.2.2. Finalidade</i>	<i>13</i>
<i>1.2.3. Forma.....</i>	<i>14</i>
<i>1.2.4. Motivo.....</i>	<i>15</i>
<i>1.2.5. Objeto</i>	<i>17</i>
1.3. Defeitos ou vícios.....	18
<i>1.3.1. Vício de forma</i>	<i>18</i>
<i>1.3.2. Vício de objeto</i>	<i>19</i>
<i>1.3.3. Vício de motivo.....</i>	<i>20</i>
<i>1.3.3.1. Teoria dos motivos determinantes.....</i>	<i>20</i>
<i>1.3.4. Incompetência ou abuso de poder</i>	<i>21</i>
<i>1.3.5. Vício de finalidade ou desvio de poder.....</i>	<i>21</i>
1.4. Controle do ato administrativo	22
<i>1.4.1. Meios de controle.....</i>	<i>23</i>
<i>1.4.1.1. Anulação.....</i>	<i>24</i>
<i>1.4.1.2. Cassação.....</i>	<i>27</i>
<i>1.4.1.3. Revogação</i>	<i>28</i>
<i>1.4.1.4. Convalidação.....</i>	<i>29</i>
2. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	33
2.1. Conceito jurídico de princípios	33
2.2. Legalidade	35
2.3. Impessoalidade.....	37
2.4. Publicidade	38
2.5. Eficiência	39
2.6. Moralidade	40

2.6.1. Conteúdo e evolução.....	40
2.6.2. Subprincípios	43
2.6.3. Previsões no ordenamento jurídico.....	44
2.6.3.1. <i>Lei 4.171/65.....</i>	44
2.6.3.2. <i>Lei 8.112/90.....</i>	45
2.6.3.3. <i>Lei 8.429/92.....</i>	47
2.6.3.4. <i>Lei 8.666/93.....</i>	48
2.6.3.5. <i>Decreto 1.171/94.....</i>	50
2.6.3.6. <i>Lei 9.784/99.....</i>	51
2.7. Conclusão Parcial	52
3. ANÁLISE DA MORALIDADE NO ATO ADMINISTRATIVO	54
3.1. Legalidade x moralidade.....	54
3.1.2. <i>A questão dos conceitos jurídicos indeterminados.....</i>	57
3.2. Construção jurisprudencial.....	59
3.2.1. <i>Mandado de Segurança 24.020 Distrito Federal</i>	59
3.2.2. <i>Recurso Extraordinário 405.386 Rio de Janeiro</i>	61
3.2.3. <i>Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.070 Distrito Federal.....</i>	65
3.2.4. <i>Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.609 Distrito Federal.....</i>	67
CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	71

INTRODUÇÃO

O princípio da moralidade administrativa foi concebido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como um dos princípios que devem ser observados pela Administração Pública no exercício de suas funções, ao lado dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência. Isso significa, em essência, que ao agente público é devido observar o princípio moralidade administrativa em seus atos, sob pena de serem invalidados, da mesma forma que os demais princípios. Contudo, é possível que exista um ato administrativo aparentemente legal, preenchendo todos os seus requisitos de validade, mas que ofenda a moralidade administrativa. Nesse caso, o fundamento da imoralidade pode ser utilizado de forma autônoma para invalidar o ato viciado ou somente pode ser considerado diante da legalidade?

Esse questionamento se mostra relevante em face da evolução do Direito Brasileiro, que vem exigindo cada vez mais que se interpretem as regras e atos em conformidade com os princípios jurídicos, especialmente os constitucionais, para chegar a uma adequada solução aos casos concretos mais complexos. Isso porque a estrita observância da letra da lei nem sempre vai ao encontro de seu real espírito, de fato, o que se tem observado é um esforço para tentar burlar os objetivos da lei por meio de práticas que aparentam legalidade. Daí surge a necessidade de encontrar, nos princípios da Administração Pública, parâmetros para evitar esse tipo de prática e garantir que o bem comum seja atingido.

É importante, para tecer essa discussão, conhecer o conceito de ato administrativo, seus requisitos, os vícios a que pode se sujeitar, bem como os principais meios de controle disponíveis para sanar os vícios. Em seguida, é necessário compreender o conteúdo jurídico de princípios bem como o teor de cada um dos princípios constitucionais da Administração Pública, destacadamente o da moralidade administrativa. Por fim, cumpre relacionar os temas com intuito de observar como um eventual vício no ato administrativo pode sofrer controle a partir do princípio da moralidade administrativa e, principalmente, como essa questão vem sendo decidida pelos tribunais brasileiros.

Quanto ao ato administrativo, tratado no primeiro capítulo, ele é o instrumento utilizado pelos agentes públicos para externalizar a vontade da Administração Pública. Para ser válido, ele precisa apresentar certos elementos, quais sejam, competência, ser praticado por agente competente; finalidade, ser praticado a fim de atingir o interesse público e o resultado definido em lei para o ato; forma, ser praticado conforme a formalidade legal exigida; motivo, ser praticado pelos motivos de fato e de direito previstos para aquele ato; e objeto, ser praticado com o objeto previsto para aquele ato; sendo que para cada um desses elementos há uma espécie de vício correspondente. Ademais, em existindo algum vício nos elementos, há que se promover o controle através de um dos meios existentes, em especial, a anulação, cassação, revogação ou convalidação.

Já em relação aos princípios da Administração Pública, assunto abordado no segundo capítulo, eles são verdadeiras imposições de deveres de otimização aos agentes, estabelecendo um fim a ser atingido, no caso, o interesse público. A Constituição Federal elencou em seu diploma alguns princípios a serem observados no âmbito da administração: o da legalidade, dizendo respeito ao dever de cumprir a lei; o da impessoalidade, referindo-se ao dever de se manter impessoal, sem favorecer ou prejudicar administrados sem razão

justificável; o da publicidade, implicando o dever de dar publicidade aos atos administrativos como requisito de eficácia destes; o da eficiência, aludindo ao dever de se voltar para a melhoria nos resultados da gestão administrativa, promovendo uma reforma administrativa para beneficiar a sociedade; e o da moralidade, reportando-se ao dever de melhor administrar, mantendo a boa-fé, honestidade profissional, lealdade e confiança legítima. Quanto a esse último princípio, convém ainda analisar, além de seu conteúdo e evolução, os subprincípios a ele associados e as previsões deste também em diplomas infraconstitucionais, dado que é o foco do presente estudo.

Em seguida, no terceiro capítulo, é relevante analisar a relação do princípio da moralidade com o ato administrativo, isto é, se este princípio possui influência de fato na atuação administrativa. Para isso, deve-se observar como se relacionam a legalidade e a moralidade entre si, a fim de aferir a autonomia e aplicabilidade desta em relação àquela. Posteriormente, é essencial avaliar alguns julgados com intuito de reconhecer, na prática, como essa questão vem sendo tratada na jurisprudência brasileira.

Finalmente, a partir dos conhecimentos que serão relacionados, buscar-se-á, na conclusão, observar se o princípio da moralidade pode, por si só, ser utilizado como fundamento para invalidar um ato administrativo eivado de algum vício, mesmo que aparente estar em conformidade com o princípio da legalidade. Ou se somente pode ser visto como um aspecto da legalidade e ser usado como tese de reforço da ilegalidade. Em outras palavras, buscar-se-á constatar se o princípio da moralidade administrativa tem real aplicabilidade no controle do ato administrativo ou se é mero enfeite constitucional, sem poder ser analisado senão nos limites da legalidade.

1. ATO ADMINISTRATIVO

O Estado, ou, mais precisamente, a Administração Pública, atua mediante a edição ou prática de atos jurídicos a fim de desempenhar suas funções: sejam elas eminentemente políticas, que ensejam a edição de atos legislativos; jurisdicionais, que resultam em atos judiciais; ou administrativas, que envolvem a própria organização da estrutura estatal, dos agentes públicos e dos administrados, implicando, pois, o surgimento de atos da Administração. O presente trabalho estará focado nesse último caráter de atuação.

1.1. Conceito

Muito se discute na doutrina qual seria o melhor conceito de ato administrativo, sob a perspectiva do desempenho das funções administrativas do Estado. Celso Antônio Bandeira de Mello define função administrativa como:

“Função administrativa é a função estatal, exercida normalmente pelo Poder Executivo e seus sujeitos auxiliares e atipicamente por órgãos de outros Poderes, sempre na conformidade de um regime hierárquico, e que, tal como resulta do sistema constitucional brasileiro, caracteriza-se juridicamente pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais vinculados, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.”¹

Há autores que conceituam ato administrativo de maneiras diversas, ainda assim, existe um núcleo conceitual em torno do qual se concentram as definições mais aceitas.

A fim de compreender melhor, é necessário iniciar pela distinção entre a expressão **ato da Administração** e **ato administrativo**. Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que o primeiro é gênero que comporta todos os atos praticados dentro da função administrativa, como por exemplo: atos de direito privado (como locações, doações, permuta), atos materiais (de mera execução, sem manifestação de vontade), atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor (também não manifestam vontade, como atestados e certidões), atos políticos (sujeitos ao regime jurídico-constitucional), contratos, atos normativos (como decretos, portarias etc.) e atos administrativos propriamente ditos (sujeitos ao regime jurídico-administrativo)².

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 366.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 199-206.

A mesma autora, levando em consideração as particularidades que envolvem o regime jurídico-administrativo, adota o seguinte conceito de ato administrativo propriamente dito:

“a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”³.

No mesmo sentido encontra-se a definição de Odete Medauar⁴ e José dos Santos Carvalho Filho⁵, sendo que a primeira se preocupa em delimitar alguns dos efeitos jurídicos, em especial quanto a restrições e obrigações, e ressaltar a necessidade de observar a legalidade, enquanto o segundo apresenta o conceito mais voltado à função de atender ao interesse público.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua o termo ato administrativo de duas formas, a primeira, em sentido amplo, abrange diversos atos abstratos e gerais e até contratos administrativos:

“declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.”⁶

A segunda forma expressa um conceito mais restrito e concreto:

“declaração *unilateral* do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.”⁷

Os conceitos trazidos por Hely Lopes Meirelles⁸ e Miguel Reale⁹ se coadunam com essa segunda definição, ressaltando a unilateralidade da decisão administrativa e suas limitações legais, acrescentando o segundo autor que deve haver relevância jurídica fora da órbita da Administração para a configuração de um ato administrativo típico.

³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 205.

⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 156.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 101.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 356.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 358.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 159.

⁹ REALE, Miguel. *Revolução e anulamento do ato administrativo*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 24.

Como é de se observar, embora cada autor construa um conceito próprio, com alguma característica distinta dos demais, todos se aproximam de uma definição comum. Sendo assim, não há necessidade de se apegar muito a um único entendimento.

1.1.1. Atos de governo x atos de gestão

Convém, neste momento, salientar a distinção entre atos de governo (ou políticos) e atos de gestão (ou administrativos), dada a divergência doutrinária acerca do assunto e a sua importância para o presente estudo.

A primeira análise a ser feita é a de que alguns autores, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰ e Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹ incluem os atos de governo dentre os atos da Administração, mas há que discorde, como Carvalho Filho:

“Alguns autores aludem também aos atos políticos ou de governo. Não concordamos, porém, com tal referência, vez que entendemos que tais atos estão fora das linhas dos atos da Administração. Estes emanam sempre da lei; são diretamente subjacentes a esta. Aqueles alcançam maior liberdade de ação, e resultam de normas constitucionais. O caráter governamental sobreleva ao administrativo”¹²

De qualquer forma, o relevante aqui é compreender que atos de governo resultam do exercício da função política do Estado, a exemplo do ato do Chefe do Poder Executivo que sanciona ou veta uma lei. Todavia, não é possível constituir tal espécie de ato como ato administrativo propriamente dito, uma vez que aqueles estão sujeitos ao regime jurídico-constitucional, decorrente diretamente da Constituição e não da lei. Essa diferença deve ficar bastante clara, uma vez que será essencial para o posterior estudo do controle dos atos administrativos.

1.2. Elementos ou Requisitos

Como ato jurídico que é, o ato administrativo certamente está sujeito a algumas condições para que possua validade: trata-se dos elementos ou requisitos de validade. Ressalte-se que o dissenso nesse aspecto é grande – enquanto alguns autores usam o termo elementos, há quem opte pela expressão requisitos, existem autores que separam os elementos

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 200.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 355.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 99.

em intrínsecos e extrínsecos, ou de existência e de validade, e há até quem adote o termo anatomia¹³ para tratar do assunto.

As particularidades do entendimento de cada autor quanto ao uso mais adequado são dispensáveis para o presente estudo, haja vista o evidente consenso quanto ao elenco dos elementos, que será o termo adotado aqui. Isto porque a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65) foi responsável por enumerar quais os vícios que prejudicam a validade dos atos administrativos, além de conceituar cada um. Daí retirou-se que os elementos do ato administrativo são: competência ou sujeito competente, finalidade, forma, motivo e objeto.

1.2.1. Sujeito ou Competência

O elemento sujeito é também denominado sujeito competente e diz respeito ao agente a quem a lei confere atribuições. A análise da competência do sujeito tem especial relevância para a validade do ato, assim, é essencial que o agente que pratica o ato administrativo realmente tenha competência atribuída por lei para tanto.

Existem algumas regras aplicáveis à competência, conforme enumera Maria Sylvia Di Pietro¹⁴: ela decorre sempre da norma, sendo que, na sua omissão, existe previsão (art.7º, Lei nº 9.784/99) de que seria competente a autoridade de menor grau hierárquico para decidir, embora a autora tenha pensamento diverso e defenda o contrário – que deveria ser a autoridade máxima (Chefe do Poder Executivo) –; é inderrogável (em virtude do interesse público) e pode ser delegada ou avocada (desde que não seja para edição de atos normativos, decisão de recursos administrativos nem competência exclusiva – art.13, Lei nº 9.784/99), sendo ambos de ampla aceitação pela doutrina e previsão legal (arts.11 e 12 Lei nº 9.784/99). Todavia, não é relevante para a presente proposta detalhar todas as particularidades atinentes à delegação.

Carvalho Filho¹⁵ ressalta ainda que não existe presunção de competência, devendo estar sempre expressa na norma, seja ela de ordem legal, constitucional (no caso de autoridades de alta hierarquia) ou, como fonte secundária de normas administrativas internas de determinado órgão.

¹³ CRETILLA JUNIOR (1977). *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 211.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 213-214.

¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 106-108.

Por fim, Odete Medauar¹⁶ bem assinala que a competência pode ser *ratione materiae* - a matéria está incluída entre as atribuições do agente; *ratione loci* – trata do âmbito territorial, do local onde as atribuições são desempenhadas; e *ratione temporis* – limita o tempo para exercitar as funções, condiz com o momento após a investidura no cargo público até seu término.

1.2.2. Finalidade

A maior parte da doutrina, ao se referir ao elemento ora tratado, tende à concepção de que a finalidade de todo e qualquer ato administrativo é o **interesse público**. É interessante, pois, delimitar o âmbito de aplicação dessa expressão, diferenciando-a de outras próximas. Conforme doutrina Odete Medauar¹⁷: *interesse geral* equivale ao interesse público no direito francês; *interesse coletivo* é mais limitado, dizendo respeito aos interesses de determinado grupo de indivíduos, ou, em outra acepção, como aqueles que são comuns a uma coletividade unida por um vínculo jurídico e protegidos por ações coletivas; *interesse social*, por sua vez, é mais abrangente que o público quando referente à atuação do Estado na concretização das ambições da sociedade, ou, em outro sentido, quando usado para fundamentar a desapropriação, justificando o exercício do poder expropriatório. Assim, embora seja possível muitas vezes relacioná-lo ao bem de todo o povo numa noção geral das exigências da sociedade, persiste uma dificuldade na conceituação da “fórmula” de interesse público, mas que não é o foco do presente trabalho.

Independentemente do que se entende pela expressão anterior, a finalidade pode ser definida como “o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato”¹⁸, sendo também considerada um efeito mediato que sucede a edição dos atos administrativos. Esse elemento pode ser entendido em sentido amplo, quando se referir ao interesse ou finalidade pública em geral, ou em sentido restrito, quando se referir ao resultado específico buscado por cada ato isoladamente, conforme o prescrito em lei. Qualquer que seja o sentido empregado, uma vez praticado ato administrativo com finalidade diversa do interesse público ou da determinação legal, restará configurado vício. Os vícios em espécie serão tratados posteriormente¹⁹.

¹⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 157.

¹⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 160-161.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 218.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 218-219.

Convém ressaltar a posição de Carvalho Filho, que considera inexistir um duplo sentido de finalidade, relacionando o sentido restrito com o elemento objeto do ato:

“Ambos estampam os aspectos teleológicos do ato e podem ser considerados como vetores do *resultado* do ato. Mas o objeto representa o *fim imediato*, ou seja, o resultado prático a ser alcançado pela vontade administrativa. A finalidade, ao contrário, reflete o fim mediato, vale dizer, o interesse coletivo que deve o administrador perseguir.

Em razão disso, o objeto é variável conforme o resultado prático buscado pelo agente da Administração, ao passo que a finalidade é *invariável* para qualquer espécie de ato: será sempre o interesse público.”²⁰

De qualquer forma, consideraremos, para os fins da proposta de estudo, a posição de Maria Sylvia, que enxerga a finalidade em duplo aspecto, conforme tratado anteriormente, por entendermos ser uma concepção mais completa e abrangente.

