

# **O Princípio da Moralidade Administrativa no Direito Brasileiro**

Galba Cotta de Miranda Chaves

*Promotor de Justiça*

Jesus Augusto Carvalho Filho

*Acadêmico/Estagiário do Ministério Público  
(Colaborador)*

"Os princípios jurídicos (...) têm em si valor normativo; constituem a própria realidade jurídica. Em relação à ciência do Direito, constituem seu próprio objeto. Existem independente de sua formulação; são aplicáveis ainda que a ciência os desconheça. A missão da ciência com relação aos mesmos não é outra senão a de sua apreensão. E a ciência será mais ou menos perfeita, segundo logre ou não a sua determinação. Porque se o ordenamento

*jurídico constitui o objeto da ciência do direito positivo, esse conhecimento não será completo enquanto não se alcance a determinação dos princípios que os informam.*

*Os princípios jurídicos constituem a base do ordenamento jurídico, a parte cambiante mutável, que determina a evolução jurídica; são idéias fundamentais e informadoras da organização jurídica da nação."*

(Jesus Gonzales Peres)

Sumário: I - Introdução. II - Moralidade Administrativa - Conceituação. III - A Moralidade Administrativa como Princípio Constitucional. IV - A Moralidade Administrativa na Lei nº 8.429/92. V - Controle Judicial da Moralidade Administrativa. VI - Conclusões.

## **I - Introdução**

A partir da década de 80, e desde então, a moralidade administrativa vem se destacando como um dos temas que mais tem suscitado questionamentos e estudos por parte daqueles que lidam diretamente com a Justiça, como advogados, juizes, promotores, juristas e também administradores em geral.

Realmente, no Brasil, a partir do final da última década, tem-se aprofundado o questionamento acerca dos padrões morais a serem observados pelas pessoas políticas e pelos seus agentes.

Reflexo disso pode ser sentido na própria Constituição Federal de 1988 e na edição da Lei nº 8.429/92.

Em verdade, com a formalização dos diplomas legais acima citados, o Brasil apenas aderiu a um movimento de nível mundial.

Nessa alheta:

"É certo que esta fase de profundas mudanças, visualizadas em seu ápice com a queda do muro de Berlim, contribuiu para a mudança do pólo do debate sobre o modo de produzir riqueza, pela ênfase dada ao sistema capitalista. Este firmou-se classificando a coisa (ou as coisas) em superioridade sobre o homem. Sem coexistir com uma contraproposta, o capitalismo sem discussão suscitou o grande risco de materializar os benefícios, inclusive os públicos, apenas para alguns homens. Pôs-se, então, a imperiosidade do questionamento da ética e da moral pública, a partir dos quais se devem realizar os valores fundamentais da dignidade humana.

De outra parte, a fase de inexistência de uma dialética política no mundo, que os últimos momentos da década de 80 encarnou, determinou o repensamento imediato, sério e profundo do Poder Público, no qual a opção

de um modelo de sociedade e de seus instrumentos de ação não viesse a resultar na aeticidade do seu exercício e na amoralidade da concepção de um modelo de Direito sem fundamento na Justiça."<sup>1</sup>

A nossa Carta Magna, em seu art. 1º e incisos, fala em *Estado Democrático de Direito* e, como um dos fundamentos deste, a dignidade da pessoa humana. Mais adiante, o seu art. 3º diz constituir objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, dentre outros, o de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Temos pois, como princípio fundamental da nossa República Federativa, a Democracia. Ora, o princípio desta é a liberdade e aquela jamais sobreviverá sem legitimidade, sendo que sem a legitimidade para fundamentar a Democracia não se terá uma sociedade livre, justa e solidária. E não se pode pensar em legitimidade como um conceito gerado apartado dos padrões morais.

Logo, é questão atualíssima indagar-se até que ponto a norma moral inspira e condiciona a aplicação da norma legal.

A expressa admissão do princípio da moralidade administrativa no atual texto constitucional é consequência direta de um forte amadurecimento político e de um desejo não menos intenso no sentido de se reequilibrar a relação Estado e indivíduo pois, na feliz expressão do culto DIOGO DE FIGUEIREDO

<sup>1</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 175.

"neste fim de século e milénio não mais basta às conscientes e exigentes sociedades contemporâneas saberem que o Estado se submete à vontade da maioria, mas, ainda, que os governantes se submetem às exigências da moral".<sup>2</sup>

Ademais, um sistema jurídico democrático, assentado na legitimidade, essencial à realização do Estado Democrático, só pode ser erigido e firmado com a acentuação da noção do dever administrativo, tendo-se a proteção da moralidade como princípio fundamental, dotado de natureza e vigor normativo.

O presente trabalho procurará, em breves linhas, sem maiores ambições, dissecar um pouco a noção do que seja moralidade administrativa, a sua constitucionalização como princípio, o seu controle judicial e os instrumentos processuais existentes para corrigir os abusos e comportamentos aéticos por parte da Administração Pública, com o fito de ajudar a todos aqueles imbuídos da honrosa missão de moralizar a Administração Pública, seja por uma forma direta ou indireta e, principalmente, funcionar como uma fagulha a provocar o debate, o estudo, em suma, a não deixar que princípio tão fabuloso para o homem se torne letra morta na lei.

Teve participação fundamental na elaboração deste, o estagiário do Ministério Público *Jesus Augusto Carvalho Filho*, tanto na busca de opiniões doutrinárias e

<sup>2</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade administrativa - do conceito à efetivação* - in RDA, nº 190, p. 1-44.

decisões jurisprudenciais, quanto na revisão final do texto e demais normatizações.

## II - Moralidade Administrativa - Conceituação

"O princípio da moralidade administrativa é de difícil expressão verbal. A doutrina busca apreendê-lo, ligando-o a termos e noções que propiciem seu entendimento e aplicação."<sup>3</sup>

Entre os doutrinadores pátrios, HELY LOPES MEIRELLES situa a moralidade como um dos princípios básicos da administração pública, ligando-o ao conceito do *bom administrador*. Para o festejado mestre, a moralidade administrativa é necessária à validade da conduta do administrador público, sendo, mais do que isto, pelo art. 37, *caput*, da Constituição Federal, um pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública,

"O certo é que a moralidade do ato administrativo, juntamente com a sua legalidade e finalidade, constituem pressupostos de validade, sem os quais toda atividade pública será ilegítima."<sup>4</sup>

Quem primeiro sistematizou o conceito de moralidade administrativa foi MAURICE HAURIOU, em sua

<sup>3</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, p. 142.

<sup>4</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, p. 83 a 85.

obra *Précis de Droit Administratif*, em sede da qual faz questão de ressaltar que quando se fala em moralidade administrativa, em absoluto, está se falando da moral comum, mas sim de uma moral jurídica

"a ser entendida como um conjunto de regras de conduta, próprias do interior da Administração e que são impostas ao agente público, a nortear-lhe a conduta, sempre e sempre, com a finalidade de servir ao bem comum".<sup>5</sup>

Logo, para HAURIUO, a moralidade administrativa apresentava-se segundo uma disciplina interna da Administração. Com isso,

"Hauriuo reconheceu a Administração Pública como uma instituição finalisticamente orientada, exigindo de seus agentes, além da submissão formal à lei, como qualquer agente público, uma específica honestidade profissional".<sup>6</sup>

Em suma, a Administração Pública rege-se por um sistema próprio de moral fechada, que lhe é inerente, que exige de seus agentes absoluta fidelidade à produção de resultados que sejam adequados à satisfação dos interesses públicos, assim por lei caracterizados e a ela cometidos.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> *Apud* ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 197.

