

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito e Ciências do Estado
Programa de Pós-graduação em Direito

Matheus Canazart Lage

**PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: definição do conteúdo jurídico
à luz da construção histórica a partir da obra de Maurice Hauriou**

Belo Horizonte
2023

Matheus Canazart Lage

**PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: definição do conteúdo jurídico
à luz da construção histórica a partir da obra de Maurice Hauriou**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito

Orientador: Prof. Florivaldo Dutra de Araújo.

Belo Horizonte
2023

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Queiroz - CRB-6/2233.

L174p Lage, Matheus Canazart
Princípio da moralidade administrativa [manuscrito]: definição do conteúdo jurídico à luz da construção histórica a partir da obra de Maurice Hauriou / Matheus Canazart Lage - 2023.
171 f.

Orientador: Florivaldo Dutra de Araújo.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.
Bibliografia: f. 155-163.

1. Direito administrativo - Teses. 2. Moralidade administrativa - Teses. 3. Moralidade administrativa - Teses. 4. Atos administrativos - Teses. I. Araújo, Florivaldo Dutra de. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 351.9



ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DO ALUNO MATHEUS CANAZART LAGE

Realizou-se, no dia 24 de maio de 2023, às 09:00 horas, Salão Nobre, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: definição do conteúdo jurídico à luz da construção histórica a partir da obra de Maurice Hauriou*, apresentada por MATHEUS CANAZART LAGE, número de registro 2021654383, graduado no curso de DIREITO/NOTURNO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Florivaldo Dutra de Araújo - Orientador (UFMG), Prof(a). Flávio Henrique Unes Pereira (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e), Prof(a). Eurico Bitencourt Neto (Universidade Federal de Minas Gerais).

A Comissão considerou a dissertação:

Aprovada com autorização para publicação, tendo obtido a nota 100.


Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 24 de maio de 2023.


Prof(a). Florivaldo Dutra de Araújo (Doutor) Nota 100.


Prof(a). Flávio Henrique Unes Pereira (Doutor) Nota 100.


Prof(a). Eurico Bitencourt Neto (Doutor) Nota 100.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Florivaldo Dutra de Araújo, pela orientação que iluminou veredas e abriu horizontes, por ser referência e exemplo, e por revelar, desde os primeiros passos na graduação, as profundezas e as belezas do Direito Administrativo. Aos professores Eurico Bitencourt e Maria Tereza Dias, pela sabedoria compartilhada com generosidade durante as aulas e pelas observações precisas na banca de qualificação.

Ao Caio e aos demais amigos da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte, pela troca de ideias e pelas provocações instigantes que acenderam novas faíscas de reflexão para o desenvolvimento deste trabalho.

Aos meus pais, Dilma e José Carlos, pelo ensinamento de que a dedicação é a força que nos aprimora continuamente e a ferramenta mais poderosa na construção de qualquer conquista. Às minhas avós, fontes de sabedoria silenciosa e de imensurável afeto, por sustentarem minhas raízes.

À Clara, por me ajudar a remar mesmo quando as águas pareciam revoltas e por, com muita ternura, fazer-se ninho nos dias de estudo e escrita, tornando o peso mais leve e o caminho mais doce.

À Faculdade de Direito da UFMG, que se fez lar desde os meus primeiros passos no Direito, sou grato por suas portas sempre abertas e por acolher, com generosidade, os filhos que buscam em seus corredores a luz do saber.

“Natureza da gente não cabe em certeza nenhuma” (GUIMARÃES
ROSA, 1994)

RESUMO

A presente dissertação busca abordar o conteúdo jurídico do princípio da moralidade administrativa no direito brasileiro. Para tal fim, destringir-se-á a análise em três grandes partes principais. Na primeira parte, será abordada a construção histórica da moralidade administrativa a partir da obra de Maurice Hauriou no contexto do direito francês do início do século XX, passando pela colaboração de Henri Welter no desenvolvimento do conceito, com destaque para a distinção entre os controles de moralidade e legalidade à luz dessa construção inicial e, ainda, pelo papel desempenhado pelo institucionalismo enquanto fundamento filosófico da estruturação da noção de moralidade administrativa. Em seguida, será investigado como se deu a introdução da moralidade administrativa no direito brasileiro pré-Constituição de 1988, com destaque para as obras de Antônio José Antônio e Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Será verificado, ainda, como se deram as referências à moralidade administrativa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no período que antecedeu a Constituição de 1988. Na segunda parte do trabalho, examinar-se-á as principais tentativas de definição do princípio da moralidade administrativa pela doutrina do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, para identificar os principais elementos que compõem as definições de moralidade administrativa no direito brasileiro. Em seguida, analisaremos cada um desses principais elementos, destacando-se: a relação entre a moralidade administrativa e o controle do desvio de poder; a pretensa autonomia do princípio da moralidade administrativa frente à legalidade; a relação entre a moralidade administrativa e a moral comum à luz da teoria principiológica pós-positivista e da teoria kantiana; a ligação entre a moralidade administrativa e a boa-fé objetiva e, ainda, a relação entre moralidade e probidade administrativa. Por fim, na terceira parte do trabalho, serão analisadas as definições de moralidade administrativa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ao final, o trabalho tentará responder, à luz da construção histórica a partir da obra de Maurice Hauriou, qual é a abrangência do princípio da moralidade administrativa enquanto parâmetro de controle do ato administrativo, ou seja, se o princípio é utilizado para abranger aspectos da “moralidade comum” ou se apresenta restrito aos aspectos teleológicos do ato administrativo.

Palavras-chave: Princípios da Administração Pública. Moralidade administrativa. Controle dos atos administrativos.

RESUMEN

La presente disertación busca abordar el contenido jurídico del principio de la moralidad administrativa en el derecho brasileño. Para este fin, se desglosará el análisis en tres grandes partes principales. En la primera parte, se abordará la construcción histórica de la moralidad administrativa a partir de la obra de Maurice Hauriou en el contexto del derecho francés de principios del siglo XX, pasando por la colaboración de Henri Welter en el desarrollo del concepto, destacando la distinción entre los controles de moralidad y legalidad a la luz de esta construcción inicial y, además, por el papel desempeñado por el institucionalismo como fundamento filosófico de la estructuración de la noción de moralidad administrativa. A continuación, se investigará cómo se introdujo la moralidad administrativa en el derecho brasileño previo a la Constitución de 1988, destacando las obras de Antônio José Antônio y Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. También se verificará cómo se hicieron las referencias a la moralidad administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal en el período que antecedió a la Constitución de 1988. En la segunda parte del trabajo, se examinarán los principales intentos de definición del principio de moralidad administrativa por parte de la doctrina del Derecho Administrativo y del Derecho Constitucional, para identificar los principales elementos que componen las definiciones de moralidad administrativa en el derecho brasileño. A continuación, se analizará cada uno de estos elementos principales, destacando: la relación entre la moralidad administrativa y el control del desvío de poder; la supuesta autonomía del principio de moralidad administrativa frente a la legalidad; la relación entre la moralidad administrativa y la moral común a la luz de la teoría principiológica post-positivista y de la teoría kantiana; la conexión entre la moralidad administrativa y la buena fe objetiva, y la relación entre moralidad y probidad administrativa. Por último, en la tercera parte del trabajo, se analizarán las definiciones de moralidad administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal. Al final, el trabajo intentará responder, a la luz de la construcción histórica a partir de la obra de Maurice Hauriou, cuál es el alcance del principio de moralidad administrativa como parámetro de control del acto administrativo, es decir, si el principio se utiliza para abarcar aspectos de la “moralidad común” o si se presenta restringido a los aspectos teleológicos del acto administrativo.

Palabras clave: Principios de la Administración Pública. Moralidad administrativa. Control de los actos administrativos.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
----------------------------	----------

PRIMEIRA PARTE: NASCIMENTO JURÍDICO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E SUA INSERÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO PRÉ-CONSTITUIÇÃO DE 1988

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	10
3. O NASCIMENTO DO CONCEITO NO CONTEXTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO FRANCÊS.....	12
3.1. A MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA OBRA DE MAURICE HAURIOU .	12
3.2. A COLABORAÇÃO DE HENRI WELTER NA TAREFA DE CONSTRUÇÃO DO CONTEÚDO TEÓRICO DA IDEIA DE MORALIDADE ADMINISTRATIVA	22
3.3. DISTINÇÃO ENTRE OS CONTROLES DE MORALIDADE E LEGALIDADE NAS OBRAS DE MAURICE HAURIOU E HENRI WELTER.....	28
3.4. O INSTITUCIONALISMO DE MAURICE HAURIOU E A INFLUÊNCIA DA TEORIA INSTITUCIONALISTA NA COMPREENSÃO DE MORALIDADE ADMINISTRATIVA	39
4. A COMPREENSÃO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO PRÉ-CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	45
4.1. O ENSAIO DE ANTÔNIO JOSÉ BRANDÃO COMO PRIMEIRA REFERÊNCIA À MORALIDADE ADMINISTRATIVA EM LÍNGUA PORTUGUESA.....	45
4.2. A COMPREENSÃO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA OBRA DE MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO	51
4.3. AS REFERÊNCIAS À MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PRÉ-CONSTITUIÇÃO DE 1988	54
5. CONCLUSÃO PARCIAL DA PRIMEIRA PARTE	57

SEGUNDA PARTE: A MORALIDADE ADMINISTRATIVA CONSTITUCIONALIZADA NO DIREITO BRASILEIRO E OS ELEMENTOS DA SUA DEFINIÇÃO TEÓRICA

6. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	60
6.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	60
6.2. AS TENTATIVAS DE DEFINIÇÃO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA DOUTRINA BRASILEIRA	62

6.2.1.	A vinculação entre a moralidade administrativa e moral comum: a referência ao texto de José Antônio Brandão	63
6.2.2.	A moralidade administrativa como fundamento de controle do vício teleológico da Administração Pública: a retomada da construção originária na obra de Maurice Hauriou 66	
6.2.3.	A distinção entre a moralidade administrativa como legalidade substancial do ato administrativo (art. 5º, inc. LXXIII, CR/88) e como vinculadora do princípio da boa-fé objetiva no Direito Administrativo (art. 37, <i>caput</i> , CR/88)	71
6.2.4.	Outras acepções acerca do princípio da moralidade administrativa na doutrina brasileira	75
7.	ELEMENTOS DAS DEFINIÇÕES DE MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO.....	78
7.1.	O DESVIO DE PODER COMO VÍCIO DE MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO	79
7.1.1.	Prolegômenos: a conceituação de ato administrativo, seus elementos e pressupostos.....	79
7.1.2.	O vício por desvio de poder e sua relação com a moralidade administrativa	82
7.2.	LEGALIDADE COMO JURIDICIDADE E A PRETENZA AUTONOMIA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA COMO PARÂMETRO DE CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	90
7.3.	A RELAÇÃO ENTRE A MORALIDADE ADMINISTRATIVA E A MORAL COMUM.....	96
7.3.1.	Os princípios como espécies de normas jurídicas nas obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy e a redefinição da relação entre moral e direito	97
7.3.2.	A moralidade administrativa como parâmetro de controle da moral comum sob a ótica kantiana.....	105
7.4.	A BOA-FÉ OBJETIVA E MORALIDADE ADMINISTRATIVA	110
7.5.	A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO VIOLAÇÃO QUALIFICADA À MORALIDADE ADMINISTRATIVA.....	116
7.6.	A MORALIDADE ADMINISTRATIVA COMO DIREITO COLETIVO TUTELADO PELA VIA DAS AÇÕES POPULARES.....	121
8.	CONCLUSÃO PARCIAL DA SEGUNDA PARTE	123
 TERCEIRA PARTE: A MORALIDADE ADMINISTRATIVA COMO PARÂMETRO DE CONTROLE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 		
9.	CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	126
10.	A MORALIDADE ADMINISTRATIVA EM AÇÕES EM CONTROLE CONCENTRADO	127

10.1.	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2797 / DF	128
10.2.	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1231 / DF	128
10.3.	AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 12 / DF	130
10.4.	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4125 / TO	133
10.5.	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4357 / DF E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4425 / DF	134
10.6.	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4169 / RR E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4601 / MT	135
10.7.	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5874 / DF	135
10.8.	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2934 / DF	136
10.9.	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4221 / PR	137
10.10.	ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 724 / DF 139	
10.11.	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6482 / DF	139
11.	A MORALIDADE ADMINISTRATIVA NAS DEMAIS AÇÕES NO STF.....	140
11.1.	MANDADO DE SEGURANÇA 21689 / DF	141
11.2.	RECURSO EXTRAORDINÁRIO 365368 / SC	142
11.3.	RECLAMAÇÃO 2138 / DF	143
11.4.	MANDADO DE SEGURANÇA 24020 / DF	144
11.5.	RECURSO EXTRAORDINÁRIO 405386 / RJ	145
11.6.	AÇÃO ORIGINÁRIA 2495 / MA	148
12.	CONCLUSÃO PARCIAL DA TERCEIRA PARTE.....	149
13.	CONCLUSÃO.....	152
	REFERÊNCIAS	155
	APÊNDICE I.....	164
	APÊNDICE II.....	167

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, ao tratar da Administração Pública, inovou ao incluir a moralidade administrativa como princípio orientador da Administração Pública (art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988) e, ainda, como direito juridicamente tutelado pela via das ações populares (art. 5º, inciso LXXIII)¹ (BRASIL, 1988a).

Entre os textos constitucionais que serviram de inspiração à Constituição brasileira — dentre os quais pode-se destacar as Constituições italiana, portuguesa, francesa, norte-americana e alemã — não se encontra qualquer referência à moralidade administrativa. Por sua vez, entre as Constituições latino-americanas, apenas na Constituição colombiana de 1991 encontra-se a previsão da “moralidade administrativa” de forma expressa e semelhante ao que ocorre no Texto Constitucional brasileiro².

A inserção deste princípio no Direito brasileiro ocorreu sem que fossem claros os contornos de sua definição. Em uma acepção ordinária, a amplitude do termo “moralidade”, em um primeiro momento, faz crer que se exigiria da Administração Pública uma convergência com preceitos éticos, sendo permitido um juízo subjetivista das intenções do administrador na prática administrativa.

A partir dessa concepção, surge, a reboque, a primeira reação, segundo a qual a vinculação da Administração a elementos puramente morais desnaturalizaria o conteúdo jurídico do direito, fazendo-o se confundir com a moral, resultando na perda do mínimo de objetividade necessário a garantir a segurança jurídica exigida na aplicação dos institutos jurídicos.

Nesse contexto, este trabalho tem como objetivo investigar o conteúdo da moralidade administrativa enquanto princípio regente do Direito Administrativo brasileiro, a fim de responder qual é a abrangência do princípio enquanto parâmetro de controle do ato administrativo. Ou seja, pretende-se responder se o princípio é utilizado para abranger aspectos da “moralidade comum” ou se emerge restrito aos aspectos teleológicos do ato administrativo.

¹ Muito embora as constituições brasileiras anteriores não façam referência expressa à moralidade administrativa, na Constituição de 1969 (oficialmente, Emenda Constitucional n. 1/1969), regente da fase de acentuado autoritarismo da ditadura civil-militar brasileira, há dispositivos a partir dos quais se pode concluir que a moralidade no exercício das funções estatais (inclusive na administrativa) já imposição constitucional. Confira-se, especialmente, o art. 151, inc. IV, o qual determina que lei complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade visando a preservar, entre outros: “**a moralidade para o exercício do mandato**”.

² Releva-se mencionar que a Constituição Política de 1991 incorporou a moralidade administrativa em seu texto de forma bastante similar à Constituição brasileira, prevendo-a tanto como princípio regente da função administrativa, no art. 209, quanto como direito/interesse coletivo passível de tutela via das *acciones populares*, nos termos do art. 88 (COLOMBIA, 1991).

Para isso, dividiremos a investigação em três grandes partes. Na primeira delas, nos dedicaremos a perquirir como se deu a construção histórica da noção de moralidade administrativa, a qual remonta à obra de Maurice Hauriou — posteriormente desenvolvida por Henri Welter —, no princípio do século XX. Buscaremos, ainda, os fundamentos da compreensão da moralidade administrativa a partir da teoria da instituição proposta pelo autor francês. Essa primeira parte do trabalho, ligada à apreensão histórica da moralidade administrativa, será tomada como marco teórico da pesquisa.

Em um segundo momento, ainda na primeira parte, identificaremos as referências à moralidade administrativa no Direito Administrativo brasileiro no contexto que precedeu a Constituição da República de 1988. Identificaremos como se deu a compreensão da moralidade na doutrina e na jurisprudência anteriormente à sua inserção expressa no regime administrativo brasileiro.

Na segunda parte do trabalho, faremos uma exposição sobre como se deu a constitucionalização da moralidade administrativa no Brasil e apresentaremos algumas das várias tentativas de definição do princípio, a fim de identificarmos os principais elementos que, de acordo com a doutrina, compõem o seu conteúdo. Uma vez identificado os elementos do princípio, nos debruçaremos sobre cada um deles à luz da construção histórica do princípio.

A partir disso, estudaremos: a relação da moralidade administrativa com o vício de desvio de poder; a pretensa autonomia do princípio relativamente à legalidade; a conexão existente entre a moralidade administrativa e a moral comum; a leitura de como a moralidade administrativa se aproxima ou se distingue da noção de boa-fé objetiva e, por fim, a associação da moralidade administrativa ao vício de improbidade administrativa. Assim, identificaremos o núcleo da noção de moralidade administrativa.

Por fim, na terceira e derradeira parte da pesquisa, nos debruçaremos sobre o tratamento dispensado pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto intérprete último da Constituição, à moralidade administrativa. A partir disso, será possível identificar as definições do princípio na jurisprudência da Corte Constitucional brasileira e em qual medida sua interpretação colabora, ou não, com a consolidação de seu conteúdo.

Partiremos da seguinte hipótese: a construção histórica da moralidade administrativa por Maurice Hauriou, enquanto aspecto vinculado à teleologia do ato administrativo, se deu para permitir o controle da finalidade dos atos administrativos em um momento histórico em que o controle dos atos administrativos se limitava à forma e à competência do ato administrativo. Dessa forma, a moralidade administrativa inserida como princípio regente da

Administração Pública possuiria sentido essencialmente jurídico, que, ainda que relacionado a noções morais, com ela não se confundiria.

Portanto, este trabalho terá como finalidade identificar o conteúdo da moralidade administrativa no direito brasileiro partindo, para isso, da sua construção histórica no direito francês.

PRIMEIRA PARTE: NASCIMENTO JURÍDICO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E SUA INSERÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO PRÉ-CONSTITUIÇÃO DE 1988

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É certo que a utilização de expressões abertas e fluidas é própria da abstração e generalidade das normas jurídicas, que se prestam a abarcar um sem-número de casos e indivíduos enquanto vigorar. Tais conceitos jurídicos indeterminados estão presentes em todos os ramos do Direito, podendo-se citar como exemplo: boa-fé e função social (Direito Civil), violenta emoção (Direito Penal), interesse público e moralidade administrativa (Direito Administrativo). Tais conceitos, abstratamente indeterminados, porém, adquirem determinação na realidade fática, a partir da interpretação/aplicação ao caso concreto.

É indesejável, no entanto, que a referida indeterminação atinja níveis tais que tornem o conceito jurídico não apenas indeterminado, mas também indeterminável, isto é, que se tornem de difícil (ou impossível) determinação mesmo diante de casos concretos. Do contrário, conforme registrado pela ministra Cármen Lúcia no julgamento do *Habeas Corpus* 93012/DF, há um vácuo de sentido, o qual torna a aplicação da norma uma tarefa permeada de subjetivismos:

Ministro, talvez estivéssemos diante de um nítido conceito indeterminado que não é indeterminável, porque diante dos dados encontrados, o juiz determina. Quer dizer, várias vezes, o direito fala de urgência, ordem pública, segurança pública, e o juiz cumpre esse papel, diante de um quadro fático, de determinar, porque o conceito é indeterminado, mas não indeterminável, já que o juiz não pode ser um mero carimbador, porque não dá para ficar diante dessas situações. Penso que a dúvida suscitada por Vossa Excelência tem a ver com essa circunstância. Estou enfatizando isso porque levantei, nesse recesso, vários votos em que o Ministro Marco Aurélio acentua - não sei se traduzo bem o que Vossa Excelência narra nos seus votos - que a indeterminação não pode ser sinônimo de vacuidade, porque o vácuo faz com que o juiz entre com os seus elementos pessoais (BRASIL, 2008)

A pouca tradição na construção teórica da moralidade administrativa enquanto princípio regente da Administração Pública, aliada à abertura semântica do termo “moralidade”, tem tornado o princípio da moralidade administrativa um verdadeiro vácuo semântico, conforme se extrai da tentativa de conceituação feita por Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco no excerto abaixo, em que é possível notar que os autores compreendem a larga abrangência da expressão

e atribuem à figura do intérprete o encargo de delimitá-la no caso concreto, sem, no entanto, estabelecer limites conceituais mínimos:

O princípio da moralidade, tendo em vista sua amplitude, possui pouca densidade jurídica, dada a dificuldade teórica de se precisar seu conteúdo específico.

(...)

O reconhecimento da amplitude ou indeterminação dos princípios referentes à Administração Pública, em especial o princípio da moralidade, não impede o intérprete de a eles conferir maior densidade jurídica a partir do exame do próprio texto constitucional, bem como do caso concreto que está a desafiar solução. É certo, contudo, que ao administrador público já não basta cumprir formalmente a lei, visto que a constitucionalização desses princípios alarga o controle do Poder Judiciário sobre a atuação da Administração, de modo que, em casos controversos, caberá ao juiz determinar, em cada caso, o alcance, *v. g.*, do princípio da moralidade sobre a atuação do administrador público (MENDES e GONET BRANCO, 2017).

Essa perspectiva, entretanto, poderia transformar a moralidade administrativa em uma espécie de panaceia, um remédio de alcance infinito. Na esfera do controle judicial da Administração Pública, em termos práticos, interpretar a moralidade administrativa dessa maneira resultaria em uma ampla margem de discricionariedade para o julgador, a quem seria atribuída a incumbência e o poder de estabelecer o conceito, cujos contornos não estão delimitados pela dogmática jurídica. Em outras palavras, a moralidade administrativa seria, para utilizar o conceito kelseniano, uma verdadeira norma sem moldura.

Assim, para uma compreensão mais profunda da moralidade administrativa e delimitação do conceito no contexto do Direito brasileiro, esta investigação será iniciada com a identificação de suas raízes históricas, que remontam aos estudos pioneiros de Maurice Hauriou no início do século XX — sendo esta origem uma das poucas unanimidades do tema na doutrina brasileira. Nesta primeira etapa, exploraremos a construção do conceito de moralidade administrativa a partir das contribuições do jurista francês, que servirá como base teórica fundamental para o desenvolvimento subsequente do estudo.

Em seguida, ainda nesta primeira parte, abordaremos como a moralidade administrativa foi concebida relativamente à legalidade enquanto parâmetro de controle da Administração Pública. E, por fim, discorreremos sobre as referências históricas, anteriores à Constituição de 1988, à moralidade administrativa no Direito brasileiro.

Em síntese, o objetivo desta primeira parte será centrado na identificação de compreensões historicamente situadas acerca da definição da moralidade administrativa enquanto conceito dogmático-jurídico do Direito Administrativo, bem como entender como se deu sua inserção no Direito brasileiro até sua consagração na Constituição da República.

3. O NASCIMENTO DO CONCEITO NO CONTEXTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO FRANCÊS

3.1. A MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA OBRA DE MAURICE HAURIUO

No âmbito da doutrina brasileira do Direito Administrativo, o princípio da moralidade administrativa é um tema que suscita poucos consensos. Contudo, na doutrina, um dos raros pontos em que se pode identificar unanimidade é na atribuição a Maurice Hauriou como o pioneiro na abordagem da moralidade administrativa como um instituto do Direito Administrativo.³ A referência ao autor francês como quem primeiro abordou a moralidade administrativa também é encontrada em precedentes do Supremo Tribunal Federal.⁴

Foi na 10ª edição de seu *Précis de droit administrative et de droit public*⁵, publicada em 1921, que Hauriou inaugurou em sua obra um tópico específico para tratar sobre o que se entendia por moralidade administrativa, o que ocorre especificamente no Livro III – O exercício dos direitos da Administração Pública pelo poder público; Capítulo II – O procedimento da gestão de ofício e as consequências contenciosas que ele acarreta; Sessão II – A ação de anulação da decisão executória. O recurso⁶ por excesso de poder (HAURIUO, 1921, p. 339-430).⁷

³ Entre os inúmeros doutrinadores que referenciam Hauriou como quem primeiro fez referência à moralidade administrativa, podemos mencionar, exemplificativamente, Caio Tácito (1999, p. 7); José Guilherme Giacomuzzi (2013, p. 54-55); Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1974, p. 12); Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992, p. 5), entre tantos outros.

⁴ Exemplificativamente, menciona-se o Recurso Extraordinário n. 206.889 / MG, de relatoria do Min. Carlos Velloso, julgado em 25/03/1997, em que questionava-se, no julgamento de Ação Popular, Resolução editada pela Câmara Municipal de Conselheiro Lafaiete, a qual fixou a remuneração dos vereadores, prefeito, vice-prefeito segundo critérios contrários ao estabelecido na Constituição Federal. Embora o recurso não tenha sido conhecido pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro relator consignou no inteiro teor do voto que o ato impugnado violava também a moralidade administrativa, à qual se referiu invocando a construção histórica por Maurice Hauriou: “Maurice Hauriou foi quem, por primeiro, dissertou a respeito do tema da moralidade administrativa, em termos de moral jurídica "conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração", "Précis de droit administratif", Paris: Recueil Sirey, 1914 - certo é que a moral administrativa e a moral comum se entrelaçam nos seus objetivos” (BRASIL, 1997).

⁵ É verdade que na 10ª edição de seu *Précis de droit administrative et de droit public* que Maurice Hauriou inaugura um tópico específico para explicar o que compreende por moralidade administrativa enquanto fundamento do recurso por excesso de poder. No entanto, Hauriou já mencionava a moralidade administrativa, ainda que sem tecer maiores considerações, na 8ª edição, publicada em 1914 (HAURIUO, 1914, p. 439). É certo, também, que até pelo menos a 4ª edição da obra, datada de 1900, não havia sequer menção à *moralidade administrativa* no tópico em que é abordado o recurso por excesso de poder (HAURIUO, 1900, p. 288-317).

⁶ Muito embora seja empregada a denominação *recours*, o termo, neste contexto, corresponde ao sentido que empregamos à “ação”.

⁷ Texto em tradução livre. No original: *Livre III – L'exercice des droits des administrations publiques par la puissance publique, ; Chapitre II – La procédure de la gestion d'office et les conséquences contentieuses qu'elle entraîne; Section II – Le contentieux de l'annulation de la décision exécutoire. Le recours pour excès de pouvoir.*

Uma vez constatado que a moralidade administrativa surge na obra do administrativista francês exatamente em sessão específica sobre esse “recurso”, para uma melhor acepção da utilização da moralidade administrativa por Hauriou, será necessário identificar do que se trata o *récurso pour excès de pouvoir* (recurso por excesso de poder) no contexto histórico do Direito Administrativo francês

Com efeito, antes mesmo de adentrarmos especificamente na exposição sobre o recurso por excesso de poder no direito francês, é preciso contextualizar que a expressão “moralidade administrativa” surge poucas décadas após o Conselho de Estado assumir, de fato, a atribuição jurisdicional do contencioso administrativo na França.

A história do Conselho de Estado revela que, embora tenha sido estabelecido pela Constituição de 15 de dezembro de 1799, em seus primórdios, o atual órgão de cúpula do contencioso administrativo francês não exercia função verdadeira jurisdicional. Em verdade, sua função primordial era consultiva, incumbindo-se de oferecer recomendações ao Chefe de Estado sobre questões litigiosas, permanecendo a função jurisdicional administrativa (conhecida como *justice retenue*) a cargo da Administração, embora a prática geral fosse a homologação dos pareceres elaborados pelo Conselho de Estado (MARQUES, 1968, p. 186; GAZIER, 1955, p. 114; TÁCITO, 1954, p. 458).⁸

A partir da promulgação da lei de 24 de maio de 1872, estabeleceu-se que o Conselho de Estado passaria a, efetivamente, julgar os litígios, sem qualquer intervenção do Chefe de Estado (chamada *justice déléguée*). Entretanto, nos primeiros anos que sucederam a lei de 1872, as matérias continuavam a ser inicialmente decididas pelos ministros relativamente aos assuntos que lhes competiam, restando ao Conselho de Estado a atribuição recursal. Somente com o precedente estabelecido no *caso Cadot*, em 1889, é que a jurisprudência do Conselho de Estado finalmente reconheceu e consolidou sua autoridade exclusiva na jurisdição administrativa. (MARQUES, 1968, p. 186; GAZIER, 1955, p. 114; TÁCITO, 1954, p. 458).

Nesse contexto histórico, o *recurso por excesso de poder*, assim como outros vários institutos do direito administrativo, emerge enquanto obra empírica, paulatina e progressiva da

⁸ A jurisdição administrativa na França remonta aos primeiros anos de Revolução francesa e surge como decorrência da ojeriza à interferência jurisdicional na atuação administrativa. Nesse sentido, os revolucionários, invocando o princípio da separação de poderes, trataram de retirar do Poder Judiciário a atribuição de julgar a matéria atinente à Administração Pública, o que se fez com a lei de 16-24 de agosto de 1790, a qual estipulava: “As funções judiciárias são e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de crime, perturbar de modo algum as operações dos corpos administrativos...”. A esse contexto, em que a Administração julgava em causa própria, se justifica a fase da *justice retenue*, superada apenas quando desaparecida a razão política que levava os revolucionários a impedir o exame do contencioso administrativo pelo Poder Judiciário. Assim, o que manteve a existência de um sistema dualista foram, de um lado, o particularismo do Direito Administrativo e, de outro, sua elaboração essencialmente pretoriana na França (MARQUES, 1968, p. 185-187).

jurisprudência do Conselho de Estado francês, compartilhando com o *recurso de plena jurisdição* papel de destaque no contencioso administrativo, sendo o primeiro uma ação de ordem objetiva e o segundo, de caráter subjetivo⁹.

Segundo a teoria delineada por René Chapus, o recurso por excesso de poder se configura como o instrumento adequado para atacar não apenas o desvio de poder, mas também outras três formas de “ilegalidade”: a incompetência, o vício de forma e a violação à lei. Estas quatro irregularidades compõem o que a doutrina francesa convencionou chamar de "aberturas" (*ouvertures*), representando os vícios passíveis de serem contestados por meio do recurso por excesso de poder. (CHAPUS, 1936, p. 937-938)

Marcel Waline (1936, p. 148) compreende que a criação da teoria do desvio de poder pela jurisprudência do Conselho de Estado francês, no âmbito do recurso por excesso de poder, estendeu o controle de legalidade da Administração Pública a um ponto tal que somente a jurisdição administrativa poderia atingir, dado seu papel fundamental no desenvolvimento criativo do Direito Administrativo, terminando por ampliar os limites do controle jurisdicional da Administração Pública.

Retomando a obra de Hauriou, extrai-se que sua interpretação do recurso por excesso de poder se alinha ao entendimento convencional da doutrina francesa sobre o tema, consistindo-se em uma espécie de ação¹⁰ empregada para anular atos administrativos eivados de vícios categorizados em uma das quatro aberturas:

O recurso por abuso de poder é via contenciosa de nulidade que confere ao Conselho de Estado o poder de anular uma decisão administrativa executória se esta contiver um excesso de poder formal por parte da autoridade que tomou a decisão (incompetência, vício de forma, desvio de poder, violação da lei) (...) ¹¹ (HAURIU, 1921, p. 422)

Portanto, tratar-se-ia de uma ação de caráter objetivo, voltada ao reconhecimento da nulidade de um ato administrativo ou de um decreto por determinado vício. O propósito que subjaz o recurso por excesso de poder assume índole de direito objetivo, da violação de uma

⁹ O recurso de plena jurisdição, também traduzido como recurso de pleno contencioso ou de indenização, era compreendido como uma ação subjetiva, por meio da qual se discute situação jurídica individual havida no litígio entre o particular e a Administração. Ou seja, o requerente pleiteia algo da Administração, uma prestação qualquer, de modo que não se pretende somente a anulação do ato, mas também os efeitos subjetivos em favor do requerente.

¹⁰ O *recours pour excès de pouvoir* se trata, em verdade, de uma ação do contencioso administrativo francês em que se visa a anulação dos atos administrativos praticados em ofensa à lei, se assemelhando à ação popular brasileira (MELLO, 2002, p. 44).

¹¹ Texto em tradução livre. No original: *Le recours pour excès de pouvoir est une voie de nullité contentieuse conférant au Conseil d'État le pouvoir d'annuler une décision exécutoire administrative, si celle-ci contient un excès de pouvoir formel de l'autorité qui a pris la décision (incompétence, violation des formes, détournement de pouvoir, violation de la loi) (...)*

regra por vício de competência, de forma, de desvio de poder ou violação à lei, não objetivando, nesse sentido, a tutela dos direitos subjetivos do “autor”.

Nessa ordem, o *recours pour excès de pouvoir* em muitos aspectos se aproximaria da ação popular brasileira, na medida em que ambos têm como pretensão não o resguardo de direitos subjetivos individuais, mas propriamente a juridicidade da atuação administrativa.

A especificidade da doutrina de Hauriou acerca do tema emerge, no entanto, ao abordar o fundamento do recurso por excesso de poder, a partir da introdução da expressão *moralité administrative*.

O autor francês inaugura a concepção de que o fundamento do controle do recurso de poder não residiria tão somente na legalidade, senão também na denominada “moralidade administrativa”, a qual imporia ao agente público a observância de um conjunto de regras que extrapolaria as meras regras legais criadas pelo Poder Legislativo, abarcando também uma dimensão mais ampla, a qual se relacionaria, sobretudo, ao vício por desvio de poder (*détournement de pouvoir*). Veja-se:

Fundamento do recurso por excesso de poder – O fundamento do recurso por excesso de poder do administrador ou da autoridade administrativa que tomou a decisão. O excesso de poder é uma noção complexa tanto legal quanto moral. **Há excesso de poder não apenas quando o administrador ultrapassa os limites legais de suas atribuições, mas também quando utiliza, por motivos alheios ao interesse público, seu poder discricionário.**

(...)

Mas devemos ter cuidado para não confinar o excesso de poder na questão da legalidade, pois ela também tem um aspecto moral. **Há uma moralidade administrativa que impõe aos administradores regras de conduta extraídas da disciplina interna da administração; essas regras podem ir além das regras legais que são impostas sobre a Administração pelo Poder Legislativo.** Embora essas regras legais possam apenas cobrir os limites dos poderes atribuídos aos administradores, **os preceitos da moralidade administrativa podem visar e alcançar o poder discricionário do administrador que vimos consistir essencialmente na livre apreciação dos motivos para exercer ou não exercer suas atribuições legais.**

O elemento moral do excesso de poder se concentra nas aberturas da incompetência e do desvio de poder e é principalmente pelo emprego do desvio de poder que o Conselho de Estado se esforça para frear o poder discricionário¹². (HAURIOU, 1921, p. 424, tradução nossa, grifos acrescentados)

¹² Texto em tradução livre. No original: *Fondement du recours pour excès de pouvoir; — Le fondement du recours est l'excès de pouvoir de l'administrateur ou de l'autorité administrative qui a pris la décision. L'excès de pouvoir est une notion complexe à la fois juridique et morale. Il y a excès de pouvoir, non seulement quand l'administrateur dépasse les limites légales de ses attributions, mais même lorsqu'il use, pour des motifs étrangers au bien du service, de son pouvoir discrétionnaire d'appréciation.*

(...)

Mais il faut bien se garder d'enfermer l'excès de pouvoir dans la question de légalité, car il a en outre un aspect moral. Il existe une moralité administrative qui impose aux administrateurs des règles de conduite tirées de la discipline intérieure de l'administration ; ces règles peuvent porter plus loin que les règles légales qui sont imposées du dehors à l'administration par le pouvoir législatif. Tandis que les règles légales ne peuvent guère viser que les limites des attributions légales des administrateurs, les préceptes de moralité administrative peuvent

Com efeito, a própria obra de Maurice Hauriou se encarrega de desvelar a trajetória histórica do fenômeno do excesso de poder no seio do Conselho de Estado ao longo dos anos, aspecto que reproduziremos por reputarmos de suma relevância para um aprofundamento na compreensão da construção histórica da moralidade administrativa, à luz da evolução cronológica do controle externo dos atos administrativos.