1.2.3. Forma

No que se refere à forma do ato administrativo, Maria Sylvia apresenta duas concepções doutrinárias:

1. uma concepção restrita, que considera forma como a exteriorização do ato, ou seja, o modo pelo qual a declaração se exterioriza; nesse sentido, fala-se que o ato pode ter a forma escrita ou verbal, de decreto, portaria, resolução etc.;

2. uma concepção ampla, que inclui no conceito de forma, não só a exteriorização do ato, mas também todas as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da Administração, e até os requisitos concernentes à publicidade do ato.”²¹

A observância da forma do ato é especialmente importante no âmbito do direito administrativo, uma vez que é o que confere garantia jurídica, além de possibilitar o efetivo controle da Administração. Em regra, a forma escrita deve ser a adotada pelos administradores, todavia, isso não exclui a possibilidade da prática de atos administrativos sob outras formas, que se mostrem mais adequadas no caso concreto, sendo admissíveis formas verbais, sinais luminosos, cartazes, gestos e até o silêncio. Lembrando que o artigo 22, da Lei nº 9.784/99 estabelece a forma determinada e escrita apenas quando a lei expressamente assim o exigir, dentre outras providências²².

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 121.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 216.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 158.

Di Pietro²³ salienta que a motivação é um dos aspectos da forma do ato, por constituir-se na exposição das razões de fato e de direito que fundamentaram a edição de determinado ato administrativo. O último aspecto relativo à forma trazido pela autora diz respeito à essencialidade ou não, de maneira que é essencial a forma quando essa qualidade for indispensável ao resguardo ou exercício de direitos individuais, do contrário, não há que se falar em invalidar todo um procedimento ou ato que consiga cumprir sua finalidade e efeitos desejados através de outra forma.

Ainda assim, existem autores que defendem o princípio da solenidade, isto é, que o ato administrativo praticado sob qualquer forma que não a escrita deve ser tão-somente excepcional, em caráter de urgência ou irrelevância para a atuação administrativa, como Hely Lopes Meirelles²⁴ e José dos Santos Carvalho Filho²⁵.

1.2.4. Motivo

Já o motivo é “o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo”²⁶. Sendo assim, ele não se confunde com a motivação, pois esta se trata da exposição por escrito dos motivos que ensejaram a prática de determinado ato, e, como dito anteriormente, integra a formalização do ato administrativo.

A motivação, portanto, não é elemento propriamente dito do ato, mas, ainda assim, perduram as discussões acerca de sua obrigatoriedade ou não. Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁷, juntamente com Hely Lopes Meirelles²⁸, defendem que, em regra, ela seria obrigatória independentemente do ato ser vinculado ou discricionário, por se tratar de uma garantia de legalidade e estar incluída no rol de princípios da Lei nº 9.784/99.

Assevera Odete Medauar que a motivação é a regra que vem predominando no Direito Administrativo desde meados da década de 1970, principalmente quando se fala em atos que restringem direitos, impõem obrigações, apliquem sanções, revoguem ou anulem decisões ou recusem benefício ou vantagem etc. Segundo Odete:

“No Brasil, nos trabalhos de elaboração da Constituição de 1988, houve tentativa de introduzir a regra de motivação como princípio da Administração, mas não permaneceu no texto definitivo, ficando explícita só a exigência de motivação das decisões administrativas dos tribunais (art. 93,

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.159.

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.162-163.

²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 112-113.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.219.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.219-220.

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.164.

X). No âmbito paulista, a motivação é a regra, pois a Constituição do Estado (1989) a menciona entre os princípios da Administração (art. 111). A ausência de previsão expressa na Constituição Federal ou em qualquer outro texto, não elide a exigência de motivar, pois esta encontra respaldo na característica democrática do Estado brasileiro (art. 1º da CF), no princípio da publicidade (art. 37, *caput*) e, tratando-se de atuações processualizadas, na garantia do contraditório (inc. LV do art. 5º).”²⁹

Contudo, não há consenso na doutrina acerca desse ponto, existem autores que consideram a motivação obrigatória apenas em relação aos atos vinculados, ao passo que outros entendem que ela é indispensável à prática de atos administrativos discricionários justamente pela possibilidade de haver alguma subjetividade, o que ensejaria um controle ainda maior, haja vista tratar-se de trato com a coisa pública, assim corrobora o pensamento de Bandeira de Mello³⁰.

Este último autor evidencia, ademais, a distinção entre motivo e móvel, de maneira que o segundo se refere à intenção do agente, enquanto o primeiro representa a situação objetiva e real, geradora do ato, decorrente, pois, da norma³¹.

Cumprir informar a posição destoante de Carvalho Filho:

“Insistimos em afirmação que já fizemos: não consideramos de relevo distinguir entre atos vinculados ou discricionários. Parece-nos, até mesmo, que se alguma dessas categorias pode dispensar a motivação, seria ela exatamente a dos atos vinculados, porque nestes a situação de fato já tem descrição na norma, de modo que a validade ou não do ato decorreria de mero confronto entre este e aquela. O mesmo não se passaria com os atos discricionários. Tendo o agente nessa hipótese a liberdade de eleger a situação fática geradora de sua vontade, maior segurança se proporcionaria aos administrados se fosse ela descrita expressamente no ato. Entretanto, mesmo aqui, inexistindo norma constitucional expressa, não se pode extrair a interpretação no sentido da obrigatoriedade.”³²

Apesar de toda a discussão acerca da obrigatoriedade da motivação, prevalece o sentido de que ela é regra no direito administrativo para todos os atos, podendo ser dispensada nos casos em que a lei permitir. O essencial mesmo no presente momento é ficar claro que a motivação não pode ser considerada sinônimo dos motivos que ensejam a prática dos atos administrativos, estes sim devem estar sempre presentes, sem exceções.

²⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 159.

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 369-374.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 368-370.

³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p.117.

1.2.5. Objeto

Quanto ao objeto, Odete Medauar entende que nada mais é do que o efeito pretendido pelo ato administrativo, ou seja, seu conteúdo, no que ele inovará no mundo jurídico. Esse objeto deve ser lícito, moral e possível. Lícito, porque deve ser previsto na lei; moral, porque deve respeitar os princípios éticos e as regras de conduta da Administração Pública; e possível, porque deve ser realizável³³.

Embora existam autores que defendam a distinção entre objeto e conteúdo, Di Pietro observa que o relevante aqui diz respeito tão somente ao efeito jurídico produzido, e assevera, ainda, que o objeto deve ser lícito, possível, certo e moral. No mais, que ele pode ser natural, se decorrer da própria natureza do ato, ou accidental, se dele decorrer alguma alteração ao efeito natural. Quanto ao último aspecto, vale a menção de alguns elementos que geram alteração, como o termo (data de início e fim da eficácia do ato), modo (ônus imposto ao destinatário) e condição (suspensiva ou resolutiva, que subordina os efeitos ao ato a algum evento futuro e incerto)³⁴.

Hely Lopes Meirelles afirma que “todo ato administrativo tem por *objeto* a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público.”³⁵.

Importante perceber, como assinala o autor, que o objeto do ato administrativo será vinculado quando se tratar de um ato vinculado, isto é, previsto inteiramente pela norma, bem como será discricionário quando houver faculdade do administrador (critérios de conveniência e oportunidade), o que dará origem, nesse último caso, ao chamado mérito administrativo:

“O mérito administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar.”³⁶

Talvez tão importante quanto ter uma noção clara de quais são e no que consistem os elementos do ato administrativo é entender os possíveis defeitos que podem vir a prejudicar a validade dos atos emanados pelo Poder Público.

³³ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 158.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 215-216.

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.164.

³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 165.

1.3. Defeitos ou vícios

Vistos os elementos do ato administrativo, é preciso agora reconhecer que, no mundo real, a atuação dos administradores pode estar eivada de diversos defeitos que prejudicam a validade dos atos por eles praticados. A relação deles e seus conceitos legais estão na Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65):

“Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.”³⁷.

Os vícios em espécie serão detalhados a seguir.

1.3.1. Vício de forma

O **defeito de forma** é um vício que incide sobre a exteriorização do ato, sendo corrigível em alguns casos, conforme a gravidade. Dentre esse tipo de defeito encontra-se o vício de motivação, quando esta for inexistente, se a norma a exigir, insuficiente ou ininteligível. Odete Medauar ressalta que “os vícios de motivação podem ser sintomáticos de vícios quanto ao objeto e ao fim do ato administrativo”³⁸.

³⁷ BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de Junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm> Acesso em 05 out. 2016.

³⁸ CINTRA (1979) *Apud* MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.174.

José dos Santos Carvalho Filho³⁹ defende que a análise de vício formal deve ser comedida e razoável. Assim, é importante ter em mente que muitas vezes o vício pode configurar mera irregularidade, sanável, pois, sem gerar nenhum prejuízo para o interesse público ou para o resultado pretendido pelo ato editado. Outras vezes, porém, pode ser que o vício seja grave a ponto de ensejar a nulidade do ato, afetando seu próprio conteúdo – nesse caso, estar-se-ia diante de um vício insanável.

Para solucionar a questão acerca do que deve ser considerado uma mera irregularidade ou não, para fins de invalidação do ato administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁰ propõe uma “fórmula”, segundo a qual é basilar a análise do objetivo buscado pela norma que impõe determinada forma para um ato, de modo que, se a escolha por esta forma influenciar apenas na padronização, uniformização e organização dos processos internos da administração, inexistindo qualquer interferência externa, então pode-se considerar como mera irregularidade a escolha de outra.

1.3.2. Vício de objeto

Para Celso Antônio Bandeira de Mello⁴¹, contrassenso do que dispõe a definição legal, o vício do objeto está mais relacionado à inexistência de um objeto possível, nesse caso, o ato praticado não é considerado nem ao menos materialmente existente, a exemplo de uma intimação, por edital, a funcionário já falecido. Nesse sentido, não há nem que se falar na existência do ato diante da inexistência de objeto possível.

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴² pondera que, dado que este deve ser lícito, possível, determinado e moral, haverá vício sempre que faltar qualquer um desses requisitos. Discorda de tal pensamento o autor José dos Santos Carvalho Filho⁴³, quem advoga pela pertinência da moralidade ao elemento finalidade e não ao objeto em si.

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 113.

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 380-382.

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 366.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 253-254.

⁴³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 110.

1.3.3. *Vício de motivo*

Quanto ao vício de motivo, Odete Medauar⁴⁴ o enxerga em três situações básicas: na inexistência de norma jurídica que preveja o ato praticado; na inexistência de circunstância de fato que o justifique; ou na inadequação entre norma e fato, ou seja, quando os fatos não se enquadram na previsão normativa do ato administrativo analisado. Maria Sylvia Di Pietro⁴⁵, no entanto, simplifica ao enxergar vício de motivo quando inexisterem motivos para a prática do ato ou quando eles forem falsos.

Convém delinear, como bem faz Carvalho Filho⁴⁶, que a falta de motivação não coincide com a falta de justificativa do ato, o que configuraria vício de motivo, mas sim a falta da exposição da justificativa no texto do ato, o que se insere na seara de vícios formais.

1.3.3.1. *Teoria dos Motivos Determinantes*

A lição de José dos Santos Carvalho Filho⁴⁷ ensina que a Teoria dos motivos determinantes funda-se no princípio de que os motivos geradores do ato administrativo devem se coadunar com a realidade de fato alegada. A maior consequência disso é que a validade do ato se torna vinculada aos motivos apresentados.

Não existe muita divergência doutrinária acerca dos detalhes dessa teoria, não obstante, vale conferir, para melhor compreensão do assunto, o que diz Celso Antônio Bandeira de Mello:

“De acordo com essa teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de ‘motivos de fato’ falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam.”⁴⁸

⁴⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 174.

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 254.

⁴⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 114-118.

⁴⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 118-119.

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 374.

Dessa maneira, resta evidenciada a importância da exposição verídica e real dos motivos de fato e de direito que ensejam a prática dos atos administrativos, tendo em vista as consequências dessa manifestação para a legalidade do ato.

1.3.4. Incompetência ou abuso de poder

Serão aqui abordados os vícios relativos ao sujeito, que, conforme Maria Sylvia Di Pietro⁴⁹, podem ser de incompetência ou incapacidade. Em relação ao primeiro tipo, a autora salienta os principais vícios, quais sejam, a **usurpação de função**, que é um crime (art. 328, Código Penal) praticado por quem pratica atribuições públicas sem possuir qualquer vínculo ou qualificação para tanto; o **excesso de poder**, que é fruto da prática de atos que excedem o campo das atribuições legais do agente e pode configurar crime de abuso de autoridade (Lei nº4.898/65); e a **função de fato**, que ocorre quando, apesar de não possuir as exigências legais, o agente aparenta estar de acordo com a legalidade, nesse caso, os atos praticados são considerados válidos, em respeito à boa-fé.

Já os vícios do sujeito que dizem respeito à incapacidade resultam no impedimento e na suspeição (art. 18 e 20, ambos da Lei nº 9.784/99) da mesma forma que no processo civil, pela presunção absoluta ou relativa, respectivamente, de incapacidade para atuar no processo administrativo. Todavia, Di Pietro⁵⁰ acrescenta que os atos administrativos praticados em qualquer das circunstâncias (de incapacidade) serão tidos como anuláveis, passíveis de convalidação por outra autoridade.

1.3.5. Vício de finalidade ou desvio de poder

Os vícios relativos à finalidade referem-se a circunstâncias em que esteja presente o chamado **desvio de poder** ou **desvio de finalidade**. Di Pietro⁵¹ entende que, nesse ponto, considerando o duplo sentido do elemento finalidade, seu vício deve também ser considerado em duplo aspecto: como a inobservância do interesse público e/ou como a inobservância da finalidade prevista em lei para o ato. A autora acrescenta que a grande dificuldade é a comprovação do desvio, de maneira que devem ser buscados indícios ou sintomas de que houve desvio.

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 251-252.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 253.

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 254-255.

Celso Antônio Bandeira de Mello compartilha do entendimento da autora e acrescenta: “Suscintamente, mas de modo preciso, pode-se dizer que ocorre desvio de poder quando um agente exerce uma competência que possuía (em abstrato) para alcançar uma finalidade diversa daquela em função da qual lhe foi atribuída a competência exercida.”⁵². No mais, o autor destaca que é irrelevante para a configuração do desvio de poder que o agente tenha a intenção viciada, isto é, que exista *animus*, bastando, para tanto, que exista o “desacordo objetivo entre a finalidade do ato e a finalidade da competência”⁵³.

Contudo, Carvalho Filho⁵⁴ discorda. Na sua concepção, o desvio de poder tem como pressuposto o *animus* deliberado de ofender o interesse público, inexistindo tal pressuposto, estar-se-ia diante de ilegalidade, mas não propriamente do desvio. O autor acrescenta, no mais, a incontestável ofensa aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa que o desvio de finalidade representa, relegando os preceitos éticos constitucionais norteadores da atuação administrativa.

1.4. Controle do ato administrativo

Uma boa compreensão dos tipos de defeitos possíveis em atos administrativos é de suma importância para o estudo do controle da atuação da Administração. O foco aqui será delimitar, a princípio, quais são as formas ou ferramentas que podem ser utilizadas caso se esteja frente a um ato viciado e, posteriormente, de quem é a prerrogativa e quais os limites para proceder nessas situações.

Convém apontar que existe bastante divergência na doutrina acerca dos efeitos que os vícios podem gerar: alguns defendem a existência de nulidade absoluta (atos nulos) e nulidade relativa (atos anuláveis), outros acrescentam a possibilidade de atos meramente irregulares, há ainda quem entenda que só existem atos nulos ou atos inexistentes. Não vamos ater a essas particularidades, ao contrário, adotaremos aqui a posição majoritária da existência de nulidades e anulabilidades.

Corroborando para tal entendimento a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁵, a qual abrange a possibilidade da existência tanto de atos nulos (nulidade absoluta) quanto de

⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 377.

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 378.

⁵⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 121.

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 255-256.

atos anuláveis (nulidade relativa), com a ressalva de que não há como se permitir, no âmbito administrativo, que a anulabilidade somente seja analisada mediante provocação, tendo em vista o poder de autotutela da Administração, o que será tratado com maior profundidade à frente.

Para Odete Medauar também prevalece a concepção supracitada, acrescentando-se a existência de atos meramente irregulares além da nulidade e da anulabilidade, e a autora afirma, ainda, que:

“A permanência do ato administrativo eivado de ilegalidade tal como foi editado ou mediante ratificação ou convalidação dependerá da natureza do vício, do confronto do princípio da legalidade e de outros preceitos do ordenamento (por exemplo: segurança e certeza das relações jurídicas, consolidação de situações), do sopesamento das circunstâncias envolvendo o caso, da finalidade pretendida pela norma lesada. Em muitos casos a própria norma prevê a consequência da inobservância dos seus dispositivos [...]. Por vezes se trata de mera irregularidade, como falta de assinatura ou data em determinado despacho, que a autoridade pode suprir de imediato. [...] Muitas vezes as normas de direito público visam ao atendimento da **moralidade administrativa** e de outros valores norteadores do ordenamento: embora a ilegalidade não acarrete prejuízo direto a pessoas, pode representar lesão a valores indisponíveis que a legislação administrativa quer preservar.”⁵⁶ (grifo nosso).