<sup>6</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Op. cit.* p. 1 a 44.

<sup>7</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* p. 1 a 44.

Mesmo porque, não se pode obrigar alguém a ser administrador público, porém, disposto a tal, imperiosa é a observância de gerir a coisa pública não apenas em observância ao preceito legal, mas também aos critérios do que seja justo, honesto, segundo padrões normativos a revelar a moralidade, pois só assim, estará legitimado o seu *munus* de gestor da coisa pública.

Por sua vez, CELSO BASTOS parece aceitar esta concepção da moralidade como conjunto de regras de conduta da disciplina interna da Administração, com a finalidade última de servir ao bem comum, ao proclamar que

"é imoral, administrativamente, aquele ato que, sem encerrar uma violação frontal a um preceito, termina, no entanto, por constituir uma violência aos fins com que deve ser levada a efeito a atividade administrativa".<sup>8</sup>

Lançada a semente por HAURIUO, o fato é que a noção de moralidade administrativa vem galgando, ao longo da história, amplos espaços no Direito Administrativo, sendo certo que no Estado moderno, com os intrincados mecanismos de intervenção do Estado na ordem econômica e no domínio social, mais e mais os cidadãos vão exigindo dos políticos e administradores uma postura, no trato com a coisa pública, pautada pela ética e pelo compromisso com a idéia de que o serviço público há de atender ao justo e ao honesto. De forma que, sem exagero, pode-se afirmar que

<sup>8</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de *Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, p. 226.

"a moralidade administrativa tornou-se não apenas Direito, mas direito público subjetivo do cidadão: todo cidadão tem direito ao governo honesto".<sup>9</sup>

Em apertada síntese, com um pouco de ousadia, poder-se-ia dizer que um ato administrativo é moral quando nele não estão presentes o excesso, o desvio, o arbítrio ou motivações divorciadas do interesse público.

Destaca-se que, nada obstante a ausência de faltas legais, o ato poderá ser acoimado de imoral, vindo a ser anulado e provocar repercussões na esfera de seu ordenador e daqueles que, com dolo ou culpa, tenham influído para a sua subsistência pois,

"por considerações de Direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: *'non omne quod licet honestam est'*"<sup>10</sup>

Nesse diapasão, vale a pena transcrever a lição da mestra mineira CÁRMEN LÚCIA, para quem:

"A moralidade administrativa é, pois, princípio jurídico que se espraia num conjunto de normas definidoras dos comportamentos

<sup>9</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. cit., p. 190.

<sup>10</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 84.

éticos do agente público, cuja atuação se volta a um fim legalmente delimitado, em conformidade com a razão de Direito exposta no sistema normativo. Note-se que a razão ética que fundamenta o sistema jurídico não é uma razão de Estado (...). A ética da qual se extraem os valores a serem absorvidos pelo sistema jurídico na elaboração do princípio da moralidade administrativa é aquela afirmada pela própria sociedade, segundo as suas razões de crença e confiança em determinado ideal de Justiça, que ela busca realizar por meio do Estado.

Assim, o Estado não é fonte de uma moral, segundo suas próprias razões, como se ele fosse um fim e a sociedade um meio. (...)

A moralidade administrativa legitima o comportamento da Administração Pública, elaborada como ele é por um Direito nascido do próprio povo. Por isso, é o acatamento da moralidade administrativa, como princípio de Direito, que dota o sistema de legitimidade, o que se estende à qualificação legítima do Poder do Estado."<sup>11</sup>

Em suma, a moralidade administrativa como princípio que é, inclusive a nível constitucional, molda o desempenho do administrador, não pelo voluntarismo deste no exercício de seu poder, e sim, por uma ordem ética acordada entre Estado e homem e baseada em valores sociais prevalentes para a realização dos fins da pessoa

<sup>11</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. cit., p. 191.

pública, quais, honestidade do comportamento do administrador público, sua incorruptibilidade, prevalência da boa-fé e da lealdade de seus agentes.

### **III - A Moralidade Administrativa como Princípio Constitucional**

"Os princípios constitucionais são os conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no Estado."<sup>12</sup>

Os princípios podem funcionar também como um anteparo ao excesso ou desvio de poder, assumindo, assim, uma função positiva ao impor, positivamente, a exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos atos dos poderes públicos em relação aos fins perseguidos.

J. J. CANOTILHO, dissertando acerca dos caracteres distintivos e constitutivos do Direito Constitucional, ao falar da auto-garantia do Direito Constitucional, chega a dizer:

"que o Direito Constitucional é um direito que gravita sobre si mesmo. Através desta frase lapidar, pretende-se salientar a especificidade dos meios de tutela e das sanções jurídicas das normas constitucionais. Por vezes,

<sup>12</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op, *cit.*, p, 23.

considera-se mesmo o direito constitucional como direito sem sanção ou como um conjunto de normas **'imperfectae** ou **numus quam perfectae'**, dado que a sua violação não é acompanhada por medidas de coerção (sanções) jurídicas adequadas. Trata-se de uma perspectiva largamente tributária das concepções imperativísticas do direito. Estas concepções, além de merecerem severas críticas em sede de teoria geral do direito relativamente à exigência de coercibilidade e de sanção como características das normas jurídicas, revelam-se também inadequadas para captar a função promocional do Direito Constitucional."<sup>13</sup>

A esse respeito, disserta a mestra CÁRMEN

LÚCIA:

"que a Constituição, na qual se acredita e se confia neste quase início de novo século, não é mais a lei fundamental posta, mas a lei que fundamenta o que se põe a cada dia segundo o conceito de Justiça formulado socialmente. (...) Para que a transformação libertadora seja possível no Estado Democrático - que se desempenha por norma vivas e eficazes, que se oferecem à renovação segundo a criatividade permanente do ser humano - sem comprometimento da segurança que o Direito ofereça, enfatizam-se mais e mais, os princípios, agora dotados de normatividade e

<sup>13</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, 1995, p. 141.

eficácia, que não embaraçam a criação jurídica, nem se esvaziam como enunciados sem força ou forma de Direito. (...) Assim, o princípio constitucional predica-se diferentemente de qualquer outro princípio ou valor prevalente na sociedade, mas não jurisdicionado, por carecer da normatividade que o torna impositivo ao acatamento integral. Esta qualidade talvez represente o maior avanço a que chegou o constitucionalismo contemporâneo, pois a normatividade dos princípios alterou a face e o coração do conceito de Constituição. A norma que dita um princípio constitucional não se põe à contemplação, como ocorreu em períodos superados do constitucionalismo; põe-se à observância do próprio Poder Público do Estado e de todos os que à sua ordem se submeterem e da qual participam. (...) Por isso, a tese segundo a qual os princípios constitucionais não se dotam de normatividade e vinculatividade vem sendo desfeita e chega-se, agora, às derradeiras luzes deste século, com a certeza de que a Constituição é uma lei e tudo o que nela se contém - especialmente os seus princípios - tem esta idêntica natureza".<sup>14</sup>

Nesse sentido, válida a transcrição abaixo:

<sup>14</sup> ROCHA, Gérmen Lúcia Antunes. Op. cit., p. 25 a 27.