Segundo o autor, para construir o recurso por excesso de poder, o Conselho de Estado teria se valido da lei de 7-14 de outubro de 1790, (lei, portanto, anterior ao próprio Conselho de Estado), segundo a qual as alegações de incompetência em relação aos órgãos administrativos seriam levadas, até então, ao rei, chefe da administração geral¹³. Essa construção, pela criatividade do Conselho de Estado francês, teria ocorrido apenas em 15 julho de 1832, em julgamento de ato proferido pela Guarda Nacional de Paris¹⁴, circunstância na qual o recurso por excesso de poder teria sido empregado pela primeira vez. (MELLO, 2002, p. 44; HAURIOU, 1921, p. 425)

Hauriou subdivide a história do recurso por excesso de poder em três períodos. O primeiro, situado entre 1790 e 1864, teria sido marcado pela completa separação entre o excesso de poder e a violação à lei. De acordo com o autor, o primeiro campo de aplicação do recurso por excesso de poder teria ocorrido nas hipóteses de incompetência, sendo esta a razão do emprego da denominação “excesso de poder”. Com o passar do tempo, todavia, percebeu-se que a noção de excesso de poder também se estenderia a outras hipóteses, notadamente às situações de vício de forma, na medida em que a inobservância da exigência de formalidade prevista em lei também implicaria exceder os poderes atribuídos à Administração. (HAURIOU, 1921, p. 425)

O segundo período, compreendido entre 1864 e 1906, teria sido marcado pela ampliação das causas que dão cabimento ao recurso por excesso de poder para abarcar outras

viser et atteindre ce pouvoir discrétionnaire de l'administrateur que nous avons vu consister essentiellement dans la libre appréciation des motifs d'exercer ou de ne pas exercer ses attributions légales.

L'élément moral de l'excès de pouvoir se concentre dans les ouvertures de l'incompétence et du détournement de pouvoir et c'est surtout par le manquement du détournement de pouvoir que le Conseil d'État s'efforce de brider le pouvoir discrétionnaire.

¹³ Hauriou destaca, porém, que embora a referida lei de 1790 tivesse sido posteriormente utilizada como fundamento para a anulação dos atos administrativos, a real inspiração do Conselho de Estado para o exercício da tarefa de controle da Administração Pública mediante a anulação de atos por excesso de poder seria, em verdade, a tradição do antigo conselho do rei. (HAURIOU, 1914, p. 437)

¹⁴ A questão surgiu quando foram apresentadas reclamações contra as decisões do Conselho de Revisão da Guarda Nacional. A lei de 22 de março de 1831 estabelecia que esses conselhos decidiriam sem direito a recurso. O Conselho de Estado julgou, em 15 de julho de 1832, que essas decisões poderiam ensejar o recurso por incompetência ou por excesso de poder.

“aberturas”, quais sejam, o desvio de poder e a ilegalidade. Esta última, contudo, teria sido objeto de questionamentos, na medida em que fazia o recurso por excesso de poder se aproximar — ou até mesmo se confundir — com outras espécies de ações contenciosas já existentes, levando-se à sua subjetivação.

Por um lado, observa-se que os poderes dos administradores têm uma determinada finalidade, que é o interesse público ou a boa administração, e que se o administrador, em vez de agir para este objetivo, tiver tomado a sua decisão, seja sob a influência de um interesse particular, seja mesmo sob a influência de um interesse fiscal, há desvio de poder e o ato deve ser anulado; o **desvio de poder constitui uma terceira abertura.**

Por outro lado, a violação da lei foi admitida como uma quarta abertura em condições bem curiosas. Sempre houve uma ação contenciosa de anulação por violação da lei quando o autor podia invocar direito adquirido lesado pela decisão ilegal, mas essa ação era completamente distinta do recurso por excesso de poder; a fim de permitir-lhe beneficiar da dispensa de custas e de um advogado, o Conselho de Estado teve a ideia de o incorporar no recurso por excesso de poder e de tornar a violação da lei e dos direitos adquiridos como uma quarta abertura. Mas essa incorporação inauguraria uma crise prolongada, pois a violação da lei não apresentava as mesmas características dos casos primitivos de excesso de poder. A prova disso é que ela impunha a condição de que os casos primitivos não impunham, a condição de um direito violado concomitante à condição de violação da lei. Começa-se por constatar pura e simplesmente a diferença, dizendo que, nas três aberturas iniciais, o recurso por excesso de poder era dado por simples violação de interesse, enquanto na quarta, era dado apenas por violação a direito. Mas, imediatamente, envolveu-se em uma disputa interna cujo resultado seria a completa assimilação das quatro aberturas. **Poder-se-ia questionar, por um momento, se a condição do direito violado não seria exigida nas quatro aberturas e se o recurso não se tornaria assim subjetivo, mas prevaleceu a tradição, a condição do direito violado foi, ao contrário, eliminada a partir da quarta abertura,** que assim se tornaram semelhantes aos demais e o recurso permaneceu inteiramente objetivo. Esse resultado foi alcançado por volta de 1906, após uma crise que durou mais de quarenta anos.¹⁵ (HAURIOU, 1921, p. 426)

¹⁵ Texto em tradução livre. No original: *D'une part, il observa que les pouvoirs des administrateurs ont en certain but qui est l'intérêt du service ou la bonne administration, et que si l'administrateur, au lieu d'agir dans ce but, a pris sa décision, soit sous l'influence d'un intérêt particulier à satisfaire, soit même sous l'influence d'un intérêt fiscal, il y a détournement de pouvoir et l'acte doit être annulé; le détournement de pouvoir constitua une troisième ouverture.*

D'autre part, la violation de la loi fut admise comme quatrième ouverture dans des conditions bien curieuses. Il avait toujours existé un recours contentieux en annulation pour violation de la loi lorsque le réclamant pouvait invoquer un droit acquis lésé par la décision illégale, mais ce recours était complètement distinct du recours pour excès de pouvoir; afin de le faire bénéficier de la dispense des frais et de celle du ministère de l'avocat, le Conseil d'État eut l'idée de l'incorporer au recours pour excès de pouvoir et de faire de la violation de la loi et des droits acquis une quatrième ouverture. Mais cette incorporation allait ouvrir une crise prolongée, car la violation de la loi ne présentait pas les mêmes caractères que les cas primitifs d'excès de pouvoir. La Preuve en est qu'elle exigeait une condition que les cas primitifs n'exigeaient pas du tout, la condition d'un droit violé concomitante à la condition de la violation de la loi. On commença par constater purement et simplement la différence en disant que, dans les trois ouvertures primitives, le recours pour excès de pouvoir était donné pour simple intérêt froissé, tandis que dans la quatrième, il n'était donné que pour un droit violé. Mais, tout de suite, il s'engagea une lutte intestine dont l'issue devait être l'assimilation complète des quatre ouvertures. On put se demander un moment si la condition du droit violé ne serait pas exigée dans les quatre ouvertures et si le recours ne deviendrait pas ainsi subjectif, mais la tradition l'emporta, la condition du droit violé fut au contraire éliminée de la quatrième ouverture qui devint ainsi semblable aux autres et le recours resta entièrement objectif. Ce résultat fut acquis vers 1906 après une crise qui avait duré plus de quarante ans.

Diante da oportunidade propiciada pela última citação transcrita, abrem-se parênteses para expormos a compreensão de Hauriou em relação ao conceito por ele denominado "boa administração", referida no princípio do excerto acima, e que, como veremos, emerge como pedra angular da concepção de “moralidade administrativa” segundo Hauriou. Transcreve-se:

Trata-se de uma noção puramente objetiva que o juiz administrativo aprecia soberanamente, segundo as circunstâncias, o meio, o momento. É equivalente à noção comum de boa-fé no tráfico jurídico privado a que se refere o legislador alemão. O Conselho de Estado parte da ideia de que a Administração está vinculada por uma certa moralidade objetiva; a Administração tem uma função a cumprir, mas enquanto os motivos que a impulsionaram não são conformes aos fins gerais dessa função, o Conselho de Estado os declara ilícitos. Pode imaginar-se até que ponto esses “fins gerais da função” são elementos concretos, objetivos, que o juiz analisa quando constata os fatos.¹⁶ (BEZIN e HAURIOU, 1903, p. 576)

Por fim, retomando a trajetória histórica do recurso por excesso de poder, no terceiro período, deflagrado a partir do ano de 1906, a violação à lei é finalmente assimilada como hipótese ensejadora do recurso por excesso de poder. Nesse ponto, emerge o dilema acerca da possível absorção do excesso de poder pela violação à lei ou, em alternativa, se a hipótese de violação à lei contemplaria apenas a violação à forma — visto que estas tornavam-se cada vez mais definidas pelo ordenamento jurídico — subsistindo a incompetência e o desvio de poder como hipóteses autônomas. Nessa disputa teórica, Hauriou alinha-se à corrente segundo a qual o excesso de poder não se restringiria à hipótese de violação à lei. (HAURIOU, 1921, p. 426-427)

Em suma, seria essa a evolução para que culminou no desenvolvimento das quatro aberturas do recurso por excesso de poder, quais sejam: a) *incompetência*, que permite anular o ato de uma autoridade que o praticou sem que a lei lhe tivesse atribuído o poder de praticá-lo; b) o *vício de forma*, resultado da omissão total ou parcial de formalidade prevista no ordenamento jurídico; c) a *violação à lei*, tratando-se de uma legalidade extrínseca, que envolve os aspectos exteriores do ato¹⁷; d) o *desvio de poder*, ocorrido quando o agente respeita a letra

¹⁶ Texto em tradução livre. No original: *C'est une notion purement objective qu'il est donné au juge administrative d'apprécier souverainement, d'après les circonstances, le milieu, le moment. Elle est l'équivalent de cette notion commune de la bonne foi dans le commerce juridique privé à laquelle se réfère le législateur allemand. Le Conseil d'État part de cette idée que l'Administration est liée par une certaine moralité objective ; elle a une fonction a remplir et lorsque les motifs qui l'ont poussée ne sont pas conformes aux buts généraux de cette fonction, le Conseil d'État les déclare illicites. Or, on conçoit combien ces 'buts généraux de la fonction' sont des éléments concrets, objectifs, que le juge puise dans la constatation des faits.*

¹⁷ Conforme será mais bem detalhado no decorrer deste capítulo, a compreensão de legalidade na obra de Maurice Hauriou se apresenta bastante restrita, tida como texto da lei e dos regulamentos. Contudo, em artigos datados dos anos 50 e 60, já se noticiava que a jurisprudência francesa entenderia que a violação à lei de maneira mais alargada, para abarcar os chamados princípios gerais de direito (MARQUES, 1968, p. 190; GAZIER, 1955, p. 270).

da lei, possui competência, observa a forma prescrita, porém, age com fim outro que não aquele para o qual o poder se destinava, implicando em uma violação à “moralidade administrativa”.

Ao contextualizar historicamente a origem da moralidade administrativa na obra de Maurice Hauriou, percebe-se que sua concepção se deu em um período em que o Conselho de Estado francês ampliava o controle da Administração Pública. Esse momento representou também uma evolução no recurso por excesso de poder, que deixava de se restringir apenas a vícios relacionados à competência e à forma do ato administrativo para admitir a invalidação de atos que padecessem também de vícios internos, que atingiam o motivo, o conteúdo e a finalidade do ato administrativo. (MELLO, 2002, p. 44)

Para o fim que pretendemos neste trabalho, considerando que Hauriou, ao tratar da moralidade administrativa como fundamento do recurso por excesso de poder, pontua que esse elemento moral se concentraria nos vícios de incompetência e de desvio de poder — duas das quatro aberturas do recurso por excesso de poder — (HAURIOU, 1921, p. 424), importa analisarmos mais detidamente como as duas espécies de vício se situam na obra do autor francês. Vejamos.

Ao tratar das quatro espécies de vícios (aberturas) que ensejam o controle da Administração pela via do recurso por excesso de poder, Hauriou as subdivide em dois grupos: o primeiro abarcaria a violação à lei e o vício de forma e representa o que o autor denomina como: “*a ação de normas externas sobre a administração*”, ao passo que o segundo grupo, o qual contém os vícios de incompetência e de desvio de poder, é tratado como representante do “*sentimento interior que a própria administração tem de sua função, dos deveres das suas funções e da forma como deve subordinar o seu poder à sua função*” (HAURIOU, 1921, p. 448).

A respeito das razões pelas quais optou por tratar os vícios de incompetência e de desvio de poder como contidos em um mesmo grupo, Hauriou aponta que ambos seriam formas de malversação do poder atribuído para o exercício da atividade administrativa:

A incompetência e o desvio de poder. — Essas duas aberturas **representam o que ainda está vivo na concepção primitiva do excesso de poder considerado como violação não das regras externas da lei, mas das regras internas da moralidade administrativa.** Historicamente, a incompetência foi a primeira manifestação de excesso de poder, o desvio de poder a última; **as duas manifestações permanecem intimamente ligadas, aliás, poder e competência sempre se acompanham, tanto em seu exercício normal quanto em seu excesso.**¹⁸ (HAURIOU, 1921, p. 454)

¹⁸ Texto em tradução livre. No original: *L'incompétence et le détournement de pouvoir.* — *Ces deux ouvertures représentent ce qu'il subsiste de vivant dans la primitive conception de l'excès de pouvoir considéré comme un manquement non pas aux règles extérieures de la loi, mais aux règles intérieures de la moralité administrative. Historiquement, l'incompétence a été la première manifestation de l'excès de pouvoir, le détournement de pouvoir*

Sobre a incompetência, convém pontuar apenas que Hauriou (1921, p. 455) compreende se subdividir em duas espécies: uma em razão da pessoa e outra em razão da matéria. A primeira decorreria da usurpação das atribuições de uma autoridade administrativa por outra, em inobservância às regras de atribuição de competência, as quais seriam reguladas por lei ou regulamentos, de modo que representariam uma espécie de violação à lei.

Por outro lado, a incompetência em razão da matéria teria lugar quando um ato administrativo ultrapassasse o âmbito das atribuições gerais da administração, invadindo, assim, no domínio da vida privada. Nesta espécie, diferentemente do que ocorreria na primeira, não haveria propriamente uma violação à lei (estritamente considerada), tratando-se, com efeito, de um desrespeito à consideração moral de que a Administração não deve se imiscuir na vida privada para além do estritamente necessário. (HAURIUO, 1921, p. 456)

Segundo Hauriou, portanto, esta segunda forma de incompetência fundamentar-se-ia não propriamente em uma ilegalidade, mas na inobservância de uma regra interna que reprovava a ingerência despropositada da Administração Pública na vida privada dos administrados.

Poder-se-ia objetar, tomando o conceito de legalidade na perspectiva do Direito Administrativo, de acordo com a máxima “fazer apenas o que a lei permite”, que essa espécie de incompetência consubstanciada em ultrapassar o âmbito de atribuições gerais da Administração encerraria um vício de legalidade. Porém, como facilmente se constata, trata-se de divergência decorrente do conceito de legalidade adotado, o que ficará mais evidente ao longo deste capítulo, quando retomaremos a compreensão de legalidade na obra de Hauriou. Para o momento, contudo, tais apontamentos se mostram úteis a fim de identificarmos a causa e a motivação da distinção entre legalidade e moralidade na obra do administrativista francês.

Retomando a apresentação da segunda espécie de vício de moralidade administrativa, o desvio de poder (*détournement de pouvoir*), este teria lugar quando um agente público, embora no exercício de sua competência e observando as formas prescritas, sem infringir qualquer lei formal, se vale do poder a ele outorgado para fins e por motivos diversos daqueles em vista dos quais este poder foi-lhe atribuído, ou seja, para fins e motivos outros que o interesse público. Nas palavras de Hauriou (1921, p. 455): “Assim, o desvio de poder marca a

en a été la dernière; les deux manifestations restent intimement liées, d'ailleurs, le pouvoir et la compétence s'accompagnant toujours, aussi bien dans leur exercice normal que dans leur excès.

subordinação do poder administrativo ao seu fim, que é o serviço público e o interesse público; pode-se dizer também que é a subordinação do poder à função”.¹⁹

Abram-se parênteses, não de forma despropositada, uma vez que essa ideia será retomada mais adiante neste trabalho, para pontuar que essa compreensão teleológica da Administração Pública (se preferir: a ideia da atividade administrativa enquanto o exercício de uma função), àquele tempo já compreendida por Hauriou, é o que norteia o entendimento da relação existente entre *dever* e *poder* no direito administrativo. Nesse sentido, é imprescindível reconhecer que o *poder* da Administração só pode ser compreendido como meramente instrumental na consecução de um *dever* imposto ao agente público. (BANDEIRA DE MELLO, 1993, p. 13-15)

Ao tratar do fundamento do desvio de poder, Maurice Hauriou retorna mais uma vez à moralidade administrativa. Segundo o administrativista, em não havendo violação ao texto da lei, haveria, ao menos, violação do *espírito geral da lei*, segundo o qual os administradores devem agir guiados pelo interesse público e que o autor francês aduz se tratar da *moralidade administrativa*.

O verdadeiro caso de desvio de poder é o excesso de poder no exercício do poder discricionário. Entende-se por isso que a abertura do desvio de poder não se confunde com a da violação da lei. A lei nunca pode vincular totalmente o poder discricionário, o qual só pode ser inteiramente vinculado pela moralidade administrativa. Sem dúvida, objeta-se que **se o desvio de poder não contém violação de determinado texto da lei, contém ao menos violação ao espírito geral da lei, segundo o qual os administradores devem atuar pelo interesse público**, mas o abuso da noção de violação da lei não deve ser estendido para além da violação de um texto específico (...) **O espírito geral do direito administrativo nada mais é do que a moralidade administrativa**, assim como o espírito geral do direito civil nada mais é do que a moralidade privada.²⁰ (HAURIOU, 1921, p. 455-456, grifos acrescentados)

Portanto, na ausência de um fundamento extraído da violação explícita a um texto de lei determinado, Maurice Hauriou recorreu à moralidade administrativa para justificar que, no desvio de poder, mesmo que formalmente em conformidade com a lei, o ato praticado durante

¹⁹ Texto em tradução livre. No original: *Ainsi le détournement de pouvoir marque la subordination du pouvoir administratif à son but qui est le service et le bien du service, on peut dire aussi que c'est la subordination du pouvoir à la fonction.*

²⁰ Texto em tradução livre. No original: *Le véritable cas du détournement de pouvoir, c'est l'excès de pouvoir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire. On comprend par là que l'ouverture du détournement de pouvoir ne se confonde pas avec celle de la violation de la loi. La loi ne peut jamais lier entièrement le pouvoir discrétionnaire, celui-ci ne peut être entièrement lié que par la moralité administrative. Sans doute, on objecte que si le détournement de pouvoir ne contient pas violation d'un texte déterminé de loi, il contient au moins violation de l'esprit général de la loi qui est que les administrateurs doivent agir pour le bien du service, mais être abuser de la notion de la violation de la loi, elle ne doit pas être étendue au-delà de la violation d'un texte déterminé (...) L'esprit général de la loi administrative n'est pas autre chose que la moralité administrative, de même que l'esprit général de la loi civile n'est pas autre chose que la moralité privée.*

o exercício de uma competência discricionária seria inválido por violar o dever do administrador de atuar em prol do interesse público, dever este que seria imposto pelo que Hauriou convencionou chamar de “espírito geral da lei” ou “moralidade administrativa”.

Nesse sentido, no âmbito do controle dos atos administrativos, a legalidade seria um fundamento restrito e limitado ao texto legal propriamente dito, sem margem para outras considerações além daquelas estritamente escritas, ao passo que se o controle fosse para além do mero conteúdo da lei posta, far-se-ia necessário buscar um fundamento diverso para a realização do controle do ato administrativo, qual seja: a moralidade administrativa, ou, conforme a denominação utilizada pelo próprio autor, o espírito geral da lei.

Para concluir o panorama da moralidade administrativa na obra de Hauriou, menciona-se que o autor francês também referenciou à moralidade administrativa, de forma breve, em sua obra *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929* (1929), na qual se propõe a comentar a jurisprudência do *Conseil d'État* e do *Tribunal des conflits* nos mais diversos temas do Direito Administrativo francês.

Na obra, analisando um arresto em que o Conselho de Estado anulou, por reconhecimento de excesso de poder, ato proferido por um prefeito, Hauriou aduz se tratar de uma espécie de lembrete dos “*princípios fundamentais da moralidade administrativa*”, na medida em que a Administração Pública teria se utilizado de determinado poder de polícia com a finalidade arrecadatória (HAURIOU, 1929, p. 329).

Embora o *Précis de droit administratif* de Hauriou seja regularmente mencionado por autores brasileiros como a obra em que surgiu o conceito de moralidade administrativa, isso ocorre de forma bem breve. Ainda que seja possível extrair noções gerais da compreensão de Maurice Hauriou sobre o que se entenderia por “moralidade administrativa”, não há um detalhamento que permita ao leitor conhecer o conceito jurídico de forma mais aprofundada.

Por fim, conforme indicado por Henri Welter (1929, p. 76), Maurice Hauriou, na 11ª edição de sua obra, deixou de fazer uso da expressão “moralidade administrativa” ao tratar dos fundamentos do desvio de poder, passando a se referir somente a “disciplina interior da Administração”.

3.2. A COLABORAÇÃO DE HENRI WELTER NA TAREFA DE CONSTRUÇÃO DO CONTEÚDO TEÓRICO DA IDEIA DE MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Muito embora seja Maurice Hauriou o responsável por introduzir a expressão “moralidade administrativa” para denominar um determinado fundamento do controle da atividade administrativa, foi Henri Welter quem, em 1929, dedicou uma obra completa a respeito do tema na perspectiva do seu controle jurisdicional.

Em *Le Contrôle Juridictionnel de la Moralité Administrative*, Henri Welter, mencionado no prefácio — de autoria de Geoges Renard²¹ — como “grande discípulo de Hauriou” divide a obra em duas grandes partes. Na primeira, o autor se encarrega de trabalhar aspectos teóricos do princípio da moralidade administrativa no âmbito da administração pública; ao passo que, na segunda parte, investiga o que denomina “controle jurisdicional da moralidade administrativa” a partir da jurisprudência do Conselho de Estado francês em três diferentes períodos: antes de 1864, entre 1864 e 1905 e a partir de 1905.

Tendo em vista que, conforme já apontado, Maurice Hauriou dedicou apenas curtos trechos de seus livros para explicar o que se entendia pela expressão “moralidade administrativa”, a obra de Welter emerge como principal desenvolvimento teórico do conceito. Nesse sentido, o objetivo desta subseção é compreender como a moralidade administrativa foi concebida na perspectiva do direito francês do início do século XX, tomando-se a produção teórica de Henri Welter como complementar à de Hauriou.

Como introdução à primeira parte da obra *Le Contrôle Juridictionnel de la Moralité Administrative*, na qual o autor se propõe a tratar diretamente do controle jurisdicional da moralidade administrativa, Welter identifica, no âmbito da atividade administrativa, três domínios: o da legalidade, o da moralidade e o da oportunidade.

Quanto ao primeiro aspecto, o da legalidade, é evidente a conclusão de que a regularidade do ato administrativo exige a conformidade com o direito positivo; sobre a moralidade, Welter — assim como Hauriou — a vincula à apreciação da finalidade perseguida pela atuação administrativa; por fim, no que diz respeito à oportunidade, esta dependeria da habilidade do administrador e se refere à capacidade de o ato administrativo apreender os fenômenos da vida social no momento propício e com visão esclarecida de todas as exigências da situação fática. Acerca do domínio da oportunidade, Welter destaca que se trataria do elemento mais flexível dos três, inexistindo sobre ele qualquer espécie de controle jurisdicional (WELTER, 1929, p. 14-22).

²¹²¹ Gerges Renard, professor de Direito Pública na Universidade de Nancy é citado por Miguel Reale como um dos principais autores do institucionalismo no Direito francês (REALE, 2000, p. 52), teoria sobre a qual dedicaremos algumas breves considerações nesta dissertação. Renard, em 1930, publicou a obra *La Théorie de l'Institution*, a qual dedicou à memória de Maurice Hauriou.

A dissociação da finalidade do ato administrativo do juízo de legalidade é alvo de críticas de Afonso Rodrigues Queiró em obra sobre a teoria do desvio de poder. Transcreve-se a crítica do professor português:

WELTER distingue na actividade administrativa três domínios: o da *legalidade*, o da *moralidade*, e o da *oportunidade*. Cfr. ob. cit., págs. 14 e segs. Primeiramente, “é evidente que, para ser regular, o acto administrativo não deve ir contra as regras estabelecidas pelo direito positivo, e também que, pelo seu objecto, deverá, em princípio, ser sempre conforme às prescrições das leis e regulamentos”. Sobre a moralidade: “a apreciação acêrca do fim seguido por uma vontade livre, capaz de distinguir entre o bem e o mal, apresenta, antes de mais, o carácter de um juízo de moralidade. A preponderância do elemento *fim* é tão marcada, que devemos admitir que, logo que a Administração se limita pura e simplesmente a prosseguir a realização dos seus fins próprios, dentro das formalidades requeridas, e pelos processos administrativos regulares, a sua ação se impõe em certas circunstâncias – excepcionais, é certo – *fora de qualquer consideração de legalidade* da decisão tomada pelo agente administrativo”. “Enfim, o acto administrativo ... deve também ser oportuno... A oportunidade do acto dependerá geralmente da habilidade e da ‘hardiesse’ do administrador... No estado actual do nosso direito, não existe nenhuma sanção jurisdiccional da oportunidade dos actos administrativos”. A distinção entre a oportunidade e moralidade administrativa, proposta por WELTER, não se nos apresenta suficientemente esclarecida. Não se pode descobrir como que, não sendo os *fins* enunciados pela lei, nem sequer de modo implícito, se possa afirmar que à Administração não cabe a escolha livre dos fins; e mais: que se fale em “*règles de but*”. Mais que em qualquer outro autor, a noção de fim é em WELTER vaga e equívoca (QUEIRÓ, 1940, p. 66-67).

A crítica de Queiró, portanto, parece decorrer do fato de Welter situar o aspecto finalístico do ato administrativo no âmbito da moralidade administrativa, não da legalidade. Tomando tão somente o trecho introdutório do livro como parâmetro de análise, de fato não há uma clareza acerca da distinção entre os âmbitos da moralidade administrativa e da oportunidade, implicando, nesse sentido, invasão do mérito administrativo. Contudo, a conclusão não nos parece tão simples, uma vez que, ao longo da obra, Welter esclarece que o juízo finalístico – embora externo à legalidade em sentido estrito – não poderia ser confundido com os critérios de oportunidade do administrador público, de maneira tal que, em sendo regulares — utilizando a expressão para abarcar os campos da legalidade e da moralidade administrativa — os fins e os demais elementos do ato administrativo, haveria liberdade para apreciação da conveniência e oportunidade na tomada de decisão — campo do domínio da oportunidade.

O Judiciário pode verificar se a administração fez um bom policiamento? Poderá investigar se, ao instaurar uma ação disciplinar contra um funcionário que cometeu falta profissional, o superior hierárquico avaliou corretamente a gravidade dessa falta? Obviamente, a resposta deve ser negativa. Pois se o legislador não tiver pretendido o contrário, o administrador permanece absolutamente livre para apreciar o valor da fundamentação dos seus atos e a oportunidade da decisão tomada, desde que a

finalidade prosseguida esteja em conformidade com os princípios da boa administração e se o ato esteja em conformidade com o direito e os fatos. Jamais caberá à autoridade judiciária contestar o mérito de ato administrativo que, praticado em condições de outra forma regular, não reúna elementos fáticos suficientes para merecer ser qualificado como oportuno. O valor de fato das razões desses atos não pode ser objeto de nenhuma contenda contenciosa, pois a missão específica do juiz consiste em enunciar a lei e não em administrar.

(...)

Com efeito, para descobrir o vício finalístico na aceção dos princípios da boa administração, o juiz deve examinar todos os elementos de onde se possa inferir o vício do fim da decisão tomada. Estes elementos ser-lhe-ão sobretudo dados pelo conteúdo da decisão. No entanto, é a aparente inoportunidade desta decisão que, por si só, muitas vezes permitirá descobrir o objetivo irregular prosseguido pelo autor do ato. Neste caso, como já indicamos durante o estudo do poder discricionário, o ato será anulado pelo juiz não porque seja inoportuno, mas porque resulta das próprias razões da decisão que o fim perseguido pelo ato é estranho à boa administração (WELTER, 1929, p. 64-65).²²

Ainda no que diz respeito à relação entre a moralidade e a discricionariedade, Welter (1929, p. 61) se esforça para demonstrar que o controle de finalidade do ato administrativo apenas justificar-se-ia quando praticado no exercício de uma competência discricionária, na medida em que um ato plenamente vinculado, se praticado em estrita observância ao texto legal, jamais poderia ser censurado por vício de finalidade.

Tomando essa compreensão como ponto de partida, o autor explica que os atos emanados pela Administração no exercício de uma competência discricionária revelar-se-iam abusivos quando constatado que o administrador tenha extrapolado a finalidade de interesse público buscada pela norma que lhe outorga o poder/dever de atuar. Esse dever de observância à finalidade de interesse público representaria uma limitação ao poder discricionário em prol do que o autor denominou “boa administração”, cujo controle retiraria fundamento da denominada moralidade administrativa (WELTER, 1929, p. 49-52).

²² Texto em tradução livre. No original: *Le juge peut-il vérifier si l'administration a fait de la bonne police ? Peut-il rechercher si, en prenant une mesure disciplinaire contre un fonctionnaire s'étant rendu coupable d'une faute professionnelle, le supérieur hiérarchique a bien apprécié la gravité de cette faute ?*

Il faut évidemment répondre par la négative. Car, si le législateur ne l'a autrement entendu, l'administrateur reste absolument libre d'apprécier souverainement la valeur des motifs de ses actes et l'opportunité de la décision à intervenir, pourvu que le but poursuivi soit conforme aux principes de la bonne administration et que l'acte soit fondé en droit ou en fait. Il n'appartient jamais à l'autorité juridictionnelle de contester le bien-fondé d'un acte administratif qui, ayant été accompli dans des conditions par ailleurs régulières, ne réunirait pas les éléments de fait suffisants pour mériter d'être qualifié d'opportun. La valeur en fait des motifs de ces actes ne peut faire l'objet d'aucun débat contentieux, parce que la mission propre du juge consiste à dire le droit et non pas à administrer.

(...)

En effet, pour découvrir le but vicié au sens des principes de la, bonne administration, le juge doit examiner l'ensemble des éléments dont peut s'induire le vice du but de la décision entreprise. Cet élément lui seront avant tout fournis par le contenu de la décision. Or c'est le défaut apparent d'opportunité de cette décision qui, seul, permettra souvent la découverte du but irrégulier poursuivi par l'auteur de l'acte. En ce cas, nous l'avons déjà indiqué lors de l'étude du pouvoir discrétionnaire, l'acte sera annulé par le juge non pas parce qu'il est inopportun, mais parce qu'il apparaît d'après les motifs mêmes de la décision que la fin poursuivie par l'acte est étrangère à la bonne administration.

Henri Welter, portanto, segue a relação, já previamente estabelecida na obra de Hauriou, entre a noção de moralidade administrativa e o elemento finalístico dos atos administrativos, sendo que aquela se apresentaria enquanto fundamento/parâmetro para a realização do controle jurisdicional do ato a partir do controle do desvio de poder (*détournement de pouvoir*), concebido como um vício teleológico. Veja-se nas palavras do autor francês:

Em geral, quando se trata da moralidade de um ato, consideramos, antes de tudo, o objetivo essencial perseguido pelo autor desse ato. Pois é com esse fim que deve ser avaliado o valor moral da conduta de quem pratica um ato. Assim, o controle jurisdicional da moralidade administrativa incidirá, sobretudo, sobre o fim proposto pelo autor do ato administrativo.

(...)

É este controle da finalidade prosseguida pelo ato administrativo que tem encontrado a sua expressão jurídica no controle do desvio de poder, uma das mais interessantes aberturas ao recurso por excesso de poder, que distinguiremos do controle da violação da lei propriamente dita, apesar das tentativas que têm sido feitas em várias ocasiões pela maioria dos autores para colocá-la nos limites desta última²³ (WELTER, 1929, p. 57-60).

Welter argumenta que a moralidade administrativa permitiria o controle de vícios que, embora não constituíssem propriamente ilegalidades, romperiam com o justo equilíbrio que deve haver entre a ordem jurídica e os elementos do mundo fático. Assim, para além dos vícios por desvio de poder, expressão-tipo da imoralidade administrativa, e da competência *ratione materiae*²⁴, já trabalhados por Maurice Hauriou, a moralidade permitiria o controle de vícios decorrentes do erro de fato²⁵, ocorrido na hipótese de o ato se fundar em fato materialmente inexistente ou equivocado²⁶. Este último, Welter denomina como “controle da racionalidade

²³ Texto em tradução livre. No original: *En général, lorsqu'il est question de la moralité d'un acte, on envisage, surtout le but essentiel poursuivi par l'auteur de cet acte. Car c'est d'après ce but que doit être appréciée la valeur morale de la conduite de celui qui accomplit un acte. En conséquence, le contrôle juridictionnel de la moralité administrative portera, avant tout, sur la fin que s'est proposée, l'auteur d'un acte administratif.*

(...)

C'est ce contrôle du but poursuivi par l'acte administratif qui a trouvé son expression juridique dans le contrôle du détournement de pouvoir, une des ouvertures les plus intéressantes au recours pour excès de pouvoir, que nous distinguerons du contrôle de la violation de la loi, proprement dite, en dépit des tentatives qui ont été faites, à diverses reprises, par la plupart des auteurs pour le faire entrer dans les limites de ce dernier.

²⁴ Para compreender essa última, é preciso retomar a ideia de vício de competência em razão da matéria, conforme já apresentada na obra de Hauriou, enquanto incompetência decorrente da invasão, pela Administração, do domínio da vida privada. Welter denomina “controle de racionalidade” a verificação da obrigação de absoluto respeito à ideia de função administrativa (enquanto um juízo de correção entre poder e dever).

²⁵ A respeito do assunto, o autor destaca precedente do Conselho de Estado no caso *Trépont*, datado de 20 de janeiro de 1922. No caso, o Conselho de Estado foi provocado a se pronunciar sobre a regularidade do afastamento, supostamente a pedido, de um prefeito pelo Ministro do Interior, a qual teria se fundamentado em motivos equivocados, uma vez que, em verdade, não havia sido solicitado o afastamento pelo interessado (WELTER, 1929, p. 318-319).

²⁶ Convém pontuar, desde já, que a Lei de Ação Popular brasileira, em seu art. 2º, *d*, elenca entre os vícios que levam à nulidade dos atos administrativos, a “inexistência de motivos”, que se caracterizaria justamente quando: “a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente

das medidas administrativas”, uma vez que visa controlar regras que impõe à autoridade administrativa a execução racional do direito público e o respeito absoluto à ideia de função pública (WELTER, 1929, p. 62).

Para o autor, porém, esse “controle da racionalidade” só teria se desenvolvido graças à teoria do desvio de poder e a ela estaria intimamente ligada, na medida em que esta teria posto em evidência a exigência fundamental de completa sujeição do poder administrativo à noção da administração como exercício de função (WELTER, 1929, p. 63). Assim, considerando que o erro de fato só conduziria à anulação do ato se se verificar que a finalidade que determinou a atuação administrativa é contrária às regras de boa administração, haveria, portanto, relação intrínseca entre a teoria do erro de fato e a moralidade administrativa.

Por fim, em trecho frequentemente citado por administrativistas brasileiros, Henri Welter distingue a moralidade administrativa e o que ele chamou de “moralidade comum”, prevalecente na sociedade. Transcreve-se:

A moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras de boa administração, ou seja, pelo conjunto de regras finalísticas e disciplinares suscitadas não apenas pela distinção entre o bem e o mal, mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa²⁷ (WELTER, 1929, p. 77).

Conclui-se do exame da obra de Henri Welter, portanto, que não há substancial distinção da construção teórica iniciada por Maurice Hauriou, embora sua elaboração seja consideravelmente mais aprofundada. A partir das duas obras, é possível extrair alguns elementos essenciais do conceito, destacando-se, notadamente, a tentativa de se estabelecer a autonomia do controle da moralidade administrativa com relação ao controle de legalidade, permitindo, nesse sentido, que a atividade jurisdicional se imiscua no âmbito da finalidade dos atos administrativos e de seus motivos, sem que isso implicasse invasão do campo da discricionariedade reservada ao administrador, como pareceram confundir alguns dos críticos à noção de moralidade administrativa.

inadequada ao resultado obtido”. Ademais, trata-se de construção bastante similar a hoje conhecida teoria dos motivos determinantes.

²⁷ Texto em tradução livre. No original: *La moralité administrative que nous visons ne se confond pas avec la moralité commune ; elle est constituée par les règles de la bonne administration, c'est-à-dire par l'ensemble des règles de but et de discipline déterminées non seulement par la distinction du bien et du mal, mais, d'une façon plus spéciale, par la mission générale de l'administration et l'idée de la fonction administrative.*

3.3. DISTINÇÃO ENTRE OS CONTROLES DE MORALIDADE E LEGALIDADE NAS OBRAS DE MAURICE HAURIUO E HENRI WELTER

Um dos objetivos precípuos de se voltar à construção histórica da moralidade administrativa no Direito Administrativo francês do início do século XX é identificar, à luz daquele contexto, em que medida o controle da moralidade administrativa se distingue do controle de legalidade, o que se apresentou como ponto central da construção do conceito. A partir disso, será possível, nos próximos capítulos, verificar se a atual compreensão do princípio da legalidade se mostra larga o suficiente para abarcar os aspectos que Hauriou e Welter situaram no campo da moralidade administrativa.

