

Moralidade nos Contratos Administrativos

Corruption, Morality and Administrative Contracts

Jessé Torres Pereira Junior*

Thaís Boia Marçal**

Resumo

Cenários de crise ético-institucional estimulam a oportunidade de conceber e tornar eficientes meios para prevenir e eliminar práticas irregulares e permitir reorganização da atividade contratual do estado, fundada no respeito à moralidade administrativa e no equilíbrio entre a tutela da probidade e a da segurança jurídica.

Abstract

In scenarios of ethical-institutional crisis, the opportunity arises to undertake the means to extirpate irregular practices and allow a reorganization based on respect for administrative morality. However, it is important to strike a balance between the protection of administrative probity and legal certainty.

Palavras-chaves: Corrupção. Improbidade Administrativa. Contratos administrativos. Segurança jurídica.

Keywords: *Corruption. Administrative dishonesty. Administrative Contracts. Legal certainty.*

Em cenário de crise institucional, os princípios constitucionais podem inspirar o estado democrático de direito no sentido de reconhecer a sociedade civil como a titular única das escolhas e prioridades condutoras de seus próprios e sobranceiros destinos, de que os poderes públicos devem ser não mais do que fiéis intérpretes e executores.¹

No âmbito das contratações públicas, sobejam questões acerca de como lidar com a prática de atos de corrupção descobertos após o transcurso de anos da realização

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor coordenador da pós-graduação em Direito Administrativo da EMERJ. Professor convidado de cursos de especialização da FGV-RIO.

** Mestranda em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Pós-graduada pela EMERJ. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Associada do Instituto Brasileiro de Direito e Ética Empresarial (IBDEE). Advogada.

¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; MARÇAL, Thaís Boia. Revisitando as teorias principiológicas no estado democrático de direito. *Fórum Administrativo*. vol. 16, nº 187, set. 2016, p.59.

de licitações públicas, por meio dos quais a administração identifica a proposta tida como mais vantajosa e, por isto, ensejadora da contratação do respectivo proponente, ao final dos certames competitivos.

E já nesse postulado, tido como o móvel de toda licitação – a escolha da proposta mais vantajosa –, surgem questões a desafiar providências pertinentes à moralidade nas contratações do estado: o que vem a ser a proposta mais vantajosa, a que alude o art. 3º da Lei nº 8.666/93? Será sempre a de menor preço? Outros elementos, além do preço, devem ser considerados na identificação da melhor proposta? Em caso afirmativo, como estabelecê-los objetivamente, de sorte a ter-se um padrão de julgamento que evite vícios invalidantes da licitação e da contratação?

A administração pública é titular, mercê da autotutela, do dever jurídico de declarar nulas ou de anular as licitações e contratações fundadas em atos administrativos cuja estrutura morfológica irreduzível se apresente viciada quanto a qualquer de seus elementos – competência, forma, objeto, motivo e finalidade. Fazê-lo ou não o fazer concerne tanto à moralidade, quanto à segurança jurídica, dado que a nenhum título é lícito ou legítimo que a administração licite ou contrate pela via de atos viciados, vale dizer, praticados por autoridades sem a competência funcional devida, inobservada a forma exigida, versando sobre objeto sem interesse público, pretextando motivos (razões de fato e de direito que justificam a decisão) falsos, inexistentes ou inidôneos, ou com desvio de finalidade.

Contratos contaminados pela prática de atos de corrupção acrescentam teor inadmissível de dolo à conduta dos agentes públicos e privados envolvidos. Daí a relevância de fixarem-se *standards* que balizem as escolhas segundo as quais a administração pública orientará o seu comportamento de gestão dos contratos, sem violar a segurança jurídica.

Uníssona, embora matizada nos pontos que destaca aqui e ali, é a doutrina administrativista acerca da onipresença da moralidade nos atos e contratos administrativos.

Hely Lopes Meirelles² fez ver, de uma vez para sempre, que a moralidade administrativa é pressuposto de validade de todo ato da administração pública, nos termos do disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Marçal Justen Filho³ acentua que a moralidade soma-se à legalidade, tanto que uma conduta compatível com a lei, mas imoral, será inválida.

Para Celso Antônio Bandeira de Melo, a administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Em outras palavras, violá-los implicaria violação ao próprio direito, configurando ilicitude que sujeita a conduta viciada à invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição.⁴

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.90.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2003. p.65.

⁴ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p.61.

José dos Santos Carvalho Filho⁵ afirma que o princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos em sua conduta, devendo não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto.

Maurice Hauriou⁶, no seu *Précis de droit administratif e de droit public* (Paris, 1927, p.420), destacava que a conformidade do ato administrativo com os princípios da boa administração deve ser fiscalizada pelo recurso fundado no desvio de poder, o qual incide sobre a zona da moralidade administrativa.⁷

Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁸ ressaltava que a moralidade administrativa atua como peculiar derivação dos conceitos de legitimidade política e de finalidade pública, pois é a partir da finalidade que é prevista em abstrato, sendo a partir da legitimidade, como resultado da aplicação, que a moralidade administrativa se define em concreto.