"Precisamente por isso, e marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da morte das normas constitucionais programáticas. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que impõem uma atividade e dirigem materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: simples programas, exortações morais, declarações, sentenças políticas, aforismos políticos, promessas, apelos ao legislador, programas futuros, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político. (...) Todas as normas são atuais, isto é, têm uma força normativa independente do ato de transformação legislativa. Não há, pois, na constituição, simples declarações (sejam oportunas, ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) a que não se deva dar valor normativo, e só o seu conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance específico do dito valor."<sup>15</sup>

<sup>15</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 183 a 185.

O princípio constitucional da moralidade administrativa está insculpido na Constituição Federal, pelo seu art. 37, *caput*, onde se lê:

"A administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade" e, também, ao seguinte: (...)"

Sem dúvida alguma, como já expressado, foi-se o tempo em que os doutrinadores apegavam-se à tese da existência de princípios constitucionais como normas programáticas ou enunciados de intenções despojados de vigor jurídico, de normatividade ou de vinculatividade de norma jurídica.

Com efeito, nos termos dos precisos e cultos ensinamentos da mestra CÁRMEN LÚCIA:

"a inclusão em textos constitucionais das chamadas normas programáticas, carentes de vinculatividade e normatividade efetiva, constituiu a criação de um freio legal aos anseios de progresso do Direito. Direito sem obrigação e aplicação é mentira inútil, que esvazia o conteúdo da norma, desconstrói o sistema jurídico e cala a justiça (...). Por isso, a tese, segundo a qual os princípios constitucionais não se dotam de normatividade e vinculatividade, vem sendo desfeita e chega-se, agora, às derradeiras

luzes deste século com a certeza de que a Constituição é uma lei e tudo o que nela se contém - especialmente os seus princípios - tem esta idêntica natureza"<sup>16</sup>

"Daí se afirmar pela impossibilidade de se fornecer guarida na validade do Direito de um Estado Democrático aos comportamentos humanos desconformes, ou incompatíveis, aos princípios constitucionais, mormente pelo fato de que, se a definição do princípio constitucional não é afirmativa positiva, com certeza, ela o será afirmativa negativa, quer-se dizer, não há comportamento que se lhe possa contrariar o preceito."<sup>17</sup>

A respeito dos princípios, pode-se afirmar que os mesmos serão sempre aplicáveis, ainda que com uma função negatória para aqueles atos que os atinjam. E aqui vale a pena ressaltar as funções inibidora e desconstitutiva dos princípios.

Para tanto, nos socorremos em DIOGO DE FIGUEIREDO para quem:

"por função inibidora, estritamente ligada à função sistêmica que ajuda a dar uma identidade ética política a cada Constituição, entende-se a decorrente lógica da sua eficácia impeditiva da prática de qualquer ato

<sup>16</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. cit., p. 27.

<sup>17</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. cit., p. 41.

a contrariar o princípio e por função desconstitutiva, vinculada às funções sistêmica e inibidora, a decorrente da sua eficácia resolutive do princípio, seja ato legislativo, administrativo, judicial ou privado".<sup>18</sup>

Outrossim, não se pode olvidar que a obediência aos princípios constitucionais não fica restrita apenas àqueles a quem é incumbida a tarefa de legislar infraconstitucionalmente. Muito ao contrário, a sua obediência é dever de todos os cidadãos, podendo-se dizer que tais princípios positivam-se como normas a direcionar não apenas outras normas, mas todos os comportamentos estatais e até mesmo particulares; ou, quando mais, dos administradores públicos.

Também, impossível descurar para a objetividade dos princípios constitucionais. Destarte, apesar de seus conteúdos, via de regra, serem caracterizados pela generalidade, não se cuidam os mesmos de subjetividade, aleiosias ou lacunosidade.

Por isso, temos como acertado o ensinamento abaixo transcrito:

"A indeterminação dos conceitos utilizados pelo constituinte na principiologia traçada na Lei Maior não contém carência de significados ou equivocidade dos significados a ele atribuíveis, nem supõe a sua indeterminabilidade. Antes, exprime a sua

<sup>18</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 1 a 44.

determinabilidade em face das situações concretamente caracterizadas na experiência constitucional. Dai, poder se afirmar que o princípio nunca é obscuro, pois se o fosse não seria passível de determinar-se no momento de sua aplicação, eis que a obscuridade dependeria de ato estatal típico para sanear tal condição. Mas assim não é. O princípio constitucional - como todo o conteúdo de norma jurídica de qualquer natureza, é nível, na qual compareça um conceito não determinado pelo seu autor - é determinável pela análise da situação de fato sobre a qual deve ele incidir, acoplado aos instrumentos interpretativos postos pelo Direito á disposição de seu aplicador ou intérprete.

Também não se há objetar ser a norma constitucional contenedora de princípio lacunoso, em razão dos conceitos indeterminados nos quais muitas vezes é vazada.

A lacuna na lei importa em ausência de elementos que identifiquem perfeitamente o objeto de que nela se cuida. O princípio constitucional, elaborado com a não determinação formal do conceito, não apresenta lacunas, mas à sociedade os elementos que bem caracterizam e definem o quanto nela posto."<sup>19</sup>

<sup>19</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. cit., p. 35.

Logo, temos a normatividade dos princípios constitucionais como característica fundamental do Direito Constitucional, pois sendo a Constituição uma lei, natural a sua carga de coercitividade.

Estas considerações introdutórias são extremamente importantes para a correta compreensão do alcance do princípio constitucional da moralidade administrativa.

Ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA que:

"comete imoralidade, mediante desvio de finalidade, o agente que pratica ato visando a fim diverso daquele previsto na regra de competência".

Por este ensinamento, tem-se a moralidade como elemento interno da legalidade, que foi, basicamente, o ensinamento, a semente fértil plantada pelo mestre francês MAURICE HAURIOU, ao fazer a integração da moralidade à legalidade do ato administrativo e a sua vinculação inicial à questão do desvio de finalidade.

Todavia, conceitos mais amplos da moralidade administrativa estão a imperar, de forma que esse princípio passou a ter o seu conceito elaborado com força de elemento autônomo na formação e na informação do comportamento administrativo juridicamente válido.

Nesse sentido, os conceitos formulados por MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO e CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA.

Para FRANCO SOBRINHO<sup>20</sup>

"a moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito do 'bom administrador', que é aquele que, usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum. Há que conhecer, assim, as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto nos seus efeitos. Quando usamos da expressão nos seus efeitos, é para admitir a lei como regra comum e medida ajustada. *Falando, contudo, da boa administração, referímo-nos subjetivamente a critérios morais que, de uma maneira ou de outra, dão valor jurídico à vontade psicológica do administrador*".

Já para a professora CÁRMEN LÚCIA:

"A moralidade administrativa é o princípio segundo o qual o Estado define o desempenho da função administrativa segundo *uma ordem ética* acordada com os valores sociais prevalentes e voltada à realização de seus fins. Esta moral institucional, consoante aos parâmetros sociais, submetem o administrador público" (ou. *cit. p. 192*).