Antes de adentrarmos propriamente na distinção entre ambos, porém, faz-se necessário apresentar a compreensão de “legalidade” na obra de Maurice Hauriou, no contexto do direito administrativo francês no princípio do século XX. Na 10ª edição do *Précis de droit administrative et de droit public*, a mesma em que se inaugurou a expressão “moralidade administrativa”, o autor dedica um capítulo ao estudo do regime administrativo e da legalidade, sobre a qual transcrevemos os seguintes ensinamentos:

Na França, a legalidade compreende leis e regulamentos: é, portanto, composta de dois elementos, as leis, por um lado, os regulamentos, por outro, os quais são duas fontes de direito diferentes, mas coordenadas pelo duplo princípio segundo o qual os regulamentos servem para garantir a aplicação das leis e, ao mesmo tempo, estão subordinados a estas. Na legalidade, assim compreendida, o costume tem pouco ou nenhum lugar²⁸ (HAURIUO, 1921, p. 51).

Verifica-se, em vista disso, que Hauriou adota uma concepção de legalidade *stricto sensu*, ou seja, sua observância estaria circunscrita tão somente à lei formal, compreendida enquanto ato do Poder Legislativo, e aos regulamentos, voltados a garantir a fiel execução das leis. Por essa acepção formalista, com efeito, o controle de legalidade se restringiria a aspectos meramente objetivos do ato administrativo, excluindo-se, assim, os elementos finalidade e motivo da alçada do controle jurisdicional, na medida em que os vícios relativos aos referidos elementos se encontram além do juízo de conformidade do ato com o texto legal.

Passando especificamente à diferenciação entre legalidade e moralidade, em seu *Précis de droit administratif et de droit public*, Maurice Hauriou, ao tratar do recurso por

²⁸ Texto em tradução livre. No original: *En France, la légalité s'entend de l'ensemble des lois et règlements : elle se compose donc de deux éléments, les lois, d'une part, les règlements de l'autre, qui sont deux sources du droit différentes mais coordonnées par le double principe que les règlements servent à assurer l'application des lois et que, en même temps, ils sont subordonnés aux lois. Dans la légalité ainsi comprise, la coutume n'a à peu aucune place.*

excesso de poder, mais especificamente do desvio de poder e do vício de incompetência, é enfático na compreensão de que o controle decorrente de tais vícios seria tornado possível não pela legalidade, uma vez que o ato seria formalmente conforme o texto da lei, mas pela moralidade administrativa.

Se a violação das formas é sempre uma espécie de ilegalidade, o mesmo não ocorre com a incompetência, pois nem sempre os limites da competência administrativa são fixados por lei ou regulamento; o desvio de poder, sobretudo, não pode ser reduzido à legalidade, diga-se o que se diga, pois o fim da função administrativa é determinado muito menos pela lei do que pela moral administrativa²⁹ (HAURIOU, 1914, p. 439).

Há, de fato, uma grande diferença entre a noção de excesso de poder e a de violação da lei. **A noção de excesso de poder decorre dessa ideia de que um poder político deve se disciplinar e evitar certos excessos, mas o limite lhe advém de seu próprio equilíbrio, é interno.** Ao contrário, a questão da legalidade que tem engendrado a abertura da violação da lei, evoca a ideia de limite externo ao poder administrativo, pois não é ele quem faz a lei. Veremos também que a abertura da infração à lei só foi incorporada ao recurso por abuso de poder de forma artificial³⁰ (HAURIOU, 1914, p. 455, tradução nossa).

Em alguns trechos da obra *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Hauriou, ao analisar arrestos do *Conseil d'État*, também deixa clara sua compreensão no sentido de que a moralidade administrativa não se confundiria com a legalidade e tampouco haveria uma relação de continência entre ambos, sendo tratados, portanto, como distintos parâmetros de controle da Administração Pública. Veja-se, exemplificativamente: “Pode-se dizer que esse uso indevido é contrário ao espírito geral das leis, mas a violação do espírito geral das leis não se confunde com a violação de um texto legal. Na realidade, trata-se de um caso em que a moralidade administrativa busca ir além das exigências formais da lei”³¹ (HAURIOU, 1929, p. 725).

Em sua obra objeto do da análise da subseção anterior, Henri Welter dedica a Seção III do Capítulo II ao tema da relação entre legalidade e moralidade administrativa, seção esta

²⁹ Texto em tradução livre. No original: *Si la violation des formes est toujours une espèce d'illégalité, il n'en est pas de même de l'incompétence, car les limites de la compétence administrative ne sont pas toujours établies par des lois ou règlements ; le détournement de pouvoir surtout ne se ramène pas à la légalité, quoi qu'on en ait dit, car le but de la fonction administrative est déterminé beaucoup moins par la loi que par la moralité administrative.*

³⁰ Texto em tradução livre. No original: *Il y a, en effet, une grande différence entre la notion de l'excès de pouvoir et celle de la violation de la loi. La notion de l'excès de pouvoir procède de cette idée qu'un pouvoir politique doit se discipliner lui-même et éviter certains excès, mais la limite lui vient de son propre équilibre, elle lui est intérieure. Au contraire, la matière de la légalité qui a engendré l'ouverture de la violation de la loi, évoque l'idée d'une limite extérieure au pouvoir administratif, car ce n'est pas lui qui fait la loi. Aussi verrons-nous que l'ouverture de la violation de la loi n'a été annexée au recours pour excès de pouvoir que d'une façon artificielle.*

³¹ Texto em tradução livre. No original: *On peut bien dire que ce mésusage est contraire à l'esprit général des lois, mais la violation de l'esprit général des lois ne se confond pas avec la violation d'un texte de loi. En réalité, c'est un cas où la moralité administrative s'efforce de dépasser des exigences formelles de la loi.*

denominada: “O controle da moralidade é um controle da legalidade? Característica do controle da moralidade”³².

Em um primeiro momento, o autor francês explicita a opinião da doutrina administrativista da época sobre o tema e inaugura um debate com alguns dos administrativistas que haviam, de certa forma, rebatido a ideia de um controle de moralidade administrativa autônomo ao controle de legalidade.

Segundo Welter, de forma geral, a doutrina negaria a existência do que ele, seguindo Hauriou, denominou “controle contencioso da moralidade administrativa”. Nesse sentido, os administrativistas da época, em regra, não reconheceriam a existência de um conjunto de princípios formadores de um caráter próprio, de modo que a prática de atos com fins contrários ao interesse público seria compreendida como ofensa à própria norma jurídica. Nas palavras de Welter: “a grande maioria dos autores se recusa a ver no controle jurisdicional do desvio de poder outra coisa senão um controle contencioso da legalidade propriamente dita”³³.

No trecho, Welter recupera, em suma, a posição de três administrativistas que situam o controle pelo desvio de poder como um controle de legalidade e não de moralidade, são eles: 1) León Michoud, em seu *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, publicado no Anais da Universidade de Grenoble nos anos de 1913 e 1914; 2) Marc Réglade, em artigo intitulado *Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir*, publicado no ano de 1925 na *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*; 3) Roger Bonnard, no artigo *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, publicado em 1923 na *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*.

Os três textos, registre-se, cada um ao seu modo, tratam do controle dos atos discricionários da Administração Pública por meio do recurso do excesso por excesso de poder pelo Conselho de Estado. Felizmente, tivemos acesso às três obras, o que permitiu que referências não ficassem limitadas às poucas citações diretas feitas por Henri Welter.

León Michoud, em texto denominado *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, dividido em duas partes publicadas, respectivamente, em 1913 e 1914, explica que o desvio de poder funcionaria como um meio de limitação do âmbito de discricionariedade do ato administrativo. Ou seja, uma vez que não se confunde com a arbitrariedade, o poder

³² Texto em tradução livre. No original: *Le contrôle de la moralité est-il un contrôle de la légalité ? Caractère propre du contrôle de la moralité.*

³³ Texto em tradução livre. No original: *la grande majorité des auteurs refusent de voir dans le contrôle juridictionnel du détournement de pouvoir autre chose qu'un contrôle contentieux de la légalité proprement dite.*

discricionário, ainda que não condicionado por uma limitação legal específica, permaneceria vinculado pela regra geral da atividade administrativa, que consiste em agir orientada pela busca da consecução do interesse público (MICHOU, 1913, p. 440-441).

Sobre o que mais nos interessa neste momento, a natureza jurídica do controle do desvio de poder, L. Michoud, apresenta teoria de Rudolf von Laun, segundo a qual entre os quatro espécies de limites do poder discricionário, correspondentes às quatro aberturas do recurso por excesso de poder — vício de competência, vício de forma, violação à lei e desvio de poder —, as três primeiras representariam limites externos, constituídos esses limites por disposições legais que determinam, respectivamente, a competência das autoridades administrativas, a forma de seus atos e o conteúdo das medidas que podem tomar. Por outro lado, o desvio de poder seria considerado um limite interno, uma vez que não seria estabelecido por textos de lei; sua existência seria decorrente do princípio geral segundo o qual às autoridades administrativas não é permitido agir em descompasso com uma finalidade de interesse público (MICHOU, 1914, p. 19-20).

Essa distinção, podemos identificar, se aproximaria à construção teórica de Hauriou, segundo a qual o fundamento do desvio de poder resulta não em uma violação à lei (limites externos), mas, sim, à moralidade administrativa (limite interno). Contudo, Michoud defende a ideia de que o desvio de poder implicaria, também, violação à lei em uma perspectiva teleológica:

(...) Por fim, insistiremos ainda mais na ideia de que o desvio de poder também é uma violação real da lei. Devemos, portanto, mantendo a classificação tradicional, especificar um pouco seus termos e expressá-la da seguinte forma: violação de uma norma de competência; violação de uma norma de forma; violação de uma norma substantiva; violação de uma norma de finalidade (desvio de poder)³⁴ (MICHOU, 1914, p. 20).

Ao se dedicar especificamente ao limite ao poder discricionário imposto pela teoria do desvio de poder, Léon Michoud não apenas o inclui como espécie de vício de legalidade, como critica de forma expressa os autores que tratam como uma infração de ordem de moralidade administrativa. De acordo com ele, a moralidade administrativa seria invocada por autores inclinados a confundir os campos da legalidade e da conveniência/oportunidade:

³⁴ Texto em tradução livre. No original: (...) *Enfin nous insisterons plus loin sur l'idée que le détournement de pouvoir est, lui aussi, une véritable violation de la loi. On doit donc, en conservant la classification traditionnelle, en préciser quelque peu les termes, et l'exprimer comme il suit : violation d'une loi de compétence ; violation d'une loi de forme ; violation d'une loi de fond ; violation d'une loi de but (détournement de pouvoir).*

Além das leis especiais que determinam a competência, forma e conteúdo jurídico dos atos administrativos, existe uma norma geral que, sem estar redigida num texto preciso, domina toda a atividade administrativa, pelo menos nos países que atingiram um certo grau da civilização. Esta norma impõe que o administrador só pode agir, mesmo para atos cujo conteúdo seja da sua competência, com vista a determinados fins de interesse geral, e que ele excede o seu poder ao agir com vista a fins diversos daqueles que a norma atribui à sua atividade.

Autores inclinados a confundir o domínio da legalidade com o da conveniência não deixaram de invocar em apoio de suas teses a teoria do desvio de poder. Consideram-no fazer do recurso de excesso de poder um recurso hierárquico ainda mais do que um recurso contencioso³⁵, e levar o Conselho de Estado a julgar, não uma questão de legalidade, mas uma questão de moralidade administrativa (...) A nosso ver, o desvio de poder é sim uma ilegalidade, e o Conselho de Estado, ao examiná-lo, em nada se afasta do campo do contencioso³⁶ (MICHOU, 1914, p. 27-29).

Ainda nessa linha, continua a crítica mencionando expressamente Maurice Hauriou:

A regra de que a Administração deve agir apenas no interesse geral, por não constar de nenhum texto, não deixa de ser uma norma jurídica incontestável.

(...) Se, segundo a feliz expressão de Hauriou, cada poder administrativo se limita à busca de seu próprio objetivo, é porque não lhe é permitido ir além de sua competência buscando um fim que não é nela contida (...) É bastante inexato ver em casos desta espécie um exame jurisdicional sobre a moralidade administrativa, se com isso se entende que este controle da moralidade não é ao mesmo tempo um controle da legalidade. A única verdade é que a teoria do desvio de poder, como a de sua irmã, o abuso de direito, traz para o direito certas regras de moralidade que sem elas ficariam fora do domínio jurídico. Mas isso não é uma objeção, pelo contrário: quanto mais a lei leva em conta a ideia moral tal como é entendida no meio em que deve ser aplicada, melhor ela se adapta à sua destinação social³⁷ (MICHOU, 1914, p. 32-33).

³⁵ Entende-se por recurso hierárquico (*recours hiérarchique*) aquele interposto diretamente à administração, especificamente à autoridade a quem se subordina o agente que proferiu a decisão impugnada. Por outro lado, os recursos contenciosos são direcionados à jurisdição administrativa. É preciso destacar que em seu *Précis de Droit Administratif*, em nenhuma oportunidade Hauriou associa o recurso por excesso de poder a uma espécie de recurso hierárquico, pelo contrário, menciona expressamente se tratar de uma via contenciosa para se buscar a nulidade de uma decisão administrativa (HAURIOU, 1921, p. 422).

³⁶ Texto em tradução livre. No original: *En dehors des lois spéciales qui déterminent la compétence, la forme et le contenu légal des actes administratifs, il existe une loi générale qui, sans être écrite dans un texte précis, domine toute l'activité administrative au moins dans les pays arrivés à un certain degré de civilisation. Cette loi, c'est que l'administrateur ne peut agir, même pour des actes dont le contenu rentre dans sa compétence, qu'en vue de certains buts d'intérêt général, et qu'il excède son pouvoir en agissant en vue d'un but autre que ceux que la loi assigne à son activité.*

Les auteurs portés à confondre le domaine de la légalité et celui de l'opportunité n'ont pas manqué d'invoquer à l'appui de leur thèse la théorie du détournement de pouvoir. Ils la considèrent comme faisant du recours pour excès de pouvoir un recours hiérarchique plus encore qu'un recours contentieux, et comme entraînant le Conseil d'Etat à juger, non une question de légalité, mais une question de moralité administrative (...) A nos yeux le détournement de pouvoir est bien une illégalité, et le Conseil d'Etat en l'examinant ne sort nullement du domaine contentieux.

³⁷ Texto em tradução livre. No original: *La règle que l'Administration ne doit agir que dans l'intérêt général, pour n'être écrite dans aucun texte, n'en est pas moins une règle de droit incontestable.*

(...) Si, suivant l'heureuse expression de M. Hauriou, chaque pouvoir administratif est enfermé dans la poursuite de son but propre, c'est qu'il ne lui est pas permis de dépasser sa compétence par la recherche d'un but qui n'y est pas contenu (...) Il est tout à fait inexato de voir dans les cas de ce genre un examen du contentieux sur la moralité administrative, si on entend par là que ce contrôle de moralité n'est pas en même temps un contrôle de légalité. Ce qu'il y a de vrai seulement, c'est que la théorie du détournement de pouvoir, comme celle de l'abus du droit sa sœurs, fait entrer dans le droit certaines règles de morale qui sans elles resteraient en dehors du domaine juridique. Mais ce n'est pas là une objection, au contraire : plus le droit tient compte de l'idée morale telle qu'elle est comprise dans le milieu où il doit s'appliquer, mieux il est adapté à sa destination sociale

Marc Réglade, por seu turno, realiza interpretação semelhante a respeito da moralidade administrativa. Para ele, a compreensão de Hauriou no sentido de que o recurso por excesso de poder se encerraria em um controle mais amplo do que a legalidade implicaria um controle de conveniência e oportunidade. Veja-se a transcrição do trecho em que o autor chega a essa conclusão.

Em síntese, todas estas doutrinas [incluindo a de Hauriou] equivalem a dizer que no recurso por abuso de poder, o Conselho de Estado não se limita a fiscalizar a legalidade do ato impugnado, mas também a sua oportunidade. O recurso por excesso de poder caminha para um controle da conveniência. O que devemos pensar dessa concepção? Parece-nos imprecisa e perigosa³⁸ (RÉGLADE, 1925, p. 423).

Roger Bonnard, de modo semelhante, compreende que a noção segundo a qual o Conselho de Estado realiza um juízo de moralidade administrativa resultaria, inevitavelmente, em estender o seu controle ao âmbito de mérito do ato administrativo, retirando o âmbito de liberdade atribuído pela lei ao agente público. Para o autor, ao contrário, a evolução do recurso por excesso de poder não teria criado fundamentos adicionais para o controle do ato administrativo, de modo que este permaneceria restrito a um juízo de legalidade, compreendida em sentido *lato*, incluindo não apenas a norma escrita, mas também a norma costumeira (BONNARD, 1923, p. 365-366).

Particularmente quanto ao desvio de poder, o autor sustenta o seguinte:

Assim, a lei que fixa a finalidade do ato torna-a uma condição de legalidade. Com isso, o juiz, ao examinar se o ato persegue essa finalidade, não faz nada mais do que um controle da legalidade do ato. Não faz juízo da “moral administrativa”, da conveniência e oportunidade das decisões, pois o agente administrativo nunca terá uma liberdade de apreciação a ponto de saber se o ato está em conformidade com a finalidade pretendida³⁹ (BONNARD, 1923, p. 391).

Aqui, porém, concordamos com Welter (1929, p. 70) no sentido de que há na crítica uma confusão. Ao contrário do que parecem compreender os três autores acima citados, parece-nos claro que o que Hauriou convencionou denominar “moralidade administrativa” nada tem a

³⁸ Texto em tradução livre. No original: *En résumé, toutes ces doctrine reviennent à dire que dans le recours pour excès de pouvoir le Conseil d'Etat ne se borne pas à contrôler la légalité de l'acte attaqué, mais encore son opportunité. Le recours pour excès de pouvoir s'achemine vers le contrôle d'opportunité. Que faut-il penser de cette conception ? Elle nous paraît inexacte et dangereuse.*

³⁹ Texto em tradução livre. No original: *Ainsi la loi fixant le but de l'acte, en fait une condition de légalité. Par suite le juge en examinant si l'acte poursuit bien ce but, ne fait que contrôler la légalité de l'acte. Il ne se fait pas juge de la "moralité administrative" de l'opportunité des décisions, puisqu'il n'a jamais de la part de l'agent administratif libre appréciation sur le point de savoir si l'acte est conforme au but prévu.*

ver com um controle da conveniência e oportunidade das decisões administrativas deixadas à apreciação do administrador no exercício do poder discricionário.

Com efeito, as leituras do desvio de poder nas obras dos três autores e de Hauriou muito mais se aproximam do que se afastam, sendo possível concluir que a diferença essencial se limitaria ao que se entende como fundamento do controle do vício teleológico: de um lado, a legalidade, compreendida para além do mero texto da lei, e, de outro, a moralidade administrativa, concebida como “espírito geral da lei”.

Em suma, não há uma grande distinção quanto à amplitude do controle pelo recurso por excesso de poder na compreensão dos autores acima mencionados. Pelo contrário, todos eles compreendem ser possível que a jurisdição administrativa realize o controle da finalidade do ato administrativo sem, entretanto, que isso implique invasão nos aspectos de conveniência e oportunidade.

A discordância, em verdade, aparenta residir na amplitude do conceito de legalidade tomado por cada autor. Conforme já expomos, Hauriou compreende a legalidade de forma excessivamente restrita, limitada ao texto da lei, enquanto resultado do processo legislativo, e aos regulamentos, voltados a garantir a fiel execução das leis. Dessa forma, uma vez que o controle do desvio de poder escapa ao texto legal formal, implicando um juízo a respeito de critérios de natureza subjetiva (quanto à finalidade) e fática (quanto aos motivos), Hauriou entende ser diverso o seu fundamento.

Lado outro, os outros três autores explicitam uma compreensão de legalidade mais ampla. Michoud, por exemplo, relaciona o desvio de poder a uma “norma de finalidade”, Bonnard, por outro lado, ao que prefere chamar de “lei em sentido *lato*, compreendendo não apenas a norma escrita, mas também a norma consuetudinária”.

Essa conclusão, inclusive, parece-nos clara no seguinte trecho da obra de Henri Welter:

Assim, o controle dos fins da atividade administrativa, consagrados na teoria do desvio de poder, vai muito além do **controle da legalidade propriamente dita, que é apenas um meio de sancionar a estrita aplicação das disposições formais da lei**, deixando fora de seu alcance objetivos precisos qualquer apreciação que incida essencialmente sobre os próprios fins perseguidos pelos agentes públicos no exercício de sua atribuição legal (WELTER, 1929, p. 154, destaque acrescido).

Mergulhando mais a profundamente no debate, Henri Welter (1929, p. 152) afirma que não seria falso afirmar que o legislador, ao atribuir poderes discricionários à administração, tenha implicitamente determinado que tais poderes devem ser utilizados com vistas a fins específicos, de modo que o controle do desvio de poder teria características de controle de

legalidade. Contudo, o autor afirma que não seria este o real sentido do controle teleológico do ato administrativo, uma vez que a imposição de buscar o interesse público seria um princípio jurídico independente da lei.

Em resposta à posição dos autores supracitados na defesa da ideia segundo a qual o vício de finalidade seria um vício de legalidade, não de moralidade administrativa, o administrativista francês argumenta que essas teorias ignorariam a raiz do problema, enunciando textualmente da seguinte forma: “trata-se de saber como as regras limitadoras do poder discricionário da administração conseguiram afirmar-se e impor-se no direito público considerando que, em geral, admite-se que o texto da lei não traz por si só orientações claras sobre a questão”⁴⁰ (WELTER, 1929, p. 72).

A refutação do autor francês às teorias que defendem se tratar de um controle de legalidade, e não de moralidade, perpassa pelo argumento de que o administrador público, ao atuar em desvirtuamento à finalidade de interesse público, ou tomando motivos materialmente inexatos, não se coloca em oposição à norma jurídica, pelo contrário, a utiliza como pretexto para atuar com vistas a fins alheios ao interesse público. Essa noção, ademais, torna ainda mais evidente que a divergência, em verdade, se deve às diferentes concepções de legalidade adotadas.

Argumenta Henri Welter não ser possível avaliar essa atuação indisciplinada no caso concreto tão somente com base nas prescrições formais emanadas pelo texto da lei, diante da característica da abstração, própria das normas jurídicas. Por outro lado, esse juízo de correspondência teria que ser efetuado utilizando não o texto legal como parâmetro, mas um conjunto de fundamentos extraídos da natureza funcional do direito administrativo e do espírito, não da lei, mas da própria instituição.

No mais, o controle teleológico do ato administrativo, nesse sentido, teria como objetivo censurar a atuação ilegítima não em razão de o fim perseguido pelo agente destoar da vontade implícita pretendida pelo legislador, mas porque, dadas as circunstâncias fáticas em que foi praticado o ato, a sua finalidade se revelaria contrária aos princípios da boa administração. Ou seja, o juízo escaparia à legalidade, uma vez que a finalidade não é apreciada à luz do texto da lei, com vista à satisfação da vontade do legislador, e o controle teria um caráter essencialmente disciplinar, extraindo uma conclusão quanto ao valor jurídico do fim perseguido dos próprios elementos do ato (WELTER, 1929, p. 73-74).

⁴⁰ Texto em tradução livre. No original: (*.. il s'agit précisément de savoir comment ces règles limitant le pouvoir discrétionnaire de l'administration ont pu s'affirmer et s'imposer dans notre droit public alors qu'il est généralement admis que le texte de loi ne fournit par lui-même aucune directive bien nette à ce sujet.*)

Como exemplo de sua explicação teórica sobre os motivos pelos quais o desvio de poder seria um vício de moralidade administrativa, não de legalidade, Welter retoma os comentários feitos por Hauriou sobre o julgamento do *caso Gomel*, de 4 abril de 1914 em sua obra *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*.

No referido caso, julgado pelo *Conseil d'Etat* em 1914, um cidadão solicitou ao *préfet de Paris* (então *préfet de la Seine*) uma permissão para construir um edifício residencial em um terreno de sua propriedade na *Place Beauvau*. Com base na lei de 13 de julho de 1911, que permitia à Administração proibir construções susceptíveis de prejudicar uma “perspectiva monumental”, foi negada a concessão da autorização por despacho de 26 de julho de 1913. O particular, então, recorreu ao Conselho de Estado para que esta decisão fosse anulada. Em abril de 1914, a alta corte da jurisdição administrativa deferiu seu pedido sob o fundamento de que a referida praça não poderia ser qualificada como “perspectiva monumental” e que, portanto, a autoridade administrativa havia feito uma equivocada aplicação da lei de 1911 aos fatos (HUBERT, 1992, p. 102-103).

A relevância do caso reside no fato de que, até então, embora já existente o *recour pour excès de pouvoir*, o Conselho de Estado costumava se recusar a controlar a qualificação jurídica de fatos realizada pela administração, limitando-se a verificar se a decisão se apresentava de acordo com a legislação (CONSEIL D'ÉTAT). Ou seja, no caso concreto, a Administração, do ponto de vista meramente formal, poderia se recusar à emissão do alvará solicitado, sob o argumento de que a construção proposta afetaria a “perspectiva monumental”, uma vez que este fundamento estava expressamente previsto no artigo 118 da lei de 13 de julho de 1911. Porém, o Conselho de Estado, analisando a qualificação jurídica realizada pela Administração, concluiu que a recusa seria viciada por erro de fato.

Sobre o tema, Welter (1929, p. 344) explica, conforme já apresentamos alhures, que: “O controle do erro de fato, em todas as suas aplicações, é o último desdobramento da teoria do desvio de poder”⁴¹.

Nas notas de Hauriou sobre o caso, retomando, é possível observar a clara compreensão do autor sobre a distinção entre o controle de legalidade — estritamente considerada em sua perspectiva — e o controle de moralidade administrativa. No excerto, Maurice Hauriou tece as considerações acerca da extensão, de um lado, do controle da legalidade e, do outro, do controle pela via do recurso por excesso de poder, cujo fundamento seria a moralidade administrativa. Veja-se:

⁴¹ Texto em tradução livre. No original: *Le contrôle de l'erreur de fait, dans toutes ses applications, est le dernier aboutissant de la théorie du détournement de pouvoir.*

Há, na noção de excesso de poder, um princípio próprio, que não deve ser abandonado, porque é dotado de maior elasticidade do que o princípio da legalidade (...) o princípio do excesso de poder é uma polícia da magistratura e da Administração. O excesso de poder é uma espécie de ofensa profissional cometida em desacato, não à lei, mas às máximas profissionais, cujos postulados podem ir muito além das prescrições da lei. É com a Administração como com os particulares. Sabemos que um particular pode cometer muita vilania agindo de acordo com a lei; seria o mesmo para os administradores, se não se acrescentasse à lei a deontologia profissional da administração, assim como acrescenta-se a moral vulgar para os particulares. A noção de excesso de poder é, portanto, muito mais ampla do que a de legalidade; corresponde à moralidade, que é mais extensa que a lei⁴² (HAURIU, 1929, p. 374-375).

Nesse sentido, Henri Welter, valendo-se dos comentários de Hauriou, conclui que, ao lado do controle de legalidade da Administração Pública, realizado por meio do *recours pour violation de la loi*, existiria, também, um controle da moralidade administrativa, cujo instrumento jurídico-processual seria o *recours pour excès de pouvoir*. Ademais, teria sido esta segunda espécie de controle a possibilitar ao Conselho de Estado se valer das regras de conduta impostas à administração a partir do próprio espírito da função administrativa. Assim, para o autor, negar a distinção entre moralidade e legalidade implicaria retornar, nas palavras de Welter, “à concepção ultrapassada segundo a qual o ordenamento jurídico por si só esgota todas as possibilidades jurídicas” (WELTER, 1929, p. 75-76).

Portanto, com receio de um possível retrocesso no âmbito do controle jurisdicional da Administração Pública, com a exclusão da finalidade e dos motivos do ato administrativo da apreciação jurisdicional e retorno a um controle meramente formal, Hauriou buscou autonomizar o controle desses elementos do controle de legalidade. Para abarcar esse controle de caráter subjetivo e fático, optou por utilizar a expressão “moralidade administrativa”, diante da concepção de que a obrigação de observância à finalidade de interesse público na atuação administrativa decorreria não da legislação, mas da deontologia extraída a própria concepção de função pública.

Welter, no entanto, reconhece que o termo “moralidade” é passível de provocar uma confusão entre o sentido que se espera, e sobre o qual dedicamos as últimas páginas, e a compreensão da moralidade em seu sentido comum. Nas conclusões de sua obra, o jurista chega

⁴² Texto em tradução livre. No original: *Il y a, dans la notion de l'excès de pouvoir, un principe propre, qu'il ne faut pas abandonner, parce qu'il est doué d'une plus grande élasticité que le principe de la légalité (...) le principe de l'excès de pouvoir est une police de la magistrature et de l'Administration. L'excès de pouvoir est une sorte de délit professionnel commis au mépris, non pas de la loi, mais de maximes professionnelles, dont les postulats peuvent porter beaucoup plus loin que les prescriptions de la loi. Il en est de l'Administration comme des particuliers. On sait qu'un particulier peut commettre bien des vilenies en côtoyant la loi ; il en serait de même des administrateurs, si la déontologie professionnelle de l'Administration n'était pas surajoutée à la loi, de même que la morale vulgaire s'y surajoute pour les particuliers. La notion de l'excès de pouvoir est ainsi beaucoup plus étendue que celle de la légalité; elle correspond à la morale, qui est plus étendue que le droit.*

a admitir que os precedentes tomados como pertencentes ao âmbito do controle de moralidade administrativa poderiam ser considerados como vinculados à ideia de legalidade entendida em seu sentido amplo. Não obstante, o autor defende a continuidade da utilização da expressão por receio de que toda a profunda construção jurisprudencial do desvio de poder — e, para ele, do erro de fato — acabasse perdida na lógica positivista dominante à época. Em suas palavras:

Certamente, grande número de decisões jurisprudenciais que consideramos como pertencentes ao controle da moralidade ainda podem ser vinculadas ao controle da legalidade, entendida no sentido amplo desta palavra; mas se se afirmar que, em todos estes casos, o juiz procede a apreciações relativas à própria legalidade do ato, não estaremos nós a ir contra o sentido profundo de toda esta jurisprudência para devolver, em suma, mais ou menos, ao axioma ultrapassado que confundia Direito e lei e que, aliás, ainda não foi absolutamente repudiado na atualidade?⁴³ (WELTER, 1929, p. 460)

Fato é, porém, que, na última edição do *Précis de droit administratif et de droit public*, Hauriou para de utilizar a expressão moralidade administrativa, fazendo referência tão somente à expressão “disciplina interna da administração”, o que, para Welter, não altera substancialmente a questão (WELTER, 1929, p. 76). Os motivos pelos quais Hauriou deixou de utilizar a expressão, entretanto, não são explicitados. Porém, disso conclui-se que, embora o termo “moralidade administrativa” não tenha se consolidado na obra do administrativista francês, é certo que o vício por desvio de poder — ao qual se soma o erro de fato na construção de Welter — é compreendido como autônomo em relação ao controle de legalidade.

Por fim, Welter, mesmo sendo sua obra posterior à última edição do *Précis de droit Administratif* de Hauriou, defende a continuidade da utilização da expressão “moralidade” por compreender que a violação a uma ordem estabelecida para garantia do interesse público seria moralmente condenável, uma vez que esta ordem, postulada pela instituição administrativa, seria tão somente, em suas palavras, “um reflexo particular da ordem geral constituída pelo equilíbrio de todas as atividades sociais com vistas à busca do bem comum”⁴⁴ (WELTER, 1929, p. 77-78).

Em suma, o que se depreende do tratamento dispensado ao controle jurisdicional da moralidade administrativa nas obras de Maurice Hauriou e Henri Welter é, antes de qualquer

⁴³ Texto em tradução livre. No original: *Certes, un grand nombre de décisions jurisprudentielles que nous avons considéré comme appartenant au contrôle de la moralité peuvent encore être rattachées au contrôle de la légalité, entendu au sens large de ce mot ; mais si l'on prétend que, dans tous ces cas, le juge se livre à des appréciations portant sur la légalité même de l'acte, ne va-t-on pas à l'encontre de la signification profonde de toute cette jurisprudence pour revenir, en somme, plus ou moins, à l'axiome périmé qui confondait droit et loi et qui n'a, d'ailleurs, pas encore été absolument répudié à l'heure actuelle?*

⁴⁴ Texto em tradução livre. No original: *(l'institution administrative) n'est qu'un reflet particulier de cet ordre général constitué par l'équilibre de toutes les activités sociales en vue de la poursuite du Bien commun.*

outra coisa, que a moralidade administrativa é tida como o instrumento de sujeição da atividade administrativa não apenas à legalidade formal, mas às finalidades que lhe são atribuídas para satisfação do interesse público, sendo a construção dissociada da legalidade decorrente de uma tentativa de “burlar” uma possível compreensão positivista no sentido de que o controle da atividade administrativa devesse se limitar ao aspecto formal da legalidade, perdendo-se toda a rica construção jurisprudencial que permitiu a evolução do controle da Administração Pública com vistas a conformar a atuação administrativa ao seu objetivo precípuo: a consecução do interesse público.

Toda essa edificação teórica da moralidade administrativa nas obras de Hauriou e Welter se explica, em verdade, pela própria compreensão do Direito para ambos os autores. Hauriou, e Welter sob sua influência, marcaram a construção de uma teoria do direito antiformalista denominada “teoria da instituição”, sobre a qual nos debruçaremos a seguir com o objetivo de melhor compreender a função e a razão de ser da criação da “moralidade administrativa” na obra dos autores franceses acima trabalhados.

3.4. O INSTITUCIONALISMO DE MAURICE HAURIOU E A INFLUÊNCIA DA TEORIA INSTITUCIONALISTA NA COMPREENSÃO DE MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Mais do que um administrativista, Maurice Hauriou é reconhecido como um importante teórico do direito da passagem do século XIX para o século XX. Neste trabalho, tendo em vista sua pretensão, não pretendemos nos embrenhar vigorosamente em aspectos da Filosofia do Direito. No entanto, conhecer a teoria institucional de Hauriou é um pressuposto para o entendimento de sua obra na integralidade, incluindo, por evidente, a compreensão da “moralidade administrativa”, uma vez que a construção desta é notadamente condicionada pela teoria da instituição, consoante passaremos a demonstrar.

Hauriou é um dos autores franceses marcados por reagir à corrente positivista majoritária no século XIX, segundo a qual o Estado seria a única fonte do Direito, rechaçando a existência de um direito natural, bem como as influências de fatores sociopolíticos no mundo jurídico. Nesse contexto, Maurice Hauriou marca uma reação ao buscar em fatos sociais uma base para a construção de uma noção de direito que se aliasse à realidade fática, fazendo-o a partir de um direito natural de base experimental (LUCAS VERDÚ, 1972, p. 98).

Portanto, o jurista francês se revela enquanto um pluralista e, como tal, rejeita o *monismo jurídico*, concepção caracterizada por admitir tão somente o sistema de direito estatal.

Nas palavras de Miguel Reale (2000, p. 266): “Entre todos os pluralistas há um denominador comum, que é o antiformalismo, o repúdio à lei como forma, isto é, sem o conteúdo concreto da vida social”.

Nesse sentido, o “idealismo institucionalista de Hauriou”, enquanto resistência ao formalismo jurídico a partir da Sociologia, segundo Pablo Lucas Verdú (1972, p. 103-105), parte da teoria da instituição, enquanto categoria conceitual forjada para compreender a estrutura jurídico-social, para alicerçar-se ao plano metafísico, assumindo uma atitude anti-individualista.

De acordo com essa teoria, as instituições seriam a base orgânica a partir da qual a sociedade se constituiria historicamente, de modo que a dinâmica social seria composta pelas relações e disputas havidas entre as instituições. Assim, haveria uma autonomia relativa entre as instituições e o Estado, para que possam organizar o funcionamento da sociedade e do próprio Estado através de movimento instituinte/instituído, problematizando o discurso hegemônico da época, que estruturava o Estado a partir do contratualismo (NEGRI, 2002, p. 42).

Hauriou, dessa forma, assume uma postura crítica ao contratualismo rousseauiano enquanto importante sustentáculo da teoria do Estado-nação, sob o argumento de que “a unanimidade contratual é uma unidade fechada que tende a constituir um equilíbrio imóvel” (FARIAS, 2000, p. 248). A teoria da instituição, por oposição, a partir de movimentos nos quais se incorporaria ao campo social, possibilitaria uma “totalidade aberta, móvel e em permanente renovação” (FARIAS, 2000, p. 243).

Na primeira parte da obra sobre o assunto: *Teoria da Instituição e da Fundação*⁴⁵, Hauriou (2009, p. 21) apresenta a anatomia das fundações e argumenta que a instituição-pessoa⁴⁶ seria composta por três elementos: a ideia da obra a realizar num grupo social (ideia diretriz); o poder organizado posto a serviço dessa ideia (poder institucional) e as manifestações de comunhão que ocorrem no grupo social em relação à ideia e sua realização. Entre os três

⁴⁵ Para os fins pretendidos nesta dissertação, não nos debruçaremos sobre a segunda parte da obra, em que Hauriou apresenta fisiologia das fundações, compreendendo o processo de nascimento, existência e morte das instituições.