Toshio Mukai esclarece que:

A moralidade administrativa difere da moralidade comum porque ela busca e significa tão só que o agente público atue na condição de um bom administrador, como alguém que, gerindo recursos alheios, o faz ciente de que não são seus, e, portanto, atuando com eficiência, zelo, parcimônia, honestidade e, sobretudo, com a observância da boa-fé; enfim, o princípio da moralidade administrativa requer que o administrador público, na prática de cada ato de sua alçada e competência, saiba discernir entre aquilo que é do bem daquilo que é do mal e, além disso, tenha no seu agir a preocupação constante do bom administrador, aplicando a lei corretamente, no sentido sempre da satisfação do interesse público, fim último do Estado.⁹

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰, sempre que se verificar que o comportamento da administração ou do administrado, que com ela se relaciona juridicamente, ofende a moral e as regras de boa administração, haverá ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

Fábio Barbalho Leite complementa que “o princípio da moralidade administrativa consubstancia cânone dos mais significativos para o controle dos atos administrativos. Ademais que apresenta campo semântico superior ao da legalidade, submetendo os atos administrativos a maiores exigências da Lei.”¹¹

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.19.

⁶ HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif e de droit public*. Paris: 1927. p.420.

⁷ Cf. MUKAI, Toshio. Da aplicabilidade do princípio da moralidade administrativa e do seu controle jurisdicional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 4, p.211-215. jul./set. 1993.

⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.103.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.79.

¹¹ LEITE, Fabio Barbalho. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 25, p.241-260. out./dez. 1998.

Emerson Garcia¹² pontua que:

A moralidade administrativa apresenta uma relação de continência com o princípio da juridicidade, o qual abrange todas as regras e princípios norteadores da atividade estatal. Violado o princípio da moralidade administrativa, maculado estará o princípio da juridicidade, o que reforça a utilização deste como parâmetro para a identificação dos atos de improbidade.

Alexandre Santos de Aragão acrescenta que:

Hoje, estando a legalidade ampliada pela ideia da juridicidade, e estando a própria moralidade (tal como vários outros princípios antes considerados como metajurídicos) positivada na Constituição, passou a integrar o bloco de legalidade. Assim, um ato administrativo imoral, que foge ao que seria o comportamento de um “bom administrador”, seria também um ato ilegal por violação à mais importante de todas as leis, a Constituição.

Flávio Amaral Garcia sublinha que “a moralidade alcança não apenas o administrador público, mas também os licitantes. A despeito de seu caráter subjetivo – já que moral é um conceito aberto, sujeito a variações de época, de locais e de pessoas – implica a observância de comportamento ético no transcorrer das licitações públicas.”¹³

Em sede pretoriana, o Supremo Tribunal Federal tem por diretriz inarredável que o princípio da moralidade é de observância obrigatória no conduzir da administração pública. Assim:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL QUE AUTORIZA A INCLUSÃO, NO EDITAL DE VENDA DO BANCO DO ESTADO DO MARANHÃO S/A, DA OFERTA DO DEPÓSITO DAS DISPONIBILIDADES DE CAIXA DO TESOURO ESTADUAL – IMPOSSIBILIDADE – CONTRARIEDADE AO ART. 164, §3º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA NORMATIVA DO ESTADO-MEMBRO – ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA – EXISTÊNCIA DE PRECEDENTE ESPECÍFICO FIRMADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL –

¹² GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 43, p.110-137, abr./jun. 2003.

¹³ GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.5.

DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR, COM EFICÁCIA *EX TUNC*. AS DISPONIBILIDADES DE CAIXA DOS ESTADOS-MEMBROS SERÃO DEPOSITADAS EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS OFICIAIS, RESSALVADAS AS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI NACIONAL. – (omissis) *A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. (omissis)* (ADI-MC 2661, CELSO DE MELLO, STF) – os grifos não constam do original.

Ingressando no sistema de controle da esfera gerencial e operacional da atividade contratual do estado, Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹⁴ visualiza que “o ordenamento jurídico prevê diversos instrumentos de controle da moralidade administrativa, tais como: a ação de improbidade (art. 37, §4º, da CRFB e Lei nº 8.492/92), a ação popular (art. 5º, LXXIII, da CRFB e Lei nº 4.717/65), a ação civil pública (art. 129, III da CRFB e Lei nº 7.347/85), entre outros.”

Arremate-se com Odete Medauar: “a probidade administrativa, que há de caracterizar a conduta e os atos das autoridades e agentes públicos, aparecendo como dever, decorre do princípio da moralidade administrativa.”¹⁵

O direito público brasileiro há de passar do campo conceitual da moralidade, em que há consenso, para o do cotidiano das ações de gestão administrativa dos contratos, em que se divisam lacunas e fragilidades pelas quais se introduzem desvios da moralidade. Daí, na legislação recente e nas normas regulamentadoras da conduta administrativa, se observarem avanços na esfera da responsabilização de agentes públicos e privados, pessoas físicas e jurídicas, por danos morais e materiais que condutas ímprobos causem aos resultados de interesse público que a sociedade não mais tolera que sejam frustrados.

Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

¹⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.97.

¹⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 20ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.153.

GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 43, p.110-137, abr./jun, 2003.

GARCIA, Flavio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif e de droit public*. Paris, 1927. p.420.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2003.

LEITE, Fabio Barbalho. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 25, p.241-260, out./dez. 1998.

MARTÍNEZ, Felipe Rodrigues. A moralidade administrativa como direito fundamental: moralidade condicionante da legalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 18, nº 71, p.103-126. abr./jun. 2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 20ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MUKAI, Toshio. Da aplicabilidade do princípio da moralidade administrativa e do seu controle jurisdicional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 4, p.211-215, jul./set. 1993.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; MARÇAL, Thaís Boia. Revisitando as teorias principiológicas no estado democrático de direito. *Fórum Administrativo*, vol. 16, nº 187, p.52-60, set. 2016.