<sup>20</sup> *Apud* MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 85.

<sup>21</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Op. cit., p. 192.

Tendo em vista que o princípio constitucional da moralidade administrativa visa, sobretudo, aperfeiçoar a virtude do comportamento do Administrador Público e que esta virtude é observada pela correta adequação do ato administrativo ao fim posto, como meta a ser atingida, verifica-se, *prima fade*, a sua completa inutilidade, caso possível não fosse o exame crítico, pelo Judiciário, dos meios efetivamente usados pelos agentes, no exercício de sua competência, e, em consonância com a necessidade, e, principalmente, honestidade do meio empregado e fim almejado.

Mais uma vez, nos utilizamos dos conhecimentos valiosos da eminente professora mineira CÁRMEN LÚCIA, para quem,

"neste final de século, a moralidade administrativa não se restringe à verificação da obtenção de utilidade para a garantia de um determinado interesse público tido como meta da ação do agente. Mais que isto, a moralidade administrativa, que se pretende ver acatada, adentra o reino da finalidade de garantia da realização dos valores expressos na idéia do Bem e da Honestidade, que se pretendem ver realizados segundo o Direito legítimo".

Mais adiante, finaliza ao dizer que:

"A virtude, que se pretende ver obtida com a prática administrativa moral, fundamenta-se no valor da honestidade do comportamento,

da boa-fé, da lealdade dos agentes públicos, e todos estes elementos estão na moralidade, como integrantes de sua essência e sem os quais não se há dela cogitar".<sup>22</sup>

Pois bem, como já dito,

"a moralidade administrativa, tendo natureza de princípio e forma de norma de Direito, goza das qualidades de efetividade jurídica e possibilidade de efetividade social formalmente exigíveis. Logo, a obrigação jurídica de conduzir-se segundo os parâmetros de moralidade administrativa submete o administrador público".<sup>23</sup>

Evidente, também, que o fortalecimento deste princípio constitucional, como norma possuidora de efetividade jurídica, deu-se pela aceitação da idéia, de resto corretíssima, de que o serviço público, indelevelmente, há que atender ao justo e honesto, seguindo padrões normativos de justiça e de justeza, configurando-se esta pelo conjunto de valores éticos que revelam a moralidade, como bem esposado pela moderna doutrina a respeito.

Afora o conceito estampado no art. 37, *caput*, encontramos, ainda a nível constitucional, várias referências á prática moral, como a dignidade da pessoa humana<sup>24</sup>, a

<sup>22</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. *cit.*, p. 193,

<sup>23</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. *cit.*, p. 195.

<sup>24</sup> CF/88, art. 1º, III.

prevalência dos direitos humanos<sup>25</sup>, a vedação à tortura e ao tratamento desumano e degradante<sup>26</sup>, o respeito à integridade moral dos presos<sup>27</sup>, dentre outros. DIOGO DE FIGUEIREDO enumera 58 normas constitucionais nesse sentido, entre princípios e preceitos.<sup>no</sup>

#### **IV - A Moralidade Administrativa na Lei N° 8.429/92**

Esta lei foi editada para reprimir os atos de improbidade na Administração Pública.

O art. 4° da citada lei diz que:

"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".

A seu turno, o art. 11 proclama que:

"Constitui ato de improbidade administrativa, *que atenta contra os princípios da administração pública*, qualquer ação ou

<sup>25</sup> CF/88, art. 4°,

<sup>26</sup> CF/88, art. 5°, III.

<sup>27</sup> CF/88, art. 5°, XLIX.

<sup>28</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* p. 1 a 44.

omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e, notadamente: (...)"

As sanções vêm disciplinadas no inciso III, do art. 12, e fala em ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público, pelo prazo de três anos.

Escapa ao alcance deste trabalho uma análise aprofundada das hipóteses elencadas nos incisos do art. 11, bem como das penalidades previstas no art. 12.

Aqui, vale a pena destacar-se que, nada obstante as hipóteses casuísticas previstas nos sete incisos do art. 11 e a ausência da palavra moralidade no *caput* do art. 11, seria forçoso engano interpretar referido artigo sem estar atento ao art. 4º do mesmo diploma legal que, por sua vez, estão inscritos no art. 37 da Carta Magna, pois óbvio "*ululante*" que os princípios enumerados no *caput* do art. 11 são decorrentes lógicos dos princípios emanados do artigo 4º da própria Lei nº 8.429/92 que, afinal, tiveram sua origem no preceito constitucional insculpido no art. 37 da Constituição Federal.

Dissertando a respeito, o ilustre Promotor De Justiça MÁRCIO LUÍS CHILA FREYESLEBEN<sup>29</sup> diz que

"os agentes públicos devem observar deveres que lhes são impostos pela lei e pela ética

<sup>29</sup> FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila. *A Improbidade Administrativa*, in Revista Jurídica do Ministério Público, v. 17, p. 348.

jurídico-administrativa, bem como aqueles que lhes são exigidos pelo interesse público. Os deveres estão estabelecidos no ordenamento jurídico, em especial na Constituição e nas leis administrativas. O conjunto dos deveres forma o que se chama de ordenamento ético (...). O dever de honestidade surge para o agente em decorrência do princípio da moralidade, imposto à Administração Pública (artigo 37, Constituição)".

Aqui, faz-se a ousadia de dizer que a moralidade administrativa é pré-requisito para o cumprimento dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

O ato imoral não é apenas e tão-somente o ato desonesto, mas também o ato evitado de parcialidade por motivos diversos, como, por exemplo, egoísmo, favoritismo etc.; o ato legal juridicamente, porém ilegal perante a ética da instituição, pois, como aqui já dito, nem tudo que é legal é honesto; da mesma forma o ato desleal, vez que aqui estaria em falta o dever de fidelidade, o que é imoral por si só.

## **V - Controle Judicial da Moralidade Administrativa**

Inicia-se este tópico com uma reflexão do eminente AGUSTIN GORDILLO para quem:

"la posición del Poder Judicial se halla por lo general bastante deteriorada, en primer lugar, a nuestro entender, por su propia culpa: los jueces suelen entender, con descuido, que tienen una cierta responsabilidad *política* en la conducción del gobierno, y bajo esa impresión juzgan muy benevolamente los actos del mismo, entendiéndolo así cooperar con él. De este modo no solo dejan de ejercer su función, que no es *gobernar* sino *juzgar* de la aplicación del derecho a los casos concretos, sino que también pierden poco a poco criterio rector en lo que debiera ser su atribución específica. El Ejecutivo, lejos de agradecerle esa supuesta colaboración, pasa entonces a suponer que no está sino haciendo lo que debe, y se llega así a que en los pocos casos en que el Poder Judicial se decide finalmente a sentar su criterio jurídico, esto es poco menos que motivo de escándalo público, y el Ejecutivo será el primero en protestar por una supuesta 'invasión' de sus 'atribuciones', que desde luego no es tal. Por si esto fuera poco, el Poder Judicial también limita su propio control de constitucionalidad de las leyes, inventando principios tales como los de que no puede juzgar en general dicha constitucionalidad, sino solo en los casos concretos y con efectos restringidos a esos casos; de que solo declarará la inconstitucionalidad cuando esta sea 'clara y manifiesta', como si no fuera su deber

declararia quando existe, sea o no manifesta, etcétera".<sup>30</sup>

Da reflexão do mestre, passamos para uma pequena análise da norma tida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual "na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Referida norma acentua o princípio da finalidade e indica o caminho correio a ser palmilhado pelo aplicador do Direito.