Hely Lopes Meirelles assevera:

“A Administração Pública, como instituição destinada a realizar o Direito e a propiciar o bem comum, não pode agir fora das normas jurídicas e dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, com destaque para o da **moralidade administrativa**, nem relegar os fins sociais a que sua ação se dirige. A legitimidade da atividade decorre do respeito à lei e aos referidos princípios. Se, por erro, culpa, dolo ou interesses escusos de seus agentes, a atividade do Poder Público desgarra-se da lei, divorcia-se dos princípios, é dever da Administração invalidar, espontaneamente ou mediante provocação, o próprio ato, contrário à sua finalidade, por inoportuno, inconveniente, imoral ou ilegal. Se não o fizer a tempo, poderá o interessado recorrer às vias judiciais.”⁵⁷ (grifo nosso).

Esse posicionamento demonstra precisamente a finalidade e a importância do controle dos atos administrativos.

1.4.1. Meios de controle

O que denominamos de “meios” de controle se refere aos atos que servem à invalidação ou à correção de um ato administrativo anterior contaminado por algum vício. De

⁵⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.177.

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 210.

qualquer maneira, tratam-se de meios existentes para se proceder caso se esteja diante de um ato defeituoso. Abordaremos aqui os principais meios encontrados na doutrina.

1.4.1.1. Anulação

O ato de anulação destina-se a invalidar um ato administrativo que seja ilegal ou ilegítimo. O que se considera ilegitimidade ou ilegalidade, no entendimento de Hely Lopes Meirelles⁵⁸, não pode ser restringido somente à violação do texto de lei em sentido estrito, devendo abranger também quaisquer infringências ao abuso de poder (nas modalidades desvio ou excesso) e aos princípios gerais do Direito, em especial os que regem a atuação administrativa do Poder Público. Assim, observada situação de ofensa a preceitos normativos relacionados com a atividade pública, estará configurada ilegitimidade.

Há consenso doutrinário e jurisprudencial de que cabe tanto à Administração quanto ao Poder Judiciário proceder à anulação. Tanto o é que o Supremo Tribunal Federal já editou súmulas a respeito, a saber, a súmula nº 346 e a súmula nº 473 do STF.

A primeira informa: “Súmula nº 346 A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.”⁵⁹. Pela redação é possível induzir a faculdade da própria Administração promover a anulação de seus atos eivados de nulidade. Já a segunda dispõe:

“Súmula nº 473 A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”⁶⁰

Embora a redação das súmulas leve a entender, novamente, pela mera faculdade de anulação, em regra, a Administração possuiria a obrigatoriedade de anular atos ilegais, mas existem ressalvas nos casos em que os efeitos do ato são irretratáveis, o que tornaria inócua a anulação; casos em que o decurso do tempo consolidou efeitos a serem considerados, o que cria o confronto entre a anulação e segurança jurídica, boa-fé e outros preceitos; e casos em

⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 215.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado de Súmula nº 346*. Brasília, 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=346.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 23 mai. 2016.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado de Súmula nº 473*. Brasília, 15 de junho de 1969. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 05 mai. 2016.

que a gravidade do vício é ínfima, uma mera irregularidade, não justificando a anulação⁶¹. Nesses casos, Hely Lopes Meirelles⁶² afirma que é necessária motivação que demonstre a prevalência de algum preceito sobre a manutenção da legalidade.

Di Pietro⁶³ defende, igualmente, que, diante de atos ilegais, a Administração possui o *dever*, a *obrigação* de anulá-los, contudo, na hipótese de haver grande prejuízo decorrente da anulação, ela advoga que deve prevalecer o interesse público, a segurança jurídica e a boa-fé para se optar ou não por anular, e cita a lição de Miguel Reale⁶⁴, que acrescenta ausência de dolo, ausência de dano ao erário e não afetação de interesses particulares legítimos; nesses casos é possível a opção pela convalidação do ato (a convalidação será tratada em apartado).

A mesma autora fundamenta a posição supracitada em dispositivos da Lei nº 9.784/99, em especial os artigos 53 e 54, *in verbis*:

“Art. 53. A Administração **deve anular** seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários **decai em cinco anos**, contados da data em que foram praticados, **salvo comprovada má-fé**.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis **poderão ser convalidados** pela própria Administração.”⁶⁵ (grifos nossos)

Nota-se que a norma acima prevê uma limitação temporal para esse modelo de desfazimento, que é o prazo decadencial de 5 anos da edição do ato, fixado pelo artigo 54 da Lei 9.784/99, para a Administração anular seus atos ilegais dos quais decorram efeitos favoráveis aos destinatários.

No tocante à prerrogativa do Poder Judiciário de anular os atos ilegais ou ilegítimos editados pela Administração Pública, o entendimento mais correto, a nosso ver, é o

⁶¹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.178-180.

⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 248-249.

⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 249.

⁶⁴ REALE (1980) *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 249.

⁶⁵ BRASIL. *Lei nº 9.784 de 29 de Janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm> Acesso em: 03 jun. 2016.

apresentado por Miguel Reale⁶⁶ de que, embora ao Judiciário seja lícito analisar a legalidade do ato administrativo e não o mérito, isso não impede que o juiz analise os motivos que levaram à prática do ato analisado. O autor prega a existência de uma impropriedade terminológica grave, que culminou em posições doutrinárias e jurisprudenciais de confusão acerca da interpretação do sentido de “legalidade” para tais fins. Com efeito, Reale defende que não se pode confundir a legalidade supracitada com uma mera formalidade, ou mera adequação aos ditames da lei. Dessa forma, de maneira alguma é possível afastar da apreciação do juiz qualquer matéria (inclua-se matéria de fato, análises de motivo e de conteúdo do ato) que diga respeito à verificação de se a lei foi cumprida em todos os seus ditames axiológicos, isto é, se o ato cumpriu os fins verdadeiros da lei.

Conclui-se, portanto, do pensamento de Miguel Reale que “o controle de legalidade não pode deixar de implicar a verificação da plausibilidade dos motivos (*legitimidade*), sem, contudo, ser proferido, a rigor, um ‘juízo de mérito’.”⁶⁷. Isso porque não deve ser feito um exame de conveniência e mérito, mas sim um exame de legitimidade e alinhamento do ato com as razões da norma.

Do mesmo pensamento, compartilha Hely Lopes Meirelles⁶⁸, ao insistir na amplitude a ser reconhecida ao termo legalidade para fins de anulação do ato administrativo pelo Judiciário, fundamentando sua posição nos preceitos constitucionais da inafastabilidade da jurisdição. Segundo ele, não importa se o ato é vinculado ou discricionário, tampouco de qual agente, órgão ou Poder se originou, basta que o julgamento se atenha à legalidade (sentido amplo), legitimidade, fidelidade e lesividade ou não do ato.

Ainda quanto à competência para anular um ato administrativo, Carvalho Filho ressalta:

“A propósito, cabe sublinhar que, em decorrência do princípio da separação de Poderes, o Legislativo não pode desconstituir, por lei, atos do Poder Executivo, quando estes tenham sido praticados dentro das competências constitucionalmente reservadas ao Chefe desse Poder.”⁶⁹

Dessa forma, não há que se falar em competência do Legislativo para, em sua função típica, anular atos administrativos, uma vez que isso fere a função básica das leis e fere a separação de poderes.

⁶⁶ REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 91-92.

⁶⁷ REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 81.

⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 220.

⁶⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p.159.

Salutar que se aponte, seguindo a posição de Miguel Reale, que não só a Administração tem o poder-dever de anular seus atos eivados de nulidade ou anulabilidade, mas também deve se recusar a cumprir determinações advindas de atos normativos (leis) considerados manifestamente inconstitucionais (independentemente de declaração prévia do Judiciário), dado que, certamente, os atos resultantes daqueles serão, no caso concreto, ilegítimos. O autor cita Mauro Cappelletti para concluir o raciocínio:

“ ‘assim como há um direito (*potestativo*) ao anulamento do ato, também se pode ver um direito à inaplicação do ato inválido’, pois a sua aplicação implicaria em sujeitar a Administração Pública ou os particulares a uma lide cujo resultado seria inaplicar ou mesmo anular o ato.”⁷⁰

Por fim, a anulação tem efeitos retroativos (*ex tunc*), pois a ilegalidade prejudica o ato desde sua edição, podendo tal retroação ser destrutiva quando retira alguma vantagem indevidamente concedida, ou construtiva quando importa a edição de outros atos para restaurar a situação de legalidade⁷¹. De qualquer maneira, é pacífico o entendimento de que o objetivo buscado pela anulação é a restauração do *status quo ante*⁷².

1.4.1.2. Cassação

A cassação, conforme Hely Lopes Meirelles, direciona-se ao “ato que, embora legítimo na sua origem e formação, torna-se ilegal na sua execução”⁷³. O autor nota que esse meio de invalidação é mais comumente encontrado em atos negociais.

Já Odete Medauar conceitua a cassação como um método pouco frequente de desfazer um ato administrativo, o qual decorre essencialmente do descumprimento posterior de alguma obrigação legal por parte do destinatário do ato, sendo mais comum no âmbito do regime disciplinar de servidores.⁷⁴

⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Apud* REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 36.

⁷¹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.180.

⁷² Nesse sentido, Miguel Reale considera que a anulação é um “ato negativo”. (REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 32).

⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 214.

⁷⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 182.

1.4.1.3. *Revogação*

Ao contrário das anteriores, a revogação não é apropriada para retirar do ordenamento jurídico atos administrativos ilegais, mas sim atos plenamente válidos que se tornaram inconvenientes ou inoportunos. Portanto, só é cabível a revogação de um ato administrativo discricionário, ou seja, que aporte o juízo de mérito. Com efeito, em se tratando de um ato completamente vinculado, é inconcebível que qualquer autoridade o revogue, visto que aquele se configura na única opção legalmente aceita para a situação presente.⁷⁵

Maria Sylvia Zanella Di Pietro enuncia algumas limitações à revogabilidade, quais sejam, atos vinculados, atos que exauriram seus efeitos, atos cuja competência já se exauriu (nesse caso, a autoridade que editou o ato não será competente para revogá-lo, mas pode haver outra que o seja, como ocorre nos recursos administrativos), meros atos administrativos (como certidões e atestados, pois os efeitos são previstos em lei), atos que integram procedimento (pois a edição do ato seguinte gera a preclusão do anterior) e atos que geram direitos adquiridos (por força da súmula nº 473, do STF, já tratada anteriormente).⁷⁶ A essas limitações, Celso de Mello⁷⁷ acrescenta os atos que a lei declare irrevogáveis, os atos de controle (devido a seu caráter meramente liberador ou permissivo de algum outro – não constitutivo -, a exemplo das autorizações prévias, sendo assim, o ato controlador não pode sofrer revogação, mas o controlado pode), os atos que consistirem em decisão final de processo contencioso e os atos complexos.

Convém, entretanto, aprofundar algumas questões. Primeiramente, é mister compreender a revogação como um processo natural da atuação administrativa, no sentido de que a Administração é dotada do poder-dever de rever os seus próprios atos **válidos e legítimos**, prosseguindo a um juízo de mérito que averigue sua (in)conveniência e (in)oportunaidade. Daí resulta um conceito trazido por Miguel Reale:

“a revogação é uma expressão da *discricionariedade* no processamento *positivo* das funções da Administração: o seu fundamento último, como o de todo ato administrativo, é o interesse público: o seu fundamento imediato é a liberdade, ou melhor, a *discrção* administrativa, por não estar a decisão

⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 419.

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 261-262.

⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.422-424.

vinculada a um dos elementos de fim e de mediação acima já discriminados.”⁷⁸

Dessa forma, pode-se concluir que a revogação, em sendo um ato unilateral e decorrente da discricionariedade administrativa, não pode ocorrer por interferência de outro Poder senão aquele responsável pela prática do ato objeto da revogação, visto que configuraria-se abuso de poder. Nesse sentido, a competência hierárquica revocatória deve ser entendida pela figura “de quem realiza o ato, ou estaria, na escala hierárquica, em condições de praticá-lo ou de ordená-lo, substituindo-se legalmente, à autoridade inferior omissa, ou até mesmo avocando a si a sua determinação.”⁷⁹

A revogação, como já visto, é resultado de um exame de mérito. Esse exame, todavia, deve recair sobre circunstâncias posteriores ao ato responsáveis por torná-lo contrário ao interesse público, embora continue válido e legal. Convém, pois, salientar que é incabível que se revogue um ato administrativo sob fundamento de vício de mérito presente desde sua origem, já que isso configuraria, em verdade, uma ilegalidade ou ilegitimidade, atraindo para si a anulação. Dessa forma, não há que se falar em atribuir à revogação efeitos retroativos - o pressuposto é de que, em sendo o ato válido, os efeitos já decorrentes dele também o são, não havendo justificativa para desconstituí-los.⁸⁰

Celso Antonio Bandeira de Mello, todavia, discorda parcialmente, considerando que é irrelevante a contemporaneidade ou superveniência das razões de inconveniência ou inoportunidade do ato sujeito à revogação, e justifica seu pensamento na concepção de que o agente, no momento da edição do ato, estava legalmente investido na competência para julgar e definir (dentro dos limites, por óbvio) qual a decisão mais afeta ao interesse público. Ainda assim, sua conclusão coincide com a apresentada anteriormente, uma vez que ele também rejeita a possibilidade de admitir efeitos retroativos à revogação.⁸¹

1.4.1.4. Convalidação

Também denominada de sanatória ou aperfeiçoamento, a convalidação nada mais é do que um ato administrativo editado pela própria Administração (ou feita pelo

⁷⁸ REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 31.

⁷⁹ REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 38.

⁸⁰ REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 39-40.

⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 420.

administrado, quando a ilegalidade decorrer da ausência de manifestação de vontade), com a finalidade de suprir algum vício existente em outro ato administrativo ilegal anterior, possuindo efeitos retroativos à época da prática do ato convalidado.⁸²

Subsiste a questão da obrigatoriedade ou não de se proceder à convalidação de um ato viciado, quanto a isso, Di Pietro, juntamente com Celso de Mello⁸³, diz acompanhar o entendimento de Weida Zancaner (1990:55) e acrescenta que:

“Assiste razão à autora, pois, tratando-se de **ato vinculado** praticado por autoridade incompetente, a autoridade competente não poderá deixar de convalidá-lo, se estiverem **presentes os requisitos** para a prática do ato; a **convalidação é obrigatória**, para dar validade aos efeitos já produzidos; se os requisitos legais não estiverem presentes, ela deverá necessariamente anular o ato. Se o ato praticado por autoridade incompetente é **discricionário** e, portanto, admite apreciação subjetiva quanto aos aspectos de mérito, não pode a autoridade competente ser obrigada a convalidá-lo, porque não é obrigada a aceitar a mesma avaliação subjetiva feita pela autoridade incompetente; nesse caso, ela **poderá convalidar ou não**, dependendo de sua própria apreciação discricionária.”⁸⁴ (grifos nossos)

Ainda assim, a convalidação é regra no ordenamento, a fim de se proteger tanto o princípio da legalidade quanto o da segurança jurídica e da boa-fé. Há que se questionar a redação proposta pela Lei nº 9.784/99 (citada anteriormente), a qual induz o intérprete a enxergar uma mera faculdade do administrador em proceder à convalidação – deve-se ter, mais acertadamente, a concepção da obrigatoriedade, sempre que possível.⁸⁵

Os vícios passíveis de serem convalidados, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, são: o vício de incompetência do sujeito, convalidável por meio de ratificação pela autoridade competente, desde que não seja atribuição exclusiva; e o vício de forma, desde que não seja essencial à validade do ato. Em relação ao vício de motivo, de finalidade ou de objeto, a autora não reconhece a possibilidade de estes serem convalidados, ressalvada, no último caso, a hipótese de conversão do objeto, criando um novo ato que substitui o ato ilegal, com efeitos retroativos.⁸⁶ Há autores, ainda, que aceitam a convalidabilidade de atos defeituosos no objeto, desde que se trate de conteúdo plúrimo⁸⁷.

⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 258-260.

⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 441-442.

⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 258-259.

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 443.

⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 258-260.

⁸⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 167.

José dos Santos Carvalho Filho apresenta a convalidação sob três perspectivas distintas: a **ratificação**, quando da existência de vícios extrínsecos, tais quais a forma e a competência, ambos os quais são passíveis de serem sanados pela própria autoridade prolatora ou pelo superior hierárquico; a **reforma**, responsável pelo suprimento de uma parte inválida de um ato, de modo que se mantenha a parte que já era válida; e a **conversão**, assemelhada à anterior, esta também supõe um ato administrativo parcialmente válido, a diferença aqui reside na decisão de substituir a parte inválida por outra que seja válida.⁸⁸

No entanto, Celso A. B. de Mello propõe outra forma de classificação. Para o autor, a **ratificação** é a convalidação que provém da mesma autoridade que editou o ato viciado, enquanto a **confirmação** provém de autoridade distinta, e o **saneamento** resulta de ato de particular afetado que convalida o ato viciado com sua manifestação de vontade posterior. Já a **conversão** se afasta da convalidação, pois se caracteriza pela mudança de categoria de um ato ilegal para outro legal, notadamente, “ao contrário da convalidação, em que o ato inválido tem salvaguardados os *mesmos* efeitos, na conversão o ato produz, retroativamente, efeitos próprios de outro ato: aquele que seria possível.”⁸⁹

Conforme tudo o que fora acima exposto, percebe-se a importância de se compreender bem o conteúdo de cada elemento do ato administrativo e suas implicações, sobretudo quando se fala das figuras do administrador e do agente público, estes que possuem a responsabilidade legal pela prática de atos que impactam a vida dos cidadãos. Com efeito, é fundamental que o agente seja competente e capaz, que a finalidade seja de interesse público, em todos os seus aspectos, que a forma seja a prescrita em lei ou aquela capaz de atingir a finalidade, que os motivos sejam aqueles tipificados na norma e condizentes com a situação real de fato existente, e que o objeto seja lícito, possível, determinado (ou determinável) e moral. Do contrário, é igualmente fundamental que se saiba como corrigir a nova situação jurídica que algum vício pode ter causado: sobretudo, anulando-o, seja pela Administração, no exercício da autotutela, seja pelo Judiciário, quando provocado; revogando-o, mais uma faceta da autotutela; ou convalidando-o, também a partir da autotutela.