⁴⁶ Hauriou divide as instituições em dois grupos: as que personificam e as que não se personificam. Na primeira categoria, também denominada instituições-pessoas ou corpos constituídos, estariam situados o Estado, as associações e os sindicatos. No segundo grupo, também denominada instituições-coisa, por outro lado, não se originaria uma corporação, mas teria sua existência no meio social enquanto ideia. A teoria institucionalista se debruça sobre as instituições do primeiro grupo, porém, revela-se importante pontuar que as instituições-coisas também perduram no espaço e no tempo, determinando a vida coletiva, mas não recebem nenhum poder gerencial nem manifestação de comunhão entre membros. As regras de direito são uma instituição que, embora seja criada pela comunidade e influencie na vida cotidiana, não se personificam nem unificam em si uma multiplicidade de agentes. Os únicos aspectos que essa instituição compartilha com aquelas que têm natureza pessoal são: o fato de ser uma “instituição” que, como uma ideia, vive e se propaga na sociedade (HAURIOU, 2009, p. 19-20).

elementos, porém, ideia diretriz teria posição de destaque, na medida em que seria responsável por condicionar os demais elementos em torno de sua realização.

O autor francês ressalta que não se deve confundir a ideia diretriz com a noção de meta, na medida em que: “A idéia de Estado, por exemplo, é coisa bem diversa da meta do Estado ou da função do Estado” (HAURIUO, 2009, p. 22). Isso, porque a meta seria considerada exterior à instituição, evocando tão somente um resultado, enquanto a ideia diretriz seria interior e relacionada a uma organização e a um programa de ações para realização da obra.

Ao mesmo tempo, a ideia diretriz da instituição seria diferente da função dessa mesma instituição, uma vez que a função seria somente a parte já realizada ou já determinada da instituição, subsistindo na ideia diretriz também uma parte indeterminada. Nesse sentido, “no Estado; há o campo da função que é o da administração e do andamento determinado dos serviços, e há também o campo da idéia diretriz que é o do governo político, o qual trabalha com o indeterminado” (HAURIUO, 2009, p. 22).

Nessa linha, a ideia diretriz se aproximaria da ideia de objeto da instituição e possuiria uma existência objetiva. Farias (2000, p. 256) vislumbra que a ideia em movimento já estaria presente na realidade social e caberia aos sujeitos apenas descobri-la. Não obstante a continuidade das instituições seja garantida por esse aspecto objetivo, a ideia diretriz seria mantida pelo grupo de interessados em sua realização (no caso do Estado, os cidadãos), sendo cada sujeito corresponsável pelos riscos e pelo sucesso da obra (HAURIUO, 2009, p. 25-26).

Sobre o elemento do poder organizado, Hauriou destaca que decorreriam deste elemento dois princípios: o da separação de poderes e o do regime representativo. A separação de poderes seria propriamente uma separação de competências, o que asseguraria “a supremacia das competências sobre o poder de dominação em direção ao qual, sem essa precaução, os órgãos seriam levados”. O regime representativo, por seu turno, responderia à necessidade de que o poder de governo da instituição aja em nome de todo o seu corpo, de modo que as decisões tomadas sejam decisões não dos órgãos isoladamente considerados, mas do corpo considerado em sua integralidade (HAURIUO, 2009, p. 26-27).

Hauriou quer pôr em evidência o aspecto do poder organizado característico de toda instituição, que, segundo ele, é essencialmente baseada sobre um sistema de equilíbrio de contrapesos, de poderes e de contrapoderes, de separação de poderes, ou mais exatamente de funções, de separação de competências sobre um regime representativo (FARIAS, 2000, p. 258).

O autor francês pondera, entretanto, que frequentemente os poderes dirigentes se desviam da preocupação com o bem comum para obedecer a móveis egoístas, o que revelaria que o poder de governo não seria um mero chamado de função a cumprir, mas uma força de ação espontânea e, ainda, a potência da ideia diretriz, uma vez que, as paixões dos governantes acabam por sujeitar-se a seu serviço (HAURIUO, 2009, p. 28).

Por fim, quanto ao elemento de manifestação de comunhão dos membros do grupo, Hauriou (2009, p. 30) utiliza exemplos, como os movimentos populares que ocorreram durante a criação das corporações medievais e das revoluções sociais modernas, para explicar o papel desempenhado por tal elemento, o qual desempenharia um papel psicossociológico ao reforçar a ideia diretriz e fornecer confiança ao poder gerencial estabelecido.

O autor francês compreende, contudo, não se tratar da manifestação de uma consciência coletiva, mas na passagem da ideia diretriz ao estado subjetivo em várias consciências individuais unidas por esta ideia. Sobre o ponto de não se tratar de uma consciência coletiva, Hauriou critica a escola de Durkheim no seguinte sentido:

a consciência coletiva estaria ligada à formação de uma opinião média no meio social, ou seja, na massa dos espíritos. Ao contrário, a refração de uma mesma idéia diretriz numa pluralidade de consciências individuais preserva o papel dirigente das consciências mais altas nas conseqüências a tirar para a ação (HAURIUO, 2009, p. 30).

Após abordar seus elementos, Hauriou descreve como as instituições operam. O autor francês identifica um triplo movimento composto por três fenômenos: incorporação, interiorização e personificação, os quais conformariam a personalidade moral das instituições, conceito base da personalidade jurídica, uma vez que o triplo movimento estabeleceria uma tendência de personificação natural.

As instituições corporativas estão submetidas ao fenômeno da incorporação, que as leva ao da personificação. Esses dois fenômenos estão, por sua vez, sob a dependência de um movimento de interiorização que faz passar para o âmbito da idéia diretriz da empresa, em primeiro lugar, os órgãos de governo com seu poder de vontade, e em seguida as manifestações de comunhão dos membros do grupo (HAURIUO, 2009, p. 30).

De acordo com Hauriou (2009, p. 35), a interiorização consistiria em um processo havido em duas etapas, uma na incorporação, outra na personificação. A incorporação do Estado ocorreria quando se atingisse o estágio do governo representativo, e, nesse sentido, uma primeira fase da interiorização seria completada na conformação, pelos órgãos governamentais, dos poderes institucionais em prol do bem comum, conforme a ideia diretriz. Já a personificação

do Estado ocorreria quando verificada a existência de liberdade política com efetiva participação dos cidadãos no governo. Assim, a segunda etapa da interiorização se completaria na medida em que se identificasse, no campo da ideia diretriz, manifestações de comunhão entre os membros do grupo envolvidos nas decisões do governo representativo (mediante eleições, deliberações de assembleias e referendos).

Nesse sentido, a perpetuação das instituições teria fundamentos diferentes nos estágios de incorporação e de personificação. Na fase da incorporação, por não haver manifestação de comunhão entre os membros do grupo, haveria uma noção puramente objetiva da ideia diretriz e, conseqüentemente, a continuidade assumiria, também, uma perspectiva objetiva, relacionada ao poder minoritário (HAURIOU, 2009, p. 37-38).

No estágio da personificação, por sua vez, a ideia diretriz atingiria um estado subjetivo no interior da instituição, a partir da manifestação de comunhão dos membros do grupo, que, contudo, ocorreria somente de forma intervalada, quando realizadas as consultas eleitorais, as deliberações de assembleias e as reuniões públicas. Dessa forma, o fundamento para a continuidade subjetiva residiria tanto nas manifestações de comunhão quanto pelas “projeções dos tentáculos do poder que as ligam entre si, poder do qual uma parte está na vontade dos órgãos, mas do qual uma parte também está na própria ideia diretriz” (HAURIOU, 2009, p. 39-41).

Da continuidade da ideia diretriz no estado subjetivo, portanto, no estágio da personificação, Hauriou (2009, p. 41-44) extrai três benefícios à própria ideia diretriz: o de poder exprimir-se, o de poder obrigar-se e o de poder ser responsável. A respeito dos mencionados benefícios, o jurista francês destaca a conclusão de que as expressões subjetivas mais importantes da ideia diretriz de uma instituição não são propriamente jurídicas, na medida em que a regra de direito não tem por objeto direto exprimir o conteúdo positivo da ideia diretriz, consubstanciando-se como vontades subjetivas do legislador, mas morais ou intelectuais, ou, se se tornarem jurídicas, na forma de princípios superiores do direito⁴⁷.

Assim, Hauriou conclui que “a continuidade subjetiva da personalidade moral completa e enriquece singularmente os efeitos da continuidade objetiva do corpo constituído; a personificação remata a incorporação, uma e outra asseguram de modo poderoso a realização da ideia objetiva no meio social” (HAURIOU, 2009, p. 44).

⁴⁷ Hauriou cita como exemplo o fato de surgirem, na América e na França na crise revolucionária do final do século XVIII, as declarações de direitos, as quais “exprimem o âmago da idéia do Estado moderno no que tange à ordem individualista que o Estado tem por missão proteger na sociedade, e que se tornaram ‘os princípios do direito público dos franceses’. Assim se define progressivamente a essência em grande parte indeterminada da ideia diretriz do Estado” (HAURIOU, 2009, p. 42).

Dos desenvolvimentos acerca da instituição, Hauriou (2009, p. 51) extrai três conclusões centrais: “a primeira diz respeito ao fundamento da continuidade na sociedade, no Estado e no direito, a segunda diz respeito à realidade da personalidade moral e da personalidade jurídica, e a terceira diz respeito ao papel secundário da regra de direito”.

Quanto à primeira, Maurice Hauriou (2009, p. 52) argumenta que as instituições asseguram nelas e em torno delas a continuidade de sua ideia diretriz, sustentando, assim, as situações jurídicas que precisam durar. Nesse sentido, como a existência das instituições se deve aos três elementos: ideia diretriz, o poder organizado e as manifestações de comunhão, a eles seria devida a continuidade.

Por seu turno, a conclusão de realidade das pessoas morais seria constatada do caráter natural dos fenômenos de incorporação e personificação das instituições, de modo que “a incorporação realiza para a ideia diretriz da instituição uma continuidade objetiva, a personificação realiza por sua vez uma continuidade subjetiva dessa mesma ideia, cujos efeitos vêm se somar”. Dessa realidade da personalidade moral, ademais, decorreria a personalidade jurídica, enquanto um “retoque e uma estilização da personalidade moral” (HAURIOU, 2009, p. 52).

Por fim, desses desenvolvimentos resultaria a conclusão de que as regras de direito possuem, no conjunto do sistema jurídico, um papel secundário, uma vez que elas não teriam vida o bastante para organizar uma corporação que lhes seja própria, na qual elas se exprimam, sendo, assim, inferiores às ideias diretrizes, as quais têm vida o bastante para incorporar-se. Nesse sentido, os elementos importantes no sistema jurídico seriam os atores (indivíduos e instituições), enquanto personagens vivos e criadores, na medida em que as instituições criam as regras de direito e não o contrário (HAURIOU, 2009, p. 51-53).

A compreensão da teoria institucional de Hauriou permite identificar as razões do desenvolvimento do conceito de moralidade administrativa em sua obra. A partir da teoria da instituição, impõe-se reconhecer que a Administração Pública, tomada enquanto base de atuação do Estado, instituição dotada de personalidade moral própria, seria dotada de uma moralidade própria, a qual o jurista francês denominou “moralidade administrativa”, responsável por orientar a atuação dos agentes públicos.

Nessa linha, a “moral comum” representaria para os indivíduos o que a moralidade administrativa representaria para a personalidade moral conformada pelo triplo movimento (incorporação, interiorização e personificação), responsável por operar a instituição Estado e, por óbvio, a Administração Pública, base de atuação estatal em todas as suas vertentes. A partir dessa construção, torna-se compreensível da ideia, tantas vezes repetidas pelos

administrativistas brasileiros, segundo a qual a moralidade administrativa se distinguiria da moral comum e seria extraída da disciplina interna da Administração.

Ademais, a conclusão de Hauriou no sentido de que as regras de direito possuiriam um papel secundário no conjunto do sistema jurídico ajuda compreender as razões pelas quais o autor francês concebeu o desvio de finalidade como um vício de moralidade administrativa, não de legalidade.

Tomando uma compreensão da legalidade em sentido estrito, enquanto regra jurídica positiva, como faz Hauriou, na hipótese do desvio de poder, não há propriamente uma violação ao que estabelece a norma que atribui o poder ao administrador, de modo que a conduta é formalmente lícita. Por outro lado, na perspectiva da teoria da instituição, o ato administrativo que se desvirtua da busca pela consecução do interesse público seria nulo por transgredir essencialmente a forma pela qual a ideia diretriz do Estado — e mais especificamente a Administração Pública, também assumida enquanto instituição — se exprime subjetivamente.

Pontua-se, para concluir, que, em sendo a ideia diretriz propriamente o objeto da instituição, pode-se apreender que a busca por alcançar o interesse público seria a ideia da obra a se realizar em um determinado grupo social, ao passo que o poder administrativo representaria o poder organizado posto a serviço dessa ideia, devendo, portanto, persegui-la.

Portanto, a teoria do direito de Hauriou confirma o entendimento de que o nascimento teórico da moralidade administrativa em sua obra decorreu de uma repulsa ao formalismo jurídico encampando pelo monismo, de modo que, no seu entendimento, a legalidade tomada em uma perspectiva formalista, não teria condições mínimas, em decorrência de limitações intrínsecas, de defender a ideia diretriz do Estado e da Administração Pública.

4. A COMPREENSÃO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO PRÉ-CONSTITUIÇÃO DE 1988

4.1. O ENSAIO DE ANTÔNIO JOSÉ BRANDÃO COMO PRIMEIRA REFERÊNCIA À MORALIDADE ADMINISTRATIVA EM LÍNGUA PORTUGUESA

No Direito brasileiro, é frequente entre os doutrinadores, ao se abordar a temática da moralidade administrativa, a menção a um texto de autoria do português Antônio José Brandão,

publicado na Revista de Direito Administrativo no ano de 1951⁴⁸. Intitulado *Moralidade Administrativa*, o texto possui 14 páginas e se subdivide em quatro títulos: “I - Introdução ao tema. II - Conceito de moralidade administrativa. III - Imoralidade administrativa e desvio do poder. II – Fiscalização da moralidade administrativa.”, os quais apresentaremos de forma resumida.

Na introdução do ensaio, o autor português apresenta a evolução da compreensão da relação entre direito e moral a partir do final do século XIX, contextualizando que o surgimento da moralidade administrativa se deu em um momento de superação do positivismo⁴⁹ e a partir da “intromissão” da regra moral na esfera jurídica mediante o desenvolvimento, no direito privado, da teoria do exercício abusivo do direito, à qual seguiram: a doutrina do não-locupletamento à custa alheia e a doutrina da obrigação natural. Esse movimento, repercutindo na esfera do Direito Administrativo, resultou no surgimento da figura congênere ao abuso do direito: o desvio de poder, a partir do qual começa-se a falar em “moralidade administrativa” (BRANDÃO, 1951, p. 455-456).

Em seguida, Brandão se dedica a traçar a construção histórica da moralidade administrativa a partir do direito francês, recuperando a relação entre o princípio e o desvio de poder, na linha do que já demonstramos nos tópicos anteriores. Veja-se:

Foi Hauriou, êsse fecundo e operoso agitador de idéias, quem pela vez primeira falou em moralidade administrativa. Em uma das suas magistrais anotações aos acórdãos do Conselho de Estado (caso Gommel, Sirey, 1917, III, 25), desenvolveu, com maior brilhantismo do que transparência, a seguinte tese audaciosa: a legalidade dos atos jurídicos administrativos é fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei; mas a conformidade desses atos aos princípios basilares da "boa administração", determinante necessária de qualquer decisão administrativa, é fiscalizada por outro recurso, fundado no desvio de poder, cuja zona de policiamento é a zona da "moralidade administrativa (BRANDÃO, 1951, p. 457).

O jurista lusitano aborda, também, o momento em que a moralidade administrativa apareceu pela primeira vez na obra de Maurice Hauriou. Em trecho tantas vezes repetido pela doutrina brasileira, Antônio José Brandão aponta que apenas na 10ª edição de seu *Précis*, Hauriou teria indicado o que entendia por moralidade administrativa: “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Enuncia, ainda, que a atuação da

⁴⁸ A título de exemplo, pode-se mencionar a referência concordante ao artigo de Antônio José Brandão nas obras de Maria Sylvia di Pietro (2018, p. 144); Hely Lopes Meirelles (2016, p. 95); Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 432-433); Caio Tácito (1999, p. 8), entre tantos outros.

⁴⁹ Entre os expoentes do movimento do Direito francês que se insurgiu contra o positivismo, Antônio José Brandão menciona vários civilistas: Raymond Saleilles; Gaston Morin – autor de *A revolta dos fatos contra as leis*; Jean Cruet; François Gény e Georges Ripert.

Administração Pública impõe a tomada de decisões, o que envolveria não apenas uma avaliação sobre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto, ou seja, à atuação administrativa não bastaria a conformidade com “a lei jurídica”.

Os preceitos da moralidade administrativa, nas palavras de Brandão, seriam extraídos do próprio ambiente institucional e condicionariam até mesmo o poder discricionário (BRANDÃO, 1951, p. 457-458).

Contudo, parece-nos que a citação de Brandão foi apresentada de maneira descontextualizada. Se, por um lado, ele acerta ao afirmar que os princípios da moralidade emergem diretamente do próprio ambiente institucional da Administração Pública, por outro, em determinados trechos, sua argumentação suscita confusões.

Ao vincular o juízo de moralidade administrativa a uma ponderação entre o honesto e o desonesto, estabelece-se uma compreensão equivocada, uma confusão com relação à moralidade comum, rejeitada nas construções teóricas de Hauriou e Welter. Ao contrário, a moralidade administrativa, em sua concepção originária, não obrigaria ao administrador realizar um juízo de honestidade e desonestidade em termos ordinários e excessivamente subjetivos, mas, sim, que fossem observados os deveres impostos ao agente público de atuar conforme a finalidade de interesse público.

Embora a teoria do desvio de poder tenha estabelecido limites ao âmbito da discricionariedade, uma vez que inaugurou, a partir da criatividade da jurisprudência do Conselho de Estado, o controle sobre aspectos teleológicos do ato administrativo, o campo de livre apreciação permanece aberto ao administrador. Por outro lado, a compreensão da moralidade em termos excessivamente subjetivos, associados à moral comum, acabaria por restringir, de forma desmesurada, o campo de liberdade decisória deixado à Administração. Isso ocorre porque, ao se permitir um controle demasiadamente subjetivista do ato administrativo, tornar-se-ia justificável praticamente qualquer intervenção jurisdicional na atividade administrativa.

Retornando à apresentação do texto de Antônio José Brandão, a obra *Le Contrôle Juridictionnel de la Moralité Administrative* é mencionada como continuidade da construção inicial de Hauriou e dela se destaca o argumento, apresentado por Henri Welter na página 77⁵⁰, no sentido de que a moralidade administrativa se distinguiria da moralidade comum e seria composta por regras de boa administração, as quais seriam extraídas da disciplina e das regras

⁵⁰ Tendo em vista que o autor português não indica as referências das citações em seu artigo, a indicação da página se deu por nossa conta.

finalísticas e, ao fim, da própria ideia de função administrativa. Sobre o trecho da obra do jurista francês, Brandão extrai a seguinte conclusão:

À luz destas idéias, tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos, como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido por zelo profissional invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio à sua guarda (BRANDÃO, 1951, p. 459).

Para melhor explicar o que se compreende pela moralidade administrativa, o autor retoma as lições de Bergson em *Les Deux Sources de la Morale et de la Religion*, de acordo com as quais haveria uma moralidade voltada ao impulso individual para a perfeição (interna) e uma de ponto de vista eminentemente social (externa). Nesse sentido, a moralidade administrativa estaria abrigada nessa segunda espécie de moralidade.

O jurista português, porém, além de não explicar o motivo de esta moral externa estar excluída da compreensão da “moralidade comum”, tampouco deixa claro de que maneira seria realizado o controle dos atos ditos “imorais ou desonestos”, algo que não foi suscitado na compreensão originária da moralidade administrativa no direito francês, até mesmo em razão de Henri Welter, notadamente, destacar que a moralidade administrativa não se confundiria com a “moralidade comum”.

Brandão inicia a terceira parte de seu texto exemplificando as várias interferências da moral no direito, como ocorre nos conceitos de “bom pai de família” e de “bom administrador”, hipóteses em que haveria uma combinação entre os elementos moral e jurídico, na medida em que o administrador, por exemplo, apenas receberia o qualificativo “bom” se juntar uma “*reta intenção moral a uma atividade jurídica correta*” (BRANDÃO, 1951, p. 461).

Ou seja, mais uma vez, vincula-se a ideia de “bom administrador”, expressão mencionada pelos autores franceses, a uma compreensão moral. Veja-se:

“Bom administrador”, portanto, é o órgão da pública Administração que, usando da sua competência para o preenchimento das atribuições legais, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum. Se os primeiros delimitam as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto positivos, - a segunda espera dêle conduta honesta, verdadeira, intrínseca e extrinsecamente conforme à função realizada por seu intermédio. (BRANDÃO, 1951, p. 462)

Não obstante, a concepção de “boa administração” explicitada nas obras de Hauriou e Henri Welter vai de encontro à exposta por Brandão, uma vez que se ligam por uma lógica deontológica e teleológica, não por um julgamento moral subjetivo. Essa origem deontológica

advém da compreensão de que a obrigatoriedade de busca pela finalidade de interesse público pelo ato administrativo tem como origem um conjunto de máximas profissionais impostas ao administrador público. Tomamos a liberdade para repetir trechos já anteriormente transcritos da obra de Hauriou a respeito do tema:

Há, na noção de excesso de poder, um princípio próprio, que não deve ser abandonado, porque é dotado de maior elasticidade do que o princípio da legalidade (...) o princípio do excesso de poder é uma polícia do judiciário e da Administração. **O excesso de poder é uma espécie de ofensa profissional cometida em desacato, não à lei, mas às máximas profissionais, cujos postulados podem ir muito além das prescrições da lei.** É com a Administração como com os particulares. Sabemos que **um particular pode cometer muita vilania agindo de acordo com a lei; seria o mesmo para os administradores, se não se acrescentasse à lei a deontologia profissional da administração, assim como acrescenta-se a moral vulgar para os particulares.** A noção de excesso de poder é, portanto, muito mais ampla do que a de legalidade; corresponde à moralidade, que é mais extensa que a lei.⁵¹ (HAURIOU, 1929, p. 374-375).

Trata-se [a ideia de “boa administração”] **de uma noção puramente objetiva que o juiz administrativo aprecia soberanamente, segundo as circunstâncias, o meio, o momento.** É equivalente à noção comum de boa-fé no tráfico jurídico privado a que se refere o legislador alemão. O Conselho de Estado parte da ideia de que a Administração está vinculada por uma certa moralidade objetiva; a Administração tem uma função a cumprir, mas enquanto os motivos que a impulsionaram não são conformes aos fins gerais dessa função, o Conselho de Estado os declara ilícitos.⁵² (BEZIN e HAURIOU, 1903, p. 576).

Percebe-se, portanto, que a despeito de Brandão fazer referência a Hauriou e a Welter, sua interpretação do conceito de moralidade administrativa na obra dos dois autores franceses o levou a conclusão diferente. Embora repita a conclusão pela existência de uma distinção entre a “moralidade comum” e a moralidade administrativa, ao expor o sentido de “boa administração”, o autor português acaba por misturá-las.

⁵¹ Texto em tradução livre. No original: *Il y a, dans la notion de l'excès de pouvoir, un principe propre, qu'il ne faut pas abandonner, parce qu'il est doué d'une plus grande élasticité que le principe de la légalité (...) le principe de l'excès de pouvoir est une police de la magistrature et de l'Administration. L'excès de pouvoir est une sorte de délit professionnel commis au mépris, non pas de la loi, mais de maximes professionnelles, dont les postulats peuvent porter beaucoup plus loin que les prescriptions de la loi. Il en est de l'Administration comme des particuliers. On sait qu'un particulier peut commettre bien des vilenies en côtoyant la loi ; il en serait de même des administrateurs, si la déontologie professionnelle de l'Administration n'était pas surajoutée à la loi, de même que la morale vulgaire s'y surajoute pour les particuliers. La notion de l'excès de pouvoir est ainsi beaucoup plus étendue que celle de la légalité; elle correspond à la morale, qui est plus étendue que le droit.*

⁵² Texto em tradução livre. No original: *C'est une notion purement objective qu'il est donné au juge administrative d'apprécier souverainement, d'après les circonstances, le milieu, le moment. Elle est l'équivalent de cette notion commune de la bonne foi dans le commerce juridique privé à laquelle se réfère le législateur allemand. Le Conseil d'État part de cette idée que l'Administration est liée par une certaine moralité objective ; elle a une fonction a remplir et lorsque les motifs qui l'ont poussée ne sont pas conformes aux buts généraux de cette fonction, le Conseil d'État les déclare illicites.*

Brandão, assim como os autores do direito administrativo francês, também relaciona o vício de imoralidade administrativa ao desvio de poder, que equivaleria, no direito público, ao abuso de direito no direito privado.

dar ao ato administrativo e executório fim metajurídico, que não está implícito na órbita das atribuições de quem o praticou, equivale a quebrar esse nexos com uma imoralidade administrativa. E como o elenco das atribuições legais constitui, afinal, o conjunto de interesses gerais que o órgão, de harmonia com o princípio da divisão do trabalho e da especialização funcional deverá satisfazer, resulta que a imoralidade administrativa é, conjuntamente, infidelidade à idéia-madre do serviço público.

Como penetra ela no mundo jurídico? Por uma perturbação da ordem jurídica semelhante à produzida pelo abuso do direito: o desvio de poder. Ambos têm a mesma causa: imoralidade da intenção do agente, levando à escolha de fim metajurídico irregular. Em ambos se verifica um “desvio” que consiste em colocar o poder jurídico ao serviço de tal fim.

(...)

Quis-se dar ao ato objeto lícito, mas para atingir fim ilícito - alheio, portanto, aos concretos interesses da pública administração que ao órgão competia satisfazer? Nesse caso, cometeu-se desvio de poder. (BRANDÃO, 1951, p. 464-465)

Por fim, no que diz respeito ao controle jurisdicional do desvio de poder e, portanto, do aspecto finalístico do ato administrativo, Brandão defende a ideia de que o fim do ato seria, em realidade, metajurídico, razão pela qual o vício teleológico do ato administrativo se apresentaria não como um vício de legalidade, mas do “intuito moral do agente na escolha do fim concreto a atingir”.

(...) mesmo dentro da teoria tradicional [do ato administrativo], não vejo o motivo que necessariamente vincule a apreciação do desvio do fim provocado pelo desvio no uso do poder ligado pela lei, a uma apreciação da legalidade do ato.

Com efeito, o desvio de poder não se reduz a mero problema de legalidade, pois o ato em que ele se manifesta concretamente é praticado com observância da lei, mas obedece a determinante imoral. Por outras palavras: o que afeta a jurisdicção do ato em que o desvio de poder se concretiza é, principalmente, a imoralidade administrativa que consiste em produzir modificações lícitas da ordem jurídica para atingir fins metajurídicos, que não são fins de pública administração (...)

O juiz do desvio de poder é, com efeito, mais do que um juiz da legalidade, — isto é: da mera conformidade da Administração à lei, — porque atua como juiz dos intuídos morais das autoridades administrativas, na medida em que esses intuídos podem afetar a regularidade jurídica do ato praticado, — e, por conseguinte, a própria ordem jurídica. (BRANDÃO, 1951, p. 466-467)

O artigo de Antônio José Brandão, tantas vezes citado por administrativistas brasileiros, ao nosso entender, possui mais carências do que virtudes. Além de apresentar a construção histórica da moralidade administrativa de forma excessivamente simplista, o autor parece, em vários momentos, amalgamá-la com a moralidade comum, muito embora tenha feito referência ao trecho da obra de Welter em que o autor francês insiste na ideia segundo a qual a moralidade administrativa e a moral comum não se confundem.

Ademais, compartilhamos a crítica de Giacomuzzi (2004, p. 222-223) no sentido de que o artigo de Brandão trata-se, em verdade, de uma retórica vazia, que não cumpre a pretensão de apresentar o conteúdo da moralidade administrativa, restringindo-se a citações descontextualizadas das obras de Hauriou, Henri Welter e outros autores franceses, cujas referências não foram apresentadas⁵³.

4.2. A COMPREENSÃO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA OBRA DE MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO

No Direito brasileiro, em 1974, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho publicou obra denominada *Controle da Moralidade Administrativa*, na qual aborda a moralidade administrativa especificamente do ponto de vista do controle da Administração Pública, mas com uma especial dedicação a aspectos jurídico-filosóficos.

Ainda no primeiro parágrafo do prefácio da obra, o autor brasileiro menciona Hauriou como responsável por inaugurar a doutrina acerca da moralidade administrativa. Henri Welter é citado outras várias vezes ao longo da obra de pouco mais de 250 páginas.

Para o que nos interessa neste capítulo, nos dedicaremos a identificar em que medida a compreensão da moralidade administrativa na obra do autor paranaense se aproxima e se afasta quando comparada ao desenvolvimento da moralidade administrativa no direito francês, o que buscamos descrever em páginas anteriores. Isso porque há clara referência à histórica construção teórica da moralidade administrativa pelos administrativistas franceses. Veja-se: “A idéia da moralidade administrativa foi logo defendida na França como justificante da criação do Conselho de Estado contra a figura do desvio de poder” (FRANCO SOBRINHO, 1974, p. 5).

Ao tratar do que se compreende por “bom administrador”, Manoel Franco Sobrinho, citando o texto de Antônio José Brandão, condiciona a qualificação não apenas à observância dos preceitos legais vigentes, mas também da “moral comum”.

O bom administrador - No exato entendimento, **o bom administrador, portanto, é aquele que usando da sua competência legal “se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum”**. Há de conhecer, assim, as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto *nos seus efeitos*.
(...)

⁵³ Brandão cita a obra *Le Contrôle Hierarchique de l'Administration dans la Forme Jurisdictionnelle*, de Lacharrière, bem como textos não indicados de Geroges Renard e Leo Goldenberg.

Quando usamos da expressão *nos seus efeitos*, sem dúvida é para admitir a lei como regra comum e medida ajustada. Falando, contudo, de *boa administração*, referimo-nos subjetivamente a *critérios morais* que, de uma maneira ou de outra, dão valor jurídico à vontade psicológica do administrador (FRANCO SOBRINHO, 1974, p. 11).

Tal citação, no entanto, embora nos pareça destoar do restante da obra, é muitas vezes enunciada pela doutrina atual do Direito Administrativo. Dizemos que parece destoar, uma vez que, em outro trecho, o professor paranaense rejeita a referência de Antônio José Brandão à moralidade comum e, ao questionar a amplitude do exame da moralidade administrativa, afirma não haver confusão entre a moralidade administrativa e a “moral comum”. Transcreve-se: “Apenas uma questão pode assumir uma importância transcendental: a de saber até onde pode chegar o exame da moralidade administrativa, **e isso tendo em conta nada ter ela com a moral comum**” (FRANCO SOBRINHO, 1974, p. 28).

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho busca desconstruir o argumento de que o termo “moralidade administrativa” seria desprovido de conteúdo jurídico. Segundo o administrativista brasileiro, a expressão impõe à administração pública a atuação direcionada à “boa” administração e que o vício quanto à finalidade do ato não implicaria violação à legalidade, mas à moralidade (FRANCO SOBRINHO, 1974, p. 13-15).

Isso porque a legalidade, em uma acepção rígida, não permitiria a intromissão no campo das intenções do administrador, ao passo que a moralidade daria abertura a considerações teleológicas do ato administrativo. A noção de moralidade, nessa linha, superaria a legalidade, por permitir se estender à deontologia da Administração, ao conjunto de regras internas que regulam a atuação do agente público no exercício da função administrativa, de modo que a noção de moralidade administrativa não seria única, pelo contrário, mudaria “conforme as estruturas e em razão da institucionalização da Administração. Ou conforme a organização do Estado e os seus princípios básicos de orientação política” (FRANCO SOBRINHO, 1974, p. 27-28, 34-35).

Para fins de melhor compreensão da relação existente entre legalidade e moralidade administrativa na obra de Franco Sobrinho, impõe-se apreender que a sua compreensão de moralidade administrativa perpassa por uma tentativa de escapar a uma noção positivista do Direito no que diz respeito ao aspecto de separação entre direito e moral, o que já se evidencia na primeira frase do prefácio da obra: “A lei é sempre moral. Pode contudo não ser moral na sua aplicação”. Ao longo da obra, o administrativista reforça, assim como os juristas francês tratados alhures, sua aversão à concepção juspositivista, fazendo referência a uma “moral interna da lei”. Vejam-se alguns desses trechos:

A legalidade, sem dúvida, é uma qualidade daquele ato que se conforma com a lei. Não há como separar, no conceito, nem como distinguir facilmente, o moral do jurídico. No entanto, não é só a lei que deve ser lembrada, mas também a regra que manda a Administração agir conforme o direito.

A sujeição da Administração à legalidade subentende sujeição aos princípios gerais do direito. Sem reserva dos valores que, na permanência do processo histórico, atuam na organização da sociedade política. Na sua aplicação, as leis administrativas são tanto morais como jurídicas (FRANCO SOBRINHO, 1974, p. 36).

Quando não há equidade ou igualdade no tratamento entre partes, o que se vulnera é a moral interna da lei, não propriamente a lei quando pouco diz ou diz de maneira opcional

Na escolha entre dois caminhos, há uma linha de demarcação de princípios morais. E princípios que fazem parte do sistema jurídico. E fazem parte porque integrados estão no conceito de moralidade administrativa.

Nada mais (FRANCO SOBRINHO, 1974, p. 54-55).

Com efeito, assim como ocorre nas obras dos doutrinadores franceses, a compreensão de moralidade de Franco Sobrinho não escapa a um sentido amplo de legalidade, entendida, portanto, como juridicidade. Isso, inclusive, se extrai da própria obra do autor paranaense:

No comum dos atos os chamados *vícios da vontade* resultam da não-moralidade.

(...)

O vício da não-moralidade atinge sem reservas a vontade e também a forma, e isso porque as normas e os atos administrativos executórios não podem se desmerecer por desvios de natureza ética. Melhor dizendo, a legalidade, como princípio, incorpora a moralidade (FRANCO SOBRINHO, 1974, p. 103-104).

Em relação à ligação com o aspecto teleológico, entende Franco Sobrinho que o conteúdo substancial do mérito do ato administrativo seria preenchido pela moralidade, que seria vinculada à finalidade. Em suas palavras: “o elemento teleológico do ato administrativo é o que mais se afina com a posição moral da Administração estatal. Evitando que a vontade, por ser legal, permita desvios e excessos, o arbítrio e a discricionariedade” (FRANCO SOBRINHO, 1974, p. 40).

O jurista paranaense, portanto, na mesma linha de Maurice Hauriou e Henri Welter, compreende que, no desvio de finalidade, estaria imbricado um valor moral, cuja violação não implicaria propriamente um vício de legalidade em sentido estrito.

Entendido o *desvio de poder*, de um modo geral, “como o uso indébito que o agente faz do poder para atingir fim diverso do que a lei lhe confere”, forçoso é admitir a importância do elemento moral na formação do ato, embora a legalidade não apareça discutível.

A ausência de moralidade, ainda que seja apenas um pressuposto, traz como efeito imediato a dúvida no processo do ato. A ilegitimidade, e não possivelmente a ilegalidade. Ilegitimidade que se torna sinônimo de *não-moralidade* face a conduta da Administração (FRANCO SOBRINHO, 1974, p. 186).

É notório que Franco Sobrinho, na distinção entre legalidade e moralidade, se refere a uma noção de legalidade meramente formal, assim como fizeram Hauriou e Welter em suas obras. Veja-se trecho extraído da parte final do livro, no contexto de uma análise do aspecto finalístico do ato administrativo:

Particularíssima pela singular acepção de *fim*, no direito moderno acentua-se pela sua natureza excepcional. Tratasse apenas de apreciar a legalidade, perderia o objetivo substancial. Tanto assim que vai mais além procurando entre alternativas atingir a regra imperativa de "boa administração". Deve compreender-se que não fazem *verdade pública* as incidências legais que visem legitimar os atos administrativos. O problema é algo mais profundo que o da aparência legal, de legalidade externa, formal ou de vontade irresistível na pretensão jurídica. É *remedium iuris*, não há dúvida, mas também de proteção jurídica da moralidade (FRANCO SOBRINHO, 1974, p. 200).

Verifica-se, portanto, que a obra de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho retoma, em toda a sua complexidade, a construção do conceito de moralidade administrativa pela doutrina francesa do princípio de século XX, compreendendo os principais elementos apresentados por Hauriou e Welter, nos parecendo uma fiel importação da expressão ao Direito brasileiro, ainda que assimilada a partir de concepções jusfilosóficas próprias, não vinculadas à teoria da instituição.

4.3. AS REFERÊNCIAS À MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PRÉ-CONSTITUIÇÃO DE 1988

Embora a moralidade administrativa, enquanto princípio regente da Administração Pública seja uma inovação da Constituição Federal de 1988⁵⁴, a busca do termo “moralidade

⁵⁴ Muito embora as constituições brasileiras anteriores não façam referência expressa à moralidade administrativa, na Constituição de 1969 (oficialmente, Emenda Constitucional n. 1/1969), regente da fase de acentuado autoritarismo da ditadura civil-militar brasileira, há dispositivos a partir dos quais se pode concluir que a moralidade no exercício das funções estatais (inclusive na administrativa) já emergia como imposição constitucional. Confira-se, especialmente, o art. 151, inc. IV, o qual determina que lei complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade visando a preservar, entre outros: “**a moralidade para o exercício do mandato**”. Não é possível, entretanto, afirmar se a compreensão de moralidade estabelecida na Constituição ditatorial guarda relação com a moralidade administrativa nos termos da construção de Maurice Hauriou, uma vez que prevista em matéria eleitoral e como condição de elegibilidade.