Interessantíssimo, pois, transcrevermos dois acórdãos que, até mesmo pela data em que foram proferidos, indicam, sem sofismas, da imperatividade, para o julgador, de decidir sempre visando aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum. Assim, temos que:

"O Juiz não é mais escravo da lei. Não se pode chumbar á sua letra, muitas vezes escrita há anos, há séculos passados, quando outras eram as condições de existência social, que ela visou disciplinar. Servirá a lei aplicando-se humanamente, tendo em vista as realidades sociais, as exigências da equidade e da *moral coletiva*, livre dos exageros da dialética e do emaranhado de fórmulas escritas. Como disse eminente juiz: o magistrado não pode ficar impassível na majestade do cargo, como

<sup>30</sup> GORDILLO, Agustin. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 1974, Tomo I, cap. III, p. 7.

se ele também não tivesse, dentro das finalidades de sua missão social e política, tal qualmente o legislador, o dever imperioso de não relegar para segundo plano, com lamentável indiferença, ambiente e situações imprevistas que, por vezes, reclamam diverso tratamento, por ânsia de melhor e mais perfeita justiça."<sup>31</sup>

"Nenhum Jurista pode fugir, na hora presente, à atração que a revolução nas idéias jurídicas desdobre aos seus olhos, num convite sedutor para levá-lo pela mão, cheio de entusiasmo, ao centro dos acontecimentos envolventes e de lá, com os olhos voltados para todos os ângulos em que se debatem os problemas de direito, os mais agudos, observar e lutar a boa luta dos que devem ver na estruturação jurídica que se processa a base sólida para a verdadeira organização da paz social e jurídica.

Sentimos, a cada instante, essa atração e, sob a influência dos fatos, entramos nas pesquisas, cômicos do nosso dever judicante. E foi por esse aceno de envolvimento jurídico que não nos detivemos no formalismo estático, rebuscando, sem os perigos de meros impressionismos, nos novos cenários, os quadros da vida nesta grande hora de mobilização espiritual, os lugares preciosos donde pudéssemos escolher os rumos seguros para um

<sup>31</sup> TJES - Acórdão proferido pelo Rel. Des. Bastos, RT 113/779.

reajustamento do aspecto jurídico do caso em apreço.

JOSEPH HUTCHENSON JR., no seu trabalho intitulado o 'juízo definitivo', refere-se como MAX RADIN, aludindo à nova concepção sobre a influência da intuição que parece desejável ao Juiz aquilo que, de acordo com a sua formação, a sua experiência e as suas concepções reais, o impressiona como sendo a consequência jurídica que deve resultar dos fatos.<sup>32</sup>

Deve-se ressaltar, entretanto, que se a norma insculpida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil não obriga ao Juiz, quando a norma for constitucional, mormente aquela (princípio da moralidade), na qual se contém um princípio fundamental do sistema, a observância da finalidade do ato e a sua resultante social, torna-se retor inafastável do comportamento interpretativo, a cargo do julgador.

A observância desse imperativo é de suma importância, sobretudo a fim de evitar a visão autoritária do Direito Administrativo, que alguns ainda insistem em possuir, evitando-se essa visão apertada, na qual, transcrevendo feliz passagem do eminente SÉRGIO FERRAZ<sup>33</sup>,

"o indivíduo não tem lugar, a não ser que o próprio Estado o permita, traduzindo uma crença autocrática na exclusividade da direção estatal no exercício da

<sup>32</sup> Voto vencido do Des. Cunha Barreto, no Ac. Câms. Civ. Reun. do TJPE, aos 23/10/44, in Arq. For., vol. 17, p. 553 - cit. parcialmente.

<sup>33</sup> FERRAZ, Sérgio. *Controle Jurisdicional do Mérito do Ato Administrativo.*, p. 295.

atividade administrativa, indiscutivelmente favorecendo-a sobremodo".

O eminente mestre argentino AGUSTIN GORDILLO preleciona que:

"El derecho administrativo es por excelencia la parte de la ciencia del derecho que más agudamente plantea el conflicto permanente entre la autoridad y la libertad. 'Estado e individuo, orden y libertad: la tensión encerrada en estas ideas sintéticas es insoluble', ha dicho un autor; pero aunque no lleguemos a pensar que la tensión o el conflicto sea insoluble, y admitamos la posibilidad de un equilibrio dinámico entre ambos, es evidente que la obtención de tal equilibrio ha de ser una de las más difíciles y delicadas tareas de la ciencia moderna."<sup>34</sup>

De feito, o eminente mestre advoga a tese de que é necessário trazer para o interior do conceito de Direito Administrativo o indivíduo como administrado, preferindo ver este ramo do direito público como aquele que estuda o exercício da função administrativa e a *proteção judicial ao administrado, quando ela se dê ilegal ou abusivamente.*

<sup>34</sup> GORDILLO, Agustin. Op. cit., 1991, t. 1, cap. 3, p. 1.

Trazemos à cola mais uma passagem da monumental obra de GORDILLO:

"Aqui reside uno de los pilares esenciales de la temática del derecho administrativo: la protección del administrado contra el ejercicio irregular o abusivo de la función administrativa; si relegáramos este problema a ser uno de los aspectos secundários de la disciplina, estaríamos quitándole a esta una de sus notas características en el Estado de Derecho, y por lo tanto su diferenciación con el derecho administrativo totalitário. Es, pues, muy importante destacar que el problema central de esta matéria no es solo la administración pública (su organización, sus actos, sus facultades, etc...), sino también su contraposición frente a los derechos individuales de los habitantes. Consideramos que el derecho administrativo debe estar orientado hacia el estudio de los derechos individuales y en definitiva de la libertad humana, y que la protección de estos contra el ejercicio abusivo o ilegal de la función administrativa debe transformarse en una de sus más trascendentales finalidades: debe quitársele al derecho administrativo su apariencia de disciplina interesada casi exclusivamente en la administración pública y sus fines y dársele en cambio una estructura externa y conceptual que claramente represente su búsqueda consciente y

constante de un equilibrio razonado entre individuo y el Estado."<sup>35</sup>

Equilíbrio razoável entre indivíduo e Estado. Proteção contra o exercício abusivo da função administrativa. Eis os grandes ensinamentos do mestre portenho.

## 1 - Possibilidade Jurídica do Controle

Exercício abusivo da função administrativa ou desvio de poder ocorre quando a autoridade administrativa faz uso do poder de que é detentora, em casos e para fins diversos dos pretendidos por lei, tais como, quando atua em discordância ao princípio da moralidade administrativa.

O desvio de poder envolve noção teleológica, por isso o fim perseguido pela autoridade administrativa é básico para julgar a intenção de seu autor.

O bom resultado pretendido pela Administração Pública, sob o pálio da moralidade, não deve ser considerado apenas em relação ao resultado objetivamente considerado, mas também deve atender ao espírito do móvel que impulsionou o agente ao atuar administrativamente.