Além desse aspecto prático do conteúdo ora explicitado, deve-se reconhecer sua relevância para o presente trabalho, haja vista pretendermos estudar as nuances da aplicação do princípio da moralidade no controle dos atos administrativos. De fato, não há como aprofundar a matéria sem o devido tratamento dos elementos que compõem o ato, a fim de se

⁸⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 166.

⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 441.

entender quais elementos são passíveis de serem analisados quanto a tal princípio, bem como, quanto ao controle propriamente dito, a quem é permitido promover essa análise e qual a sua extensão.

2. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Consoante já visto, a atuação do Estado é concretizada, predominantemente, por meio da prática de atos administrativos. Para orientar e ordenar essa atuação, a Constituição Federal estabelece alguns princípios que devem ser observados a fim de garantir a legitimidade e constitucionalidade de tal atuação. Estabelece o diploma:

“Art. 37. 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: [...] (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”⁹⁰ (grifo nosso)

Assim, é importante que os agentes públicos pautem suas ações nos princípios supracitados e também em outros bastante relevantes para o assunto, os quais serão brevemente abordados posteriormente.

2.1. Conceito jurídico de princípios

Embora a discussão acerca do conceito jurídico dos princípios e, principalmente, sobre sua força cogente em face de regras seja antiga, com a evolução do constitucionalismo e o advento do pós-positivismo no Brasil, ao final do século XX, e a conseqüente aproximação entre Direito e Moral, os princípios em geral, sobretudo os constitucionais, foram munidos de normatividade primária, isto é, aplicação independente da existência de lacunas na lei. Dessa maneira, os princípios passaram a ser “considerados normas jurídicas, ao lado das regras, e podem ser invocados para controlar a juridicidade da atuação do Estado”⁹¹.

Nesse sentido, Humberto Ávila⁹², concordando com Alexy, define que princípios jurídicos constituem, de fato, normas jurídicas estabelecidas de deveres de otimização, de modo a fixar um fim a ser atingido, com conteúdo próprio, o que se denomina estado das coisas. Isso implica a obrigatoriedade da adoção, pelo agente público, das condutas que concretizem tal fim. Sendo assim, não há que se falar em opção do agente quando da observância de determinado princípio, porque é sua obrigação observá-los de forma a otimizar sua atuação, direcionando-se ao fim a que se destina o ato e, ainda, na seara administrativa, ao

⁹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 30 mai. 2016.

⁹¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. 2 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Método, 2013, p. 41.

⁹² ALEXY, Robert. *Apud* ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 43.

bem comum. Por exemplo, o agente público ao editar um ato administrativo qualquer não pode optar por não observar a impessoalidade ou a moralidade.

Ainda assim, não se pode considerar que princípios são sinônimos de regras, nesse sentido, Rafael Carvalho Rezende Oliveira apresenta os principais critérios, embora não exaustivos, que podem ser usados para se diferenciar regras de princípios dentro da estrutura normativa: o primeiro seria o da abstração, que é maior nos princípios do que nas regras; e o segundo o da aplicação e do conflito normativo, conforme o qual a aplicação dos princípios pode ocorrer gradativamente dentro das possibilidades fáticas e jurídicas e seu conflito deve ser resolvido pela ponderação entre os interesses, pelo seu peso no caso concreto, enquanto a aplicação das regras é feita pelo método do “tudo ou nada”, podendo ser relativizado no caso concreto, e os conflitos resolvidos, em regra, pela validade⁹³.

Em se tratando dos princípios específicos atinentes ao Direito Administrativo, além dos que são expressos pelo artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, há que se levar em conta os constantes da Lei nº 9.784/99⁹⁴, em seu artigo 2º, e até alguns implícitos, mas que valem o tratamento específico, diante de sua relevância. Cite-se, na Lei do Processo Administrativo:

“Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”⁹⁵

Percebe-se que, dentre os princípios supracitados, encontram-se alguns que dizem respeito, essencialmente, ao processo administrativo propriamente dito, como a ampla defesa e o contraditório, o que não é o foco do presente trabalho, sendo assim, reservamo-nos a prerrogativa de não tratar especificamente deles. Além desses, destacam-se ainda os princípios da supremacia do interesse público, segundo o qual o interesse público deve se sobressair aos interesses particulares; indisponibilidade do interesse público, o qual impõe ao agente público uma atuação voltada ao interesse público, de maneira que ele não poderá dispor daquele conforme sua vontade; continuidade, que se relaciona principalmente com a

⁹³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. 2 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Método, 2013, p. 42-43.

⁹⁴ Em sendo o Brasil uma República Federativa, (art.1º, *caput*, Constituição Federal) e dado que cada ente federativo possui competência para se autoorganizar conforme suas normas específicas, é importante destacar que a Lei nº 9.784/99 é federal e não nacional, portanto, os princípios ora citados são de observância obrigatória pela União, o que não impede outros entes federativos de se referirem a outros princípios em suas leis locais. Nesse contexto, optamos pela referência aos princípios administrativos em âmbito federal.

⁹⁵ BRASIL. *Lei nº 9.784 de 29 de Janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm> Acesso em: 03 jun. 2016.

prestação de serviços públicos, devendo esta ser contínua, especialmente quanto aos serviços tidos como essenciais; autotutela, que diz respeito à possibilidade da Administração controlar os atos de seus próprios órgãos e agentes; e, por fim, confiança legítima e boa-fé, ambos os quais se relacionam intimamente à moralidade e serão brevemente abordados posteriormente.

Optamos, todavia, no presente trabalho, pelo tratamento mais aprofundado dos princípios constitucionais, dada sua fundamentalidade, e por uma breve abordagem dos demais, os quais, em sua maioria, decorrem da interpretação sistemática do ordenamento jurídico-administrativo, da construção histórico-doutrinária e de outros princípios.

2.2. Legalidade

O primeiro princípio a merecer nosso destaque é o da legalidade, cuja importância reside justamente na qualidade do sistema constitucional brasileiro, qual seja, o de se constituir em Estado de Direito. Este é considerado o princípio basilar de toda a atuação estatal, sobretudo no âmbito administrativo, por isso se afirma ser a atuação administrativa “sublegal”.

Importa destacar, no entanto, os diferentes sentidos que tal princípio pode apresentar e é neste ponto que a doutrina e, muitas vezes, até o agente administrativo e a jurisprudência costumam divergir. Celso Antonio Bandeira de Mello⁹⁶ e José dos Santos Carvalho Filho⁹⁷ defendem impiedosamente a legalidade como a submissão de toda e qualquer manifestação da Administração às leis (*stricto sensu*), o que culmina na concepção de que a função administrativa nada mais é senão uma função operacional e mecânica de reprodução do que lhe obrigar a lei: assim, aproximam o princípio da legalidade do princípio da reserva legal. Cite-se:

“[...] estampa-se, pois, e com inobjetével clareza, que administração é atividade subalterna à lei; que se subjugua inteiramente a ela; que está completamente atrelada à lei; que sua função é tão-só a de fazer cumprir lei preexistente, e, pois, que regulamentos independentes, autônomos ou autorizados são visceralmente incompatíveis com o Direito Brasileiro.”⁹⁸

Outros, por sua vez, compreendem a legalidade em sua acepção alargada e, a nosso ver, mais condizente com o caráter que busca o Direito Administrativo em prestigiar o

⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 90-96.

⁹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 19-20.

⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 94.

interesse público e o bem comum, os quais, em sendo essencialmente dinâmicos, dada a constante evolução da sociedade a que acompanham, demandam seu afastamento relativo a regras demasiadamente rígidas, estritas e estáveis. Esta é a visão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹⁹. Nesse mesmo sentido, pondera Hely Lopes Meirelles¹⁰⁰ que o simples cumprimento da letra da lei não pode ser suficiente para assumir o atendimento de seu espírito, sendo necessário que a legalidade se coadune com os princípios do Direito, em especial a moralidade, honestidade, finalidade e conveniência aos interesses sociais.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira retoma a segunda posição e vai além, uma vez que encontra o sentido da legalidade sendo superado ou relativizado a ponto que se pode, inclusive, falar na consagração do que o autor denomina “princípio da juridicidade”. Tal concepção se firma na ideia de que a constitucionalização do ordenamento jurídico e a consequente posição normativa conferida, em especial, aos princípios gerais do Direito exigem que a legalidade seja observada junto à legitimidade e à compatibilidade de atuação do agente não somente com a norma posta, mas também, e principalmente, com o sistema jurídico-administrativo como um todo.¹⁰¹

Essa segunda corrente aponta, a fim de justificar seu posicionamento, o disposto na Lei nº 9.784/99, em que se obriga a Administração à observância da lei e do Direito¹⁰², do que decorre se considerar o Direito em seu todo, conforme transcrição a seguir:

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - **atuação conforme a lei e o Direito;**”¹⁰³ (grifo nosso)

Essa corrente sugere a adoção de uma visão da legalidade mais afastada do legalismo e mais afeta ao alinhamento da conduta à lei em sentido amplo, abarcando, portanto, princípios e até normas infralegais. Isso porque, em se tratando de atuação administrativa, que pode implicar restrição de direitos e imposição de obrigações, é sempre

⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.45-65.

¹⁰⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 90 e 91.

¹⁰¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. 2 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Método, 2013, p.69-78.

¹⁰² “Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme a lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 90)

¹⁰³ BRASIL. *Lei nº 9.784 de 29 de Janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm> Acesso em: 03 jun. 2016.

importante manter uma visão sistemática do conjunto normativo sem prejudicar o interesse público.

2.3. Impessoalidade

O princípio da impessoalidade é muito bem delimitado por Carvalho Filho:

“O princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros.”¹⁰⁴

Dessa forma, é possível observar a dupla acepção desse princípio. A primeira se refere essencialmente à proibição de favorecimentos e perseguições, enquanto a segunda se confunde com o princípio da finalidade, direcionando a atuação ao interesse público. Essa segunda acepção é defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰⁵ e Hely Lopes Meirelles¹⁰⁶ e aduz ao desvio de poder, já tratado anteriormente.

Quanto à previsão infraconstitucional desse princípio, ele pode ser deduzido da Lei da Ação Popular, que prevê e conceitua o desvio de poder. Todavia, nos parece mais específico o tratamento da Lei nº 9.784/99 acerca do assunto, *in literis*:

“Art. 2º [...]

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

[...]

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.”¹⁰⁷

Observa-se que ambos os incisos traduzem a importância do interesse público, contudo o primeiro direciona-se à proibição de promoção pessoal, aproximando-se da isonomia e até da igualdade, enquanto o segundo claramente se refere à finalidade. De qualquer forma, o princípio da impessoalidade implica que a atuação administrativa, por

¹⁰⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 20.

¹⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 104.

¹⁰⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 95-96.

¹⁰⁷ BRASIL. *Lei nº 9.784 de 29 de Janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm> Acesso em: 03 jun. 2016.

direcionar-se ao interesse público, de fato, seja impessoal e não favoreça nem prejudique deliberadamente algum indivíduo por razões pessoais, seja ele administrado ou agente público.

2.4. Publicidade

Hely Lopes Meirelles revela a relação entre o princípio da publicidade e os atos administrativos explicando que o primeiro não é elemento do ato (tópico já estudado no capítulo anterior), mas sim um requisito de eficácia dos atos administrativos em geral. O autor explica que é este o motivo pelo qual atos irregulares ou ilegais não se convalidam pela sua publicação, mas apenas começam a surtir efeitos externos a eles.¹⁰⁸

Cumprido destacar a abrangência do princípio da publicidade, que é muito bem retratada pelo mesmo autor e merece transcrição literal:

“A publicidade, como princípio de administração pública (CF, art. 37, caput), abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamentos das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes.”¹⁰⁹

Daí se extrai que o princípio ora tratado constitui regra geral no ordenamento jurídico, devido à sua importância para a concretização do interesse público. Isso significa dizer que a publicidade, donde decorre a transparência, é essencial para que o bem comum e a finalidade pública sejam atingidos, de forma que o sigilo é somente excepcional. A Lei nº 9.784/99 também o retrata:

“Art. 2º [...] Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;”¹¹⁰

É importante observar que, embora o dispositivo acima trate especificamente da divulgação oficial de atos administrativos, a publicidade ainda possui outras facetas, dentre as quais se destaca o direito constitucional de obtenção de certidões e o acesso à informação de

¹⁰⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 98-102.

¹⁰⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 99.

¹¹⁰ BRASIL. *Lei nº 9.784 de 29 de Janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm> Acesso em: 03 jun. 2016.

caráter público como um todo, o qual foi recentemente regulamentado pela Lei nº 12.527, de 18 de Novembro de 2011¹¹¹.

2.5. Eficiência

A priori, é essencial saber que, ao contrário dos demais princípios constitucionais descritos no *caput* do artigo 37 da Carta Magna, a eficiência somente foi introduzida com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, cuja exposição de motivos assevera:

“O revigoramento da capacidade de gestão, de formulação e de implementação de políticas nos aparatos estatais será determinante para a retomada do desenvolvimento econômico e o atendimento às demandas da cidadania por um serviço público de melhor qualidade. Além disso, o aumento da eficiência do aparelho do Estado é essencial para a superação definitiva da crise fiscal.

A revisão de dispositivos constitucionais não esgota a reforma administrativa, mas representa etapa imprescindível ao seu sucesso, promovendo a atualização de normas, concomitante à remoção de constrangimentos legais que hoje entravam a implantação de novos princípios, modelos e técnicas de gestão. [...]

Coerente com estes propósitos, Sr. Presidente, acreditamos que as emendas constitucionais ora apresentadas venham a contribuir decisivamente para o revigoramento da administração pública, com impactos positivos sobre o conjunto da ação governamental e sobre a sociedade. Como resultados esperados da reforma administrativa, vale destacar o seguinte:

incorporar a dimensão da eficiência na administração pública: o aparelho de Estado devera se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte¹¹²

Como se pode extrair do fragmento acima, o princípio da eficiência foi incorporado ao texto constitucional dentre os que devem orientar a Administração como um meio de concretização da reforma administrativa promovida na época e de melhoramento na prestação de serviços públicos, o que implica celeridade e orientação para resultados. Assim define Rafael Carvalho Rezende Oliveira, acrescentando que a orientação da atuação administrativa para os resultados propostos pela Constituição culmina na denominada

¹¹¹ BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de Novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 18 de novembro de 2011. Edição extra, p.1. Essa lei trata dos procedimentos de acesso à informação, mas não é foco do presente trabalho, motivo pelo qual reservamo-nos o direito de não especificar seus termos.

¹¹² BRASIL. *Exposição de motivos*. EC nº 19 de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípio e normas da Administração Pública, Servidores e Agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>> Acesso em 03 out. 2016.

“legalidade finalística”, conceito esse que justifica a relativização do formalismo diante do alcance de resultados, traduzidos essencialmente na satisfação de direitos fundamentais.¹¹³

Todavia, há quem defenda que o princípio ora tratado nada mais é do que um enfeite legislativo, originário do dever de boa administração, dado se constituir em conceito jurídico demasiadamente fluido e de difícil controle. Essa corrente, à qual contribui Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹⁴, contraria veemente a anterior, repudiando qualquer forma de relativização de formalidades sob o argumento de eficiência.

2.6. Moralidade

O princípio da moralidade, o qual também se encontra inserido no caput do artigo 37 da Constituição Federal, em se considerando que é o foco da presente pesquisa, merece tratamento diferenciado e, portanto, será objeto de maior aprofundamento. Cumpre esclarecer que será delineada a moralidade em sentido jurídico, isto é, a moralidade *administrativa*, afastando-se, portanto, da moralidade em seu sentido comum, de alinhamento aos valores de determinado conjunto de pessoas, vez que esta comporta extrema subjetividade e pouca relevância para o estudo.

2.6.1. Conceito e evolução

Em se tratando da evolução da moralidade administrativa no Direito Público, pode-se apontar sua aplicação a partir da teoria do desvio de poder na jurisprudência do Conselho de Estado na França, por volta de 1840, na forma de controle jurisdicional da Administração, semelhante ao abuso de direito na seara privada. Nesse momento começava a surgir o embate entre meios e fins, no sentido de que, embora haja, a princípio, meios lícitos, se os fins não o são, por contrariarem o elemento ético, essa inadequação entre meios e fins viola também a legalidade.¹¹⁵

É importante ressaltar, ainda, a contribuição de Maurice Hauriou, em 1927, para a evolução desse conceito, quem adotava a concepção de que a moralidade administrativa nasce

¹¹³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. 2 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Método, 2013, p. 112-114.

¹¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 112.