Vale mencionar, entretanto, que aquele Texto Constitucional, em seu art. 82, inc. V, estabelecia que constituir-se-ia crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentassem contra, especialmente, a “probidade na Administração”. Embora seja tormentosa a distinção, no contexto jurídico, entre proibidade e moralidade, ao que nos interessa o controle dos atos da Administração Pública, não havia, de fato, qualquer previsão em Constituições anteriores à de 1988.

administrativa” na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até 5 de outubro de 1988, quando promulgada a Constituição da República, revela que a expressão foi utilizada em seis decisões publicadas entre 1956 e maio de 1988, sobre as quais trataremos a seguir.

No primeiro dos casos, o MS 3221/SP, em que se questionava a legalidade de imposto sindical instituído pelo art. 3º do Decreto n. 36.818, de 25 de janeiro de 1955, a Suprema Corte denegou a segurança sob o argumento de que o imposto sindical “encerra medida da mais alta moralidade administrativa, permitindo o cumprimento fiel não só do art. 589 da Consolidação das Leis do Trabalho, como de todos os dispositivos que concernem a arrecadação, distribuição e aplicação das quantias reunidas por via do mesmo imposto” (BRASIL, 1952). No contexto, porém, o termo “moralidade administrativa” foi utilizado como sinônimo de “justiça”, não guardando qualquer relação com a acepção atualmente empregada.

No RMS 2554/AM, julgava-se recurso em MS impetrado pelo prefeito de Codajás/AM com objetivo de anular o decreto legislativo municipal que lhe cassou o mandato, sob o fundamento de não haver prestado contas de gestão. A Corte negou provimento ao recurso com o seguinte fundamento: “cabe à câmara municipal tomar-lhe contas da administração, afastando-o do cargo se a tal se recusar ou, ainda, a não apresentar comprovantes de despesas (...) A medida, de irrecusável interesse do município, diz respeito a elementares preceitos de moralidade administrativa” (BRASIL, 1956b). No caso, mais uma vez, a expressão “moralidade administrativa” foi empregada de forma genérica, tomando-se o dever de prestar contas como obrigação imposta pela própria concepção de administração pública enquanto administração do patrimônio da coletividade.

No RMS 9774/SC, por sua vez, apontava-se como ato coator a anulação, pelo Governador do Estado, das remoções de várias professoras ao final do governo. Na decisão, em sede recursal, o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo provimento do recurso para conceder a segurança ao argumento de que “o ato administrativo de que resulte vantagem para o particular só pode ser desfeito, quando manifestamente ilegal ou em obséquio aos princípios da moralidade administrativa” (BRASIL, 1963). Embora tenha-se feito referência a “princípios da moralidade administrativa”, no inteiro teor do acórdão não há nenhuma indicação sobre quais seriam os referidos princípios ou sobre a que eles diriam respeito.

No quarto julgamento, havido no bojo do RE 86297/SP, discutia-se a moralidade administrativa na perspectiva da inelegibilidade, consoante o previsto no art. 151, inc. IV, da Constituição de 1969 (oficialmente Emenda Constitucional 1/69) – equivalente ao atual art. 14, § 9º – e já apresentado na primeira nota de rodapé desta seção. No caso dos autos, debatia-se a constitucionalidade de dispositivo de Lei Complementar que estabelecia hipótese de

inelegibilidade ante o recebimento de denúncia oferecida pelo Ministério Público em face de um candidato. O entendimento da Corte foi por considerar constitucional o dispositivo justamente pela previsão, contida no art. 151, inc. II e IV, da Constituição de 1969, de que os casos de inelegibilidade destinar-se-iam a preservar, entre outros, a moralidade e a probidade (BRASIL, 1976). Por se tratar de matéria eleitoral, afeita a hipóteses de inelegibilidade, o sentido do termo não guarda relação com a expressão construída na obra de Maurice Hauriou.

O RE 93564/MG tinha como pano de fundo reclamação trabalhista em que se discutia a acumulação de empregos de professora vinculada ao Estado de Minas Gerais. Embora não tenha conhecido do Extraordinário com fundamento na Súmula 283, a qual enuncia ser inadmissível o RE quando a decisão recorrida se assentar em mais de um fundamento suficiente, não abrangido integralmente pelo recurso, o Supremo consignou que: “a vedação constitucional de acumular é preceito de ordem pública, de moralidade administrativa, que se erige em justa causa para a rescisão do contrato de trabalho” (BRASIL, 1984). Aqui, mais uma vez, mencionou-se a moralidade administrativa de forma genérica, como fundamento da vedação ao acúmulo de cargos e empregos públicos, sem guardar qualquer relação com a construção teórica de Hauriou e a relação com o desvio de poder.

Por fim, no RE 113916/SP, em recurso em ação popular que pretendia a anulação de compra e venda de imóvel adquirido pela Companhia Estadual de Casas Populares (CECAP) sob o argumento de que o preço pago seria quatro vezes superior ao valor de mercado, o Ministro Carlos Madeira, relator, consignou o seguinte trecho: “nessa ação, a lesividade e a nulidade de atos ou de contratos, coexistem necessariamente. Basta que, na ocasião de sua prática ou de sua celebração, se configure a ilegalidade ou a desconformidade com a moralidade administrativa, para que se tornem nulos” (BRASIL, 1988b). Aqui, embora o ministro não tenha se mencionado em qual sentido se compreendia a “moralidade administrativa”, contextualmente, nos parece se aproximar à concepção desenvolvida pela doutrina francesa.

Isso encontra fundamento no fato de que o Recurso Extraordinário foi interposto no bojo de um processo relativo a ação popular, regulamentada pela Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, a qual dispõe, em seu art. 2º, das hipóteses de nulidade dos atos administrativos de forma bastante assemelhada às “aberturas” do recurso por excesso de poder francês. Veja-se:

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 (BRASIL, 1965).

Nesse sentido, tomando-se a posição teórica de Hauriou e Welter, as alíneas *a*, *b* e *c* encampariam vícios de legalidade, ao passo que as alíneas *d* e *e* representariam infrações à moralidade administrativa, na medida em que visam coibir, respectivamente, os atos praticados em erro de fato e com desvio de poder, espécies consideradas por Maurice Hauriou (em relação à segunda) e por Henri Welter (relativamente a ambas) como objeto do controle de moralidade administrativa.

Portanto, ainda que essa conclusão não esteja expressa no voto referido, ao desmembrar os vícios das hipóteses de ilegalidade e em relação aos casos de desconformidade com a moralidade administrativa, é não somente possível, como provável, que o Ministro tenha tomado como referência a construção histórica da moralidade administrativa pelos doutrinadores franceses.

5. CONCLUSÃO PARCIAL DA PRIMEIRA PARTE

Da primeira parte desta dissertação, portanto, é possível concluir que a moralidade administrativa surge na doutrina de Maurice Hauriou como fundamento justificante do controle jurisdicional de aspectos do ato administrativo admitidos tardiamente pela jurisprudência do Conselho de Estado francês.

Não obstante a jurisprudência apresentada nas obras *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, de Maurice Hauriou, e *Le Contrôle Juridictionnel de la Moralité Administrative*, de Henri Welter, não faça uso da expressão “moralidade administrativa”, Hauriou compreendeu que os vícios por desvio de poder e por incompetência *ratione materiae*, cujos controles foram construídos pela criatividade da jurisprudência do Conselho de Estado, não implicariam

violação à legalidade, uma vez que os atos praticados com tais vicissitudes seriam formalmente consonantes com a norma instituidora da competência.

A “moralidade administrativa”, com efeito, seria compreendida como extraída do *espírito geral da lei*, segundo o qual os administradores devem agir guiados pelo interesse público. Nesse sentido, o juízo acerca da moralidade administrativa implicaria uma avaliação da conformidade dos fins buscados com a edição do ato e a imposição de atuação na busca pelo interesse público.

Coube a Henri Welter o tratamento mais detalhado acerca do conteúdo da teoria moralidade administrativa iniciada por Hauriou. O autor, seguindo a mesma linha do Mestre de Toulouse, de quem se assumia discípulo, vincula a noção de moralidade administrativa ao controle finalístico do ato administrativo. Entretanto, Welter amplia a abrangência da moralidade administrativa ao compreendê-la também como fundamento do controle do erro de fato, havido na hipótese em que o ato praticado se baseia em fato materialmente inexistente ou equivocado, incluindo, portanto, o âmbito dos motivos do ato administrativo.

Para além de aprofundar nas premissas suscitadas por Maurice Hauriou, desenvolvendo-as, entendemos que a principal contribuição de Welter para o desenvolvimento teórico do conceito foi o fato de se debruçar sobre a distinção entre o controle de legalidade e de moralidade. O autor, refutando argumentos contrários à autonomia da moralidade administrativa, aduz que a atuação em desvirtuamento à finalidade de interesse público, ou fundada em motivos materialmente inexatos, não se oporia à norma jurídica, em vez disso, a utilizaria como pretexto para atuar de forma dissonante ao interesse público. Assim, o controle seria efetuado não com parâmetro no texto legal, mas em fundamentos extraídos da natureza funcional do direito administrativo.

O que a primeira parte do trabalho revela, portanto, é que a noção de moralidade administrativa como parâmetro de controle autônomo em relação legalidade tem como razão a compreensão, adotada por Hauriou e assumida por Welter, de legalidade em acepção restrita, limitada à lei posta e aos regulamentos intencionados a lhe garantir seu fiel cumprimento.

A razão de ser desse entendimento, ademais, perpassa pela própria compreensão que Hauriou tem do direito, como partidário do pluralismo jurídico e enquanto um dos principais nomes franceses do institucionalismo.

Nesse sentido, a sua repulsa ao formalismo jurídico levou à noção de que a legalidade, tomada em uma perspectiva formalista, não teria condições, em decorrência de suas limitações intrínsecas, de defender o que denomina “ideia diretriz” do Estado e da Administração Pública enquanto instituições.

Portanto, conclui-se que a moralidade administrativa surge na obra de Hauriou como uma reação ao pensamento jurídico formalista predominante no contexto jurídico do início do século XX. Nesse sentido, a autonomia do controle de moralidade em relação ao controle de legalidade garantiria os avanços — àquele momento, recentes — decorrentes da jurisprudência criativa do Conselho de Estado no controle da Administração Pública. Isso porque a adoção de uma visão formalista do direito teria o potencial de retroceder o controle *de legalidade* aos aspectos formais e objetivos do direito positivo, como ocorria nos primeiros passos da evolução do recurso por excesso de poder.

No Direito brasileiro, por sua vez, a primeira menção à moralidade administrativa — no sentido concebido por Hauriou — se deu em um texto do português Antônio José Brandão publicado na Revista de Direito Administrativo. No entanto, embora tenha apresentado a trajetória de criação da moralidade administrativa no Direito francês, sobretudo entre os discípulos do jurista de Toulouse, seu trabalho falha por resumir de forma simplista as obras de Henri Welter e Maurice Hauriou, sobretudo, deixando de apreender elementos importantes dos fundamentos teóricos da moralidade administrativa, bem como da sua distinção em relação à legalidade no contexto do Direito Administrativo francês.

Em obra ainda anterior à Constituição de 1988 e, portanto, da constitucionalização da moralidade administrativa enquanto princípio regente da Administração Pública, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho foi responsável por, sob a ótica do direito brasileiro da década de 1970, retomar os ensinamentos de Maurice Hauriou e Welter em sua complexidade, adotando a vinculação da moralidade administrativa ao desvio de poder.

Na mesma linha do que defendem os autores franceses, Franco Sobrinho parte de uma acepção de legalidade estrita, para compreender que o controle da moralidade administrativa seria autônomo ao controle de legalidade, mas não escaparia deste em um sentido amplo.

Por fim, foi demonstrado que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já fazia referência a expressão “moralidade administrativa” no período que precedeu a Constituição de 1988. Não obstante, a Corte o fazia, em regra, de forma genérica e em um sentido muito diverso daquele empregado por Hauriou e Welter. Desse modo, é possível a conclusão de que a expressão “moralidade administrativa”, como compreendida originalmente, não foi, em geral, recebida pelo direito positivo brasileiro anterior à Constituição de 1988 e tampouco pela jurisprudência do Supremo, limitando-se a tímidas referências doutrinárias.

SEGUNDA PARTE: A MORALIDADE ADMINISTRATIVA CONSTITUCIONALIZADA NO DIREITO BRASILEIRO E OS ELEMENTOS DA SUA DEFINIÇÃO TEÓRICA

6. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

6.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição Federal de 1988 refere-se à moralidade em três oportunidades ao longo de seus 250 artigos, sendo elas: inc. LXXIII do art. 5º; § 9º do art. 14 e art. 37, *caput*, os quais transcrevemos abaixo:

Art. 5º. (...)

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;

Art. 14. (...)

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta⁵⁵.

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 (...)

Ao longo deste trabalho nos dedicaremos à moralidade administrativa disposta nos arts. 5º, inc. LXXIII, e art. 37, *caput*, da Constituição da República. Isso porque, no que diz respeito ao art. 14, § 9º, o qual disciplina hipóteses de inelegibilidade, matéria, portanto, afeita ao Direito Eleitoral, parece-nos que o termo “moralidade”, como introduzido semelhantemente

⁵⁵ Muito embora a Emenda Constitucional de 1969 já estabelecesse, em seu art. 151, inc. IV, a previsão da moralidade como um dos fins a se proteger pelos casos de inelegibilidade, o texto original da Constituição de 1988 não incluía qualquer menção à moralidade em seu art. 14, § 9º. Apenas com a edição da Emenda Constitucional de Revisão n. 4/1994, é que foram incluídas as expressões: “a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e, após a expressão a fim de proteger”.

ao que ocorria no disposto no art. 151, inc. IV, da Emenda Constitucional n. 1/1969, aproxima-se da noção de “idoneidade moral” ou “reputação ilibada”, expressões replicadas em outros dispositivos constitucionais como exigência necessária para que sejam ocupados vários cargos políticos de alto escalão dos três Poderes da República.⁵⁶

Portanto, em decorrência dos argumentos acima apresentados, a “moralidade” expressa no art. 14, § 9º, se distingue da noção de “moralidade administrativa” sistematizada por Maurice Hauriou e Henri Welter, ou seja, enquanto parâmetro de controle dos atos administrativos.

Ademais, trata-se de uma norma de eficácia limitada, cujas hipóteses de transgressão se restringem àquelas disciplinadas pela legislação complementar a qual a Constituição se refere, delineando, assim, um quadro de moralidade qualificada, previamente insculpida na lei. Em outras palavras, a própria Constituição delegou expressamente ao legislador infraconstitucional a incumbência de estabelecer os valores ético-morais a serem resguardados pelas hipóteses de inelegibilidade.

Dessa forma, haja vista sua finalidade de orientação ao Poder Legislativo em matéria eleitoral, não guardando relação com o controle da Administração Pública, inferimos que a concepção de “moralidade” abrigada pelo art. 14, § 9º, da Constituição da República estaria excluída do escopo de investigação deste estudo, restrita ao parâmetro de controle da atividade administrativa.

Por fim, é relevante antecipar que a Constituição da República de 1988 faz menção, ainda, à ideia de “probidade administrativa”, muitas vezes vinculada à moralidade administrativa pela doutrina administrativista brasileira. Sobre o tema, dedicaremos especial atenção ao longo dos próximos capítulos, em que destacaremos em qual medida o conceito de probidade se relaciona à moralidade administrativa enquanto princípio.

Apresentado esse panorama, nesta segunda parte do trabalho, nos dedicaremos a investigar, em um primeiro momento, como a doutrina administrativista nacional, em geral, assimilou a constitucionalização da moralidade administrativa no direito brasileiro. Para isso, buscaremos identificar um núcleo duro do conceito e apresentaremos os elementos específicos

⁵⁶ A exigência de “reputação ilibada” e/ou “idoneidade moral” existe em âmbito constitucional como requisito de acesso aos seguintes cargos, todos de natureza política: membros do Tribunal de Contas – arts. 73, inc. II; membros do Tribunais Superior Eleitoral e Regional Eleitoral – art. 119, inc. II e art. 120, inc. III; membros do Poder Judiciário alçados pelo quinto constitucional – art. 94; ministros do Supremo Tribunal Federal – art. 101; membros do Conselho Nacional de Justiça – art. 103-B, inc. XIII; ministros do Superior Tribunal de Justiça – art. 104; ministros do Tribunal Superior do Trabalho – art. 111-A; ministros do Superior Tribunal Militar – art. 123, inc. I; membros do Conselho Nacional do Ministério Público – art. 130-A, inc. VI; cargo de Advogado-Geral da União – art. 131, § 1º

contidos nas obras de vários administrativistas que se dedicaram ao estudo do princípio da moralidade administrativa.

Em um segundo momento, trataremos de analisar, à luz da construção histórica da moralidade administrativa, cada um dos elementos conceituais mais frequentemente invocados pela doutrina brasileira.

Ao fim do capítulo, será possível concluir em qual medida a acepção brasileira de moralidade administrativa se aproxima daquela apresentada na primeira parte do trabalho e, então, buscar identificar se há, no direito brasileiro, uma autonomia do controle de moralidade administrativa face ao controle legalidade, aqui entendida em contexto diverso daquele em que a obra de Maurice Hauriou se situou.

6.2. AS TENTATIVAS DE DEFINIÇÃO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA DOUTRINA BRASILEIRA

Uma breve análise dos textos constitucionais que serviram de inspiração para a Constituição brasileira (destacando-se as constituições estadunidense, italiana, portuguesa, francesa, alemã e espanhola) demonstra que a constitucionalização expressa da moralidade administrativa é iniciativa atípica.

Na mesma linha, a partir de uma pesquisa entre as constituições dos países latino-americanos de origem ibérica, tem-se notícia que a Colômbia é, ao lado do Brasil, um dos únicos países a constitucionalizar a moralidade administrativa em sua Constituição Política de 1991. Por sinal, o fez de forma bastante similar, prevendo-a tanto como princípio regente da função administrativa, no art. 209⁵⁷, quanto como direito/interesse coletivo passível de tutela via *acciones populares*, nos termos do art. 88⁵⁸ (COLOMBIA, 1991).

Esse contexto de pouca tradição de teorização do princípio, associada à abertura semântica da expressão “moralidade administrativa”, implicou um desenvolvimento desagregado de sua construção teórica entre os doutrinadores do Direito Administrativo e do Direito Constitucional brasileiros, não sendo fácil identificar muitos consensos no tratamento do tema.

⁵⁷ “Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, **moralidad**, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones (...)”

⁵⁸ “Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la De la Protección y Aplicación de los Derechos seguridad y la salubridad pública, **la moral administrativa**, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella (...)”

Assim, neste capítulo, apresentaremos os vários posicionamentos e conceituações atribuídos ao princípio da moralidade administrativa pela doutrina brasileira, o que faremos com o objetivo de tentar identificar como se deu a recepção da constitucionalização da moralidade administrativa no direito brasileiro e qual(is) é(são) o(s) conteúdo(s) assumido(s) pelo princípio.

6.2.1. A vinculação entre a moralidade administrativa e moral comum: a referência ao texto de José Antônio Brandão

Consoante já apresentado na primeira parte desta dissertação, ao que se tem conhecimento, o primeiro texto em língua portuguesa a abordar a moralidade administrativa foi o ensaio do português Antônio José Brandão, publicado na *Revista de Direito Administrativo* no início dos anos 50, no qual o autor retoma trechos das obras de Maurice Hauriou e Henri Welter, responsáveis pela construção do conceito de moralidade administrativa no contexto do direito francês do início do século XX.

Até alguns anos atrás, o acesso às obras originais era bastante difícil, o que fez do texto de Brandão uma importante referência para a doutrina do direito brasileiro acerca da construção histórica da moralidade administrativa por Hauriou e Welter. Como resultado, o texto de Brandão é frequentemente citado por autores brasileiros, inclusive como meio de referência indireta — e imprecisa — das obras dos juristas franceses.

Nesse sentido, Hely Lopes Meireles, assim como Brandão, a quem faz referência expressa, se preocupa em destacar que a moralidade administrativa não se confundiria com a “moral comum”. Contudo, repete a impropriedade, já mencionada na apresentação do texto do autor português no capítulo anterior, de concluir que a moralidade administrativa exigiria que o agente administrativo tivesse o discernimento de avaliar aspectos que, ao que nos parece, estão vinculados exatamente a essa moral comum, distanciando-se da concepção originária, vinculada ao desvio de finalidade.

Não se trata — diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito — da *moral comum*, mas sim de uma *moral jurídica*, entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. 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 (MEIRELLES, 2016, p. 94).

Do que se apreende das obras de Maurice Hauriou e Henri Welter, apresentadas no capítulo anterior, não se identifica qualquer referência dessa relação, mencionada por Brandão e repetida por Meirelles, da moralidade administrativa com dever, imposto ao administrador público, de discernir entre o honesto e o desonesto, aspectos em relação aos quais nenhum dos autores introduz na “moral jurídica” veiculada pela moralidade administrativa.

Fazendo menção ao ensaio de Antônio José Brandão, Hely Lopes Meirelles esclarece sua posição no sentido de que o desrespeito à moralidade administrativa se daria não apenas nas hipóteses em que a conduta do agente público se determinar por “fins imorais ou desonestos”, mas também quando verificado um desprezo à ordem institucional. Transcreve-se:

Já disse notável Jurista luso — Antônio José Brandão — que "a atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence - princípios de Direito Natural já lapidarmente formulados pelos jurisconsultos romanos. À luz dessas ideias, tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda (MEIRELLES, 2016, p. 95).

Semelhantemente à Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Di Pietro retoma o estudo de Brandão e apresenta que a moralidade administrativa teria sido inicialmente concebida como vinculada ao elemento teleológico do ato administrativo e, portanto, relacionada ao desvio de poder, aproximando-se da doutrina clássica de Hauriou. A autora complementa aduzindo que “muitos autores entendem que a imoralidade se reduz a uma das hipóteses de ilegalidade que pode atingir os atos administrativos, ou seja, a ilegalidade quanto aos fins (desvio de poder)” (DI PIETRO, 2018, p. 145).

A administrativista brasileira argumenta que não seria possível igualar os campos da legalidade e da moralidade, reconhecendo, portanto, a autonomia do princípio jurídico. Nessa linha, Maria Sylvia Di Pietro, referenciando-se a trecho da obra de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho em que Brandão é expressamente citado, excerto esse que também já apresentamos, argumenta que o princípio de moralidade se estenderia a aspectos reservados à moralidade comum.

Mesmo os comportamentos ofensivos da **moral comum** implicam ofensa ao princípio da moralidade administrativa (cf. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, 1974:11).

(...)

Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa (DI PIETRO, 2018, p. 146).

José dos Santos Carvalho Filho, ao seu turno, expõe que o princípio da moralidade impõe ao administrador público a observância de preceitos éticos em sua atuação, não podendo se limitar aos “critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto”, relacionando o princípio à ideia de “bom administrador”, quem deveria observar, além da legislação, os princípios éticos regentes da atividade administrativa.

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto (...)

(...) Aliás, o princípio da moralidade está indissociavelmente ligado à noção do bom administrador, que não somente deve ser conhecedor da lei como dos princípios éticos regentes da função administrativa.

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 (CARVALHO FILHO, 2015, p. 22).

Há, em sentido semelhante, quem entenda que a moralidade administrativa abarcaria um sentido amplo, consistente na obrigação do Estado em observar as regras éticas vigentes na comunidade. É esse o posicionamento de Ricardo Marcondes Martins:

O direito relaciona-se tanto com a justiça como com a moral; conceitos distintos, a primeira é a base da boa-administração e, pois, da eficiência; a segunda é a base da moralidade administrativa. Esta consiste numa exigência imposta ao Estado de observância das regras éticas vigentes na comunidade; dela decorrem efeitos jurídicos próprios (MARTINS, 2008, p. 330).

É evidente, e bem provavelmente unânime, que a atuação honesta do administrador público é, mais do que uma pretensão social, um valor socialmente compartilhado e que se busca condicionar por meio do direito, conforme trataremos mais adiante neste trabalho. Porém,

adiantamos que nos parece que essa vinculação da moralidade administrativa a aspectos de “moral comum” teria como finalidade, partindo do entendimento de que se trata de um princípio autônomo em relação à legalidade, permitir um controle jurisdicional da Administração Pública a partir de critérios próprios da moral comum e externos ao direito.

Ao nosso entender, essa compreensão se baseia, em primeiro lugar, na própria indeterminação da expressão “moralidade administrativa” enquanto conceito jurídico e, ao mesmo tempo, em uma interpretação equivocada das obras de Hauriou e Welter, autores que atribuíram à moralidade administrativa uma acepção muito mais complexa, e melhor desenvolvida, do que aquela que os excertos aqui tratados parecem transparecer.

A compreensão doutrinária que se originou a partir do texto de Antônio José Brandão, a primeira referência lusófona à moralidade administrativa, incorre no mesmo erro de ignorar aspectos fundamentais da construção teórica desenvolvida por Maurice Hauriou e Henri Welter. Esses aspectos incluem: i) a interpretação restrita do termo “legalidade” empregada pelos autores franceses; ii) a razão pela qual os vícios relacionados à finalidade do ato administrativo foram considerados relativos à moralidade administrativa, não de legalidade, e, por fim, iii) a inexistência de relação entre a ideia de moralidade administrativa e a noção de moralidade comum.

A respeito deste último aspecto, tem-se que a irremediável contradição, havida no texto de Brandão, entre as conclusões de que, por um lado, a moralidade administrativa não se confundiria com a moralidade comum e, por outro, que a moralidade administrativa implicaria um juízo acerca da “honestidade” da atuação do administrador, acabou por reverberar nas obras daqueles autores que tiveram nele a principal referência ao trabalho teórico iniciado por Maurice Hauriou e desenvolvido por Henri Welter.

Fixadas as premissas dessa posição, mais adiante neste trabalho, nos dedicaremos a investigar essa compreensão que aproxima a moralidade administrativa da moralidade comum à luz da perspectiva pós-positivista e da compreensão da relação entre direito e moral.

6.2.2. A moralidade administrativa como fundamento de controle do vício teleológico da Administração Pública: a retomada da construção originária na obra de Maurice Hauriou

Consoante apresentamos na primeira parte desta dissertação, a noção jurídica de moralidade administrativa nasce enquanto fundamento justificador do controle do desvio de poder da Administração Pública.

É Diogo de Figueiredo Moreira Neto, porém, quem se debruça com maior detalhamento sobre o tema. Para conceituação da moralidade administrativa, o autor se vale, por um lado, da distinção entre moral aberta e fechada estabelecida por Henri Bergson e, por outro, da distinção entre moral de intenção e moral de resultados proposta por Weber.

A partir da teoria de Bergson, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992, p. 7) expõe que a moral aberta é individual, ligada à consciência individual a respeito do bem e o mal; a moral fechada, por outro lado, é social, referida a um determinado grupo, desenvolvida para proteger o próprio grupo. Nesse sentido, a moral administrativa seria uma moral fechada, gerada no interior do círculo dos agentes públicos, compreendido enquanto um complexo institucional regido por “um sistema de normas destinadas à realização de certos valores” (FRANCO SOBRINHO, 1974, p. 65).

A contribuição de Maurice Hauriou, sob essa perspectiva, se relacionaria com o reconhecimento da noção da Administração Pública como uma instituição orientada aos fins de interesse público, exigindo de seus agentes, além da submissão à lei formal, uma específica honestidade profissional.

Da teoria weberiana, o administrativista brasileiro remonta à diferença entre moral de intenção, sendo evidenciada pelo exame da vontade do administrador em contraste com a moral comum. A moral de resultados é identificada a partir do contraste entre o resultado objetivamente considerado e o resultado exigido para a finalidade buscada pela lei. Exemplificativamente, se o administrador se dirigiu à máxima obtenção de ganhos para a Administração, mas não observou os meios adequados, sua intenção pode ter sido moralmente boa, mas seu resultado foi moral-administrativamente mau (MOREIRA NETO, 1992, p. 7).

Dessa forma, a moralidade administrativa seria uma moral de resultado, enquanto um conceito teleológico. O foco não se debruça sobre a atitude do agente administrativo, mas sobre a sua conduta. A atitude não tem condão de conduzir a um bom resultado administrativo, capaz de satisfazer o interesse público, diferentemente da conduta, que produziria resultados sadios ou viciados.

Diante das teorias bergsonianas e weberianas, Moreira Neto conclui o que se deve entender pela ideia de “disciplina interna da Administração”:

Em suma, como se pode observar, a "disciplina interior" (ou interna), a que se refere Hauriou, há de ser entendida como um resultado de conjugação dessas duas vertentes de pensamento: trata-se de um *sistema de moral fechada, próprio da Administração Pública, 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* (MOREIRA NETO, 1992, p. 8).

A partir disso, o administrativista conclui, quanto ao conceito de moralidade administrativa, que, uma vez que toda instituição tem uma ideia de fim, essa teleologia da Administração serviu de fundamento para o desenvolvimento da teoria do desvio de poder, sendo essa a primeira manifestação da moralidade administrativa.

Esse sentido, porém, teria se expandido para extrapolar os casos clássicos de desvio de poder e agasalhar todos aqueles em que o agente público atue em desconformidade com seu dever teleológico (MOREIRA NETO, 1992, p. 9).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992, p. 10-11) retomando a obra de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1974, p. 208), defende que a identificação e o diagnóstico da violação à moralidade administrativa perpassaria pelo enfoque sobre o motivo e o objeto do ato administrativo, a fim de verificar se tais elementos não teriam sido manipulados pelo agente público com o objetivo de criar a falsa impressão de que o ato não se afasta da finalidade de interesse público.

Parece-nos, porém, que o autor acabar por concluir que todos os vícios relativos ao motivo do ato administrativo tratar-se-iam de vícios teleológicos e, portanto, violariam a moralidade administrativa. Isso, contudo, pode ser verificado incorreto a partir de alguns exemplos mencionados pelo próprio autor.

Ao tratar do motivo inexistente, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992, p. 11-12), cita como exemplo de violação à moralidade administrativa a hipótese de concessão de período de férias remuneradas a servidor que já tenha gozado esse benefício relativamente ao mesmo período. No entanto, o exemplo dado parece não guardar qualquer relação com o vício de finalidade, cujo fundamento seria a moralidade administrativa, uma vez que se trata de uma ilegalidade por ofensa ao regramento relativo ao direito de férias.

Semelhantemente, ao abordar o vício por “desproporcionalidade do motivo”, o autor exemplifica com uma hipótese de retenção da carteira de habilitação realizada pelo agente pelo fato de a atitude do motorista não lhe ter agradado (MOREIRA NETO, 1992, p. 13). Aqui, ao contrário do que sustenta o autor, trata-se de vício por inexistência de motivo que autorize ou obrigue a retenção da carteira de habilitação, uma vez que a legislação não prevê a possibilidade de retenção em razão de a atitude do motorista não agradar ao agente de trânsito.

Por outro lado, o vício de motivo nos parece revelar um desvio de finalidade e, portanto, de imoralidade administrativa, na hipótese de um agente público decretar a utilidade pública de um imóvel para fins de desapropriação com vistas à realização de uma obra que beneficiará

apenas o próprio administrador. Aqui, o vício relativo ao motivo – a falsa utilidade pública justificadora da desapropriação – servirá para evidenciar o desvio de finalidade.

Portanto, ainda que o vício relativo ao motivo possa figurar como instrumento revelador de desvio de finalidade em certos casos, não nos parece plausível que tal circunstância se verifique sempre, como Moreira Neto transparece entender.

Quanto ao objeto, por outro lado, de acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992, p. 14), um exemplo de violação à moralidade administrativa seria a hipótese de vício por objeto ineficiente, quando se identifica uma grande desproporcionalidade entre custos e benefícios, implicando desperdício dos recursos públicos. Nessa situação, entretanto, não nos parece haver um vício teleológico, portanto, de moralidade administrativa, mas de uma violação ao princípio da eficiência⁵⁹.

Entretanto, o objeto viciado tem o condão de revelar um desvio de finalidade, por exemplo, na hipótese de o administrador determinar a remoção de um servidor que lhe é subordinado com a finalidade de puni-lo por uma infração disciplinar. Nessa situação, o vício de objeto servirá para revelar um desvio de poder, uma vez que a remoção não possui finalidade punitiva.

Em suma, não nos parece incorreta a ideia de que os vícios ligados ao motivo e ao objeto do ato administrativo possam revelar um desvio de finalidade e, portanto, um vício de moralidade administrativa. No entanto, o autor parece sugerir que qualquer defeito relacionado ao motivo ou objeto constituiria um problema de moralidade administrativa, o que não se revela adequado.

Portanto, os vícios relativos ao motivo e ao objeto dos atos administrativos podem revelar infração à moralidade administrativa se se desvirtuarem da noção da atividade administrativa como exercício de “função”, a qual condicionaria o exercício dos poderes públicos à consecução do interesse público específico. Essa ideia de exercício de função é o que Diogo Moreira Neto (1992, p. 15), recuperando os ensinamentos de Maurice Hauriou (BEZIN e HAURIU, 1903, p. 576), denomina como “dever de boa administração” e que corresponderia a um imperativo moral do administrador público.

Nessa lógica, o controle da moralidade dos atos administrativos implicaria verificar o cumprimento do dever de "boa administração" no caso concreto. Esse julgamento, porém, não seria propriamente da intenção do agente (se é boa ou má — campo da moral comum),

⁵⁹ É preciso ter em vista, porém, que o texto do autor foi escrito em 1992, portanto, antes da edição da Emenda Constitucional 19/1998, a qual introduziu o princípio da eficiência de forma expressa no art. 37, *caput*, da Constituição da República.

importando, objetivamente, o seu direcionamento finalístico⁶⁰ (MOREIRA NETO, 1992, p. 16).

Quanto à distinção entre os controles de legalidade e de moralidade, o autor parece, semelhantemente à construção de Hauriou, adotar uma compreensão de legalidade em sentido estrito:

(...) a ordem jurídica não sanciona, em caso da imoralidade administrativa, um *exercício ilegal* de um poder-dever do administrador, pois isso já o faz nos casos de *ilegalidade tradicionais*, mas, distintamente, sanciona a falta da *justa medida* no seu exercício legal, capaz de comprometer a satisfação dos interesses públicos específicos.

Há uma *medida de exercício*, para o bom administrador, que satisfaz a seu dever moral interno, enquanto agente público, evidenciada, em cada caso, sua análise das relações entre motivo, objeto e finalidade dos atos administrativos, bem como dos contratos administrativos e dos atos administrativos complexos (MOREIRA NETO, 1992, p. 16).

Aprofundando-se nessa distinção, Moreira Neto aduz que a ordem jurídica contemporânea não se constituiria tão somente como um sistema coercitivo de legalidade, sendo, também, de legitimidade (sujeição do Estado à vontade social) e de licitude (sujeição do Estado à moralidade). Veja-se nas palavras do autor:

A sujeição da sociedade e depois a do Estado moderno à lei, foram as primeiras conquistas, conformando o sistema da *legalidade*, como “o mínimo ético indispensável que a sociedade exige de seus membros”, marcando a transição histórica do Estado Absolutista para o *Estado de Direito*.

A sujeição do Estado à *vontade da sociedade* foi, a seguir, a extraordinária conquista política realizada pelas revoluções francesa e americana, dotando a ordem jurídica de um sistema da *legitimidade* e permitindo o surgimento e a disseminação do *Estado Democrático*.

Finalmente, a sujeição do Estado à *moral*, a mais ambiciosa e demandante das conquistas éticas, está apenas começando, incorporando-se lentamente à ordem jurídica como um sistema de *licitude* e possibilitando, onde o Estado Democrático de Direito já se está sedimentando, o advento do *Estado de Justiça* (MOREIRA NETO, 1992, p. 17)

Tem-se, nesse sentido, que essa concepção, destacada a posição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, retoma os elementos essenciais da construção histórica da moralidade administrativa por Maurice Hauriou e Henri Welter, fazendo-o à luz das obras bergsoniana e weberiana, sem, entretanto, afastar do núcleo central do conceito, qual seja: a moralidade administrativa como obrigação imposta ao administrador de se valer dos poderes atribuídos por lei para buscar a consecução do interesse público extraído do ordenamento jurídico.

⁶⁰ Essa análise, para o autor, não resultaria em um juízo da “melhor administração”, de modo que, à luz do princípio da razoabilidade, verificar-se-ia se o interesse público específico terá sido atendido em grau satisfatório.

6.2.3. A distinção entre a moralidade administrativa como legalidade substancial do ato administrativo (art. 5º, inc. LXXIII, CR/88) e como vinculadora do princípio da boa-fé objetiva no Direito Administrativo (art. 37, *caput*, CR/88)

José Guilherme Giacomuzzi compreende que a moralidade administrativa, prevista no art. 5º, inc. LXXIII, CR/88, enquanto parâmetro de controle pela via da ação popular, emerge como o âmbito de legalidade interna do ato administrativo, estando intimamente ligada ao desvio de finalidade, sem que houvesse uma interação com aspectos da moral propriamente dita.