Desta sorte, a lei só permite que o administrador se manifeste intencionalmente no interesse público. Logo, se o administrador usa de sua competência

<sup>35</sup> *Apud* FERRAZ, Sérgio. *Op. cit.*, p. 296.

para editar determinado ato, ainda que sob a máscara da legalidade, desviando-se do fim legal (moralidade) para satisfazer interesses puramente privados, ainda que seja apenas interesse de ordem moral, como mero capricho ou vaidade, estará, sem dúvida alguma, incorrendo em excesso, desnaturando o ato, eivando-o de vício não passível de convalidação, configurando-se, em suma, o desvio de poder.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe inculcado, em seu art. 37, o princípio da moralidade administrativa, tem-se que o poder administrativo deverá sempre subordinar-se ao bem do serviço público, sob pena de desvio de poder, não importando mais a simples aferição da legalidade estrita, permitindo-se, pois, restrições ao poder administrativo, no que concerne ao móvel que impeliu o administrador a agir.

Ao ato administrativo inquinado de desvio de poder falta o fim moral exigível à natureza do ato, nada obstante, quase sempre, venha oculto sob o véu da legalidade.

Abonando entendimento de SÉRGIO FERRAZ, dúvida alguma fica na veracidade da afirmação de que em várias hipóteses o ato administrativo haverá de ser examinado sob o prisma de sua legalidade, com uma inflexão ou uma reflexão sobre o seu mérito.

De forma alguma, porém, advogamos a tese de

"que a perquirição judicial chegue ao ponto de impor que o ato administrativo seja feito segundo a avaliação meritória do Juiz.

Haveria aí, ao menos em principio inconstitucional, invasão e conseqüente usurpação de atribuições e poderes."<sup>36</sup>

"Ninguém ousa defender o desaparecimento da discricionariedade administrativa. Sabe-se que os órgãos administrativos não podem, de modo algum, elaborar um código de conduta não-discricionário, específico e simples. Mas não há dúvida que a proteção fundamental dos direitos repousa tanto em processos formais como nos padrões éticos da Administração e agentes públicos, na sua concepção de interesse público e do uso do poder a eles confiado."<sup>37</sup>

O que se preconiza aqui é que a motivação integra o campo da legalidade, que o ato imoral é ilegal e que este campo (legalidade/moralidade) jamais poderá ser questionado quanto à sindicabilidade judicial, permitindo, pois, ao Juiz descer aos casos particulares, para penetrar nas regiões dos motivos que levaram o agente a agir, sem contudo ferir de morte a espontaneidade do poder discricionário.

Julgados há que corroboram nosso entendimento. Assim, destacamos:

"É lícito ao Poder Judiciário examinar o ato administrativo sob o aspecto da moralidade e

<sup>36</sup> FERRAZ, Sérgio. *Op. cit.*, p. 300.

<sup>37</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. *O Controle da Moralidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

do desvio de poder. Com o princípio inscrito no art. 37, a Constituição Federal cobra da Administração, além de uma conduta legal comportamento ético.<sup>38</sup>

"O mérito do ato administrativo refoge à crítica judicial. Ressalvem-se os respectivos fundamentos, ou seja, se a apreciação de oportunidade e conveniência apoia-se em fato legítimo."<sup>39</sup>

"O controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo."<sup>40</sup>

## 2 - Instrumentos Processuais

Pois bem, a Constituição Federal de 1988, além de mencionar a moralidade como um dos princípios da Administração, aponta instrumentos para sancionar sua inobservância.

<sup>38</sup>Resp. 21.923.5, Rel. Min, Gomes de Barros, DJU de 13/10/92, p. 17.662.

<sup>39</sup>Rec. Esp. 4.790, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU de 05/11/90, p. 12,425.

<sup>40</sup>TJSP - Rel. Des. Cardoso Rolim, publicado na Revista de Direito Administrativo, vol 89, p. 134.

Um deles é a ação popular que pode ser proposta por qualquer cidadão eleitor para anular ato lesivo à moralidade administrativa, consoante disposição contida no artigo 5º, inciso LXXIII.

Outro deles encontra-se previsto no art. 129, inc. III, da Magna Carta, que reza:

"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - **Promover** o inquérito e a **ação civil pública**, para a proteção do **Patrimônio público** e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (grifos nossos).

Sobre este tema preleciona HUGO NIGRO

MAZZILLF<sup>41</sup> que:

"A *mens legis* consiste em conferir iniciativa ao Ministério Público seja para acionar, seja para intervir na defesa do Patrimônio público, sempre que alguma razão especial exista para tanto, como quando o Estado não toma a iniciativa de **responsabilizar** o administrador anterior **ou em exercício** por danos por este causados ao Patrimônio público, **ou quando razões de moralidade administrativa** exigem (...)"

<sup>41</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: RT, 1994,p.114.

Prossegue o mestre:

"A própria Constituição exige a moralidade administrativa como princípio informador da administração pública (art. 37, *caput*).

Na teoria do direito administrativo, a noção de imoralidade administrativa começou por ligar-se à teoria do desvio de poder. Desta forma, o ato imoral, pelos seus fins, fere o princípio da legalidade e, assim como pode ser objeto de questionamento em ação popular, pode também ser atacado por meio de ação civil pública em defesa do Patrimônio público (...)"<sup>42</sup>

Na verdade, tendo o legislador inserido como função constitucional do Ministério Público a Ação Civil Pública para a defesa do Patrimônio público e de outros interesses difusos e coletivos e, atento ao básico de que todo cidadão possui direito a um comportamento, por parte do administrador, pontilhado pela ausência do abuso e balizado pela razoabilidade, pela ética e pela justiça, e que esse direito é público subjetivo, entendo, *data vénia*, a Ação Civil Pública como instrumento processual apto a ser manejado em face do ato imoral para desconstituí-lo, ainda que do mesmo não se tenha registrado prejuízo ao Patrimônio público.

Como se vê, a defesa da moralidade administrativa cabe não só ao cidadão, pela ação popular, como também ao Ministério Público, pelo viés da ação civil pública.

<sup>42</sup> MAZZILLI, Hugo Migro. Op. cit., p. 114/115.

A seu turno, a Constituição Federal faz previsão de sanções para os agentes públicos por atos ou condutas de improbidade administrativa. Como cediço na doutrina, a probidade, que há de caracterizar a conduta e os atos das autoridades e agentes públicos, aparecendo como dever, decorre do princípio da moralidade administrativa.

Outrossim, o § 4º do art. 37 prevê, para os atos de improbidade administrativa dos agentes públicos em geral, a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao Erário, na forma e gradação indicados em lei.

Essa lei, de nº 8.429, foi editada aos 02 de junho de 1992 e, além de caracterizar como de improbidade administrativa os atos que importam enriquecimento ilícito e prejuízo ao Erário (artigo 9º e 10), o referido texto também qualifica os atos que atentam contra os princípios da administração pública em seu art. 11. Desse modo, como já falado, a lei em tela inseriu, em seu interior, condutas que não implicam necessariamente locupletamento de caráter financeiro ou material.