¹¹⁵ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Moralidade Administrativa: Evolução e Conteúdo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.220.

da distinção fundamental entre o bem e o mal que deve ser feita pela Administração em todos os atos que pratica. Sendo assim, a violação da moralidade coincide com a violação da boa administração e é fiscalizada com base no desvio de poder; no entanto a moralidade para ele não se confunde com a moral comum, mas sim uma moral jurídica, compreendida como uma série de regras de conduta da Administração¹¹⁶. Vale destacar:

“Quanto à moralidade administrativa, sua existência provém de tudo que possui uma conduta prática, forçosamente da distinção do bem e do mal. Como a Administração tem uma conduta, ela pratica esta distinção ao mesmo tempo que aquela do justo e injusto, do lícito e do ilícito, do honorável e do desonorável, do conveniente e do inconveniente. A moralidade administrativa é frequentemente mais exigente que a legalidade. Veremos que a instituição do excesso de poder, graças à qual são anulados muitos atos da Administração, é fundada tanto na noção de moralidade administrativa quanto na legalidade, de tal sorte que a Administração é ligada, em certa medida, pela moral jurídica, particularmente no que concerne ao desvio de poder.”¹¹⁷

Aponta-se, ademais, segundo Antônio Brandão, o que dizia Henri Welter, em 1930, sobre o citado princípio. Para ele, a moralidade administrativa igualmente não se confundia com a moral comum e era definida como o “conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre o Bem e o Mal; mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa”¹¹⁸.

Na doutrina brasileira Marcelo Figueiredo identifica três abordagens acerca da moralidade administrativa. A primeira sustenta que “a imoralidade é elemento interno da legalidade”¹¹⁹. A segunda, por sua vez, defende a análise profunda e cautelosa dos motivos de fato e das finalidades consideradas pela Administração Pública diante da atuação discricionária do agente público, donde surgem a teoria dos motivos determinantes e a noção de desvio de poder. Já a terceira traz uma nova perspectiva, a de que a moralidade é um princípio constitucional, um direito público subjetivo, e, nesse sentido, representa a busca por um “direito ético”. O desenvolvimento doutrinário da moralidade se mostra, portanto, progressivo, e atualmente é associado à lealdade e boa-fé.¹²⁰

Há ainda que se salientar a distinção entre moral aberta e moral fechada, de modo que, segundo Marcus Bittencourt, a primeira é subjetiva, individual e pode até se contrapor à

¹¹⁶ HAURIU, Maurice. *Apud* FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 84.

¹¹⁷ HAURIU, Maurice. *Apud* FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 55.

¹¹⁸ BRANDÃO Antônio. *Apud* FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 55.

¹¹⁹ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 86.

¹²⁰ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 86.

moral social; já a última é aquela que se insere nos valores de certo grupo, possui valor social. Assim, a moral administrativa configura-se como um tipo de moral fechada que induz a função administrativa, a honestidade profissional, o fim público. Outra distinção possível apresentada pelo autor é a moral positiva, prevista e imposta pela lei, e a institucional, que se diferencia daquela no sentido de que o gestor deve buscar a vocação da entidade que atua e adequação dos atos com o objetivo previsto.¹²¹ Nesse ponto, importa reconhecer que ao agente público é devido observar a moral positiva em conjunto com a institucional.

Menciona-se também a moral de intenção, em que a vontade do administrador é analisada, e a moral de resultado, em que o resultado alcançado é comparado ao objetivo previsto como fim da entidade. Dessa forma, é possível que uma atuação de um agente seja moralmente adequada quanto à intenção, mas moral-administrativamente inadequada por não atingir os objetivos da instituição e vice-versa.¹²²

Waldo Fazzio Júnior explica que a moralidade ora analisada resulta da observância das regras de melhor administração, decorrendo, pois, do próprio objeto do ato administrativo. Nesse sentido, o agente público deve eleger a opção que consiga atender ao interesse público sem agredir a boa-fé, honestidade e lealdade.¹²³

Portanto, embora existam diferentes concepções do que seria a moralidade, variáveis ao longo do tempo e conforme o contexto em que estão circunscritas, é possível delimitar uma ideia de moralidade essencialmente administrativa, a qual, para os fins da presente pesquisa, será adotada como um conjunto de padrões éticos mínimos orientadores da boa prática administrativa em face do interesse público. Isto é, como o princípio constitucional de amplo espectro, abordando desde a exigência de seriedade e objetividade nas condutas dos administradores até a fidelidade aos objetivos administrativos, a promoção do bem comum e o resguardo do interesse público.¹²⁴

¹²¹ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Moralidade Administrativa: Evolução e Conteúdo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 226-227.

¹²² BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Moralidade Administrativa: Evolução e Conteúdo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 228- 229.

¹²³ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Fundamentos de direito administrativo*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 20.

¹²⁴ MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 232.

2.6.2. Subprincípios

É importante reconhecer que o princípio da moralidade administrativa, diante de sua vasta riqueza em conteúdo, comporta também uma gama de subprincípios que contribuem para seu aperfeiçoamento. Não nos interessa aqui especificar cada um deles de forma muito profunda, uma vez que não são o foco do estudo e geralmente culminam no mesmo fim: o respeito aos padrões éticos disciplinares da atuação administrativa.

É possível, pois, citar como subprincípios da moralidade os princípios da segurança jurídica, da confiança legítima e da boa-fé, entre outros. Muitos desses subprincípios, cujos valores são fundamentais para toda a conjuntura de um Estado Democrático de Direito, acabaram por se transmutar em Princípios Gerais do Direito, tornando-se essenciais à compreensão e construção de todo o ordenamento jurídico. Todavia, trataremos deles com vistas ao viés administrativo.

A segurança jurídica busca suprir os anseios sociais por uma relativa estabilidade, que possibilitaria aos administrados vislumbrar alguma projeção ao futuro, afastando-se da incerteza e do acaso. Celso Antônio Bandeira de Mello elucida tal conteúdo por meio da ideia de que “orientações firmadas pela Administração em dada matéria não podem, *sem prévia e pública notícia*, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões”¹²⁵.

Já a confiança legítima e a boa-fé se aproximam, conforme expõe Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

“[...] a caracterização da confiança legítima depende necessariamente da boa-fé do particular, que acreditou nas expectativas geradas pela atuação estatal. Não seria lícito supor que determinado particular, por má-fé, sustente a confiança legítima para obstar a atuação estatal, sob pena de se beneficiar da própria torpeza. Ausente a boa-fé não há que se falar em confiança legítima, mas, sim, em ‘confiança ilegítima’.”¹²⁶

Pode-se afirmar, por conseguinte, que a confiança legítima é o instrumento usado pelo particular para se opor às práticas abusivas por parte do Estado, residindo na premissa de que o particular confia naquilo que a autoridade, em nome da Administração, exige ou impõe. É nesse ponto que ocorre a aproximação com a boa-fé, como bem enunciado pelo autor supracitado – de fato, a confiança legítima pressupõe a boa-fé do administrado.

¹²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 114.

¹²⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. 2 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Método, 2013, p. 165.

O mesmo autor realça a visão de Di Pietro, afirmando que, enquanto a boa-fé estaria presente na atuação da Administração e também do administrado, uma vez que ambos devem observar a lealdade em suas condutas, a confiança legítima teria como objeto a proteção da boa-fé do administrado.¹²⁷

2.6.3. Previsões no ordenamento jurídico

O fato é que o legislador ordinário, especialmente após a promulgação da Constituição de 1988, vem atribuindo cada vez maior notoriedade ao princípio da moralidade administrativa, o que demonstra a preocupação crescente com a necessidade de observar os chamados padrões éticos dos quais tratamos. Essa tendência pode ter várias origens. A nosso ver, isso demonstra uma evolução do Direito Brasileiro, que vem adquirindo mais maturidade para regular suas relações jurídicas. Por outro lado, pode-se considerar a tendência também originária do contexto histórico de se atribuir maior transparência aos atos públicos, a fim de priorizar o controle e a fiscalização, coibindo práticas ilícitas e corruptivas.

Independentemente do motivo a que se atribui, realmente a moralidade administrativa tem ganhado força e reiterado as discussões acerca de si. Algumas das previsões expressas desse princípio serão tratadas a seguir, no intuito de encontrar o sentido aplicável em cada caso.

2.6.3.1. Lei 4.717/65

Em sendo uma garantia do cidadão, a moralidade é protegida pela Ação Popular, de acordo com o previsto da Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXIII:

“LXXIII - 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;”¹²⁸ (grifo nosso)

Sendo assim, embora a expressão “moralidade administrativa” não encontre previsão expressa na Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717, de 29 de Junho de 1965), é notório que, após o advento da Constituição de 1988 ela esteja tutelada por esse instrumento. O

¹²⁷ DI PIETRO (2008) *Apud* OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. 2 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Método, 2013, p. 166.

¹²⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 mai. 2016.

questionamento que subsiste, porém, reside na possibilidade ou não de se alegar somente a ofensa à moralidade administrativa como fundamento para a ação popular, sem nenhuma transgressão direta à legalidade ou ao patrimônio. Quanto à lesão patrimonial, Marcelo Figueiredo defende que “a ação popular alcança a moralidade administrativa independentemente de lesão ao patrimônio público.”¹²⁹

Contudo, quando se trata da ofensa à moralidade diante da estrita legalidade, o autor concorda com Barbosa Moreira no sentido de que:

“A ação visa anular o ato. O ato só pode ser anulável quando contenha algum defeito jurídico. Não bastaria ao autor popular afirmar que o ato atenta contra a moralidade administrativa; é preciso que se conjugue isso com a indicação de alguma infração a disposição de lei – lei em sentido lato, qualquer norma jurídica; do contrário, cairíamos aqui num subjetivismo total, e isso, evidentemente, não é desejável, porque daria margem a aventuras judiciais. Bastaria que alguém dissesse: ‘esse ato, a meu ver, é imoral, e eu quero impugná-lo por meio de uma ação popular.’”¹³⁰

Sendo assim, para demonstrar a imoralidade impugnada por meio da Ação Popular, seria necessário verificar se as pautas jurídicas (*standards*) consideradas pela Administração Pública à época da edição do ato eram razoáveis e aceitáveis, ou se ofendiam a segurança jurídica, honestidade profissional e boa-fé, presente ou não lesão ao patrimônio público, de tal forma que seria essencial a demonstração lógico-jurídica dos fundamentos da imoralidade e não a mera indicação que algo é imoral uma vez que isso culminaria num subjetivismo inaceitável, com a ressalva de que essa questão seria muito mais processual do que constitucional, caso se considere a imoralidade como uma verdadeira ofensa à ordem jurídica.¹³¹

2.6.3.2. *Lei 8.112/90*

O segundo diploma a ser abordado é a lei que regulamenta os direitos e deveres aplicáveis aos servidores públicos civis federais, sujeitando-os ao chamado Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União. Sendo assim, tem-se que a referida norma deve ser observada pelos servidores da administração direta subordinados à União, bem como das autarquias e fundações públicas vinculadas àquele ente político.

¹²⁹ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999.p. 88.

¹³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Apud FIGUEIREDO, Marcelo. O controle da moralidade na constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 88.

¹³¹ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 89-90.

A observância da moralidade administrativa está prevista no inciso IX, do artigo 116, da Lei, como um dos deveres do servidor, de forma que seu descumprimento pode gerar sanção de advertência, haja vista estar contido no Título IV Do Regime Disciplinar, *in literis*:

“Art. 116. São deveres do servidor:
 I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;
 II - ser leal às instituições a que servir;
 III - observar as normas legais e regulamentares;
 IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;
 V - atender com presteza:
 a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo;
 b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal;
 c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública.
 VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração; (Redação dada pela Lei nº 12.527, de 2011)
 VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;
 VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;
 IX - manter conduta compatível com a **moralidade administrativa**;
 X - ser assíduo e pontual ao serviço;
 XI - tratar com urbanidade as pessoas;
 XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.”¹³² (grifo nosso)

Assim, o servidor público deve atuar conforme a moralidade administrativa por força do inciso IX, no entanto, outros incisos também estão regados de conteúdo moral implícito, como o dever de lealdade, de atendimento com presteza e dedicação às atribuições do cargo, os quais se relacionam com a fidelidade funcional e a moral institucional. O servidor, em agindo no nome da Administração, deve direcionar-se ao bem comum e ao interesse público, observando, sempre, o padrão ético mínimo, a moralidade.

Como bem salienta Ivan Barbosa Rigolin, de fato, a maioria dos deveres acima elencados possui conteúdo moral, mas a previsão excessivamente genérica dificulta a exigibilidade de tais comportamentos, além do que o eventual descumprimento desses deveres não enseja aplicação de penalidade, salvo a advertência, a qual quase não é utilizada na prática. O autor destaca que não se está sugerindo ao agente que pratique atos

¹³² BRASIL. *Lei nº 8.112 de 11 de Dezembro de 1990*. Dispõe sobre regime jurídico dos servidores públicos civis da união, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm> Acesso em: 06 out. 2016.

desconsiderando os deveres morais, mas somente criticando a falta de exigibilidade posta pela redação do dispositivo.¹³³

2.6.3.3. *Lei 8.429/92*

Apenas pouco tempo após a publicação do Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União, foi também publicada a Lei de Improbidade Administrativa. A conclusão que se pode extrair, portanto, é de que o legislador à época estava munido de um anseio pela regulação da moralidade na Administração, dada sua então recente inclusão no rol dos princípios constitucionais do artigo 37.

Essa norma regula os casos em que qualquer pessoa, especialmente agentes públicos, pratica atos de improbidade administrativa, previstos exemplificativamente e dispostos em três categorias, quais sejam: aqueles que ensejam enriquecimento ilícito, aqueles que causam lesão ao erário e aqueles que ofendem princípios da Administração Pública. Essa última categoria é a que mais interessa à presente discussão, uma vez que demonstra a intenção do legislador de punir severamente o sujeito que violar os deveres inerentes à atuação pública, em especial, a honestidade e lealdade às instituições, os quais se afeiçoam ao conteúdo da moralidade administrativa, conforme previsto no *caput* do artigo 11 da Lei:

“Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...]”¹³⁴

Quanto a este artigo é essencial destacar as considerações de Mauro Roberto Gomes de Mattos, em primeiro lugar, a redação trouxe um caráter muito aberto ao que se encaixaria na hipótese legal. A partir daí o autor explica que o intérprete deve ser cuidadoso ao interpretar esse dispositivo, especialmente quando ele faz referência à legalidade, de forma a não considerar qualquer equívoco leve como ato de improbidade, devendo, segundo ele, estar presente o comprometimento de princípios éticos e critérios morais, isto é, deve haver ofensa à moralidade administrativa.¹³⁵

¹³³ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao regime único dos servidores públicos civis*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 296-297.

¹³⁴ *Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm> Acesso em: 07 out. 2016.

¹³⁵ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa – comentários à Lei nº 8429/92*. 5 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 365-367.

Mauro Roberto Gomes de Mattos entende que a tipificação da conduta ora prevista exige: ação ou omissão que viole princípios éticos, comportamento desonesto, de má-fé, caracterizado por um ato ilícito e, ainda, dolo de atentar contra os princípios da Administração Pública¹³⁶. Portanto, o ato praticado “deverá ser imoral, configurado por uma desonestidade intencional destrelada de peculiaridades pessoais negativas, como a inabilidade e o despreparo cultural do agente público”¹³⁷.

No entanto, não é só daí que se extrai a moralidade administrativa, porquanto esse princípio também está expresso no mesmo diploma normativo, em seu artigo 4º, impondo a todos os agentes públicos, de qualquer nível ou hierarquia, a observância do princípio em estudo, *in verbis*: “Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.”¹³⁸

Esse artigo, segundo Mauro Roberto, é representação do que consta no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, mas a novidade está no verbo utilizado. Ora, velar pela observância dos princípios constitucionais significa não somente observá-los em sua própria atuação, mas também fazê-los valer em todo o serviço público, isto é, implica cumprir e fazer cumprir.¹³⁹

2.6.3.4. Lei 8.666/93

A Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993, regulamenta as licitações e contratações do Poder Público em âmbito federal, devendo ser observada pelos demais entes federativos quanto às disposições gerais, de forma que cabe a cada um delimitar regras específicas, conforme prevê a própria Constituição. A previsão da moralidade se encontra expressa no artigo 3º da Lei:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da

¹³⁶ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa – comentários à Lei nº 8429/92*. 5 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 376-377.

¹³⁷ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa – comentários à Lei nº 8429/92*. 5 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 378.

¹³⁸ BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm> Acesso em: 07 out. 2016.

¹³⁹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa – comentários à Lei nº 8429/92*. 5 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 111.

legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)¹⁴⁰

Em se tratando da realização de licitações e execução de contratos entre particulares e a Administração, um dos aspectos fundamentais é o de que implicam o uso de dinheiro público, sendo assim, é indispensável a observância da moralidade administrativa, em todos os seus sentidos, inclusive no que diz respeito à transparência, probidade e boa-fé. Isso porque a falta dela pode trazer prejuízos irreparáveis para a sociedade, decorrentes de corrupção, desvios de verbas, superfaturamentos e, ainda, da má prestação das obras ou serviços contratados.

Maria Adelaide de Campos França, citando Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entende que a referência do dispositivo à moralidade e também à probidade seria justificada por ter a probidade um contorno mais bem definido a partir da Lei de Improbidade Administrativa, enquanto o contorno da moralidade administrativa seria mais vago, a redundância demonstraria apenas uma intenção legislativa de demonstrar a relevância desses princípios.¹⁴¹

Por outro lado, Marçal Justen Filho entende que a intenção é perceber a moralidade em abrangência mais ampla que a probidade. Além disso, segundo ele, os princípios devem ser observados tanto pela Administração quanto pelos licitantes e isso implica seriedade, honestidade, lealdade, preservação do interesse público, proibição de vantagens ou prejuízos pessoais, tanto durante o procedimento licitatório quanto ao longo da execução do contrato, de forma que uma conduta compatível com a lei, mas imoral, será inválida.¹⁴²

No mesmo sentido do que se aplica às licitações e contratos, também é imprescindível a observância do princípio da moralidade nas concessões realizadas pelo Poder Público. Assim dispõe a Lei de Concessões:

“Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade,

¹⁴⁰ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 08 out. 2016.