Ao examinar a moralidade enquanto princípio regente da atividade administrativa (inserido no art. 37 da CR/88), por outro lado, o autor vislumbra a inserção, no direito público, do conteúdo da boa-fé objetiva presente no direito privado. Ou seja, como uma forma de proteção da confiança, da veracidade, da lealdade e da transparência no campo da Administração Pública.

6.2.3.1. A moralidade administrativa como legalidade substancial (art. 5º, LXXIII, CR/88)

Quanto à moralidade do art. 5º, inc. LXXIII, CR/88, o Giacomuzzi expõe que se trata de conceito jurídico indeterminado, sendo entregue ao intérprete a tarefa de preenchimento do seu conceito, não exercendo qualquer função de princípio jurídico. Nessa linha, a “moralidade administrativa” situada no art. 5º, LXXIII, da Constituição da República, exigiria urgente delimitação de seu conteúdo, uma vez que a norma se pretende eficiente e não seria possível deixar seu conteúdo dogmático ao completo arbítrio subjetivo do intérprete (GIACOMUZZI, 2013, p. 198-202).

A respeito dessa significação, o autor (2013, p. 203) enuncia que, à luz do pluralismo político (expresso como fundamento da República no art. 1º, inc. V, da Constituição), seria difícil admitir a possibilidade da existência de uma moralidade compreendida como comum, ou social, enquanto direito tutelado pelas ações populares, na medida em que a compreensão do que é moralmente correto a um adepto de terminada concepção política, não o é a um partidário de concepção ideológica distinta. Dessa forma, caberia à dogmática jurídica explicitar o conceito vago, a fim de que, no julgamento de determinada ação popular, tenha-se segurança quanto ao seu conteúdo. Nesse sentido, transcreve-se:

No art. 5º a delimitação do campo da moralidade administrativa fixará a demanda e, consequência, o provimento judicial, em face do princípio da congruência. Mas o juiz somente poderá aplicar o Direito (*da mihi factum, dabo tibi ius; iura novit curia*) se tiver elementos de suportes fáticos minimamente precisos para que possa perquirir da correção, ou não, da incidência (ou encaixe) da norma jurídica que contém o suporte fático hipotético ou abstrato, formando o fato jurídico apto a produzir os efeitos pretendidos pelo ordenamento (GIACOMUZZI, 2013, p. 203).

Assim, José Guilherme Giacomuzzi compreende que se impõe a obrigação ontológica de se identificar algum limite do objeto da ação popular ajuizada com vistas à tutela da moralidade administrativa, a fim de conferir sentido à previsão constitucional encampada pela norma do art. 5º, inc. LXXIII, CR/88.

A moralidade administrativa enunciada como direito coletivo tutelado pela via das ações populares seria a denominada “legalidade substancial”, pela qual a lei deveria ser compreendida “na concreção de seu conteúdo axiológico, e, mais precisamente, teleológico, visto que o valor que a lei tutela se acha racionalmente determinado como *fim*” (REALE, 1968, p. 97). No caso específico do direito administrativo, o fim encampado na lei e que deveria orientar a atuação da Administração Pública remonta ao interesse público, de modo que a incongruência entre a finalidade do ato administrativo e o fim de interesse público pretendido pela norma encerraria um vício de moralidade administrativa, ou de “legalidade em sua substância”.

Nessa linha, a própria Lei Federal 4.717/1965 (Lei de Ação Popular), teria se encarregado, nas alíneas “c”, “d” e “e” e parágrafo único do art. 2º, de enunciar o conteúdo da expressão “moralidade administrativa” prevista no art. 5º, inc. LXXIII, da Constituição da República. Transcreve-se:

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

(...)

- 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:

(...)

- 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 (BRASIL, 1965)

Portanto, a moralidade administrativa disposta como direito tutelado pelas ações populares remeteria à construção histórica por Maurice Hauriou e Henri Welter, ou seja, estaria “umbilicalmente ligada ao desvio de poder e, numa visão mais abrangente, ao exame dos motivos, fáticos e jurídicos, do ato administrativo, ou até de seu objeto” (GIACOMUZZI, 2013, p. 147).

Nessa linha, a noção de moralidade apenas se distinguiria da legalidade na hipótese de esta ser admitida em uma perspectiva estrita, ou seja, tomando-se como parâmetro exclusivamente o texto expresso da lei em sentido meramente formal.

6.2.3.2. A moralidade administrativa como vinculadora do princípio da boa-fé objetiva no Direito Administrativo e relacionada à probidade administrativa (art. 37, *caput*, CR/88)

Por outro lado, no que diz respeito à moralidade inculpada no art. 37, *caput*, da Constituição enquanto princípio regente da Administração Pública, José Guilherme Giacomuzzi compreende que emergiria da moralidade administrativa um aspecto objetivo e outro subjetivo. A dimensão objetiva vincularia o princípio da boa-fé objetiva no direito público, ao passo que a dimensão subjetiva seria relacionada à ideia de probidade administrativa.

Segundo o autor, o atual cenário do Estado de Direito, após o constante crescimento de seu papel com a superação do Estado Liberal, seria caracterizado pela devolução, aos particulares, de uma série de atribuições assumidas pelo Poder Público, inaugurando-se um rumo trilhado pelas políticas de privatizações e terceirizações. Nesse contexto, a distinção do público e do privado se torna cada vez menos nítida, fundindo-se os postulados de cada um dos ramos jurídicos. Essa nova realidade estatal exigiria da Administração um comportamento consensual, menos autoritário e impositivo. Sob essa ótica de buscar tratar os interesses coletivos de forma conjunta com o particular, buscando coordenar os interesses público e privado, o plano objetivo da moralidade administrativa vincularia a boa-fé objetiva no campo do direito administrativo (GIACOMUZZI, 2013, p. 260-269).

Como principal desdobramento da boa-fé objetiva no direito administrativo, tem-se o mandado de proteção à confiança legítima, a qual imporia à Administração um dever de transparência e lealdade no trato com os particulares. Dessa consequência, resultaria, a proibição do *venire contra factum proprium*; proibição à inação inexplicável e desarrazoada; dever do *favor rei* (conservação dos atos administrativos); lealdade ao fator tempo; dever de

sinceridade objetiva; dever de informação, entre outros (GIACOMUZZI, 2013, p. 270-281; MELLO, 2004, p. 111).

Essa compreensão da moralidade administrativa enquanto princípio vinculador da noção de boa-fé objetiva é compartilhada por Humberto Ávila. Transcreve-se:

(...) esses comportamentos são incompatíveis com a lealdade e a boa-fé, necessárias à promoção da moralidade administrativa.
Como se pode perceber, o princípio da moralidade exige condutas sérias, leais, motivadas e esclarecedoras, mesmo que não previstas na lei. Constituem, pois, violação ao princípio da moralidade a conduta adotada sem parâmetros objetivos e baseada na vontade individual do agente e o ato praticado sem a consideração da expectativa criada pela Administração (ÁVILA, 2013, p. 121-122).

Juarez Freitas, em sentido semelhante, sustenta que o princípio da confiança ou da boa-fé nas relações administrativas é resultado da junção dos princípios da moralidade e da segurança nas relações jurídicas (FREITAS, 1999, p. 73).

Por outro lado, no que diz respeito ao aspecto subjetivo da moralidade administrativa insculpida no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, o princípio imporia ao administrador público um dever de honestidade, relacionando-se, nesse sentido, com o dever de probidade administrativa, cuja violação resultaria no ilícito de improbidade, regulado pela Lei de Improbidade Administrativa. Sobre o caráter subjetivo dessa noção de moralidade administrativa, Giacomuzzi ensina:

O ato de improbidade administrativa é ato ilícito — contrário ao Direito, portanto. Mesmo que pareça óbvio, repare-se que a moralidade teve e tem tido (...) vinculação à corrupção pública e ao agir desonesto do administrador público. É, talvez, o mais intuitivo sentido comum do termo “moralidade”. Arrisco, até, que muito do debate constituinte sobre o assunto carregava consigo — assim como o debate popular hoje ainda carrega — essa faceta subjetiva e, vamos dizer, “anticorrupção” pública. Daí os autores sempre — e corretamente — fazerem referência, no trato da moralidade, à improbidade administrativa, e daí também a pronta afirmação de José Afonso da Silva, comumente repetida, de que a improbidade “é uma imoralidade qualificada pelo dano ao Erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem” e que em minha opinião faz mais sentido se acrescentarmos que tal “qualificação” se dá pelo elemento subjetivo (dolo ou culpa) que necessariamente deverá estar presente no ato ímprobo. (GIACOMUZZI, 2013, p. 294-295)

Cláudio Ari Mello, por fim, traça um precioso resumo acerca do entendimento que subdivide a moralidade administrativa em uma dimensão objetiva e outra subjetiva:

A *moralidade administrativa objetiva* impõe deveres éticos de conduta aos participantes de relações jurídico-administrativas, independentemente do elemento volitivo ou psicológico do agente, prescindindo de qualquer consideração subjetiva ou intencional do agente para a caracterização da violação do dever. A *moralidade*

administrativa subjetiva (...) é, como já se mencionou, o *dever de probidade administrativa*. Da violação desse dever exsurge, como se verá no último item do trabalho, o ato ilícito (não-penal) de improbidade administrativa, entre nós regulado pela LIA (Lei 8.429, de 1992), a qual prevê, sempre, responsabilidade *subjetiva* ao agente - pessoa individualizada, física, não mais o ente público *Administração*, pessoa jurídica – administrativo *desonesto* (MELLO, 2004, p. 112-113).

6.2.4. Outras acepções acerca do princípio da moralidade administrativa na doutrina brasileira

Nas seções anteriores, apresentamos o entendimento dos poucos autores que buscaram detalhar a concepção acerca do conteúdo do princípio da moralidade administrativa a partir da sua inserção na Constituição Federal de 1988.

Ocorre, porém, que a divergência sobre o conceito e o conteúdo do princípio da moralidade não se esgota nas posições acima apresentadas, há outras construções que, em maior ou menor grau, escapam às concepções anteriores. Contudo, por não terem sido aprofundadas suficientemente, as compilamos parágrafos que seguem.

José Afonso da Silva (2005, p. 668-669), em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*, além de, recuperando a doutrina de Hauriou, distinguir a moralidade administrativa da moralidade comum, estabelece sua vinculação com a noção de probidade administrativa, indicando que esta seria uma forma de manifestação daquela.

(...) a Constituição quer que a imoralidade administrativa em si seja fundamento de nulidade de ato viciado. A ideia subjacente ao princípio é a de que a moralidade administrativa não é *moralidade comum*, mas *moralidade jurídica*. Essa consideração não significa necessariamente que o ato legal seja honesto. Significa, como disse Hauriou, que a moralidade administrativa consiste no conjunto de “regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”.

(...)

A *probidade administrativa* é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4). A *probidade administrativa* consiste no dever de o “funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem (grifos do autor).

Waldo Fazzio Júnior assenta, como ocorre na construção originária, que o vício de moralidade administrativa implicaria a noção do desvio de finalidade (FAZZIO JUNIOR, 2016, p. 91). Porém, diferentemente, o autor aduz que a imoralidade administrativa e a improbidade não seriam conceitos sinônimos:

A *imoralidade* é o oposto de um dos princípios constitucionais da Administração (o da moralidade), ao passo que a *improbidade* surge, na Lei nº 8.429/92, como a antítese não de um princípio, mas do conjunto coordenador dos princípios da legalidade, da impessoalidade e da eficiência. (FAZZIO JUNIOR, 2016, p. 130-131).

Márcio Cammarosano indica que a moralidade administrativa seria um conceito de ordem jurídica e, portanto, diferente da moral comum. No entanto, o jurista compreende que não seria possível afirmar que, no direito brasileiro, o sentido do conceito coincidiria com o formulado por Maurice Hauriou (CAMMAROSANO, 2006, p. 66). Distanciando-se da concepção originária do Direito francês, Cammarosano (2006, p. 114) indica que a moralidade administrativa não se distinguiria, essencialmente, do âmbito da legalidade, mas nela estaria contida.

Juarez Freitas, quem também relaciona moralidade administrativa e boa-fé, compreende igualmente que o princípio da moralidade estaria vinculado a um direito fundamental à boa administração, o que significaria o direito a uma Administração Pública eficiente e eficaz, cumpridora dos deveres de transparência, motivação, imparcialidade e respeito à participação social, e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas, ou seja, corresponderia ao dever de estrita observância aos princípios constitucionais (FREITAS, 2007, p. 123).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 123-124), por sua vez, assim como José Guilherme Giacomuzzi, entende que, no âmbito da moralidade administrativa, estariam incluídos os princípios da boa-fé e da lealdade, de modo que seria imposto à Administração proceder com sinceridade com relação aos administrados, sendo vedado qualquer comportamento malicioso com vistas a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos particulares. O autor aduz, porém, que o princípio imporia à Administração o dever de: “atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio direito, configurando *ilicitude* que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de *pauta jurídica*, na conformidade do art. 37 da Constituição”.

Por fim, autor sintetiza que a moralidade administrativa se consubstanciaria em um reforço ao princípio da legalidade, distinguindo-se, portanto, da moralidade comum. Nesse sentido:

não é qualquer ofensa à moral social que se considerará idônea para dizer-se ofensiva ao princípio jurídico da moralidade administrativa, entendemos que este será havido

como transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado. Significa, portanto, um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 124).

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2017, p. 765) iniciam a apresentação do princípio da moralidade indicando que “tendo em vista sua amplitude, possui pouca densidade jurídica, dada a dificuldade teórica de se precisar seu conteúdo específico”. Seguindo, no entanto, os constitucionalistas buscam resgatar o conteúdo jurídico ao princípio e pontuam que o Estado “não deve obediência a qualquer moralidade, mas somente àquela compartilhada na comunidade política específica”.

Nesse sentido, à Administração Pública, na observância dos princípios constitucionais que regem sua atuação, impor-se-ia o dever de discernir entre o legal e o ilegal, mas também entre o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno. De tal forma, a constitucionalização da moralidade como princípio jurídico implicaria atribuir uma dimensão ética a determinado ato formalmente jurídico (MENDES e GONET BRANCO, 2017, p. 765).

Assim, a densificação do princípio da moralidade administrativa seria extraída de princípios presentes na própria Constituição e a partir do caso concreto. Veja-se:

O reconhecimento da amplitude ou indeterminação dos princípios referentes à Administração Pública, em especial o princípio da moralidade, não impede o intérprete de a eles conferir maior densidade jurídica a partir do exame do próprio texto constitucional, bem como do caso concreto que está a desafiar solução. É certo, contudo, que ao administrador público já não basta cumprir formalmente a lei, visto que a constitucionalização desses princípios alarga o controle do Poder Judiciário sobre a atuação da Administração, de modo que, em casos controversos, caberá ao juiz determinar, em cada caso, o alcance, v. g., do princípio da moralidade sobre a atuação do administrador público (MENDES e GONET BRANCO, 2017, p. 766).

No capítulo seguinte, analisaremos criticamente as definições de moralidade administrativa no Direito Administrativo brasileiro. Porém, adiantando breve comentário acerca da compreensão de Mendes e Gonet Branco, parece-nos perigosa a ideia segundo a qual o alcance do princípio da moralidade seria determinado pelo Poder Judiciário em cada caso, implicando um alargamento do controle jurisdicional da Administração Pública. A conjunção dessa concepção com a conclusão de que se trata de um princípio de difícil definição tornaria praticamente impossível a delimitação do âmbito de discricionariedade da atuação administrativa, uma vez que caberia ao próprio Poder Judiciário definir o alcance de um parâmetro de controle de extensão incerta. Entendemos, assim, que essa compreensão

extremamente aberta colocaria em risco, além da segurança jurídica, o próprio princípio da tripartição de poderes.

7. ELEMENTOS DAS DEFINIÇÕES DE MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Das tentativas de definição da moralidade administrativa pela doutrina brasileira, é possível extrair diferentes noções, as quais não necessariamente se excluem. Entre elas, destacamos as seguintes grandes definições: **I)** a que, retomando a construção histórica no Direito Administrativo francês, vincula a moralidade administrativa ao desvio de poder; **II)** a ideia de que a moralidade administrativa exigiria do administrador a observância de aspectos de “moral comum”, permitindo-se, portanto, a extensão do controle da Administração Pública a esse âmbito; **III)** o entendimento de que a constitucionalização da moralidade administrativa implicaria a publicização dos princípios da boa-fé objetiva, impondo à administração um dever de lealdade no trato com os administrados; **IV)** a relação entre moralidade e improbidade administrativa; **V)** a noção de que a moralidade administrativa prevista no art. 5º, inc. LXXIII, teria conteúdo distinto do princípio previsto no art. 37, *caput*.

A partir dessas definições, e tomando a construção histórica da moralidade administrativa, apresentada na primeira parte desta dissertação, como marco teórico, nos debruçaremos, a partir de agora, sobre cinco aspectos: a compreensão do desvio de poder no Direito Administrativo brasileiro e a relação do vício com a finalidade, o motivo e o objeto dos atos administrativos; a (im)possibilidade de se valer de aspectos da moral comum para realização do controle da Administração Pública à luz da moralidade administrativa; a relação entre a legalidade e a moralidade administrativa a partir da noção de legalidade enquanto juridicidade e, por fim, a distinção entre moralidade e probidade administrativa.

Para isso, percorreremos um caminho que pretende, ao fim, encontrar uma definição de qual(is) conteúdo(s) a moralidade administrativa pode assumir no direito brasileiro, sem perder de vista, no entanto, uma das poucas unanimidades acerca do assunto: sua origem histórica na obra de Hauriou, no direito francês.

7.1. O DESVIO DE PODER COMO VÍCIO DE MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

7.1.1. Prolegômenos: a conceituação de ato administrativo, seus elementos e pressupostos

A teoria do desvio de poder está situada no estudo do ato administrativo, o qual abordaremos brevemente antes de adentrarmos na análise do vício por desvio de poder propriamente dito. Para isso, em um primeiro momento, buscaremos uma conceituação para os “atos administrativos”, partindo da distinção, própria da Teoria Geral do Direito, entre “ato jurídico” e “fatos jurídicos”; em seguida, ainda nessa seção introdutória, partiremos para a análise dos elementos e pressupostos dos atos administrativos. A partir desses pressupostos conceituais, analisaremos o vício de desvio de poder e em quais termos ele se relaciona com o princípio da moralidade administrativa.

Diz-se “fato jurídico *lato sensu*” todo e qualquer acontecimento, de ordem natural ou social, ao qual o Direito empresta efeitos jurídicos, impulsionando a criação de relações jurídicas. Os fatos jurídicos em sentido amplo tratam-se efetivamente da concretização das normas jurídicas e em razão dos quais nascem, se modificam, subsistem e se extinguem as relações jurídicas. Nessa acepção, tem-se como fato jurídico: uma tempestade, uma inundação, o nascimento de uma criança, a morte de uma pessoa, entre tantos outros eventos naturais ou não (REALE, 2002, p. 201-203; DINIZ, 2009, p. 538).

Do fato jurídico *lato sensu*, desdobram-se: i) o fato jurídico *stricto sensu*, compreendido como o acontecimento, independente da volição humana, que produz efeitos jurídicos; ii) o ato jurídico (em sentido amplo), sendo este o evento que depende da vontade humana, assumida na declaração de vontade preordenada à produção de efeitos jurídicos. O ato jurídico, por sua vez, se subdivide em: ato jurídico em sentido estrito, o negócio jurídico e o ato ilícito (REALE, 2002, p. 206-208; DINIZ, 2009, p. 539-540).

No âmbito do Direito Administrativo, a Administração produz atos jurídicos, mas também fatos jurídicos, categorias as quais se distinguem, em termos jurídicos, pelas seguintes características: os atos administrativos podem ser anulados e revogados nos limites do direito, gozam de presunção de legitimidade e o tema da volição lhes diz respeito, podendo carregar a característica da discricionariedade. Os fatos administrativos, por outro lado, não são nem anuláveis, nem revogáveis; não possuem presunção de legitimidade e, por não se cogitar

qualquer volição humana, não há, por óbvio, que se falar em discricionariedade (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 382-383).

Destaca-se, ainda, que o ato administrativo não se confunde com os atos da Administração Pública, conceito que engloba atos praticados pela Administração, mas que não se incluem no conceito de ato administrativo, como: 1) atos de direito privado praticados pela Administração, vislumbrados quando o Poder Público não atua sob o regime de direito administrativo, se submetendo às mesmas regras aplicadas aos particulares (exemplo: uma locação); 2) atos materiais, que não são atos jurídicos, mas fatos administrativos (exemplos: a pavimentação de uma rua, o ministério de uma aula); 3) atos políticos (ou de governo), em que o grau de discricionariedade é ainda maior, uma vez que se trata de algo inerente à atividade política — não administrativa, sendo, como regra, expedidos em nível constitucional (exemplo: a sanção ou o veto de uma lei) (CARVALHO FILHO, 2015, p. 98-99; DI PIETRO, 2018, p. 271-272).

Os atos administrativos se distinguem dos atos jurídicos de direito privado em virtude da presença de determinados atributos, a saber: i) consubstanciam uma relação de administração, isto é, pressupõem o exercício de uma função, estando vinculada a uma finalidade própria; ii) visam à satisfação do interesse público; iii) podem ser dotados de imperatividade, o que lhes permite adentrar na esfera jurídica dos particulares (tal atributo se restringe aos atos impositivos de obrigações); iv) caso autorizado por lei ou diante de uma situação de urgência, são dotados de autoexecutoriedade, viabilizando a execução forçada pela via administrativa⁶¹ (ARAÚJO, 2005, p. 32-38).

Expostas essas considerações introdutórias e características, pode-se conceituar o ato administrativo como:

a manifestação de vontade do Estado ou de quem lhe faça as vezes, expedida em nível infralegal, sob regime de direito público e sujeito a controle de legalidade por órgão jurisdicional, com a finalidade de criar situações jurídicas individuais ou concorrer para a formação destas (ARAÚJO, 2005, p. 53).

Deste mencionado conceito, a partir da classificação proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello e enriquecida por Florivaldo Dutra de Araújo, extraem-se do conceito de ato

⁶¹ Seguimos, aqui, a posição de Florivaldo Dutra de Araújo no sentido de que a presunção de legalidade não seria um atributo dos atos administrativos, uma vez que se trataria de uma presunção comum, que não se difere da existente relativamente aos atos dos particulares (ARAÚJO, 2005, p. 43-53).

administrativo dois elementos⁶² (forma e conteúdo) e três pressupostos⁶³ (sujeito, motivo e finalidade) que se encontram presentes em todos os atos administrativos.

No que tange aos elementos, pode-se afirmar que o *conteúdo* (também denominado como objeto por alguns autores) constitui a própria manifestação de vontade que recai sobre o objeto do ato administrativo, ou seja, aquilo que o ato dispõe, decide, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 401-402).

Por sua vez, a *forma* consiste no modo de exteriorização do conteúdo do ato administrativo. Em determinadas situações, a legislação pode impor uma forma específica para o ato administrativo, o que se denomina solenidade (ou formalidade). Entretanto, não há que se falar em ato desprovido de forma, uma vez que todo ato deve, necessariamente, se exteriorizar de alguma maneira (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 402).

No que se refere aos pressupostos do ato administrativo, tem-se que o *sujeito* (pressuposto subjetivo) é o agente público responsável pela produção do ato administrativo, não podendo ser considerado elemento por ser exterior ao próprio ato. A fim de que possa elaborar um ato administrativo, é imprescindível, além da capacidade genérica para a prática de atos jurídicos, que o referido ato esteja previsto no plexo de competências do agente, ou seja, que faça parte do conjunto de atribuições legais. A competência do agente e a inexistência de óbices a sua atuação (afastamento ou impedimento), quando não observadas, acarretam a invalidade do ato administrativo (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 404-405; ARAÚJO, 2005, p. 55).

O *motivo* (pressuposto objetivo) consiste na situação fática que justifica ou exige a prática do ato administrativo, podendo ser expressamente previsto ou não em lei. O motivo pode ser previsto, ou não, em lei. Na hipótese em que o motivo esteja legalmente previsto, o agente público somente poderá praticar o ato se a situação fática descrita na norma se concretizar. Por outro lado, na ausência de previsão legal, caberá ao agente público a apreciação da situação de fato e a sua subsunção à norma instituidora da competência.

Indubitavelmente, é imperativo que o motivo subjacente sempre esteja presente e seja legitimamente reconhecido pela lei como um fato idôneo a justificar a prática do ato

⁶² A rigor, tradicionalmente, a doutrina decompõe o ato administrativo em cinco elementos (sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade), razão pela qual até este momento, ao longo desta dissertação, denominamos o objeto, o motivo e a finalidade como “elementos”. No entanto, seguiremos a abordagem proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello e seguida por Florivaldo Dutra de Araújo, no sentido de que o sujeito, o motivo e a finalidade não seriam elementos por não integrarem a composição do ato administrativo, apresentando-se, em verdade, como pressupostos de formação.

⁶³ Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 412-413) inclui, ainda, os *requisitos procedimentais* (pressuposto objetivo) como um dos pressupostos dos atos administrativos, podendo ser conceituados como atos jurídicos que devem preceder a determinado ato administrativo.

administrativo. Em todo caso, consoante à teoria dos motivos determinantes, uma vez que se faça menção ao motivo para a realização do ato, sua validade dependerá da existência da situação fática tomada como fundamento, sendo que, em caso de inexistência, o ato será inválido.

Vale ressaltar, ainda, que o motivo, enquanto situação fática que serve de sustentáculo à produção do ato, não se confunde com o móvel, que nada mais é do que a intenção do agente, a representação de sua vontade. Ademais, tampouco deve ser confundido com a motivação, que é a exposição dos motivos ensejadores da prática do ato (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 405-407).

A *finalidade* (pressuposto teleológico) corresponde ao objetivo o qual se pretende alcançar mediante a prática do ato administrativo, sendo que o interesse público constitui o interesse mediato de todo e qualquer ato administrativo, que deverá estar previsto, expressa ou implicitamente, no ordenamento jurídico (ARAÚJO, 2005, p. 56; BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 413).

Nesse sentido, é inadmissível que se busque com um determinado ato administrativo uma finalidade que apenas poderia ser alcançada por outro ato administrativo, posto que os poderes outorgados ao administrador visam a um propósito específico e não se justificam em si mesmos. Desse modo, se um agente se vale de um determinado ato para perseguir uma finalidade diversa daquela estabelecida para a tipologia de ato correspondente, configura-se o vício de desvio de finalidade — ou de poder (ARAÚJO, 2005, p. 56; BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 414).

7.1.2. O vício por desvio de poder e sua relação com a moralidade administrativa

Como concluímos preliminarmente na primeira parte deste trabalho, a moralidade administrativa foi historicamente concebida como fundamento justificador do controle dos atos maculados pelo vício do desvio de poder. Nesse sentido, argumentava-se que o ato praticado com desvio de poder representava uma subversão à obrigação imposta ao agente público de perseguir o interesse público. Tal obrigação decorria não da legalidade *stricto sensu*, mas da moralidade administrativa, compreendida como *espírito geral da lei* e, portanto, externa à legalidade estrita

Apresentados os aspectos conceituais e de formação dos atos administrativos, bem como os elementos e pressupostos que os norteiam, nesta seção nos dedicaremos a minuciar a atual compreensão do desvio de poder no âmbito do Direito Administrativo brasileiro. Buscaremos

averiguar se, nesse contexto, persiste a noção, apresentada na primeira parte desta dissertação, de relação entre essa espécie de vício e a moralidade administrativa como fundamento do controle.

Com esse objetivo, em um primeiro momento, trabalharemos a ideia de que a administração consiste no exercício de função. Em seguida, nos dedicaremos a apresentar como o desvio de poder é concebido como uma espécie de vício que subverte o objetivo precípua da atividade administrativa: a busca pela consecução do interesse público. Por fim, abordaremos a relação existente entre o desvio de poder e a moralidade administrativa no direito brasileiro.

Ruy Cirne Lima trabalha a concepção de que a palavra “administração” designa a atividade de quem não é proprietário, daquele que não tem a disposição da coisa ou do negócio do administrado. Em oposição à noção de propriedade, sob a administração, “o bem se não entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém, à finalidade impessoal a que essa vontade deve servir” (CIRNE LIMA, 2007, p. 37-41).

Celso Antônio Bandeira de Mello, tomando essa compreensão como ponto de partida, conclui que quem administra exerce uma função. Desse modo, dado que a administração de interesses públicos nada mais é do que a gestão de negócios alheios, o plexo de competências de que dispõe um determinado agente público é concebido com vistas à busca das finalidades legais. Em outros termos, os poderes atribuídos ao administrador são meramente instrumentais, servindo-se como meios de se perseguir os objetivos extraídos do ordenamento jurídico (BANDEIRA DE MELLO, 1988, p. 4).

Em sentido semelhante, Hely Lopes Meireles (2016, p. 90) conclui que a natureza da administração pública é a de um *mínus público* para quem a exerce, representa um encargo de guarda dos interesses da coletividade. Ou seja, toda a atividade administrativa deve ser orientada para a consecução do interesse público, todo o poder atribuído à Administração Pública deve estar atrelado a um dever que visa atingir o bem-estar da coletividade administrada.

Sob essa ótica, tem-se que a existência dos poderes administrativos e, portanto, das atribuições outorgadas aos agentes públicos, tão somente se justifica à luz do dever, imposto à Administração Pública, de buscar alcançar o interesse público consubstanciado no ordenamento jurídico, de modo que os poderes outorgados aos administradores assumiriam caráter instrumental, cuja existência estaria condicionada ao atendimento das finalidades públicas.

Essa perspectiva de Administração Pública é, ademais, a característica que condiciona todo o regime jurídico-administrativo e os axiomas — ou supraprincípios — aos quais Celso Antônio Bandeira de Mello se reporta como pedras angulares do Direito Administrativo e dos

quais decorreriam todos os demais princípios: a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e o princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo os quais o interesse público teria primazia face aos interesses dos particulares e o interesse público seria irrenunciável pelo administrador (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 70-77).

Nessa linha, apontado o dever de adotar a perseguição da finalidade de interesse público como noção motriz de todo o Direito Administrativo, “*entende-se por desvio de poder a utilização de uma competência em uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição*” (BANDEIRA DE MELLO, 1993, p. 56, destaques originais).

Amiúde, é apontado pela doutrina brasileira que a paternidade pretoriana da teoria do desvio de poder teria como *leading case*, embora não tenha sido o primeiro precedente, o caso *Lesbats*, julgado pelo Conselho de Estado francês em 1864.

Em concreto, o caso “Lesbats” é o seguinte: o prefeito da cidade francesa de Fontainebleau proibira que certo motorista estacionasse o ônibus no pátio interno da Estação daquela cidade do interior da França. A proibição baseava-se no intuito de assegurar o cumprimento de contrato celebrado entre a empresa ferroviária e outro proprietário de ônibus, pelo qual só este último teria direito de estacionamento e desembarque. Havia texto de lei anterior, promulgada a 15 de novembro de 1846, que conferia à autoridade poderes para regular o estacionamento e circulação de veículos, mas o Conselho de Estado anulou a decisão do Prefeito, porque este não podia exercer seus poderes de polícia para fins estranhos aos da manutenção de ordem e da organização do trânsito (Conselho de Estado, Sessão de 15 de fevereiro de 1846, Sirey, refont. t. 9, III, p. 46).

Mais tarde, como o Prefeito cumprisse a sentença pela metade, editando nova regulamentação restritiva, também esta foi anulada, com fundamento no *desvio de poder* (Conselho de Estado, Sessão de 7 de junho de 1865, Sirey, refont. t. 9, III, p. 47). (CRETILLA JÚNIOR, 2002, p. 120-121)

No Brasil, a decisão apontada como *leading case* relativamente ao tema do desvio de finalidade foi proferida, no final dos anos de 1940, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, sob relatoria do grande administrativista Miguel Seabra Fagundes. No conflito, duas empresas concorriam ao transporte de passageiros intermunicipal, tendo sido fixado, pela repartição de trânsito, horário considerado nocivo para uma delas, favorecendo a concorrente. O Tribunal, no julgamento de recurso em Mandado de Segurança, reformou a sentença de primeira instância reconhecendo que, embora fosse competência discricionária da repartição de trânsito fixar os horários do transporte coletivo, o ato teria se dado para favorecer uma empresa em prejuízo a outra, sendo concedida a segurança (FAGUNDES, 1957, p. 92; LEAL, 1948; TÁCITO, 1974, p. 5).

No direito brasileiro, “abuso de direito”, “desvio de poder”, “excesso de poder” e “desvio de finalidade” são termos frequentemente utilizados para se fazer referência a essa espécie de vício teleológico. Embora alguns autores tratem indistintamente como se sinônimos fossem, a melhor técnica jurídica exige que sejam tratados como conceitos, em certa medida, dotados de conteúdos

próprios, embora relacionados⁶⁴. Assim, o abuso de poder seria gênero que teria como espécies o desvio e o excesso de poder (CRETELLA JÚNIOR, 1968). Dessa forma, ocorre abuso do poder sempre que a autoridade administrativa, embora competente para a prática do ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia da finalidade legal.

O excesso de poder, por seu turno, teria lugar na hipótese de o agente público, embora dotado de competência para a prática de um ato, extrapolar suas atribuições, exorbitando o uso de suas faculdades administrativas, tornando o ato arbitrário e, conseqüentemente, nulo (FRANCO SOBRINHO, 1980, p. 215-216). Por outro lado, o desvio de poder (ou desvio de finalidade) se caracteriza quando a autoridade, embora nos limites de sua competência, atua com fins diversos daqueles estabelecidos pela lei ou extraídos pelo interesse público no caso concreto (MEIRELLES, 2016, p. 122-124).

Nesse contexto, constata-se que o desvio de poder, em regra, configura-se como um vício característico dos atos praticados no exercício de uma competência discricionária. Isso se deve ao fato de que é imprescindível existir certa margem de liberdade para que se possa cogitar da finalidade de interesse público desvirtuada pela competência atribuída. Em outras palavras, uma vez que a finalidade do ato administrativo é sempre a consecução do interesse público, na hipótese de vinculação, este interesse é demarcado previamente pelo legislador, tornando-se mais remota a possibilidade de desviá-lo⁶⁵. Assim sendo, pode-se dizer que a finalidade de interesse público é responsável por estabelecer os limites da discricionariedade.

Por fim, para concluir essa apresentação inicial, tem-se que o vício de finalidade consubstanciado no desvio de poder pode se manifestar de duas formas: i) quando o agente se vale de um ato para fins alheios ao interesse público (exemplo: a remoção de um servidor superior hierárquico com finalidade única de prejudicá-lo em virtude de uma relação de inimizade); ii) quando o agente busca uma finalidade, ainda que de interesse público, que

⁶⁴ A doutrina do Conselho de Estado francês, em sua origem, não conferiu conteúdo singular para o excesso de poder e para o desvio de poder (FRANCO SOBRINHO, 1980, p. 212).

⁶⁵ Embora consideravelmente mais remota, não excluimos peremptoriamente a hipótese de ocorrência de desvio de finalidade em atos praticados no exercício de uma competência vinculada. Explica-se a partir de situação fictícia invocada a título de exemplo por Celso Antônio Bandeira de Mello (1988, p. 15), a qual a transcrever: "Suponha-se lei que, em linguagem desatada, estatua: "É terminantemente proibido o ingresso de veículos automotores no perímetro central da cidade." Imagine-se que dentro deste perímetro alguém sofre um enfarte em plena rua. Se, ante a gravidade e urgência da situação, um médico pretender ali ingressar com seu automóvel, transportando equipamento instalado no veículo para socorrer emergências da espécie, certamente deverá ser-lhe facultado o ingresso com seu automóvel no perímetro central vedado a veículos automotores. Se o agente público responsável pelo trânsito o impedir, sob a alegação de que está a cumprir uma regra que não lhe deixa alternativa, incidirá um desvio de poder. Com efeito, inequivocadamente, apesar dos termos peremptórios da norma, não haverá sido finalidade dela gerar embaraços no caso de situações extremas como a indicada. A "lógica do razoável", tão encarecida - com justa razão - por Recasens Sicbes, impõe a adoção de conduta afinada com uma inteligência fiel à finalidade da regra. Logo, se o agente não o fizer, estará utilizando a competência para finalidade distinta daquela em vista da qual foi instituída. De conseqüente, incorrerá em 'desvio de poder'."

deveria ser alcançada por uma tipologia de ato diversa (exemplo: um agente que remove um funcionário que cometeu uma infração com a finalidade de puni-lo) (BANDEIRA DE MELLO, 1993, p. 59-60).

Apresentados os principais aspectos acerca do desvio de poder, passamos ao exame da compreensão de seus fundamentos. Celso Antônio Bandeira de Mello argumenta que o vício por desvio de poder, por representar um comportamento transgressor à finalidade legal, seria propriamente uma transgressão à lei, razão pela qual o controle jurisdicional seria um controle de estrita legalidade (BANDEIRA DE MELLO, 1993, p. 57).