WOLGRAN JUNQUEIRA, em obra intitulada *Enriquecimento Ilícito dos Servidores Públicos no Exercício da Função*, à p. 153, esclarece bem a questão ao dizer que os princípios enumerados no art. 11 são decorrentes lógicos dos princípios emanados do art. 4º da própria lei que, afinal, tiveram sua origem no preceito constitucional insculpido no art. 37 da Constituição Federal.

### 3 - Meios de Prova

"Se o administrador exercer os poderes em que está investido, quer num fim pessoal, quer num fim político, quer num fim religioso, está caracterizado, de modo insofismável, o desvio de poder.

Por móvel pessoal entenda-se o interesse econômico do autor do ato, ou qualquer tipo de sentimento como a inimizade, o ódio, a vingança pessoal e os caprichos da vaidade do poder.

Por móvel político, a decisão da autoridade com o fito de prejudicar ou ridicularizar, expressando sentimentos de mesquinhez, o adversário político."<sup>43</sup>

As provas são os elementos que determinam a convicção do Juiz.

Preleciona ULDERICO PIRES DOS SANTOS

que:

"a função da prova é abonar acontecimento posto em dúvida. É, por melhor dizer, declaração instrumentada sobre a verdade do fato colocado sob suspeição."<sup>44</sup>

<sup>43</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos Atos Administrativos Especiais*. Rio de Janeiro: Forense, p. 328.

<sup>44</sup> PIRES DOS SANTOS, Ulderico. *Meios de Prova*. UPS Editorial, 1995, p. 03.

Regra geral, é difícil encontrar provas diretas a revelar a intenção do administrador, ao editar o ato administrativo, no que diz respeito ao móvel que o impulsionou para a edição do ato em si.

Isto porque, via de regra, o administrador que agiu de má-fé procura mascarar a medida ilegal, envolvendo-a com o manto da ilegalidade.

Como bem diz CRETELLA JÚNIOR:

"Fácil é compreender que, quando o administrador usa os poderes de que é detentor para fim nefando, não será ingênuo em confessá-lo ou em deixar vestígios verdadeiros do ato praticado e apresenta, oficialmente, um pretexto legal. Trata-se de desmascarar o embuste."

Ou, ainda, pelo mesmo autor:

"Oculto sob a máscara da legalidade, praticado quase sempre por autoridade sagaz que, usando de todo o requinte de sutileza que lhe proporciona a cômoda posição em que se acha, procura dissimular o endereço real do ato editado para que, mais tarde, arguido o desvio, possa eximir-se facilmente da culpa por ausência absoluta de vestígios incriminatórios, o ato administrativo viciado nem sempre se revela à primeira vista, mas o

<sup>45</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 326.

interessado procura colocá-lo em evidência, apontando-o e denunciando-o, fundamentado nas provas e nos indícios repontáveis aqui e ali, na documentação administrativa, o que denominamos de sintomas do desvio de poder".<sup>46</sup>

Evidente que, pelas suas peculiaridades, a moralidade administrativa irá exigir de quem a julgue um exame aprofundado em matéria de prova, pois aqui não se irá tratar de elementos externos do ato, como a forma e a competência; o que irá passar, em última análise, pelo crivo do Judiciário será a psicologia do autor do ato, o móvel que o inspirou na prática do ato.

Não se trata, obviamente, de se pedir a quem julga que cumpra a tarefa impossível e impertinente de penetrar nos recônditos da alma, na indevassável mente e no inexplorável pensamento do autor do ato administrativo. Realmente, não se trata de perscrutar os rins e coração do autor do ato administrativo.

Ao contrário, trata-se de se pesquisar certos sintomas, traduzidos estes por indícios, traços, presunções, regras de experiência que, pela sua maneira ostensiva, liberta o Judiciário a proclamar que a autoridade exorbitou, agindo, pois, arbitrariamente, como bem ressalta CRETELLA JÚNIOR.

De acordo, pois, com o salientado, tem-se que, *in casu*, a prova será indireta, porém, não menos válida, eis que tendo o nosso Direito sufragado o princípio do livre

<sup>46</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit., p. 310.

convencimento do Juiz e, assim, abolido e repudiado o sistema hierárquico entre os diversos meios probatórios existentes, impossível é aceitar qualquer assertiva de ser a prova indireta possuidora de menor valor.

Com relação aos indícios, disserta ESPÍNOLA FILHO<sup>47</sup> que:

"Há um preconceito na doutrina e, principalmente, na prática, de que o indício é uma fonte imperfeita, e menos atendível, de certeza do que a prova direta. Isso não é exato. A eficácia do indício não é menor que a da prova direta, tal como não é inferior a certeza racional à história e física. O indício é somente subordinado à prova, porque não pode subsistir sem uma premissa, que é a circunstância indiciante, ou seja, uma circunstância provada; e o valor crítico do indício está em relação direta com o valor intrínseco da circunstância indiciante. Quando esteja bem estabelecida, pode o indício adquirir importância predominante e decisiva no Juízo."

Válidas também são as regras de experiência dos julgadores, assim como as presunções baseadas na experiência e conhecimento dos juízes.

Diz bem PONTES DE MIRANDA ao afirmar

que:

<sup>47</sup> ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, v. 3, p. 143.

"ao lado dos fatos notórios estão os julgamentos da vida, observações gerais, que constituem máximas gerais, ditames, com que exprimimos o que sabemos das nossas reações, de como nos comportamos, às vezes chamados a 'nossa experiência de vida', ou a 'experiência do Juiz', traquejo, como, por exemplo, em matéria de acidentes de transportes, o perigo e a culpabilidade das companhias pela queda de pingentes nos curvos, o corvejar dos cunhados e tios em torno das heranças."<sup>48</sup>

Nesta alheta, as jurisprudências abaixo:

"Realmente, há certas coisas no mundo que se tornam conhecidas pela simples experiência diária. É a lição de vida. E a obra humana, quando não encontra censura no senso moral que cada um possui, torna-se livremente consentida, vale dizer, lícita."<sup>49</sup>

"O Juiz não pode desprezar as regras de experiência comum ao proferir a sentença. Vale dizer, o Juiz deve valorizar e apreciar as provas dos autos, mas ao fazê-lo pode e deve servir-se da sua experiência e do que comumente acontece."<sup>50</sup>

<sup>48</sup> *Apud* PIRES DOS SANTOS, Ulderico. *Op. cit.*, p. 36.

<sup>49</sup> RE 108.272-1 - RS, 2ª Turma do STF, rel. Min. Célio Borja, RT 622/226-230.

<sup>50</sup> JTA 121/139.

"As presunções assumem o papel de prova privilegiada ou, mais precisamente, de prova específica. E, na avaliação da prova, deve, evidentemente, concorrer a experiência do Juiz o conhecimento que ele tem da vida dos homens, no sentido de dar aos fatos trazidos para o processo a sua real significação."<sup>51</sup>

Com relação ao tema versado nesse texto, as maiores contribuições doutrinárias para delinear os indícios ou sintomas do desvio de poder partiram da doutrina italiana e francesa que, a *partir dos fins do século passado*, com esforço imensurável, construíram o conceito de desvio de poder e a partir das construções pretorianas de seus Conselhos de Estado, foram estabelecendo os critérios para as hipóteses concretas a serem apreciadas pelo Judiciário.