¹⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Apud* FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Comentários à lei de licitações e contratos da administração pública*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 33-34.

¹⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 87-88.

publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.”¹⁴³

Essa previsão reforça a preocupação que teve o legislador em realçar o princípio da moralidade na lei específica das concessões, o que contribui para a defesa de sua importância no ordenamento jurídico, especialmente quando se diz respeito ao trato de recursos públicos pela Administração. No caso das concessões, essa importância pode ser entendida no sentido de evitar prejuízo ao bem comum, dada a essencialidade da prestação de determinados serviços à população.

2.6.3.5. *Decreto 1.171/94*

É de se esperar que o Código de Ética do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal esteja repleto de conteúdo moral, uma vez que se destina a definir os parâmetros de ética profissional pelos quais serão avaliados os servidores públicos¹⁴⁴. Por tal motivo, limitar-nos-emos a reproduzir os dispositivos em que entendemos estar contida a moralidade propriamente administrativa, todos presentes no anexo do Decreto nº 1.171, de 22 de Junho de 1994 :

“III - A moralidade da Administração Pública não se limita à distinção entre o bem e o mal, devendo ser acrescida da idéia de que o fim é sempre o bem comum. O equilíbrio entre a legalidade e a finalidade, na conduta do servidor público, é que poderá consolidar a moralidade do ato administrativo.

IV- A remuneração do servidor público é custeada pelos tributos pagos direta ou indiretamente por todos, até por ele próprio, e por isso se exige, como contrapartida, que a moralidade administrativa se integre no Direito, como elemento indissociável de sua aplicação e de sua finalidade, erigindo-se, como consequência, em fator de legalidade.

[...]

VII - Salvo os casos de segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior do Estado e da Administração Pública, a serem preservados em processo previamente declarado sigiloso, nos termos da lei, a publicidade de qualquer ato administrativo constitui requisito de eficácia e moralidade, ensejando sua omissão comprometimento ético contra o bem comum, imputável a quem a negar.”¹⁴⁵

¹⁴³ BRASIL. *Lei nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da constituição federal, e da outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm > Acesso em: 10 out. 2016.

¹⁴⁴ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de ética jurídica*. 11 ed. rev. atual. e modif. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 492-493.

¹⁴⁵ BRASIL. *Decreto nº 1.171, de 22 de Junho de 1994*. Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm> Acesso em: 10 out. 2016.

Convém atentar para a disposição do inciso III, a qual disciplina bem o que viemos tratando ao longo do presente trabalho, isto é, a ideia de que a moralidade se coaduna com o bem comum e não se restringe à mera observância da legalidade. Trata-se da concepção de que não basta à Administração seguir a Lei para que se considere sua atuação necessariamente legítima. Por outro lado, o legislador optou, no inciso IV, por associar a moralidade à legalidade, no sentido de que a moralidade é elemento essencial para a configuração da legalidade (trata-se, portanto, de uma visão ampla da legalidade); no caso do dispositivo supracitado, mais especificamente, fala-se da importância de uma lei que estabeleça os critérios de remuneração do servidor público observar a moralidade administrativa, por se tratar de dinheiro público. Já o último inciso transcrito diz respeito ao aspecto da moralidade relacionado à transparência, a qual também deve ser observada no âmbito da Administração para o atingimento do interesse público.

2.6.3.6. *Lei 9.784/99*

A Lei nº 9.784, de 29 de Janeiro de 1999, regula o processo administrativo em nível federal, e subsidiariamente em níveis estadual, distrital e municipal, e prevê o princípio da moralidade administrativa no *caput* do artigo 2º *in verbis*: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, **moralidade**, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”¹⁴⁶

Observa-se que, mais uma vez, o legislador considerou importante garantir a previsão legal da moralidade, até como forma de dar-lhe maior força e aplicabilidade. Ademais, também se extrai a moralidade do parágrafo único do mesmo artigo, quando a norma estabelece que a Administração deve manter sua atuação conforme a lei e também o Direito, donde se conclui implícita a moralidade (inciso I), bem como quando define que essa mesma atuação deve seguir padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé, os quais são considerados subprincípios relacionados também à moral (inciso IV). Pode-se citar, ainda, a

¹⁴⁶ BRASIL. *Lei nº 9.784, de 29 de Janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm> Acesso em: 03 jun. 2016.

adequação entre meios e fins como mais uma vertente do princípio estudado (inciso VI), uma vez que é inconcebível atingir o interesse público por meio de atos imorais ou ilegítimos.¹⁴⁷

2.7. Conclusão Parcial

O estudo dos princípios jurídicos é imprescindível para a compreensão do Direito em todas as suas nuances, sobretudo num Estado Democrático de Direito. Esse estudo, quando direcionado aos princípios constitucionais que regem a atividade administrativa, assume relevância ainda mais acentuada, dado que esta é uma atividade que implica, em geral, imposição de obrigações e reconhecimento, modificação ou até extinção de direitos. Em sendo considerados normas jurídicas tanto quanto as regras, os princípios devem ser observados pelos agentes públicos tanto no momento da edição do ato administrativo, quanto no momento de exercer controle sobre este. Isso porque, diante de um caso concreto mais complexo, isto é, que não possua previsão legal específica e subsunção perfeita à lei, cabe ao intérprete extrair do teor dos princípios constitucionais administrativos a solução mais adequada.

O princípio da legalidade reafirma o compromisso constitucional em se constituir em Estado de Direito, promovendo segurança jurídica aos cidadãos, enquanto o princípio da publicidade implica a obrigação da Administração ser transparente e publicar seus atos para que tenham eficácia. Já a atuação independente de interesses pessoais, visando o interesse público é consequência direta do princípio da impessoalidade. E, ainda, o princípio da eficiência busca atingir o gerencialismo na Administração, de forma a trazer mais benefícios aos cidadãos.

Quanto ao princípio da moralidade, este deve ser concebido em sua dimensão jurídico-administrativa, afastado da moral comum. Nesse sentido, tem-se que a moralidade administrativa é essencialmente um tipo de moral fechada, relacionada com a função administrativa e valores de seriedade, honestidade, lealdade e interesse público, possuindo também como subprincípios os princípios da boa-fé, da confiança legítima e da segurança jurídica. Sendo assim, conclui-se que o princípio da moralidade administrativa se refere à boa

¹⁴⁷ “[...] I - atuação conforme a lei e o Direito; [...] IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; [...] VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;” (BRASIL. *Lei nº 9.784, de 29 de Janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm> Acesso em: 03 jun. 2016).

prática administrativa, ao melhor administrar do agente público, ao cumprimento dos padrões éticos que são exigidos pelo interesse público.

3. ANÁLISE DA MORALIDADE NO ATO ADMINISTRATIVO

Uma vez compreendidos os requisitos do ato administrativo e o conteúdo dos princípios constitucionais a ele aplicáveis, em especial o da moralidade administrativa, é importante estudar a relação entre esses assuntos, observando se o controle do ato administrativo pode ser feito pelo prisma da moralidade, diante de um ato que preencha, à primeira vista, todos os seus requisitos formais de validade.

3.1. Legalidade x moralidade

O cerne da problemática em questão reside em saber se a moralidade administrativa, de fato, é aplicável de maneira autônoma o suficiente para invalidar um ato administrativo ou se somente pode ser considerada como argumento secundário em caso de afronta à legalidade. Pode-se dizer que, após a Constituição de 1988, nasceu uma “forte tendência a considerar o princípio da moralidade administrativa como fundamento autônomo bastante à invalidação do ato jurídico”¹⁴⁸, dada sua inclusão no *caput* do artigo 37 da Carta Magna. A partir de então, a corrente que defende a dissociação entre ilegalidade e imoralidade começou a ganhar força, muito embora em grande parte dos casos elas venham acompanhadas, conforme observa Carvalho Filho:

“A Constituição referiu-se expressamente ao princípio da moralidade no art. 37, *caput*. Embora o conteúdo da moralidade seja diverso do da legalidade, o fato é que aquele está normalmente associado a este. Em algumas ocasiões, a imoralidade consistirá na ofensa direta à lei e aí violará, *ipso facto*, o princípio da legalidade. Em outras residirá no tratamento discriminatório, positivo ou negativo, dispensado ao administrado; nesse caso vulnerado estará também o princípio da impessoalidade, requisito, em última análise, da legalidade da conduta administrativa.”¹⁴⁹

Ainda assim, é possível que a lei seja cumprida de maneira moralmente inadequada, diante do contexto em que o ato esteja inserido.¹⁵⁰ Hely Lopes Meirelles destaca, no mesmo sentido, que a atuação do agente público somente será legítima se for compatível tanto com a legalidade quanto com a moralidade e finalidade administrativas, notadamente

¹⁴⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 91.

¹⁴⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 22.

¹⁵⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. 2 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Método, 2013, p. 100.

porque “cumprir a lei simplesmente na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito”¹⁵¹.

Já Bittencourt ressalta que “no direito positivo brasileiro não se pode identificar o princípio da moralidade administrativa com a mera hipótese de afronta ao princípio da legalidade.”¹⁵², recorrendo, primeiramente, ao fato da moralidade constar como princípio autônomo, separado da legalidade, no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal; bem como à previsão de sanções de ordem administrativa, política e penal previstas para a prática de atos de improbidade administrativa (artigo 37, §4º, Constituição Federal); ao cabimento de ação popular em caso de ofensa à moralidade administrativa (artigo 5º, LXXIII, Constituição Federal); e à hipótese de crime de responsabilidade do Presidente da República consistente em ato que atente contra a probidade na Administração Pública (artigo 85, V, Constituição Federal c/c artigo 9º, Lei nº 1.079/50)¹⁵³.

Bittencourt pondera, ainda, que a moralidade também não se encontra adstrita à intenção do administrador:

“Não se encontra restrita a violação à probidade apenas à vontade interior do agente, pois não poucas vezes o próprio conteúdo do ato administrativo ofende tão claramente o senso comum de honestidade e justiça da sociedade que basta verificar a proporcionalidade entre o fim almejado e os meios utilizados para se violar o princípio da moralidade. Gastos excessivos da Administração Pública com propaganda em comparação com as reais necessidades da população agridem claramente o bom senso comum da sociedade.”¹⁵⁴

Seguindo essa visão, o cumprimento da moralidade administrativa pode, inclusive, transcender a avaliação subjetiva do agente, assumindo caráter muito mais objetivo diante de um caso concreto de ofensa a seus pressupostos.

Ainda assim, a dificuldade em obter eficácia na aplicação do citado princípio permanece e se evidencia especialmente na análise da discricionariedade do administrador ao praticar os atos de sua competência, uma vez que é possível a atuação do agente público configurada dentro dos parâmetros da legalidade, conveniência e oportunidade, mas que não respeite a moralidade necessária, ainda que o agente acredite no contrário. Daí advém,

¹⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 91.

¹⁵² BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Moralidade Administrativa: Evolução e Conteúdo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 223.

¹⁵³ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Moralidade Administrativa: Evolução e Conteúdo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 223-244.

¹⁵⁴ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Moralidade Administrativa: Evolução e Conteúdo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 224/225.

conforme Bittencourt¹⁵⁵, a necessidade de se contornar melhor o núcleo do conceito do princípio da moralidade a fim de obter a verdadeira aplicabilidade deste, além de promover seu controle efetivo.

José Afonso da Silva ainda defende:

“Pode-se pensar na dificuldade que será desfazer um ato, produzido conforme a lei, sob o fundamento de vício de imoralidade. Mas isso é possível porque a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração. A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, p.ex., com intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa.”¹⁵⁶

O princípio da moralidade, portanto, implica que o agente público atue em conformidade com o objeto do ato administrativo, sem agredir a boa-fé e a honestidade e tendo em vista a melhor administração do interesse público. Waldo Fazzio Júnior, citando Carmem Lúcia, explica:

“o princípio da moralidade administrativa tem uma primazia sobre os outros princípios constitucionalmente formulados, por constituir-se, em sua essência, de elemento interno a fornecer a substância válida do comportamento público. Toda atuação administrativa parte deste princípio e a ele se volta. Os demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, somente podem ter sua leitura correta no sentido de admitir a moralidade como parte integrante do seu conteúdo. Assim, o que se exige, no sistema de Estado Democrático de Direito no presente, é a legalidade moral, vale dizer, a legalidade legítima da conduta administrativa”¹⁵⁷

Sendo assim, eventual imoralidade constatada em ato administrativo que cumpra os requisitos formais de sua validade, conforme determinado em lei, deve ser considerada como fundamento autônomo para invalidação desse ato, que é, em essência, ilegítimo. Acompanha essa corrente o voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no REsp 21.923-5-MG, acompanhado por unanimidade, no seguinte sentido:

“A Constituição Federal de 1988 consagrou, como um de seus princípios, o da moralidade administrativa, consignado expressamente no art. 37, devendo, portanto, ser obedecido por toda Administração Pública. (...) Exigir-se o vício da ilegalidade formal para comprovar a imoralidade é

¹⁵⁵ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Moralidade Administrativa: Evolução e Conteúdo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 212.

¹⁵⁶ SILVA, José Afonso da. *Apud* BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Moralidade Administrativa: Evolução e Conteúdo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 226.

¹⁵⁷ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Apud* FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Fundamentos de direito administrativo*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 20.

contrariar o espírito da Constituição que quer, com esse princípio, cobrar da Administração, além de uma conduta legal, um comportamento ético.”¹⁵⁸

A relevância desse voto consiste na reiteração pela jurisprudência do que já se afirmava por parte da doutrina, isto é, que a ofensa à moralidade pode ser considerada ofensa à Constituição de maneira autônoma, independente, portanto, da existência de algum vício formal acometido ao ato analisado.

Sendo assim, é possível defender a separação e autonomia do princípio da moralidade diante do princípio da legalidade, ao menos no plano teórico e doutrinário. Já diante do caso concreto, é preciso analisar como a jurisprudência brasileira vem se comportando quanto ao assunto, o que será estudado posteriormente.

3.1.1. *A questão dos conceitos jurídicos indeterminados*

O princípio da moralidade administrativa, ainda que represente os anseios da sociedade por uma atuação alinhada à honestidade e lealdade funcionais, acaba muitas vezes ofuscado, de acordo com Bittencourt¹⁵⁹, por ser reduzido por muitos autores a um mero aspecto da legalidade, sobretudo porque esse princípio vem geralmente ligado às noções de desvio de poder e improbidade, bem como por ser considerado um conceito jurídico indeterminado, que não possui sentido preciso, objetivo e bem delimitado¹⁶⁰.

Na definição do que seria um conceito jurídico indeterminado, Bittencourt¹⁶¹ o traduz como sendo um conceito que possui dois extremos, um positivo, demonstrando onde o conceito se aplica, e um negativo, demonstrando onde não se aplica, ambos ligados por uma área de incerteza, a qual abarca diversas situações concretas. Por esse motivo se torna complicado delimitar o conceito e alcance da moralidade administrativa tão-somente em abstrato.

A solução para tanto, conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é o uso do princípio da razoabilidade no controle judicial, de forma a se concluir, mesmo diante de

¹⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 21.923-5-MG*. 1ª Turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199100165743&dt_publicacao=13/10/1992> Acesso em 06 out. 2016.

¹⁵⁹ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Moralidade Administrativa: Evolução e Conteúdo*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 211-213.

¹⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionabilidade administrativa na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 97.

¹⁶¹ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Moralidade Administrativa: Evolução e Conteúdo*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 211-213.

situações de discricionariiedade, que apenas uma solução seria válida ou aceitável¹⁶². Semelhante entendimento pode ser estendido à análise do atendimento ou não da moralidade administrativa em determinado ato discricionário, isto é, se foi ou não emanada a decisão com observância da melhor administração, visando o interesse público.

Ressalte-se que isso culmina muito mais na restrição da atuação do agente do que na liberdade, a fim de se evitar atos arbitrários, com motivação demasiadamente subjetiva:

“A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados não deságua na liberação do aplicador do Direito para adotar qualquer solução, a seu bel-prazer. Aliás, muito pelo contrário. Conduz a restringir a liberdade na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados. A incompatibilidade entre o limite do conceito e a atuação do aplicador resolve-se na invalidação dessa última.”¹⁶³

Pode-se inferir, diante disso, que, ao contrário do que reza o senso comum, a aplicação do princípio da moralidade, em sendo conceito jurídico indeterminado, deveria ensejar maior rigidez na atuação administrativa dos agentes públicos, em respeito aos limites da boa-fé, da lealdade e da confiança legítima.

Ademais, Humberto Ávila, afirma que até os princípios tidos como conceitos indeterminados possuem certa determinação: quanto à sua espécie. Para ele, tudo aquilo que for devido à concretização de um princípio deve ser feito, embora o conteúdo exato desse comportamento possa ser incerto, a depender do caso concreto¹⁶⁴. O autor exemplifica seu argumento justamente pela moralidade:

“Por exemplo, o princípio da moralidade exige a *realização* ou *preservação* de um estado de coisas exteriorizado pela lealdade, seriedade, zelo, postura exemplar, boa-fé, sinceridade e motivação. Para a realização desse estado ideal de coisas são necessários determinados comportamentos. Para efetivação de um estado de lealdade e boa-fé é preciso cumprir aquilo que foi prometido. Para realizar um estado de seriedade é essencial agir por motivos sérios. Para tornar real uma situação de zelo é fundamental colaborar com o administrado e informá-lo de seus direitos e da forma como protegê-los. Para concretizar um estado em que predomine a sinceridade é indispensável falar a verdade. Para garantir a motivação é necessário expressar por que se age. Enfim, sem esses comportamentos não se contribui para a existência do estado de coisas posto como ideal pela norma, e, por

¹⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariiedade administrativa na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 118- 119.