Para o administrativista, o desvio de poder teria natureza objetiva, na medida em que objetiva sancionar “sempre o objetivo descompasso entre a finalidade a que o ato serviu e a finalidade legal que por meio dele poderia ser servida”, de modo que mesmo nos casos em que o agente atuou sem a intenção de atender a lei, o ato seria fulminado não porque teve o intuito viciado de descumprir a norma legal, mas por tê-la desatendido (BANDEIRA DE MELLO, 1993, p. 73-74).

Rafael Munhoz de Mello expõe que se trata de vício de legalidade, na medida em que decorre da inobservância de um comando legislativo responsável por determinar à Administração Pública a busca ao atendimento do fim específico da competência que lhe é outorgada (MELLO, 2002, p. 51-52).

Comentando expressamente a concepção de que o desvio de poder seria um vício de moralidade administrativa, Munhoz de Mello (2002, p. 51-52) aduz se tratar de uma tese juridicamente insustentável, na medida em que partiria de uma concepção estreita da legalidade. Por outro lado, defende se tratar de uma “inaceitável confusão entre Moral e Direito” com potencial de ser utilizada como meio de restringir o controle teleológico do ato administrativo pelo Poder Judiciário:

A concepção defendida por Hauriou é, ademais, perigosa, pois pode ser utilizada como argumento para mitigar o controle jurisdicional da finalidade do ato administrativo, já que tal controle funda-se na legalidade. O magistrado verifica a compatibilidade do ato administrativo em face do ordenamento jurídico. Se a finalidade é considerada não um elemento da legalidade, mas sim da moralidade, não há espaço para o exercício da função jurisdicional no controle desse importante aspecto do ato administrativo (MELLO, 2002, p. 53).

Cretella Júnior, ao se dedicar ao estudo do desvio de poder, apresenta a posição, inspirada na perspectiva teórica de Hauriou, segundo a qual o mencionado vício encontra seu fundamento na moralidade administrativa.

Os adeptos da teoria da *moralidade administrativa* põem em relevo a subordinação do poder administrativo ao bem do serviço, noção que ultrapassa a da legalidade e que permite restringir o poder no que ele tem de mais discricionário: *os móveis* que o impelem a agir.

A legalidade, cujas regras gerais são rígidas, não poderia penetrar na *região dos móveis* sem aniquilar a espontaneidade do poder discricionário: ao contrário, a ética administrativa, descendo com o juiz aos casos particulares, pode penetrar nesta região sem matar a referida espontaneidade (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 60).

Não obstante, de maneira expressa, o autor declara entender que o desvio de poder se configura como um vício de legalidade, recusando, assim, a moralidade administrativa como seu fundamento.

o *desvio de poder* permite sancionar violações do *espírito da lei* que respeitam, no entanto, a *letra da lei* (...) O *espírito* deve ser preferido à *letra*, na interpretação dum dispositivo de lei. A violação do *espírito da lei* constitui também *violação da lei*, motivo por que o *desvio de poder* é igualmente uma forma de *ilegalidade* (...)

Examinar o *fim* da lei é examinar-lhe a *legalidade*. Examinar os *motivos* da lei é também examinar-lhe a *legalidade*.

O *exame da legalidade* é da maior importância para que se possa aquilatar até que ponto se estende o poder revisionista dos órgãos judiciários, patrulhadores das fronteiras nem sempre nítidas do terreno facultado à *discricionabilidade administrativa* (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 63-64).

É relevante observar, no entanto, que o autor faz referência à ideia de que o desvio de poder consiste não necessariamente em uma inobservância à “letra da lei”, mas em uma violação ao *espírito da lei*, expressão utilizada por Maurice Hauriou como sinônimo ao sentido que se atribuiu à “moralidade administrativa”, conforme apresentamos na primeira parte deste trabalho. Nesse contexto, é possível inferir que a posição defendida por Cretella Júnior mais se aproxima do que se distancia da perspectiva de Hauriou, muito embora o autor manifeste a opinião de que o desvio de poder consiste em um vício de legalidade.

Caio Tácito, em relatório enviado à Organização das Nações Unidas, em 1959, distinguiu entre abuso de poder e desvio de poder, relacionando o primeiro às questões de legalidade e o segundo ao poder discricionário, de forma que a ação popular seria o remédio hábil a resguardar a moralidade administrativa, que se relacionaria a uma violação da finalidade de interesse público do ato (TÁCITO, 1959). Contudo, em artigo posterior, a distinção entre abuso e desvio de poder foi desfeita, passando-se a tratar o segundo como um vício de legalidade (TÁCITO, 2005).

Muito embora reconheçamos a legitimidade na apreensão do desvio de finalidade enquanto um vício de legalidade, tendo em vista a atual concepção do princípio da legalidade, entendemos que as críticas formuladas à posição desenvolvida por Hauriou parte de uma má interpretação, ou desconhecimento, de sua construção teórica em sua completude.

Conforme apresentamos na primeira parte desta dissertação, o que Hauriou convencionou denominar “moralidade administrativa” nada mais é do que o dever, imposto a todo e qualquer agente público, de direcionar o plexo de competências atribuído à Administração Pública ao atendimento do interesse público, em termos muito semelhantes ao dever que parte da doutrina brasileira atribui à ideia de função administrativa ou de *múnus público*. Ou seja, a moralidade administrativa seria o fundamento que estabeleceria ao agente público a obrigatoriedade de, no exercício de sua competência, praticar os atos administrativos com vistas ao atendimento da finalidade de interesse público.

A razão pela qual alguns autores afirmam que o desvio de poder não teria como fundamento a legalidade estrita resulta do fato de que a divergência entre o fim de interesse público e a finalidade verdadeiramente empregada pelo agente público é verificável tão somente mediante análise dos motivos e do objeto do ato administrativo, ultrapassando a mera análise da lei formal, da qual podem ser prontamente verificáveis apenas a competência para a prática do ato, se todas as formalidades prescritas foram cumpridas e, evidentemente, o seu conteúdo.

Tomemos o clássico exemplo de desvio de finalidade em que um superior hierárquico remove um subordinado servidor público com o propósito de aplicar uma sanção disciplinar, quando na verdade a remoção não se presta a tal finalidade. Nesta hipótese, observa-se de pronto dois aspectos verificáveis do ato administrativo: a competência do agente público para praticar o ato de remoção, bem como a obediência das formalidades legais que regem a prática do referido ato. Na espécie, constata-se que houve a observância formal do texto legal na edição do ato de remoção, ou seja, o agente público possuía de fato a competência necessária para praticar tal ato e o fez seguindo as formalidades exigidas pelo ordenamento jurídico.

O vício, portanto, não se extrai da análise da legalidade estrita, mas sim da discrepância entre o fim de interesse público e a verdadeira finalidade empregada pelo agente, que somente pode ser verificada por meio da análise dos motivos e objeto do ato administrativo, ultrapassando, assim, a mera análise da forma prescrita em lei. Ou seja, no desvio de finalidade, o agente público não se coloca em oposição ao texto da lei, pelo contrário, o utiliza como pretexto para atuar com vistas a fins alheios ao perseguido pelo ordenamento jurídico.

Essa compreensão parte da ideia de que essa exigência de se conferir fins de interesse público ao exercício da administração pública não se encontra prevista em qualquer texto legal, de modo que decorreria do “espírito geral da lei”, que, nas palavras de Hauriou, nada mais seria do que a moralidade administrativa. Relembremos:

que se o desvio de poder não contém violação de determinado texto da lei, contém ao menos violação ao espírito geral da lei, segundo o qual os administradores devem atuar pelo interesse público, mas o abuso da noção de violação da lei não deve ser estendido para além da violação de um texto específico (...) O espírito geral do direito administrativo nada mais é do que a moralidade administrativa (HAURIU, 1921, p. 455-456).

A noção de moralidade administrativa nesses termos, diferentemente do que sugerem as críticas, justamente por não se confundir com a “moral comum” não implicaria, de forma alguma, uma invasão no móvel do agente público. Trata-se, com efeito, de um conceito objetivo, cuja verificação se daria mediante o exame da finalidade do ato administrativo frente aos seus motivos. A identificação dos motivos do ato administrativo é crucial, pois a ausência ou a discrepância desses motivos em relação à realidade fática poderia indicar o uso das atribuições do agente para fins alheios ao interesse público, caracterizando, assim, o vício de finalidade. Com isso, porém, não se quer dizer que seja necessária a intenção do agente em malversar suas atribuições, razão pela qual se diz que a moralidade administrativa, nesse sentido, é um vício de natureza objetiva.

Em confronto à perspectiva sustentada por Rafael Munhoz de Mello, a noção de moralidade administrativa não se presta, em absoluto, como instrumento hábil a restringir o controle teleológico do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

Conforme afirmamos nas conclusões da primeira parte deste trabalho, a noção de “moralidade administrativa” surge com o propósito de salvaguardar, em tempos de supremacia do positivismo formalista, que a acepção restrita de legalidade não fosse cooptada com o intuito de retroceder nos avanços, àquele momento, recentes, pela jurisprudência criativa do Conselho de Estado no âmbito do controle dos atos administrativos, sobretudo com o desenvolvimento da teoria do *détournement de pouvoir*. Assim, forjou-se a concepção de que não apenas a legalidade formal deveria ser observada, como também a obrigação intrínseca ao exercício da função administrativa, de perseguir, no exercício das atribuições/poderes, o interesse público. Dessa forma, essa obrigação seria imposta não pela legalidade, mas sim pelo que Hauriou convencionou chamar de “moralidade administrativa”.

Sem perder de vista essa construção histórica do sentido de “moralidade administrativa”, temos que, a partir da perspectiva de que o desvio de poder tem raízes no combate à subversão da compreensão da administração pública como exercício de uma função, ou seja, da obrigação imposta ao agente público de perseguir o interesse público, denominar seu fundamento como “legalidade em sentido amplo”, “espírito da lei” ou “moralidade administrativa”, constituiria uma questão meramente terminológica.

Fato é, porém, que a dogmática do Direito Administrativo brasileiro passou a rejeitar a moralidade administrativa como fundamento do desvio de poder. Várias podem ser as razões dessa conclusão, entre as quais cogitamos as seguintes: i) a pouca elaboração do conceito de “moralidade administrativa”, que não se consolidou no direito francês e veio a ser constitucionalizado apenas no Brasil e na Colômbia; ii) a má compreensão do significado do termo no direito brasileiro, cuja razão principal cogitamos ser o difícil acesso às obras de Hauriou e Henri Welter; iii) a larga abertura semântica do termo “moralidade”, que propiciou a compreensão, por alguns, de que seria possível o controle da Administração Pública a partir da “moral comum”; iv) o alargamento da noção de “legalidade” com a superação do positivismo formalista, que facilitou a tarefa de situar o controle teleológico da Administração Pública no campo da legalidade.

Da análise que empreendemos, portanto, podemos inferir que a moralidade administrativa surge em estreita conexão à teleologia dos atos administrativos, implicando uma compreensão instrumental dos poderes conferidos ao administrador pela norma de atribuição de competência. Sob essa perspectiva, uma acepção possível do princípio da moralidade administrativa no direito brasileiro é entendê-lo como fundamento do controle finalístico dos atos administrativos, cujo vício consiste no desvio de poder.

Em outros termos, compreendemos que, a par da questão terminológica, considerando a sua construção histórica, é plenamente possível reconhecer que a moralidade administrativa imporia ao administrador o dever de se valer do plexo de competências a ele atribuído para atender ao interesse público albergado pelo ordenamento jurídico. No item a seguir, em sentido diverso, demonstraremos como a compreensão de moralidade administrativa se relaciona com a legalidade enquanto juridicidade.

7.2. LEGALIDADE COMO JURIDICIDADE E A PRETENZA AUTONOMIA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA COMO PARÂMETRO DE CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

O escopo deste trabalho tem como uma das principais investigações a ideia da existência de uma pretensa autonomia entre a moralidade administrativa e a legalidade, ambos parâmetros de controle dos atos administrativos. Com esse propósito em mente, nesta seção, abordaremos sucintamente a trajetória evolutiva do princípio da legalidade, culminando na sua acepção

contemporânea como juridicidade, a fim de oferecer uma resposta sobre a existência, ou não, de uma autonomia da moralidade administrativa frente à legalidade.

É certo que a compreensão da evolução princípio da legalidade gravita em torno da própria evolução conceitual do Estado, cuja origem se encontra intrinsecamente associada às revoluções liberais. Em contraposição à estruturação do antigo regime absolutista, caracterizado pela extrema centralização de poderes nas mãos dos monarcas, consagrou-se a concepção de que a lei emanada pelo parlamento, como expressão da vontade geral, constituía a principal fonte normativa, estabelecendo-se, ao menos em teoria, um instrumento pelo qual todas as medidas jurídicas seriam decorrentes de normas jurídicas criadas pelos representantes eleitos.

Nessa linha, duas ideias fundamentais serviram de alicerce ao princípio da legalidade: de um lado, a noção de que o único poder legítimo é aquele que decorre da vontade geral do povo, cuja materialização se dá na lei; de outro, o princípio da separação de poderes, que implica a compreensão de que o Poder Legislativo, órgão de representação do povo, é o criador das normas jurídicas e os Poderes Executivo e Judiciário, os seus executores, com respaldo nos preceitos normativos emanados pelo parlamento (DI PIETRO, 2001, p. 22).

É nesse contexto em que a *lei* se estabelece como fundamento legitimador do exercício do poder, ideia que terminou consagrada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 em seu art. 5º, bem como no art. 3º da Constituição francesa de 1791⁶⁶.

Na fase inicial do Estado de Direito, forjado na era das revoluções, a discricionariedade administrativa, como decorrência dos reflexos do Estado de Polícia e da própria compreensão estanque da separação de poderes do constitucionalismo francês⁶⁷, era compreendida como verdadeiro campo de isenção da legalidade, de modo que a Administração poderia atuar sem qualquer intromissão do controle judicial, em todos os campos não regulados pela lei, representando, assim, um poder político, não jurídico.

⁶⁶ Essa ideia terminou consagrada no art. 5º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “A Lei não proíbe senão as ações prejudiciais à sociedade. Tudo o que não é vedado pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser forçado a fazer o que ela não ordena”. No mesmo sentido, foi prevista no art. 3º da Constituição francesa de 1791: “(...) não há na França autoridade superior à da lei. O rei não reina mais senão por ela e só em nome da lei pode exigir obediência” (DI PIETRO, 2001, p. 20-21).

⁶⁷ É de se pontuar que a lógica do Estado constitucional surgido após a revolução francesa é de completo horror ao absolutismo (*ancien regime*). Assim, a partir da ideia de vontade geral de Rousseau, prevaleceu uma crença à autoridade do poder legislativo, uma vez que o legislador, representante do povo, conseguiria traduzir a ideia de vontade geral e de interesse comum. Havia, por outro lado, uma grande desconfiança nos juizes, ligados à manutenção das práticas antigo regime, de modo que a tentativa de expurgar a ingerência do Poder Judiciário sobre as decisões da Administração Pública resultou no sistema de dualidade de jurisdição do Direito francês, tendo sido criada uma jurisdição administrativa paralelamente à jurisdição comum (STRECK, 2018, p. 54-60).

A necessidade de compatibilizar essa compreensão ampla da discricionariedade com a obrigação de cumprir a lei⁶⁸ enquanto manifestação da vontade geral resultou em uma acepção restritiva de legalidade no âmbito do Direito Administrativo, sendo compreendida, naquele período histórico, como “vinculação negativa da Administração”. Partindo dessa compreensão, ao Poder Público seria permitido atuar em todo campo não proibido por lei, em sentido idêntico à forma como a legalidade se manifesta para os particulares (DI PIETRO, 2001, p. 26-27).

A partir das primeiras décadas do século XX, por influência da ascensão do positivismo jurídico, a vinculação à lei passou a abarcar a atividade administrativa em sua completude, de modo que toda e qualquer atuação da Administração, inclusive a discricionária, deveria ter como sustentáculo a própria lei. Nesse sentido, restringiu-se a discricionariedade ao âmbito de autonomia atribuída pela própria norma legal. A legalidade, nessa perspectiva, não mais se configurava como instrumento limitador, mas, ao contrário, como autorizador de toda a atividade administrativa, assumindo, portanto, uma ideia não mais de “vinculação negativa”, mas de “vinculação positiva da Administração” (DI PIETRO, 2001, p. 37-38; BITTENCOURT NETO, 2005, p. 83-84).

Em um prisma comparativo, se, por um lado, a acepção de legalidade como “vinculação negativa” produziu efeitos funestos decorrentes de uma imunidade jurídica da Administração no exercício das competências discricionárias, caracterizando, neste âmbito, uma verdadeira continuidade do estado de coisas do Estado de Polícia (DI PIETRO, 2001, p. 27-28); por outro, sob a égide filosófica do positivismo jurídico, embora se avançasse com a inteira submissão da Administração ao direito, aponta-se como retrocesso o fato de que a lei deixa de ser vista como expressão da vontade geral e instrumento de garantia dos direitos fundamentais, passando-se a editar leis em sentido meramente formal, desvinculadas da ideia de justiça (DI PIETRO, 2001, p. 38).

No campo jurídico, a tensão havida entre os sistemas acima apresentados revela um antagonismo das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas antagônicos para o Direito: o jusnaturalismo, que fundamenta a ordem jurídica no primeiro momento do constitucionalismo moderno, e o positivismo, que prevalece da metade final do século XIX até a primeira metade do século XX.

⁶⁸ Nesse contexto histórico, a lei, à luz da ideia de direito natural, apresenta um conteúdo material decorrente da natureza do homem e descoberto pela razão, motivo pelo qual se conclui pela limitação do Poder por um direito superior.

Nessa ordem, a partir dos impactos produzidos pelo segundo pós-guerra⁶⁹, o papel do constitucionalismo é redesenhado diante das transformações inauguradas pelo reconhecimento de força normativa à Constituição, da expansão da jurisdição constitucional e, ainda, do desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2005, p. 4-5). Esse novo constitucionalismo inaugura consigo um novo marco filosófico resultante da sublimação entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico: o pós-positivismo, cuja caracterização faremos tomando por empréstimo as palavras de Luis Roberto Barroso (2005, p. 4-5):

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto: procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

Nessa abordagem, no âmbito do direito brasileiro, a Constituição de 1988 marcou não apenas a introdução do neoconstitucionalismo — ou, se preferir, do constitucionalismo contemporâneo — em terras brasileiras, mas propriamente a reconstitucionalização do país na travessia de um regime autoritário. Essa sinergia entre os conceitos de constitucionalismo e democracia acabou por produzir uma nova forma de Estado (BARROSO, 2005, p. 3).

No contexto do Direito Administrativo, o constitucionalismo contemporâneo trouxe consigo a noção de democracia participativa, visando o efetivo envolvimento do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública e, ainda, o desenvolvimento de uma compreensão de legalidade que não se limita à norma emanada pelo parlamento, mas que também incorpora a sua dimensão material, a fim de concretizar os valores constitucionalizados sob forma de princípios fundamentais (DI PIETRO, 2001, p. 40-43).

No que concerne à redefinição da concepção de legalidade, tem-se, portanto, a superação da acepção restrita de vinculação positiva do administrador à lei, característica do período de predominância positivista, segundo a qual a atuação da Administração seria dirigida pela determinação/autorização do legislador. A compreensão atual de legalidade, subordinada

⁶⁹ A decadência do positivismo é comumente associada à queda do fascismo italiano e do nazismo alemão, movimentos políticos que ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e perpetraram a barbárie em nome da lei.

à força normativa da Constituição, impõe ao administrador o poder-dever de agir com observância à Constituição, em muitos casos, mesmo de forma independente de qualquer manifestação pelo legislador ordinário. O princípio da legalidade, nas palavras de Barroso (2005, p. 32) “transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem”.

Nessa perspectiva, sob a égide do constitucionalismo contemporâneo e da nova concepção de Estado, verificou-se um movimento de constitucionalização de princípios e valores do Direito Administrativo, fato que terminou por condicionar a atuação dos três Poderes do Estado. No Poder Legislativo, a inobservância desses princípios pode ensejar a declaração de inconstitucionalidade de leis que os contrariem. No Poder Executivo, o campo da discricionariedade, outrora restrito à lei, passou a se restringir também por todos os valores e princípios consagrados, expressa ou implicitamente, na Constituição. No Poder Judiciário, tem-se a ampliação do campo de controle de constitucionalidade das leis e de legalidade dos atos administrativos mediante a introdução dos princípios e valores como critérios interpretativos do ordenamento jurídico.

Nessa linha, percebe-se que o novo modelo constitucional trouxe consigo a necessidade de redefinir o escopo da discricionariedade da Administração Pública. Na medida em que o conceito de discricionariedade diz respeito à margem de apreciação atribuída ao administrador nos limites da lei, se a compreensão de legalidade passou por um processo de ampliação com a evolução do Estado de Direito, são consequências a redução do âmbito de apreciação da Administração Pública e, como decorrência, a ampliação do controle jurisdicional (DI PIETRO, 2012, p. 90-94).

Se, antes, um ato administrativo praticado nos limites da lei em sentido estrito não estava sujeito ao controle pelo Poder Judiciário, com a inserção de princípios e valores como parâmetros do exame da legalidade, torna-se insuficiente a mera conformidade com a lei em sentido formal.

Partindo dessa evolução conceitual da legalidade, que transitou de sua acepção formal para a noção de juridicidade, inaugurada pelo neoconstitucionalismo sob o marco filosófico do pós-positivismo, torna-se ainda mais evidente a razão pela qual Maurice Hauriou considerou o controle finalístico do ato administrativo como um controle de moralidade administrativa, e não de legalidade. Isso porque a construção histórica da moralidade emergiu em um período ainda dominado pelo positivismo jurídico, cujas exigências de legalidade limitavam-se à conformidade do ato administrativo com o texto da lei *stricto sensu*.

Não é sem razão que o controle jurisdicional dos atos administrativos, em sua gênese, restringia-se aos elementos/pressupostos do ato que poderiam ser aferidos mediante a simples subsunção do texto da lei aos fatos, quais sejam: forma e competência. Tomemos um exemplo caricatural de desvio de poder: uma desapropriação realizada sob o pretexto do interesse público, mas com o propósito oculto de beneficiar o agente expropriante. Nessa hipótese, podem ser prontamente verificados: se a competência para realizar a desapropriação foi atribuída ao agente público e se todas as formalidades prescritas foram cumpridas. A incongruência entre o fim declarado de interesse público e a finalidade verdadeiramente empregada pelo agente apenas passível de verificação mediante análise dos motivos e do objeto do ato administrativo, ultrapassando, pois, a mera subsunção à lei formal.

Hauriou, então, optou por atribuir o controle em que se exigia extrapolar o exame da lei em sentido estrito ao campo do que denominou “moralidade administrativa”, a qual imporia ao agente público a observância não apenas do texto legal, mas também do dever de utilizar os poderes a ele atribuídos apenas com vistas ao atendimento do interesse público.

Embora, naquele contexto histórico, a compreensão do controle da moralidade administrativa enquanto um controle autônomo ao da legalidade fosse justificável, essa conclusão não subsiste em um cenário de legalidade tomada como juridicidade, para abarcar, portanto, todos os princípios e valores constitucionalizados. Isso ocorre porque a moralidade administrativa é agora concebida apenas como mais um princípio do Direito Administrativo, portanto, submetido à legalidade.

Diante disso, o princípio da moralidade administrativa, muito embora possua um conteúdo autônomo, íntegra, assim como todas as demais normas jurídicas, o bloco de legalidade ampla que se inaugura com a concepção de legalidade como juridicidade. Nesse sentido, sob uma compreensão ampla de legalidade, o controle que se pauta no princípio da moralidade administrativa é necessariamente um controle de legalidade.

Faz-se importante esse esclarecimento, visto que, na primeira parte deste trabalho, apresentamos a compreensão de que o controle do desvio de poder, por exemplo, seria um controle de moralidade administrativa, não de legalidade. Porém, essa conclusão só pode ser tomada como correta caso se adote um conceito de legalidade *stricto sensu*, em que o parâmetro de controle se limita à lei formal, como feito por Hauriou e Welter.

À luz do que foi exposto nesta seção, portanto, infere-se que o controle da moralidade administrativa, seja qual for seu conteúdo, deverá, obrigatoriamente, ser apreendido como um controle de legalidade, na medida em que a evolução do Direito obriga que todo o ordenamento jurídico seja tomado como parâmetro de legalidade. Nessa perspectiva, à luz da atual

compreensão de legalidade como juridicidade, seriam impróprias as conclusões de que “nem todas as violações da moralidade administrativa podem ser resolvidas apenas por meio do controle de legalidade”.

7.3. A RELAÇÃO ENTRE A MORALIDADE ADMINISTRATIVA E A MORAL COMUM

Consoante apresentamos no capítulo anterior, há divergências entre os estudiosos quanto à possibilidade de relacionar a moralidade administrativa à “moral comum”. Alguns afirmam que a primeira difere da segunda, enquanto outros sustentam que a moralidade administrativa permitiria o controle da Administração Pública a partir de critérios próprios da moral comum. Diante disso, iniciaremos esta seção com a tarefa de identificar, à luz do pós-positivismo, como se dá a compreensão dos princípios jurídicos enquanto normas jurídicas caracterizadas pela ampla abstração e carga valorativa. Em seguida, à luz da teoria kantiana, examinaremos em que medida a compreensão da moralidade administrativa permitiria ou não um controle da Administração Pública a partir de elementos da moral comum⁷⁰.

É de suma importância, para o início desta exposição, apreender, genericamente, que o positivismo jurídico, ao importar o positivismo filosófico para o âmbito do Direito, objetivou estabelecer uma ciência jurídica objetiva e similar às ciências exatas. Nessa acepção, o direito é visto como norma, um ato estatal com força imperativa, que se encontra separado da moral e dos valores transcendentais. Sob essa ótica, a ciência jurídica deve se basear em juízos de fato para conhecer a realidade, não em juízos de valor que expressam uma posição diante da realidade. Assim, discussões sobre legitimidade e justiça não são travadas no âmbito do Direito (BARROSO, 2009, p. 324-325).

Conforme já apresentamos anteriormente, o constitucionalismo contemporâneo, por alguns denominado neoconstitucionalismo, teve como ponto de partida o segundo pós-guerra e trouxe consigo o pós-positivismo como seu alicerce filosófico, implicando, como a própria denominação sugere, uma ruptura com o positivismo jurídico. Esse constitucionalismo contemporâneo, marcado pelo pós-positivismo, tem como um de seus traços mais notórios o papel relevante desempenhado pelos princípios jurídicos, cujo conceito foi redefinido pelo pós-positivismo.

⁷⁰ Não pretendemos, neste tópico, esgotar a complexa discussão hermenêutica acerca da interpretação/aplicação dos princípios jurídicos, mas tão somente estabelecer, à luz de um pensamento pós-positivista, linhas gerais para a compreensão da relação entre a moral comum e o direito e, ainda, entre aquela e a moralidade administrativa.

Didaticamente, é possível identificar a evolução do uso jurídico da expressão “princípio” em três fases. Na primeira, o termo era empregado, no Direito, de forma ordinária, para designar origem, início, e, por extensão, os tópicos que precisam ser apreendidos no início dos estudos de uma disciplina jurídica. Em um segundo momento, a expressão adquire um significado técnico, sendo utilizada para fazer referência aos elementos responsáveis por sistematizar o ordenamento jurídico, ou seja, enquanto elementos aglutinadores das normas e racionalizadores do conjunto normativo. Na terceira fase, com a colaboração das obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy, a palavra passa a ser utilizada também para identificar uma espécie normativa que se distingue das regras jurídicas. O constitucionalismo contemporâneo, embora não exija a negação da segunda fase, pressupõe a consolidação da terceira, sendo cogente a perspectiva o sistema normativo é formado por dois tipos de normas, as regras e os princípios (MARTINS, 2010, p. 20-21).

Nesse contexto, a incorporação dos princípios constitucionais ao sistema jurídico e o consequente reconhecimento de sua força normativa pavimentaram o caminho para o desenvolvimento vertiginoso da Teoria dos Princípios, cujas propostas teóricas buscaram racionalizar a maneira como estes princípios se concretizam no âmbito jurídico, considerando sua normatividade e o seu caráter aberto e axiológico. Destacadas nesta construção teórica as obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy, cujas doutrinas, dotadas de especificidades próprias, não apenas revelam a dimensão ético-moral do direito, mas também lhe conferem normatividade.

Nos parágrafos a seguir, trataremos de apresentar com maior detalhamento as teorias de Dworkin e Alexy e como se dá a reestruturação da relação entre moral e direito a partir do reconhecimento da força normativa dos princípios.

7.3.1. Os princípios como espécies de normas jurídicas nas obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy e a redefinição da relação entre moral e direito

Amiúde, costuma-se afirmar, conforme já adiantamos, que os princípios passaram a ser tratados enquanto espécies normativas a partir das obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy, autores responsáveis por sedimentar a distinção bifurcada das normas jurídicas entre regras e princípios. Embora já se discutisse a apresentação de uma diferenciação entre as duas espécies normativas antes do florescimento das teorias de Dworkin e Alexy, esta limitava-se a uma distinção fraca e meramente quantitativa ou de grau, compreendendo-se os princípios como

normas de alto grau de generalidade, ao passo que as regras seriam dotadas de menor generalidade (ÁVILA, 2015, p. 56-60).

Alexy e Dworkin inauguram, pois, uma distinção qualitativa entre as espécies normativas, a qual se tornou um dos pilares da dogmática constitucional contemporânea, tratando-se de importante mecanismo para fins de superação do positivismo legalista, pelo qual as normas se cingiam a regras jurídicas e a aplicação à mera subsunção (BARROSO e BARCELLOS, 2003).

Humberto Ávila, ademais, reforça que a cisão apresentada por Ronald Dworkin se distancia das demais por não se tratar de uma distinção de grau, mas sim quanto à própria estrutura lógica das normas, baseada em critérios eminentemente classificatórios (ÁVILA, 2015, p. 57).

Ronald Dworkin estabelece que a distinção entre os princípios e regras seria de natureza lógica. O autor afirma que tanto as regras como os princípios seriam conjuntos de padrões que apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica tomada em circunstâncias específicas, se distinguindo pela natureza das orientações que oferecem (DWORKIN, 2002, p. 39).

As regras seriam aplicadas à maneira do tudo-ou-nada (*all-or-nothing-fashion*), de modo que, partindo dos fatos que são estipulados abstratamente na hipótese normativa, ou a regra é válida e aplica-se integralmente à decisão, ou não é válida e, nessa hipótese, não contribui em nada para a resolução do conflito. Nesse sentido, exemplifica o autor:

(...) veremos que as regras do direito, como aquela segundo a qual um testamento é inválido se não for assinado por três testemunhas, ajustam-se bem ao modelo. Se a exigência de três testemunhas é uma regra jurídica válida, nenhum testamento será válido quando assinado por apenas duas testemunhas. A regra pode ter exceções, mas se tiver, será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções. Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra (DWORKIN, 2002, p. 40)

Por outro lado, os princípios seriam normas jurídicas que se comportam como padrões a serem observados por “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2002, p. 36). Nesse sentido, os princípios desvelam uma envergadura que não assiste às regras: dimensão do peso ou importância, de tal modo que, ante eventual colisão entre princípios, a decisão deverá ser tomada a partir de uma consideração de peso de cada um no caso concreto.

Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.

As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes (...)

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importante (DWORKIN, 2002, p. 42-43).

Conclui-se, nesse aspecto, que Dworkin assinala dois modelos que categorizam e distinguem as regras e os princípios enquanto classes logicamente discrepantes de normas. O primeiro modelo é o da aplicabilidade de tipo tudo-ou-nada (*all-or-nothing-fashion*) presente nas regras. O segundo modelo consiste na dimensão de peso, que falta às regras, mas que reverbera nos princípios.

Para melhor compreender a teoria principiológica dworkiniana, é preciso ter em vista que o autor defende que uma Teoria do Direito teria como antecessora uma teoria moral. O jusfilósofo, em oposição a Hart, parte da premissa de que uma abordagem meramente descritiva do direito seria impossível, haja vista que este apresenta-se como uma prática interpretativa que não apenas se relaciona com a moral no ponto de vista prático, mas também no ponto de vista epistemológico. Para Dworkin, retomando a hermenêutica filosófica de Gadamer, o direito, enquanto prática interpretativa, envolve sempre uma participação ativa e um elemento compreensivo, sendo inviável que o intérprete adote uma postura afastada do objeto em questão.

A concepção de Hart acerca de sua própria metodologia é típica de boa parte da filosofia contemporânea. Áreas especializadas da filosofia, como a metaética e a filosofia do direito, florescem, cada qual supostamente em torno de algum tipo ou segmento de prática social, mas sem nenhuma participação ativa. Os filósofos lançam um olhar de superioridade, de fora e de cima, sobre a moral, a política, direito, a ciência e a arte.

(...)

As teorias filosóficas de segunda ordem sobre os juízos de valores, insistem os filósofos, são neutras, filosóficas e não comprometidas. Não tomam posição alguma sobre a moralidade do aborto, a discriminação, a amizade ou o patriotismo. São conceituais e descritivas, não substantivas e engajadas.

(...)

A ambição hartiana de uma solução puramente descritiva dos problemas centrais da filosofia do direito é equivocada, assim como as ambições semelhantes de muitos filósofos políticos de primeira linha (...). A concepção de Hart não é neutra na

argumentação: ela toma partido. Na verdade, em toda controvérsia jurídica difícil, ela toma partido em favor daqueles que insistem que os direitos jurídicos das partes devem ser totalmente estabelecidos mediante a consulta às fontes tradicionais (DWORKIN, 2010, p. 201-203).

Pode-se inferir, pois, que Dworkin concebe que a defesa de um determinado conceito jurídico implica, necessariamente, a defesa de uma posição, de sorte que a teoria pretensamente descritiva negligencia algo essencial, isto é, a defesa e a justificativa do conceito posto em pauta.

Dworkin sustenta que a noção de legalidade não pode ser desvinculada de uma valoração e da defesa de um valor específico, o que significa que trazer o conceito de legalidade implica também trazer uma concepção de justiça moralmente sustentável.

Desde o início a legalidade foi um ideal interpretativo, e assim continua sendo para nós. Existem várias maneiras de afirmar abstratamente esse valor. Podemos dizer que a legalidade é acionada quando as autoridades políticas utilizam o poder de coerção do Estado diretamente contra pessoas, corporações ou grupos – prendendo-os ou punindo-os, por exemplo, ou obrigando-os a pagar multas ou indenizações. A legalidade insiste que esse poder só seja exercido segundo critérios de maneira correta antes de serem acionados. Por sua natureza, porém, essa formulação abstrata é quase inteiramente não informativa, uma vez que não especifica que tipos de critério atendem às exigências da legalidade, e o que tem importância enquanto determinação anterior e correta de um critério. As pessoas discordam visivelmente acerca dessas questões. (...) Essa diversidade de pontos de vista representa uma adesão comum ao valor da legalidade, mas também concepções diferentes sobre o que é legalidade (DWORKIN, 2010, p. 240-241)

Dworkin rejeita o ideal juspositivista segundo o qual seria possível uma postura meramente descritiva do direito. Para o autor, a aplicação do direito não poderia ser cindida da interpretação e o funcionamento dos princípios seria um caso especialmente ilustrativo da natureza argumentativa e interpretativa do direito, na medida em que princípios revelariam de maneira particularmente evidente a natureza moral da argumentação jurídica, dada sua carga essencialmente valorativa (MAIA e SOUZA NETO, 2001, p. 16).

Ao fundamentar os princípios e direitos fundamentais, porém, Dworkin não recorre a construções metafísicas baseadas na crença em uma moral objetiva. Em vez disso, ele se apoia na ideia de que se deve observar as “formas de vida compartilhadas”, ou seja, deve-se reconhecer um elemento compartilhado por uma determinada comunidade, sendo necessário que haja, na teoria moral interpretativa, elementos concretos em comum (DWORKIN, 1999, p. 77).

Ademais, embora compreenda o direito como um ideal interpretativo que, nesse sentido, perpassa por uma concepção da moral e da justiça, Dworkin reconhece que essas ideias não são

idênticas, na medida em que o direito é um fenômeno histórico e se desenvolve como um “romance em cadeia”⁷¹.

Dworkin recorre a Gadamer para estabelecer que a relação entre passado, presente e futuro é fundamental para a hermenêutica jurídica, de modo que se o jurista pudesse decidir a seu bel-prazer, haveria um cenário de completa arbitrariedade. A interpretação do direito não deve reconhecer a historicidade do objeto da interpretação e, a partir disso, construir algo novo.

A situação interpretativa não é um ponto de Arquimedes, nem isso está sugerido na ideia de que a interpretação procura dar ao que é interpretado a melhor imagem possível. Recorro mais uma vez a Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as impostações da história ao mesmo tempo em que luta contra elas (DWORKIN, 1999, p. 75).

Assim, apoiado em uma teoria hermenêutica aberta à dimensão histórica de forte inspiração gadameriana, Dworkin destaca a importância do papel exercido pelos princípios na articulação entre direito e moral. Assim, o autor rejeita o positivismo ao afirmar que o direito não pode ser reduzido a um conjunto de regras convencionalmente estabelecidas no passado, a serem meramente reproduzidas pelo juiz no presente. Por outro lado, também se opõe ao realismo jurídico, argumentando que o direito não pode ser dissolvido em diretrizes políticas ou convicções pessoais do intérprete, legitimadas apenas pela eficácia.