Hoje, com a consagração doutrinária dos autores mais representativos, é possível apontar os sintomas principais e que são suficientes para suscitar o exame do ato administrativo perante a administração ou perante o Judiciário, pedindo-se, via de consequência, o reconhecimento do *desvio* e a sua consequente responsabilidade.

Nesse sentido, CRETELLA JÚNIOR, *in Sintomas Denunciadores do Desvio de Poder*, Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, 1976, p. 27 a 44, arrola, dentre outros, os seguintes indícios ou sintomas de desvio que, para o caso em análise, são de suma valia.

<sup>51</sup> TJRS, 4ª C. ap. 586.011.116 - Porto Alegre, rel. Des. Oscar Gomes Nunes, Adcoos 10, Ano XIX, p. 151.

Assim, temos: *precipitação na edição do ato; motivação escassa; circunstâncias locais anteriores à edição do ato; alteração dos fatos; ilogicidade ou injustiça manifesta; contradição do ato com atos ou medidas posteriores e convergência de feixe de sintomas.*

Com a ajuda de CRETELLA JÚNIOR, pelo artigo citado, procurar-se-á, em breve síntese, analisar-se os sintomas referidos.

Logo, no que concerne à motivação insuficiente, tem-se que o ato administrativo exprime a vontade da Administração. Se esta é escassa, o intérprete e o destinatário ficam perplexos a respeito da verdadeira razão inspiradora do administrador. Sem dúvida alguma, tal circunstância ofende três incisos do art. 5º da Constituição Federal, a saber: XXXIV, a; XXXV e LV. Sim, pois a motivação insuficiente, por via oblíqua, estará cerceando a defesa do administrado e a possibilidade sua de levar à apreciação do Poder Público ou ao Judiciário a real motivação da Administração que lhe está a ameaçar do direito.

A seu turno, por circunstâncias locais anteriores à edição do ato, leva-se em consideração o momento fático-político anterior à edição do ato. Por exemplo, um prefeito municipal que toma posse num dia e, no seguinte, resolve colocar em disponibilidade remunerada vários funcionários efetivos da edilidade que, durante a eleição, ostensivamente, manifestaram-se contrariamente a sua eleição, sendo que, com isso, força a entidade a um dispêndio sem a devida contraprestação, movido, única e exclusivamente, pelo sentimento egoístico e mesquinho.

No que diz respeito à alteração dos fatos, CRETELLA JÚNIOR menciona o douto CINO VITTA (VITTA, Cino - *Diritto amministrativo* - 3. ed., v. II, p. 421-432) para dizer que a alteração

"verifica-se como a averiguação ou a avaliação dos fatos, em geral, de modo artificial, com a finalidade de submetê-los a aplicação de preceito de lei, sob o qual, de outro modo, não teriam sido enquadrados. O ato é inoportuno quando não pareça justificado por suficientes motivos de fato, embora subsistindo alguns dos fatos que a lei levou em conta, ao passo que é viciado por travisamento (alteração), quando nenhum dos fatos apresentados corresponde à realidade e esteja assim ausente toda exigência de interesse público". Exemplo "é a ordem de fechamento de edifício de habitação por insalubridade, alterando-se para isso os fatos, quando na verdade a casa é modelo de salubridade".<sup>52</sup>

Injustiça manifesta é a diversidade ou disparidade de tratamento atribuída a situações idênticas. A Administração deve agir com ética. Veja-se a hipótese em que um grupo de funcionários cometem faltas disciplinares e apenas um e outro é punido por esta transgressão, quando fica patente que esse um e outro pertencem a facção política diversa.

<sup>52</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit., p. 06.

Também a motivação contraditória é sintoma inequívoco da presença do desvio de poder e se revela pelo contraste insanável entre os diversos incisos da motivação ou entre a motivação e o dispositivo.

CRETELLA JÚNIOR cita um caso de desapropriação de mansão particular na Bahia, para a instalação, no imóvel, de escola-parque para excepcionais. Neste caso, o professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO ofertou um parecer, publicado em RDA 118/435, assim se manifestando:

"A menção deste segundo motivo serve, entretanto, para colocar sob suspeita o primeiro, se outras razões não houvesse para tanto. Como duas cogitações tão díspares, o interesse dos excepcionais e a preservação da beleza cidadina podem confluir numa expropriação, sem que se suspeite de que tais motivos foram indevida e falsamente invocados, ou ao menos um deles?"<sup>53</sup>

Enfim, por convergência de feixe de sintomas deve-se entender a presença de um ou mais sintomas.

## VI - Conclusões

1 - Nos dias atuais, a moral pública revestiu a forma jurídica de norma, com o comportamento moral tornando-se questão objetiva integrando o Direito.

<sup>53</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. *Op. cit.* p. 06.

2 - O conceito de moralidade administrativa, por ser de difícil expressão, quase sempre é fornecido de forma indireta, procurando-se destacar termos e noções daquilo que representa uma conduta aética, arbitrária ou excessiva.

3 - A moralidade administrativa é um direito público subjetivo do cidadão.

4 - O princípio constitucional da moralidade é dotado de normatividade e vinculatividade.

5 - A moralidade administrativa é pré-requisito para o cumprimento dos deveres da honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

6 - Ato imoral não é apenas o ato desonesto, mas também o ato formalmente legal, porém aético para com a instituição, como também são imorais os atos evitados de parcialidade e deslealdade.

7 - Para o combate à imoralidade administrativa, a Constituição coloca para o cidadão a Ação Popular e para o Ministério Público a Ação Civil Pública.

8 - O poder administrativo deverá sempre subordinar-se ao bem do serviço público, sob pena de desvio de poder, não importando mais a simples aferição da legalidade estrita, permitindo-se, pois, restrições ao poder administrativo, no que se refere ao móvel que impeliu o administrador a agir.

9 - Para a análise judicial da moralidade administrativa, por vezes ter-se-á que fazer a mesma com uma inflexão ou reflexão sobre o seu mérito, o que vem sendo aceito em algumas decisões de nosso Tribunais, pois com o princípio inscrito no art. 37, a Constituição Federal cobra da Administração, além de uma conduta legal, comportamento ético. Em suma, a motivação integra o campo da legalidade; o ato imoral é ilegal e o campo da legalidade/moralidade jamais poderá ser questionado quanto à possibilidade de sua apreciação judicial.

10- Para o controle eficaz da moralidade administrativa, a nível judicial, quase sempre deverá se lançar mão das provas indiretas, das regras de experiência dos julgadores, assim como das presunções baseadas na experiência e conhecimento dos juízes, sendo tudo isso formalmente válido em nosso Direito Processual, não se podendo aceitar qualquer assertiva de ser a prova indireta de menor valor.

## Referências Bibliográficas

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Ato administrativo, licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 1995.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del-Rey, 1992.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos atos administrativos especiais*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Enriquecimento ilícito dos servidores públicos no exercício da função*. São Paulo: EDIPRO, 1994.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974,

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro; Forense, 1988.

GORDILLO, Agustin A. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Macchi Lopez, 1975.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: RT, 1994.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 17. ed. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. São Paulo: RT, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1992.

PAZZAGLINI FILHO, Marino et ali. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Atlas, 1996.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del-Rey, 1994.

SANTOS, Ulderico Pires. *Meios de prova*. São Paulo: UPS, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: RT, 1989.