¹⁶³ JUSTEN FILHO (1998) *Apud* BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Moralidade Administrativa: Evolução e Conteúdo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.213.

¹⁶⁴ Nas palavras do autor: “os princípios, embora indeterminados, não o são absolutamente. Pode até haver incerteza quanto ao *conteúdo* do comportamento a ser adotado, mas não há quanto à sua *espécie*: o que for necessário para promover o fim é devido.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 72).

consequência, não se atinge o fim. Não se concretiza, portanto, o princípio.”¹⁶⁵

Tal pensamento permite concluir pela viabilidade da análise de atos administrativos pelo prisma do princípio da moralidade, uma vez que leva em consideração os parâmetros para sua concretização.

3.2. Construção jurisprudencial

Finalmente, parte-se ao estudo de como os tribunais brasileiros vêm tratando desse assunto. Optamos pela análise de julgados recentes do Supremo Tribunal Federal, que mostram visões diferentes acerca do tema. Cumpre esclarecer, entretanto, dado que a ofensa ao princípio da moralidade está, em geral, estampado no desvio de finalidade, que este será um dos aspectos mais evidentes nos casos apontados, embora o fundamento da imoralidade permaneça como pano de fundo da argumentação e o seu tratamento permaneça como objeto da análise.

3.2.1. Mandado de Segurança 24.020 - Distrito Federal

Trata-se de mandado de segurança impetrado com o objetivo de suspender e anular procedimento administrativo instaurado pelo Tribunal de Contas, por representação do Ministério Público, para apurar irregularidades quanto à nomeação de Danielle Monjardim Calazans para cargo em comissão de assessora do impetrante, que presidia o TRT da 17ª Região, a qual seria viciada por consistir em nepotismo recíproco. O relator foi o Ministro Joaquim Barbosa e consta de seu relatório:

“O Ministério Público Federal representou contra o impetrante, perante o TCU, a fim de que fosse apurada suposta ilegalidade em relação à nomeação da Sra. Danielle Monjardim Calazans para o cargo em comissão de assessora do impetrante quando ele exercia o cargo de Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, sediado no Espírito Santo. Segundo denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal, a Sra. Danielle Calazans teria sido nomeada para o cargo de assessora do impetrante concomitantemente à nomeação da esposa do impetrante para o cargo de assessora do Juiz Guilbert Vieira Peixoto, no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, sediado no Rio de Janeiro. O Juiz Guilbert Peixoto era sogro da Sra. Danielle Monjardim Calazans. A concomitância das nomeações, segundo a

¹⁶⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 71.

representação, seria uma burla à vedação de contratação de parentes em flagrante violação ao princípio da moralidade”¹⁶⁶

O voto do relator, que foi acatado pela Corte, tratou, inicialmente, de questões preliminares não afetas ao nosso estudo e que, portanto, não serão detalhadas. Porém, no mérito, o relator observou claramente ter havido desvio de finalidade e violação ao princípio da moralidade administrativa, embora se tratasse de ato aparentemente legal. Isso porque a nomeação da Sra. Danielle seria ato formalmente lícito, por possuir os requisitos formais de validade, no entanto, dada sua finalidade contrária ao interesse público, deveria ser invalidado. Em suas palavras: “o ato deve ser invalidado, por violação ao princípio da moralidade administrativa e caracterização de sua ilegalidade, por desvio de finalidade”¹⁶⁷. Daí se pode inferir que, no caso, a ofensa à moralidade foi considerada ilegalidade quanto aos fins, dado o vício na intenção dos agentes públicos que editaram os atos de nomeação.¹⁶⁸

É importante verificar que esse julgado, datado de 2012, não aponta a moralidade como fundamento principal para a invalidação do ato administrativo, mas sim como um argumento secundário para fortalecer a tese de invalidade. No caso, para motivar sua decisão, o relator lançou mão especialmente dos artigos 71, VIII e IX da Constituição c/c artigos 1º, § 1º, e 41, caput, e 43, II e parágrafo único da Lei nº 8.443, de 16 de Julho 1992 (Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências), além da Resolução nº 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça (Disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências), para referir-se à possibilidade da análise do ato pelo TCU e, quanto ao mérito, para fundamentar a afronta à vedação do nepotismo, inclusive cruzado.¹⁶⁹ Essa decisão é

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 24.020/DF*. Segunda Turma. Impetrante: Hélio Mário Arruda. Impetrado: Relator do TC nº 012.247/1999-5 do Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 06 de Março de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2174134>> Acesso em: 12 fev. 2017, p.3.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 24.020/DF*. Segunda Turma. Impetrante: Hélio Mário Arruda. Impetrado: Relator do TC nº 012.247/1999-5 do Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 06 de Março de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2174134>> Acesso em: 12 fev. 2017, p. 9.

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 24.020/DF*. Segunda Turma. Impetrante: Hélio Mário Arruda. Impetrado: Relator do TC nº 012.247/1999-5 do Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 06 de Março de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2174134>> Acesso em: 12 fev. 2017, p. 9.

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 24.020/DF*. Segunda Turma. Impetrante: Hélio Mário Arruda. Impetrado: Relator do TC nº 012.247/1999-5 do Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 06 de Março de 2012. Disponível em:

essencial, uma vez que reflete o teor de grande parte dos julgados, os quais, em geral, apontam alguma ilegalidade como fundamento principal e imoralidade apenas para reforçar o entendimento e não, como fundamento autônomo para invalidação.

3.2.2. *Recurso Extraordinário 405.386 - Rio de Janeiro*

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto contra acórdão do TJRJ que denegou provimento aos recursos de apelação que pretendiam reconhecer a validade de uma lei municipal editada para estabelecer pensão vitalícia à viúva de ex-prefeito. Nas primeiras instâncias foi decidido que, diante da ausência de generalidade e abstração, a citada norma não poderia ser considerada Lei, mas sim ato de mera administração, sujeito a controle como tal, e, no mérito, que tal ato estava viciado pela imoralidade e lesividade, devendo a viúva devolver os valores percebidos. Os vereadores recorreram ao Supremo Tribunal Federal a fim de ver reformado o acórdão que confirmou tal entendimento.¹⁷⁰

A relevância desse caso reside no fato de a questão de fundo apresentada ser justamente os limites da aplicação do princípio da moralidade. O voto vencido da relatora, Ministra Ellen Gracie, foi proferido no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário, mantendo a decisão do TJRJ na íntegra, considerando flagrante a imoralidade do feito. Pediram vista o Ministro Eros Grau e, posteriormente, o Ministro Cesar Peluso, sucedido pelo Ministro Teori Zavascki.

O Ministro Eros Grau ponderou que a moralidade deve ser entendida sempre sob o prisma da legalidade, conforme seu voto, *in verbis*:

“5. Deveras, o conteúdo desse princípio há de ser encontrado no interior do próprio direito, até porque a sua contemplação não pode conduzir à substituição da ética da legalidade por qualquer outra. Vale dizer, não significa uma abertura do sistema jurídico para a introdução, nele, de preceitos morais. O que importa assinalar, ao considerarmos a função do direito positivo, o direito posto pelo Estado, é que este o põe de modo a constituir-se a si próprio, enquanto suprassume a sociedade civil, conferindo concomitantemente a ela a forma que a constitui. Nessa medida, o sistema jurídico tem de recusar a invasão de si próprio por regras estranhas a sua eticidade própria, advindas das várias concepções morais ou religiosas presentes na sociedade civil, ainda que isto não signifique o sacrifício de

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2174134>> Acesso em: 12 fev. 2017, p. 7-9.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. *RE 405.386/RJ*. Segunda Turma. Recorrentes: Antônio da Graça de Almeida Monteiro e José Vanderlei de Almeida Paula. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Min. Ellen Gracie. Redator do acórdão: Min. Teori Zavascki. Brasília, 26 de Fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630000>> Acesso em: 12 fev. 2017.

valorações éticas. Ocorre que a ética do sistema jurídico é a ética da legalidade. E não pode ser outra, senão esta, de modo que a afirmação, pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, do princípio da moralidade o situa, necessariamente, no âmbito desta ética, ética da legalidade, que não pode ser ultrapassado, sob pena de dissolução do próprio sistema.

6. Isto posto, compreenderemos facilmente esteja confinado, o questionamento da moralidade da Administração, nos lindes do desvio de poder ou de finalidade. Qualquer questionamento para além desses limites estará sendo postulado no quadro da legalidade pura e simples. Essa circunstância é que explica e justifica a menção, a um e a outro princípios, na Constituição e na legislação infraconstitucional. Permitam-me que eu insista neste ponto: **a moralidade da Administração somente pode ser concebida por referência à legalidade.**¹⁷¹ (grifo nosso)

Esse argumento assume extrema importância para o debate ora apresentado por alinhar-se à corrente que defende a indissociabilidade entre a moralidade administrativa e a legalidade. Com esse raciocínio e tecendo outras considerações acerca de assuntos que não nos são afetos, o Ministro Eros Grau deu provimento aos recursos, reconhecendo a validade da norma impugnada.

Por fim, o Ministro Cesar Peluso também pediu vista, sendo sucedido pelo Ministro Teori Zavascki, quem proferiu o voto em 2013, o qual, apesar de seu tamanho, optamos por reproduzir na íntegra diante de sua marcada relevância:

“3. Resta saber se a lei municipal em causa é, em sua substância, passível de anulação, em face do princípio da moralidade. Embora se trate de lei anterior à Constituição de 1988, a discussão se travou a partir de referências a dispositivos da nova Carta, especialmente porque o princípio da moralidade, implicitamente previsto no regime constitucional anterior, foi intimamente associado, aqui, ao princípio da isonomia, comum a todas as Constituições. Não há dúvida de que a lei deu tratamento privilegiado – e, portanto, anti-isonômico – a certa pessoa, mas também isso, por si só, não pode ser considerado “imoral”. Para tanto, seria indispensável demonstrar que o tratamento discriminatório não tem qualquer motivo razoável. O que a Constituição proíbe não é, propriamente, o tratamento privilegiado, mas a concessão de privilégios injustificados e injustificáveis. Um mínimo de investigação a respeito das causas que determinaram o tratamento privilegiado seria, portanto, indispensável à declaração de nulidade por “imoralidade”. Convém enfatizar – e aqui pedimos licença para invocar o que registramos em sede doutrinária (Processo Coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, 5ª ed., SP:RT, 2.011, p. 82 e seguintes) – que a moralidade, tal como erigida na Constituição – como princípio da Administração Pública (art. 37) e como requisito de validade dos atos administrativos (art. 5.º, LXXIII) –, não é, simplesmente, um puro produto

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. RE 405.386/RJ. Segunda Turma. Recorrentes: Antônio da Graça de Almeida Monteiro e José Vanderlei de Almeida Paula. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Min. Ellen Gracie. Redator do acórdão: Min. Teori Zavascki. Brasília, 26 de Fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630000>> Acesso em: 12 fev. 2017, p. 16-17.

do jusnaturalismo, ou da ética, ou da moral, ou da religião. É o sistema de direito, o ordenamento jurídico e, sobretudo, o ordenamento jurídico constitucional a sua fonte por excelência, e é nela que se devem buscar a substância e o significado do referido princípio. É certo que os valores humanos, que inspiram o ordenamento jurídico e a ele subjazem, constituem, em muitos casos, inegavelmente, a concretização normativa de valores retirados da pauta dos direitos naturais, ou do patrimônio ético e moral consagrado pelo senso comum da sociedade. Sob esse aspecto, há, sem dúvida, vasos comunicantes entre o mundo da normatividade jurídica e o mundo normativo não jurídico (natural, ético, moral), razão pela qual esse último, tendo servido como fonte primária do surgimento daquele, constitui também um importante instrumento para a sua compreensão e interpretação. É por isso mesmo que **o enunciado do princípio da moralidade administrativa – que, repita-se, tem natureza essencialmente jurídica – está associado à gama de virtudes e valores de natureza moral e ética: honestidade, lealdade, boa-fé, bons costumes, equidade, justiça.** São valores e virtudes que dizem respeito à pessoa do agente administrativo, a evidenciar que os vícios do ato administrativo por ofensa à moralidade são derivados de causas subjetivas, relacionadas com a intimidade de quem o edita: as suas intenções, os seus interesses, a sua vontade.”¹⁷² (grifo nosso)

O eminente ministro prossegue seu voto examinando como deve ser observada, em seu entendimento, a ofensa ao princípio da moralidade administrativa:

“Ato administrativo moralmente viciado é, portanto, um ato contaminado por uma forma especial de ilegalidade: a ilegalidade qualificada por elemento subjetivo da conduta do agente que o pratica. Estará atendido o princípio da moralidade administrativa quando a força interior e subjetiva que impulsiona o agente à prática do ato guardar adequada relação de compatibilidade com os interesses públicos a que deve visar a atividade administrativa. Se, entretanto, essa relação de compatibilidade for rompida – por exemplo, quando o agente, ao contrário do que se deve razoavelmente esperar do bom administrador, for desonesto em suas intenções, for desleal para com a Administração Pública, agir de má-fé para com o administrado, substituir os interesses da sociedade pelos seus interesses pessoais –, estará concretizada ofensa à moralidade administrativa, causa suficiente de nulidade do ato. A quebra da moralidade caracteriza-se, portanto, pela desarmonia entre a expressão formal (= a aparência) do ato e a sua expressão real (= a sua substância), criada e derivada de impulsos subjetivos viciados quanto aos motivos, ou à causa, ou à finalidade da atuação administrativa. É por isso que o desvio de finalidade e o abuso de poder (vícios originados da estrutura subjetiva do agente) são considerados defeitos tipicamente relacionados com a violação à moralidade. **Pode-se afirmar, em suma, que a lesão ao princípio da moralidade administrativa é, rigorosamente, uma lesão a valores e princípios incorporados ao ordenamento jurídico, constituindo, portanto, uma injuridicidade, uma ilegalidade lato sensu. Todavia, é uma ilegalidade**

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. RE 405.386/RJ. Segunda Turma. Recorrentes: Antônio da Graça de Almeida Monteiro e José Vanderlei de Almeida Paula. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Min. Ellen Gracie. Redator do acórdão: Min. Teori Zavascki. Brasília, 26 de Fevereiro de 2013. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630000>> Acesso em: 12 fev. 2017, p. 38-39.

qualificada pela gravidade do vício que contamina a causa e a finalidade do ato, derivado da ilícita conduta subjetiva do agente. O registro dessas premissas é importante para reafirmar a indispensabilidade da investigação do elemento subjetivo da conduta dos agentes públicos como condição inafastável para caracterizar a violação ao princípio da moralidade administrativa e, com base nele, anular o ato. **Ora, no caso, tanto a petição inicial, quanto os atos decisórios das instâncias ordinárias, se limitaram a considerar “imoral” a lei por ter conferido tratamento privilegiado a uma pessoa, sem, contudo, fazer juízo algum, por mínimo que fosse, sobre a razoabilidade ou não, em face das circunstâncias de fato e de direito, da concessão do privilégio.** A se considerar imoral a lei, pelo só tratamento privilegiado a certos destinatários, certamente seriam inconstitucionais, apenas para citar um exemplo, todas as leis que estabelecem isenções fiscais.¹⁷³ (grifos nossos)

Esse último voto, dando provimento aos recursos e confirmando que não houve ofensa à moralidade no caso concreto, foi acompanhado pelos demais ministros da Corte. No caso, o princípio da moralidade foi concebido como antijuridicidade, e não como um mero aspecto do princípio da legalidade, em sentido estrito, formal. Foi considerado que não houve vício, porque não houve juízo acerca de outros aspectos que circundam a moralidade bastantes à invalidação da norma. Portanto, ao risco de se invalidar uma norma pela mera alegação de que ela seria imoral, sem o devido juízo dos fundamentos dessa imoralidade, optou-se pela validade, porque a invalidade deve ser provada e não presumida.

Tal entendimento já apresenta uma visão diferente do julgado anterior, por tratar da imoralidade como argumento autônomo para a invalidação do ato, e também, dos votos anteriores no mesmo julgado. Ora, o primeiro voto considerou a imoralidade em si como suficiente para invalidação, dada a lesividade aos cofres públicos; o segundo voto considerou que a imoralidade deve ser sempre tomada em referência à ilegalidade, e, em não havendo disposição legal específica proibindo a conduta analisada, não há que se falar em invalidação; e o terceiro voto, vencedor, considerou que a imoralidade pode sim ser considerada de maneira autônoma, desde que, razoavelmente, exista juízo acerca dos valores ético-profissionais e da intenção do agente público, culminando em antijuridicidade, ilegalidade em sentido amplo.

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. *RE 405.386/RJ*. Segunda Turma. Recorrentes: Antônio da Graça de Almeida Monteiro e José Vanderlei de Almeida Paula. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Min. Ellen Gracie. Redator do acórdão: Min. Teori Zavascki. Brasília, 26 de Fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630000>> Acesso em: 12 fev. 2017, p. 39-40.

3.2.3. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.070 - Distrito Federal

Trata-se de mandado de segurança coletivo impetrado pelo Partido Popular Socialista – PPS contra ato de nomeação do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Chefe da Casa Civil, com status de Ministro de Estado, sob argumento de que o ato teria sido praticado com desvio de finalidade, a fim de conferir foro privilegiado ao nomeado e evitar que ele fosse julgado pelo juiz de primeira instância pela sua suposta relação com a prática de crimes que estavam sob investigação.¹⁷⁴

A priori, tendo em vista o conteúdo político de grande repercussão do presente caso, cumpre esclarecer que o objetivo da análise a ser tecida refere-se somente à qualificação do princípio da moralidade adotada no caso concreto pela Suprema Corte. No caso ora examinado, trata-se de decisão monocrática proferida pelo ministro Gilmar Mendes em sede de medida liminar para sustar os efeitos da nomeação. Ao longo da decisão, foram tratadas de matérias alheias ao nosso estudo, de conteúdo processual, que não serão detalhadas.

No mérito, o ministro deferiu a medida liminar e reconheceu que, embora o ato de nomeação de Ministro de Estado seja de competência do Presidente da República, ainda assim, ele deve estar pautado pelos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, em especial o da moralidade e impessoalidade. Além disso, ele cita os chamados “ilícitos atípicos”¹⁷⁵ como condutas proibidas, porque, embora aparentem conformidade com a legalidade, “destoam da razão que a justifica, escapam ao princípio e ao interesse que lhe é subjacente. Trata-se simplesmente de garantir coerência valorativa ou justificativa ao sistema jurídico e de apartar, com clareza, discricionariedade de arbitrariedade”.¹⁷⁶

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em mandado de segurança. *MS 34.070 MC / DF*. Impetrante: Partido Popular Socialista. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 de Março de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+34070%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/j6tpfkr>> Acesso em: 12 fev. 2017, p. 1-3.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em mandado de segurança. *MS 34.070 MC / DF*. Impetrante: Partido Popular Socialista. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 de Março de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+34070%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/j6tpfkr>> Acesso em: 12 fev. 2017, p.18-19.

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em mandado de segurança. *MS 34.070 MC / DF*. Impetrante: Partido Popular Socialista. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 de Março de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+34070%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/j6tpfkr>> Acesso em: 12 fev. 2017, p.19.

Tal entendimento foi usado para caracterizar o desvio de finalidade presente no caso, de tal forma que um agente competente (Presidente da República), praticou ato discricionário (nomeação), sob a forma prescrita em lei, mas cujo resultado é contrário ou incompatível com os preceitos constitucionais (conferir foro privilegiado), o que o torna ilícito. No caso concreto, o ato, caso fosse válido, teria diversas implicações para as operações em curso, obstruindo as medidas judiciais. O relator considerou que essas consequências objetivas eram suficientes para, dadas as circunstâncias políticas, configurar fraude à Constituição, sem a necessidade nem de se avaliar as razões subjetivas que levaram à escolha do nomeado para ocupar o cargo.¹⁷⁷

Afirma o ministro, em seu voto:

“Não importam os motivos subjetivos de quem pratica o ato ilícito. O vício, o ilícito, tem natureza objetiva. A bem dizer, a comprovação dos motivos subjetivos que impeliram a mandatária à prática, no caso em tela, configura elemento a mais a indicar a presença do vício em questão, isto é, do desvio de finalidade.

A rigor, não cabe investigar aqui o dolo, a intenção de fraudar a lei. Não está em questão saber se a Presidente praticou crime, comum ou de responsabilidade. Não é disso que se cuida.

É exatamente esse pano de fundo que deve nortear a análise de eventual desvio de finalidade na nomeação de Ministro de Estado. Nesse contexto, o argumento do desvio de finalidade é perfeitamente aplicável para demonstrar a nulidade da nomeação de pessoa criminalmente implicada, quando prepondera a finalidade de conferir-lhe foro privilegiado.

No caso concreto, a alegação é de que o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva teria sido empossado justamente para deslocar o foro para o STF e salvaguardar contra eventual ação penal sem a autorização parlamentar prevista no art. 51, I, da CF.

Havia investigações em andamento, que ficariam paralisadas pela mudança de foro, uma delas que ensejou medidas de busca e apreensão contra Luiz Inácio Lula da Silva– Operação Aletheia, desdobramento da Lava Jato. Havia uma denúncia pendente de apreciação, acompanhada de um pedido de decretação de prisão preventiva – caso Bancoop.

É muito claro o tumulto causado ao progresso das investigações, pela mudança de foro. E “autoevidente” que o deslocamento da competência é forma de obstrução ao progresso das medidas judiciais.

Não se nega que as investigações e as medidas judiciais poderiam ser retomadas perante o STF. Mas a retomada, no entanto, não seria sem atraso e desassossego. O tempo de trâmite para o STF, análise pela PGR, seguida da análise pelo relator e, eventualmente, pela respectiva Turma, poderia ser fatal para a colheita de provas, além de adiar medidas cautelares.

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em mandado de segurança. *MS 34.070 MC / DF*. Impetrante: Partido Popular Socialista. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 de Março de 2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+34070%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/j6tpfkr> > Acesso em: 12 fev. 2017, p.20-21.

Logo, só por esses dados objetivos, seria possível concluir que a posse em cargo público, nas narradas circunstâncias, poderia configurar fraude à Constituição.

A rigor, assim como nos precedentes acerca da manutenção da competência do Tribunal em caso de renúncia em fase de julgamento, não seria necessário verificar os motivos íntimos que levaram à prática do ato. A simples nomeação, assim como a renúncia, demonstram suficientemente a fraude à Constituição.

Mas, neste caso, o elemento subjetivo é revelado por riqueza probatória que não merece passar despercebida.¹⁷⁸

Observa-se que tal decisão foi de encontro com a do caso anterior, na medida em que o ministro dispensou a análise subjetiva da intenção do agente ao praticar o ato de nomeação, baseando-se no contexto fático em que se inseriu o ato. Ademais, o ministro relator ainda considerou que existia um extenso conjunto probatório (gravações) que revelou a deliberada intenção de fraudar a Lei e ofender a moralidade, e que embora este não fosse fundamento direto para a invalidação, no caso, serviu como suporte para fortalecer a tese de invalidade.

3.2.4. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.609 - Distrito Federal

Trata-se de Medida Cautelar em Mandado de Segurança impetrado pelo Partido Rede Sustentabilidade contra o ato de nomeação do Sr. Wellington Moreira Franco para Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República, pelo mesmo fundamento do caso anterior, qual seja, desvio de finalidade, a fim de se valer da condição de Ministro de Estado para evitar a persecução penal no âmbito da Operação Lava-Jato, a partir do deslocamento da competência para o Supremo Tribunal Federal¹⁷⁹. Foram analisados aspectos que não nos são afetos e, no mérito, a medida foi indeferida, uma vez que o relator considerou não haver o desvio alegado, conforme seu voto, *in literis*:

“A configuração desse grave vício jurídico, no entanto, que recai sobre um dos elementos constitutivos do ato administrativo, pressupõe a intenção

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em mandado de segurança. *MS 34.070 MC / DF*. Impetrante: Partido Popular Socialista. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 de Março de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+34070%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/j6tpfkr>> Acesso em: 12 fev. 2017, p.19-21.

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em mandado de segurança. *MS 34.609 MC / DF*. Impetrante: Rede Sustentabilidade – Diretório Nacional. Impetrado(s): Presidente da República e Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República. Litisconsorte passivo: Wellington Moreira Franco. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 14 de Fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+34609%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/gozllbb>> Acesso em: 16 fev. 2017.

deliberada, por parte do administrador público, de atingir objetivo vedado pela ordem jurídica ou divorciado do interesse público (JOSE DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “Manual de Direito Administrativo”, p. 118/119, item n. 5, 25ª ed., 2012, Atlas), desígnio esse que não se presume, sob pena de subversão dos postulados referentes à presunção de legalidade, de veracidade e de legitimidade de que se reveste todo e qualquer ato emanado da Administração Pública.

Nessa linha de entendimento, incumbe a quem imputa ao administrador público a prática desviante de conduta ilegítima a prova inequívoca de que o agente público, não obstante editando ato revestido de aparente legalidade, ter-se-ia valido desse comportamento administrativo para perseguir fins completamente desvinculados do interesse público.

[...]

A jurisprudência desta Suprema Corte, por sua vez, tem enfatizado, em sucessivas decisões, que, em decorrência do atributo da presunção de legitimidade e de veracidade que qualifica os atos da Administração Pública, impõe-se a quem os questiona em juízo o ônus processual de infirmar a veracidade dos fatos que motivaram sua edição, não lhes sendo oponíveis, por insuficientes, meras alegações ou juízos conjecturais deduzidos em sentido contrário¹⁸⁰

A relevância desse caso reside no fato de ser bastante atual, datando de 14 de Fevereiro de 2017, e de se contrapor, novamente, ao que se pode considerar limite da aplicação da moralidade como fundamento de invalidação para ato administrativo considerado viciado. O relator foi o Ministro Celso de Mello, quem proferiu decisão monocrática no sentido de manter o ato de nomeação, sob justificativa, em essência, de inexistirem provas suficientes de imoralidade para a configuração do desvio de finalidade, uma vez que este não é presumido e deve estar, segundo o relator, contido na vontade do agente, além do que a mera nomeação para cargo de Ministro de Estado, por si só, não impede ou prejudica a persecução penal, nem traz qualquer benefício ao réu.¹⁸¹

Foi adotada, portanto, posição distinta da anterior em caso semelhante, o que contribui para reforçar a realidade da dificuldade de promover o controle da moralidade em atos administrativos.

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em mandado de segurança. *MS 34.609 MC / DF*. Impetrante: Rede Sustentabilidade – Diretório Nacional. Impetrado(s): Presidente da República e Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República. Litisconsorte passivo: Wellington Moreira Franco. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 14 de Fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+34609%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/gozllbb>> Acesso em: 16 fev. 2017, p. 13-14.

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em mandado de segurança. *MS 34.609 MC / DF*. Impetrante: Rede Sustentabilidade – Diretório Nacional. Impetrado(s): Presidente da República e Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República. Litisconsorte passivo: Wellington Moreira Franco. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 14 de Fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+34609%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/gozllbb>> Acesso em: 16 fev. 2017, p. 1-3.

CONCLUSÃO

O ato administrativo, como foi visto, é o instrumento da Administração Pública utilizado para declarar a vontade unilateral do Estado, devendo apresentar os elementos da competência, finalidade, forma, motivo e objeto em conformidade com o interesse público e com a lei, em sentido amplo. Isso significa que o agente público deve estar atento, em sua atuação, também aos princípios, sobretudo àqueles previstos no *caput*, do artigo 37, da Constituição Federal. Caso contrário, o ato exarado estará acometido de algum vício, o que enseja a utilização de algum dos meios de controle sobre ele, a fim de saná-lo ou invalidá-lo.

Dos princípios constitucionais administrativos, aquele que merece mais destaque, dada sua difícil conceituação e aplicação, é o da moralidade administrativa. De fato, definir os limites do que pode ser considerado imoral para fins de controle do ato administrativo é uma tarefa complexa, mas inevitável. Isso porque quando se trata da atuação da Administração Pública, é necessário ser cuidadoso, pois se está tratando da coletividade, do interesse público e do bem comum.

Daí o esforço intentado pela doutrina e jurisprudência, sobretudo a partir da inclusão do citado princípio na Carta Magna, em dar alguma aplicabilidade a ele, seja utilizando-o como fundamento secundário à legalidade, como critério de reforço; seja vinculando-o essencialmente à legalidade, devendo ser analisado tão-somente por referência a ela; seja defendendo sua autonomia, a partir de um contexto fático e jurídico que torne possível um juízo razoável de que a opção administrativa não foi moralmente adequada, segundo critérios de boa-fé, honestidade profissional, lealdade e confiança legítima.

Ora, se estivéssemos diante de um ato administrativo ilegal e imoral (segundo a moral jurídica debatida ao longo do trabalho) não há a menor dúvida de que ele deveria ser invalidado, uma vez que o controle estrito da legalidade já seria suficiente para tanto, enquanto o controle da moralidade poderia ser utilizado apenas reforçar a tese de invalidade. Todavia, se o ato foi praticado com observância dos requisitos formais de validade conforme com o que prescreve a lei, ainda assim ele pode ser considerado imoral? E, se sim, o fundamento da decisão anulatória pode ser a imoralidade de maneira autônoma?

Como foi observado ao longo do estudo, existe sim a possibilidade de um ato formalmente legal estar contaminado por vício de imoralidade, uma vez que a moralidade administrativa se encontra suficientemente delimitada para permitir autonomamente tal juízo. Ocorre que, apesar de não se confundir com ele, geralmente a imoralidade é causa de desvio de poder: pratica-se o ato com aparente legalidade, mas finalidade distinta e viciosa. Nesses

casos, a ofensa à moralidade administrativa pode ser usada como fundamento autônomo de controle, embora, sob uma perspectiva jurisdicional, ainda se observe certo receio em fazê-lo, como foi visto nos julgados apresentados.

Esse é justamente o desafio dos tribunais: definir que uma determinada prática ofende a moralidade administrativa, por não se coadunar com o dever de melhor administrar a coisa pública, mantendo honestidade profissional, lealdade e boa-fé, sem, no entanto, adentrar no mérito da decisão administrativa, apelar para critérios subjetivos e nem recorrer à legalidade estrita.

Daí decorre esse receio em fundamentar a invalidação de determinado ato administrativo na ofensa à moralidade, de maneira autônoma, o que foi observado nos casos analisados ao longo da pesquisa, principalmente no voto do ministro Eros Grau, no Recurso Extraordinário 405.386 Rio de Janeiro, que optou por vincular a imoralidade à ilegalidade e, na ausência de lei proibitiva, não haveria que se considerar a conduta imoral; bem como no voto do ministro Teori Zavascki, no mesmo julgado, quando ele afirma que é preciso fazer um juízo razoável das questões ético-profissionais para se afirmar que o ato é imoral, referindo-se à escassez de elementos nos autos suficientes para construir o convencimento. No mesmo sentido, ainda, o voto do ministro Celso de Mello, na Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.609 Distrito Federal, considerando inexistirem subsídios aptos à comprovação da lesão ao princípio da moralidade administrativa.

Situação oposta foi observada no voto do ministro Gilmar Mendes, por exemplo, que considerou, de fato, a imoralidade como fundamento autônomo para invalidar o ato impugnado pela Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.070 Distrito Federal, avaliando que houve sim desvio de finalidade porque o contexto fático foi marcante, notório e de riqueza probatória que permitiu o juízo.

Portanto, possível concluir que, mesmo com a dificuldade de se definir exatamente seu conceito, a moralidade administrativa apresenta, sim, delimitação mínima suficiente para permitir seu uso como fundamento autônomo de invalidação de atos administrativos aparentemente legais. Todavia, essa aplicação ao controle do ato administrativo nos casos concretos ainda é bastante restrita.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de ética jurídica*. 11 ed. rev. atual. e modif. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Moralidade Administrativa: Evolução e Conteúdo*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito administrativo contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm . Acesso em: 30 mai. 2016.

_____. *Decreto nº 1.171 de 22 de Junho de 1994*. Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm Acesso em: 10 out. 2016.

_____. *Exposição de motivos*. EC nº 19 de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípio e normas da Administração Pública, Servidores e Agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>> Acesso em 03 out. 2016.

_____. *Lei Nº 4.717, de 29 de Junho de 1965*. Regula a ação popular. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm> Acesso em 05 out. 2016.

_____. *Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre regime jurídico dos servidores públicos civis da união, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm.> Acesso em: 06 out. 2016.

_____. *Lei nº 8.429 de 2 de Junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm> Acesso em: 07 out. 2016.

_____. *Lei nº 8.666 de 21 de Junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm.> Acesso em: 08 out. 2016.

_____. *Lei nº 8.987 de 13 de Fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da constituição federal, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm> Acesso em: 10 out. 2016.

_____. *Lei nº 9.784 de 29 de Janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm> Acesso em: 03 jun. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 21.923-5-MG*. 1ª Turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199100165743&dt_publicacao=13/10/1992> Acesso em 06 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado de Súmula nº 346*. Brasília, 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=346.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 23 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado de Súmula nº 473*. Brasília, 03 de dezembro de 1969. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 05 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 24.020/DF*. Segunda Turma. Impetrante: Hélio Mário Arruda. Impetrado: Relator do TC nº 012.247/1999-5 do Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 06 de Março de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2174134>> Acesso em: 12 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em mandado de segurança. *MS 34.070 MC / DF*. Impetrante: Partido Popular Socialista. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 de Março de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+34070%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/j6tpfkr>> Acesso em: 12 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em mandado de segurança. *MS 34.609 MC / DF*. Impetrante: Rede Sustentabilidade – Diretório Nacional. Impetrado(s): Presidente da República e Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República. Litisconsorte passivo: Wellington Moreira Franco. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 14 de Fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+34609%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/gozllbb>> Acesso em: 16 fev. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. *RE 405.386/RJ*. Segunda Turma. Recorrentes: Antônio da Graça de Almeida Monteiro e José Vanderlei de Almeida Paula. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Min. Ellen Gracie. Redator do acórdão: Min. Teori Zavascki. Brasília, 26 de Fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630000>> Acesso em: 12 fev. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Fundamentos de direito administrativo*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Comentários à lei de licitações e contratos da administração pública*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa – comentários à Lei nº 8429/92*. 5 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. 2 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Método, 2013.
- REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao regime único dos servidores públicos civis*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.