Partindo das elaborações de Dworkin, Robert Alexy tratou de precisar ainda mais o conceito de princípios no contexto do direito romano-germânico. A partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Alexy sustenta que na hipótese de colisão entre os princípios, a solução não se resolveria com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre outro, mas a partir da ponderação, a partir da qual seria identificado, à luz das circunstâncias concretas, o princípio prevalente (ÁVILA, 2013, p. 57).

⁷¹ Dworkin lança mão da metáfora do “romance em cadeia” para explicar como um intérprete, ao mesmo tempo em que cria sentidos ao Direito a partir da postura ativa da interpretação, também deve observar o que já se produziu na historicidade do conceito. Transcreve-se:

“Suponha que um grupo de romancistas seja contratado para um determinado projeto e que jogue dados para definir a ordem do jogo. O de número mais baixo escreve o capítulo de abertura de um romance, que ele depois manda para o número seguinte, o qual acrescenta um capítulo, com a compreensão de que está escrevendo um capítulo a esse romance, não começando outro e, depois, manda os dois capítulos para o número seguinte, e assim por diante. Ora, cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então. Deve decidir como os personagens são ‘realmente’; que motivos os orientam; qual é o tema ou o propósito do romance em desenvolvimento; até que ponto algum recurso ou figura literária, conscientemente ou inconscientemente usado, contribui para estes, e se deve ser ampliado, refinado, aparado ou rejeitado para impelir o romance em uma direção e não em outra. Isso deve ser interpretação em um estilo não subordinado à intenção porque, pelo menos para todos os romancistas após o segundo, não há um único autor cujas intenções qualquer intérprete possa, pelas regras do projeto, considerar como decisivas” (DWORKIN, 2000, p. 235-237).

Robert Alexy desenvolve, nesse sentido, a noção de que o ponto distintivo entre regras e princípios residiria no fato de que os princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Dessa forma, os princípios seriam compreendidos como “mandamentos de otimização”, podendo ser satisfeitos em diferentes graus e pelo fato de que sua satisfação dependeria não apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas, cujo âmbito seria determinado pelos princípios e regras colidentes (ALEXY, 2008, p. 90).

As regras, por outro lado, serão aplicáveis na maneira do “tudo ou nada”, constituindo-se como “mandados de determina”. Ou seja, se uma determinada regra é válida, esta deve ser aplicada da exata maneira como preceituada, conforme um procedimento de subsunção silogístico (ALEXY, 2008, p. 91).

Em outros termos, os princípios, diferentemente das regras, possuem apenas uma dimensão de peso e não estabelecem diretamente as consequências normativas, ao contrário das regras.

Diante de um conflito de regras, algumas posturas deverão ser tomadas para que apenas uma delas seja considerada válida, implicando que a outra não somente seja desconsiderada pela decisão, como também seja retirada do ordenamento jurídico, uma vez que será sempre inválida, salvo se não for introduzido uma exceção à regra, a fim de excluir o conflito. Exemplificativamente, Alexy cita uma lei estadual que proíbe o funcionamento de estabelecimentos comerciais após as 13 h e, por outro lado, uma lei federal que permite o funcionamento até 19 h. Nessa situação, o Tribunal Constitucional Alemão solucionou a controvérsia apoiando-se no cânone da hierarquia das normas, entendendo pela validade da legislação federal (ALEXY, 2008, p. 91-92).

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. [...] Ou a norma jurídica é válida, ou não é. Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos (ALEXY, 2008, p. 92).

Por outro lado, os princípios apresentariam razões em favor de uma ou de outra posição argumentativa. Assim, Alexy sustenta existir uma dimensão de peso entre princípios jurídicos, principalmente nos chamados “casos de colisão”, exigindo-se para a sua aplicação um procedimento de ponderação.

Ou seja, em face de uma colisão entre princípios, o valor decisório será dado àquele que tiver maior peso relativo no caso concreto, sem implicar a invalidação do princípio compreendido como de peso menor, de modo tal que em face de um outro caso, o peso dos mesmos princípios poderá ser redistribuído de maneira diversa, vez que inexistente uma primazia de um sobre o outro antecipadamente. Nas palavras do jusfilósofo alemão:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem — o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido —, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma quem, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios — visto que só princípios podem colidir — ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso (ALEXY, 2008, p. 94-95).

Portanto, Alexy estabelece que os princípios são normas que ordenam a realização máxima possível de algo, considerando as possibilidades jurídicas e fáticas. São mandamentos de otimização que podem ser cumpridos em diferentes graus e “segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos” (ÁVILA, 2013, p. 58).

Portanto, a diferença entre Dworkin e Alexy no que diz respeito à distinção entre regras e princípios residiria no fato de que para o jusfilósofo alemão, o critério diferenciador não pode ser reconhecido no modo *tudo ou nada* de aplicação, mas residiria, sobretudo, em dois outros fatores:

diferença quanto à colisão, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; *diferença quanto à obrigação que instituem*, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes (ÁVILA, 2013, p. 58-59)

Alexy, assim como faz Dworkin, também desconstrói a concepção positivista segundo a qual uma conexão entre direito e moral não pode ser tomada como necessária. Embora defenda que direito e moral integram sistemas distintos e que não se sublimam, sustenta que o conceito de direito pressupõe o conceito de moralidade. Para explicar a concepção de uma

necessária conexão entre os dois âmbitos, o jusfilósofo alemão se vale, entre outros argumentos, da teoria dos princípios.

De acordo com Alexy, a teoria dos princípios compõe-se por meio de três teses: da incorporação, da moral e da correção.

A tese da incorporação afirma que os princípios estão presentes em todos os sistemas jurídicos. Os adeptos do positivismo, buscando refutar qualquer tentativa de atrelar esse fato à conexão entre direito e moral, justificam que os princípios são reflexos da própria positividade do direito, podendo um sistema ser desprovido de qualquer referência a eles, caso seja esse o interesse do legislador. Contudo, tomando como pressuposto que toda interpretação judicial se pretende correta, será necessário, em um caso difícil, realizar uma ponderação e, por conseguinte, uma consideração de princípios, de modo que, por razões jurídicas, os princípios são elementos necessários de todos os sistemas jurídicos (ALEXY, 2009, p. 86-90).

A tese da moral, por sua vez, defende que todos os princípios utilizados em uma ponderação têm como antecessora um preceito moral. A esse argumento, o positivista pode argumentar que, à luz do positivismo, na falta de normas, o juiz pode decidir com base em critérios extrajurídicos, incluindo a moral. Porém, considerando que os princípios são componentes necessários do sistema jurídico e incluem elementos morais, qualquer decisão tomada com base em princípios, é uma decisão tomada com base em critérios jurídicos (ALEXY, 2009, p. 91-92).

O argumento dos princípios, no entanto, estabelecerá uma conexão entre o direito e uma moral qualquer, mas para provar a existência de uma conexão com uma moral correta, seria necessário recorrer à tese da correção, segundo a qual a pretensão à correção jurídica sempre envolve uma pretensão à correção moral e, portanto, há uma conexão necessária entre o direito e a moral correta nos sistemas jurídicos em que os princípios possuem um conteúdo moralmente exigível ou admissível. Isso porque:

a pretensão à correção implica uma *pretensão à fundamentabilidade*. Esta última não se restringe ao fato de a sentença ser fundamentável e, portanto, correta no sentido de uma moral qualquer, mas estende-se ao fato de a sentença ser correta no sentido de uma moral fundamentável e, portanto, correta. A conexão necessária entre o direito e a moral correta é estabelecida pelo fato de a pretensão à correção incluir uma pretensão à correção moral que se estende aos princípios que são tomados como base (ALEXY, 2009, p. 94-95).

O argumento da pretensão pode ser suficiente para estabelecer a conexão necessária entre direito e moral correta quando uma norma ultrapassa o limiar de injustiça tolerável. Antes desse ponto, a conexão é qualificadora, avaliando problemas passíveis de correção moral sem

suprimir o caráter jurídico da norma. A conexão qualificadora é flexível, enquanto a conexão classificadora é rígida (ALEXY, 2009, p. 95-96).

Nesse sentido, as novas correntes hermenêuticas evidenciam duas preocupações basilares: em primeiro lugar, a proposição de uma nova grade de inteligibilidade para a compreensão das complexas interações entre o direito, a moral e a política; em segundo lugar, uma crítica às concepções positivistas que permeiam o campo jurídico.

Dessa forma, estas correntes destacam a importância dos princípios jurídicos como elementos fundamentais para a construção de uma teoria jurídica consistente; a reflexão aprofundada sobre o papel desempenhado pela Hermenêutica Jurídica para a interpretação adequada do sistema jurídico; e a relevância crucial da dimensão argumentativa no entendimento do funcionamento do Direito nas sociedades democráticas contemporâneas. (MAIA e SOUZA NETO, 2001, p. 2-3)

Em conclusão, tem-se que, associado ao desenvolvimento da teoria dos princípios enquanto normas jurídicas valorativas, o pós-positivismo foi responsável por apresentar uma nova forma de compreender a relação existente entre o direito e a moral.

7.3.2. A moralidade administrativa como parâmetro de controle da moral comum sob a ótica kantiana

Embora não seja o objetivo dessa dissertação nos imbricarmos no árido terreno da relação entre direito e moral, faz-se necessária uma breve exposição e uma tomada de posição sobre alguns aspectos relevantes da distinção, a fim de respondermos à posição segundo a qual o controle da moralidade administrativa permitiria um juízo da atividade administrativa à luz de aspectos da “moral comum”.

Muitas reflexões a respeito da moralidade no Direito brasileiro têm explorado a relação entre direito e moral. Geralmente, essa conexão é examinada a partir da subordinação do Direito Administrativo a parâmetros morais, introduzindo a ideia de que o princípio da moralidade administrativa exigiria uma atuação do Administrador conforme valores da moralidade comum, ou, por outro lado, a partir da independência absoluta de uma em relação à outra, como preconiza o juspositivismo.

Nesse contexto, é relevante lembrar que as construções kantianas apresentam a moral como um parâmetro interno de comportamento, mas também reconhecem o direito como um instrumento destinado a direcionar os comportamentos externos do sujeito, garantindo, assim, o exercício das liberdades tanto individuais quanto coletivas. Com base nisso, buscaremos

responder se o conceito de moralidade administrativa pode se confundir com a compreensão de moral comum, como repetido com frequência por autores brasileiros.

Para esse fim, buscaremos identificar se a “moralidade administrativa” é um conceito moral estruturado a partir do imperativo categórico kantiano ou se o seu conteúdo jurídico é compatível com alguma das formas de legislação propostas por Kant.

Kant apoia sua obra na preocupação em fundamentar a prática moral em uma lei inerente à racionalidade universal humana, a qual garantiria plena igualdade aos seres racionais relativamente à lei moral universal, que se expressa por meio do denominado imperativo categórico, expresso pela máxima: “Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer sempre ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal” (BITTAR e ASSIS DE ALMEIDA, 2005, p. 271).

O imperativo categórico se apoiaria em três componentes: i) forma: consistente na universalidade, segundo a qual as máximas devem ser escolhidas como se fossem valer como leis universais; ii) matéria: relativa ao fim perseguido, concebendo o ser racional como um fim em si mesmo; e iii) determinação integral das máximas: sintetizada na ideia de que todas as máximas da própria legislação devem concordar a partir de uma legislação própria com um possível reino dos fins (KANT, 1997, p. 87).

Por se tratar de uma máxima válida independentemente de qualquer condição ou imposição derivada da experiência, o imperativo categórico seria oposto ao imperativo hipotético, responsável por guiar o homem no sentido de alcançar objetivos práticos, sendo representado pela máxima: “se quiseres atingir determinado fim, age desta ou daquela maneira”. Por outro lado, o imperativo categórico subsiste independentemente de qualquer vontade ou fim que se deseja assumir, sendo este o imperativo da moralidade (BITTAR e ASSIS DE ALMEIDA, 2005, p. 272-273).

Partindo da compreensão da autonomia da vontade em agir de acordo com a moralidade e da condição do homem como ser racional e, portanto, como fim em si mesmo, o imperativo categórico possibilita que cada sujeito assuma a posição de legislador universal, criador de máximas universalizáveis (BITTAR e ASSIS DE ALMEIDA, 2005, p. 275-277). Essa condição de legislador universal, entretanto, implicaria não apenas ao agir próprio como também ao de terceiros postos diante da mesma situação.

As considerações apontadas, portanto, demonstram que a concepção de moralidade em Kant apresenta uma pretensão universalizadora, a qual seria possível a partir da razão e da vontade livre do sujeito. A partir do imperativo categórico, reconhece-se que a máxima fixada

por cada sujeito em sua condição de legislador universal seja associada à resposta comportamental que outros sujeitos dariam frente à mesma situação.

Apresentada as considerações a respeito da moralidade, passaremos à identificação da concepção kantiana sobre o direito e à relação entre ambos.

Kant afirma que a distinção entre moral e direito reside no fato de que este tem como objeto comportamentos externos, ao passo que aquela disciplina comportamentos internos. Embora seja desejável que todos ajam de acordo com o imperativo categórico, em casos de desvios, é necessário recorrer a um mecanismo coercitivo para garantir a aplicação dos parâmetros necessários para viver em comunidade.

Nessa linha, a conduta ética teria como impulso o cumprimento do dever pelo dever, de modo que somente a ação internamente motivada pela obrigação de cumpri-lo pode ser considerada uma ação moral. Por outro lado, o agir jurídico pressupõe outros fins, não se realiza uma ação conforme a lei positiva somente porque se trata de uma lei positiva, as finalidades podem ser outras, como: temor da sanção, desejo de manter-se afastado de repreensões, medo de escândalo etc (BITTAR e ASSIS DE ALMEIDA, 2005, p. 278). A moralidade, portanto, teria como pressupostos a autonomia, a liberdade, o dever e o autoconvencimento, ao passo que o pressuposto da juridicidade seria a coercitividade.

Kant estabelece uma distinção entre as leis jurídicas e éticas. As leis jurídicas, embora recaiam sobre o arbítrio externo, não comprometeriam o arbítrio interno do indivíduo, sua coercitividade seria direcionada a conformação da ação com o que é regulado a partir da normatividade — legalidade. As leis éticas, por sua vez, abrigam os âmbitos interno e externo do comportamento, criando obrigações a partir do arbítrio interno do sujeito — moralidade (KANT, 2013, p. 25-26).

Dessa maneira, a legislação jurídica está intimamente ligada à coerção, decorrente de certos vícios do arbítrio com potencial para afetar o comportamento do indivíduo. Assim, a legalidade da ação é estruturada a partir de sua correspondência com o estabelecido na legislação, sem levar em conta qualquer motivação, ao contrário da moralidade, em que o motivo da ação exigida pela norma está incorporado na lei (KANT, 2013, p. 26, 38-40).

Portanto, tanto a moralidade quanto a legalidade se concentram no comportamento do sujeito. Na primeira, o foco está na consistência entre a máxima da ação e a lei moral; na segunda, concentra-se na conformidade da ação com a norma jurídica. Em outros termos, a moralidade leva em consideração a intenção com a aspiração de universalidade, enquanto a legalidade valida a conformidade do comportamento material com o que foi estabelecido pelo legislador.

Extrai-se, em conclusão, que Kant estrutura sua teoria moral a partir do imperativo categórico, mas a une com o papel que o direito desempenha na comunidade. Isso porque ambas as disciplinas se concentram no sujeito — em seus âmbitos interno e externo, respectivamente, sendo que o direito forneceria as ferramentas necessárias para garantir que os comportamentos materiais permitam o desenvolvimento individual e coletivo das liberdades.

Dessa forma, a teleologia da moralidade administrativa estaria associada à realização dos propósitos do Estado e, ao mesmo tempo, em evitar a degradação do arbítrio interno dos agentes administrativos. Ou seja, do ponto de vista finalístico, a pretensão é de assegurar a conformidade da conduta do servidor público com os propósitos do Estado e com a retidão moral que a sociedade espera de quem exerce o poder público.

Essa orientação finalística, extraída a partir do próprio princípio da legalidade, seria baseada em um julgamento moral do constituinte baseado na pretensão de correção moral da atuação do agente público, direcionando a conduta do Estado à satisfação do interesse geral, objetivado pelo exercício da função pública.

Dessa forma, na perspectiva kantiana, a moralidade administrativa não deve ser associada e analisada a partir do imperativo categórico, na medida em que o objeto deste não é a regulação de uma conduta externa. Com efeito, o objetivo da constitucionalização da moralidade administrativa seria repercutir no exercício material das atribuições do agente público, se situando, portanto, no plano jurídico.

Nesse sentido, deve ser rejeitada a expressão, tantas vezes repetida entre os doutrinadores brasileiros, no sentido de que o controle da moralidade administrativa implicaria a possibilidade de se realizar um juízo, fundamentado na moral comum, relativamente à atuação dos agentes públicos, na medida em que essa ideia parece confundir completamente direito e moral, admitindo um controle moralista, e não jurídico, da Administração Pública.

Com efeito, o controle da moralidade administrativa é essencialmente um controle jurídico, o qual pretende exercer um julgamento acerca da conformação da atuação do administrador com a finalidade de interesse público extraída da norma instituidora da competência. Não há, na hipótese, uma abertura para que o intérprete elabore um juízo a partir de uma compreensão estritamente moral, em um sentido de máxima universal de um imperativo categórico.

Dessa forma, com o controle jurisdicional da moralidade administrativa, não se pode pretender que o Poder Judiciário qualifique a “honestidade” (ou qualquer outro atributo extraído de um juízo da moralidade comum) da conduta do agente público consubstanciada no ato administrativo, como parecem pretender alguns doutrinadores. A acepção do juízo de

honestidade diz respeito aos aspectos internos da conduta, à intenção do agente, portanto, própria do campo da moral.

Em uma perspectiva kantiana, o que se pretende com o direito é o juízo da conformidade da atuação não a partir da esfera interna do indivíduo, mas de seu arbítrio externo, assegurando-se, no caso da moralidade administrativa, uma apreciação da conformidade da conduta do administrador com os fins de interesse público objetivados pela atribuição da competência.

Com isso não se quer dizer que a interpretação da conduta do administrador se encontraria completamente alijada de um juízo moral, uma vez que, conforme trabalhamos na primeira parte desta seção, em uma perspectiva pós-positivista do Direito — neste trabalho, apoiada sobretudo nas obras de Dworkin e Alexy —, a compreensão dos princípios traria consigo uma interpretação, portanto, carregada de juízos morais, os quais, no entanto, não permitiriam ao intérprete um julgamento de cunho estritamente moral acerca da circunstância de fato analisada.

Ou seja, compreender a moralidade administrativa como princípio que impõe o objetivo de conformação entre a atuação administrativa e o interesse público perseguido pelo ordenamento jurídico, obriga, necessariamente, a uma interpretação e, portanto, a um juízo de valor a respeito do que seja o interesse público visado pelo direito no caso concreto. No entanto, essa conclusão não permite que o julgamento da atividade administrativa seja feito por critérios exclusivamente morais, na medida em que isso escaparia ao âmbito jurídico, à luz de qualquer compreensão que não confunda direito e moral.

Em conclusão, não há dúvidas de que a compreensão do princípio da moralidade administrativa enquanto conceito relacionado aos aspectos teleológicos da administração pública carrega consigo um importante aspecto valorativo, como não poderia ser diferente, por se tratar de uma norma princípio de caráter aberto.

Essa inferência, porém, não implicaria a possibilidade de se realizar o controle dos atos administrativos em uma perspectiva que reduza a moralidade administrativa ao campo da moral comum, na medida em que, sob nenhuma ótica, esse controle seria um controle de direito, mas tão somente um controle moral e, como tal, desprovido de coercitividade.

A moralidade administrativa, portanto, ainda que dotada de uma forte carga valorativa, como é característico entre os princípios, é um conceito essencialmente jurídico, que não permite ao intérprete um juízo acerca da “honestidade” ou da “justeza”, considerados os temas em sua acepção extraída da moral comum, da atuação administrativa. Posição contrária subverteria a própria distinção entre moral e direito, nos termos propostos por Kant, uma vez que se admitiria a coercitividade com vistas à conformação do arbítrio externo (característica

própria do direito) tendo como parâmetro, porém, aspectos restritos ao arbítrio interno do sujeito e desprovidos de coercitividade (característica própria da moral).

Além disso, sob outro aspecto, permitir um controle jurisdicional da Administração Pública com base em parâmetros da "moral comum" implicaria o reconhecimento de uma discricionariedade praticamente ilimitada ao juiz. Isso porque, ainda que a moral seja universalizadora sob o viés do imperativo categórico, o juízo moral não pode ser objeto de reprimenda por quem quer que seja, uma vez que a moralidade comum não é objeto da "coerção externa". Em resumo, a moralidade administrativa é um conceito essencialmente jurídico que deve ser distinguido da moral comum para que a coerção externa própria do direito possa ser aplicada.

7.4. A BOA-FÉ OBJETIVA E MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Conforme indicamos no primeiro capítulo desta segunda parte da dissertação, é frequente a menção à moralidade administrativa como princípio que veicularia, no direito administrativo, a noção de boa-fé do direito privado. Nesse sentido, buscaremos identificar os contornos da compreensão do princípio da boa-fé no direito administrativo e em qual medida ela se aproxima ou se distancia da noção de moralidade administrativa historicamente construída a partir da obra de Maurice Hauriou no Direito francês do princípio do século XX.

Como se sabe, a origem do princípio da boa-fé objetiva remonta ao Direito Privado, sendo raros os estudos acerca do instituto no âmbito do Direito Público e, especialmente, do Direito Administrativo, como constatado pelo autor português Menezes Cordeiro em obra dedicada à boa-fé no Direito Civil (MENEZES CORDEIRO, 1997, p. 392).

Ainda que sejam raras as referências da boa-fé no Direito Administrativo, o autor espanhol Jesus González Pérez foi responsável por abordar o tema com alto nível de aprofundamento.

O autor espanhol (1983, p. 41) elucida que a boa-fé é noção responsável por nortear relações de reciprocidade, de tal forma que sua manifestação só se concretiza na conduta de um indivíduo em face de outro. Nesse sentido, torna-se legítimo que cada parte, ao se relacionar, nutra a expectativa de um comportamento correspondente do outro, incorporando no ordenamento jurídico um dever de correspondência à confiança depositada.

A boa fé incorpora o valor ético da confiança. Representa uma das formas mais fecundas de inserção do conteúdo ético-social no ordenamento jurídico e,

concretamente, o valor da confiança. Serve como um canal para a integração do ordenamento de acordo com as regras ético-materiais de fidelidade e de crédito, ou de crença e confiança (...) A boa fé estabelece uma norma de conduta ou comportamento *civiliter*, uma conduta normal, reta e honesta, a conduta de um homem comum, de um homem médio. Se mede na relação concreta em que é aplicada, assim como acontece com a noção de bom condutor, segundo a jurisprudência contenciosa-administrativa. Não se refere ao comportamento geral da pessoa, mas sim à sua posição em uma relação jurídica concreta, seja no seu nascimento, no exercício de seus direitos ou no cumprimento de suas obrigações⁷² (GONZÁLEZ PÉREZ, 1983, p. 41).

A confiança a que se refere a boa-fé transcende a pessoa específica com a qual o sujeito interage, repousando, antes, no comportamento que se espera de uma relação jurídica mantida com qualquer indivíduo médio, sem exigências de virtudes notáveis ou predisposições de má-fé. Em outras palavras, o princípio impõe a observância de uma conduta normal, séria e honesta, estendendo seu campo de aplicação além dos limites que poderiam ser inferidos ao se considerar apenas a pessoa concreta envolvida. Para caracterizar uma violação à boa-fé, portanto, não se faz necessário o dolo na criação de empecilhos à contraparte; basta o descuido com relação à lealdade e da confiança que lhe são devidas (GONZÁLEZ PÉREZ, 1983, p. 42-43).

No contexto deste estudo, é pertinente registrar que Jesus González Pérez, ao explorar a delimitação do princípio da boa-fé objetiva no âmbito do Direito Administrativo, dedica-se a examinar a intersecção entre o desvio de poder e o princípio geral da boa-fé. Inicialmente, o autor apresenta o desvio de poder como sendo o exercício de poderes administrativos para fins distintos aos fixados pelo ordenamento jurídico, tratando-se, portanto, de um desvio teleológico entre os propósitos objetivos fornecidos pelo sistema jurídico e a conduta da Administração (GONZÁLEZ PÉREZ, 1983, p. 36-37).

Citando Henri Welter, González Pérez afirma que, no desvio do poder, a Administração “realiza uma atividade contrária ao ordenamento jurídico usando como cobertura a norma reguladora do exercício de um poder que utiliza para um propósito contrário a outra norma legal” (GONZÁLEZ PÉREZ, 1983, p. 37). Ou seja, no desvio de poder, o administrador efetivamente se vale de uma competência a ele atribuída para o exercício de um poder, porém, o faz com propósitos diversos dos quais o referido poder é a ele conferido.

⁷² Texto em tradução livre. No original: La buena fe incorpora el valor ético de la confianza. Representa una de las vías más fecundas de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico 61, y, concretamente, el valor de confianza. Sirve de cauce para la integración del Ordenamiento conforme a unas reglas ético-materiales la idea de fidelidad y de crédito, o de creencia y confianza (...) La buena fe comporta una regla de conducta o comportamiento *civiliter*, una conducta normal, recta y honesta, la conducta de un hombre corriente, de un hombre medio. Se mide en la relación concreta en la que opera, al igual que sucede con la noción de buen conductor, según la jurisprudencia contencioso-administrativa. No hace referencia al comportamiento general de la persona, sino a su posición en una concreta relación jurídica, bien en su nacimiento, en el ejercicio de los derechos o en el cumplimiento de las obligaciones en que se concreta.

Sobre o tema, o autor argumenta que o desvio de poder se caracterizaria, enquanto vício qualificado no âmbito do Direito Administrativo, como distinto do vício decorrente da inobservância das exigências da boa-fé, uma vez que o poder administrativo poderia ser exercido para os fins previstos no ordenamento jurídico, portanto, sem incorrer em desvio de poder e, ainda assim, contrariar à boa-fé objetiva (GONZÁLEZ PÉREZ, 1983, p. 38).

Nesse sentido, as limitações que o princípio geral de boa-fé comporta, não levam em conta se a finalidade perseguida pelo ato administrativo corresponde àquela buscada pelo ordenamento jurídico, de maneira tal que uma determinada atuação será contrária à boa-fé por razões outras que o emprego de uma finalidade contrária ou poder atribuído ao agente público. Ou seja, a Administração Pública, ainda que no exercício de um poder com vistas ao atendimento dos propósitos buscados pelo interesse público, pode atentar contra as exigências de boa fé.

Apresentado esse breve e objetivo resumo da compreensão do princípio da boa-fé no Direito Administrativo por Jesus González Péres, podemos, considerando a construção histórica da moralidade como fundamento do controle dos vícios teleológicos dos atos administrativos, concluir, ao menos preliminarmente, que o princípio da moralidade administrativa com a boa-fé não se confundiria.

Dizemos isso sem desconsiderar, é claro, que os princípios jurídicos, em sua natureza de normas dotadas de alto grau de abstração e profunda carga valorativa, não se limitam por fronteiras rígidas. Ou seja, em menor ou maior medida, os mais diversos princípios jurídicos regentes de determinada disciplina acabam por se tocar de forma complementar. Contudo, ainda assim, do que se pôde extrair dos núcleos dos conceitos de moralidade administrativa e de boa-fé até aqui, vislumbramos conteúdos distintos.

Passamos, a partir dessa análise preliminar, a examinar de forma mais detalhada os argumentos que levaram José Guilherme Giacomuzzi a concluir que a moralidade administrativa prevista no art. 37, *caput*, da Constituição Federal veicularia o princípio da boa-fé objetiva no Direito Administrativo.

Giacomuzzi retoma um excerto da obra de Hauriou em que se faz referência expressa à boa-fé quando tratava da definição do desvio de poder. A passagem está situada especificamente na 4ª edição do *Précis Élémentaire de Droit Administratif*, obra atualizada por André Hauriou e publicada em 1938, nove anos após a morte do Mestre de Toulouse. Transcreve-se:

O *desvio de poder*. É o fato de uma autoridade administrativa que, praticando um ato de sua competência, observando as formas, não cometendo qualquer violação à lei, usa de seu poder com propósitos e por motivos outros que não aqueles em vista dos quais o poder lhe foi conferido, é dizer, outros que não os queridos pela moralidade administrativa.

É uma noção aparentada àquela do abuso de direito, e, nesse sentido, o desvio de poder é ele mesmo uma sorte de incompetência *ratione materiae*. Podemos notar também que é uma violação da boa-fé, porque a administração deve agir de boa-fé, e isso faz parte de sua moralidade (HAURIOU, 1938, p. 269 apud GIACOMUZZI, 2013, p. 241).

Em seguida, o Giacomuzzi apresenta a posição de administrativistas brasileiros, entre os quais alguns já foram destacados no capítulo anterior desta dissertação, que defendem a aproximação dos conteúdos dos princípios da boa-fé e da moralidade administrativa, com destaque para Celso Antônio Bandeira de Mello e Juarez Freitas.

Giacomuzzi apresenta, ainda, a posição de Germana de Oliveria Moraes, para quem “violiar o princípio da boa-fé significa também violiar o princípio da moralidade”, ao passo que a boa-fé também estaria vinculada à veracidade, à confiança, à lealdade e à honestidade. A autora indica a existência de três “dimensões” ao princípio da moralidade: “boa-fé (tutela da confiança), proibidade administrativa (deveres de honestidade e lealdade) e razoabilidade (expectativa de conduta *civiliter*, do homem comum, da parte do agente público)” (OLIVEIRA MORAES, 1999, p. 119-120 apud. GIACOMUZZI, 2013, 243-244).

Nesse sentido, Giacomuzzi conclui que o trecho supracitado da obra de Hauriou teria dado abertura ao desenvolvimento da compreensão segundo a qual a moralidade administrativa se vincularia à noção, própria do direito privado, de boa-fé objetiva.

O direito público necessitava e necessita de princípio que lhe faça as vezes [da boa-fé], como alertou Menezes Cordeiro. Nada mais natural que se vincule a origem da boa-fé à origem da moralidade, portanto, em atitude interpretativa que, com olhos atentos ao passado, aproveita os ensinamentos do direito privado e lança a proposta dogmática ao direito público. Assim, se o direito público não desenvolveu instituto capaz de abarcar as consequências jurídicas advindas do desenvolvimento da boa-fé jusprivatista, nada impede que com ela — e suas consequências — se preencha o conteúdo do *princípio da moralidade*, mormente se tivermos em conta a história de suas ideias (...)

Parte da doutrina brasileira já se referiu ao princípio da moralidade administrativa como veículo da boa-fé, posto que sem tratamento distintivo entre o aspecto subjetivo ou objetivo desta. Suponho que a brecha para o estabelecimento da relação tenha sido expressamente deixada pelo próprio Maurice Hauriou, em obra bem conhecida e citada [a 4ª edição do *Précis Élémentaire de Droit Administratif*, o qual fizemos referência acima] (GIACOMUZZI, 2013, p. 240-241).

Por fim, Giacomuzzi compreende que não somente a boa-fé objetiva seria veiculada pelo princípio da moralidade administrativa, mas também a boa-fé em sua acepção subjetiva. Nesse sentido, distingue o autor:

O ato administrativo que fere a boa-fé objetiva é ato da Administração, pouco importando de quem partiu e quais suas intenções. O comportamento administrativo, despersonalizado, deve ser *conforme* à boa-fé objetiva (...)

A “parte” *subjetiva* do conteúdo da moralidade administrativa é, como já se mencionou, o *dever de probidade administrativa*. Da violação desse dever exsurge (...) o ato ilícito civil de improbidade administrativa, entre nós regulado pela LIA (Lei 8.429/1992), a qual prevê, sempre, responsabilidade *subjetiva* do agente — pessoa individuada, física, não mais o ente público *Administração*, pessoa jurídica — administrativo *desonesto* (GIACOMUZZI, 2013, p. 246)..

Especificamente sobre a relação entre moralidade e improbidade administrativa, trataremos mais adiante com mais detalhes, mas a conclusão se faz fundamental para a compreensão da extensão da boa-fé que o autor veiculada pelo princípio da moralidade administrativa no campo do Direito Administrativo.

Apresentada a posição de José Guilherme Giacomuzzi, bem como a compreensão de boa-fé no Direito Administrativo na obra de Jesus González Pérez, entendemos que, muito embora haja uma conexão entre a boa-fé e a moralidade administrativa, o conteúdo de ambos os princípios não se confundem.

O excerto da obra de Maurice Hauriou, utilizado para fundamentar a posição de que a moralidade administrativa veicularia a noção de boa-fé no âmbito do Direito Administrativo, além de retirado de obra e publicada nove anos após a morte do autor, atualizada por André Hauriou, está situado em parte da obra em que se apresenta o conceito do desvio de poder, vício teleológico da atuação da Administração Pública.

No trecho, o desvio de poder é utilizado como espécie de vício que implicaria, também, violação à boa-fé, na medida em que o conceito é apresentado como semelhante ao abuso de direito do direito privado, com relação ao qual a boa-fé figuraria como um parâmetro para aferição. Segue, uma vez mais, a transcrição do fragmento:

O desvio de poder (...)

É uma noção aparentada àquela do abuso de direito, e, nesse sentido, o desvio de poder é ele mesmo uma sorte de incompetência *ratione materiae*. Podemos notar também que é uma violação da boa-fé, porque a administração deve agir de boa-fé, e isso faz parte de sua moralidade (HAURIOU, 1938, p. 269 apud GIACOMUZZI, 2013, p. 241).

Sobre isso, concordamos com Jesus González Pérez, quem, consoante já apresentamos, compreende que as limitações impostas pelo princípio da boa-fé, diferentemente do que ocorre com o desvio de poder, não levam em conta se a finalidade perseguida pelo ato administrativo

praticado corresponde àquela buscada pelo ordenamento jurídico, sendo possível que uma atuação seja contrária à boa-fé por razões outras que não um vício teleológico.

Além disso, nota-se que a justificativa para reconhecer a quebra da boa-fé em um ato viciado pelo desvio de poder reside no dever da administração de atuar em consonância com a boa-fé, a qual é guiada pelo princípio da moralidade. No entanto, parece-nos que da curta frase citada não se poderia abstrair toda a estrutura da moralidade administrativa como princípio que fundamentaria a obrigatoriedade de o administrador obedecer às finalidades de interesse público em sua atuação, comportando, portanto, um conteúdo vinculado à teleologia da administração pública.

Entendemos, por outro lado, que o que se quis afirmar é que o desvio de poder seria, também, um vício de boa-fé, uma vez que o exercício de um poder administrativo para fins que fogem ao interesse público (imoralidade administrativa), necessariamente, implica uma quebra da confiança legítima, cujo dever de observância é imposto pela boa-fé.

Nesse sentido, por mais que se entenda que a moralidade administrativa, conforme sua construção histórica do Direito francês, se relacione com a boa-fé no campo de aplicação da teoria do desvio de poder, entendemos não ser possível extrair, a partir disso, a conclusão de que o princípio de moralidade administrativa seria limitado à veiculação do princípio da boa-fé no campo do Direito Administrativo. Ou seja, por mais se relacionem e pertençam à mesma constelação de valores, os conteúdos jurídicos dos princípios da moralidade administrativa e a boa-fé não se confundem, possuem nuances específicas.

O mesmo, inclusive, pode-se dizer de outros princípios jurídicos regentes da atividade administrativa. Tomando-se a noção de boa-fé objetiva como imposição de conduta leal, pode-se dizer que o princípio se vê violado quando o administrador público não observa o princípio da impessoalidade e, por sentimento pessoal, institui um favoritismo indevido a determinado sujeito. Disso, porém, não se permite concluir que o princípio da impessoalidade se limita tão somente a veicular a ideia de boa-fé objetiva no ordenamento jurídico.

Assim, à luz da evolução histórica da moralidade administrativa, conclui-se que os princípios da moralidade administrativa e da boa-fé objetiva, embora próximos e interligados, não se confundem. A moralidade administrativa visa coibir o uso do poder público para fins alheios ao interesse coletivo, ao passo que, com a boa-fé almeja um estado de coisas qualificado pela busca de condutas reciprocamente leais nas relações estabelecidas entre a Administração e os particulares.

7.5. A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO VIOLAÇÃO QUALIFICADA À MORALIDADE ADMINISTRATIVA

A ideia de probidade administrativa tem como significado gramatical, derivado da negação do latim *probitas*, a “observância rigorosa dos deveres, da justiça e da moral” (PROBIDADE, 2008-2021).

Esse significado ordinário de probidade administrativa fez com que muitos autores aproximassem o conceito à noção de moralidade administrativa de alguma maneira.

Consoante já demonstramos, Maria Sylvia Di Pietro (2018, p. 1101) entende que, como princípios, moralidade e probidade administrativas são sinônimos, no entanto, como ato ilícito e infração sancionada pelo direito, a improbidade seria mais ampla, sendo a imoralidade apenas uma das formas de improbidade.

Giacomuzzi, conforme também já expusemos, compreende que o dever de probidade se manifestaria enquanto aspecto subjetivo da moralidade administrativa insculpida no art. 37, *caput*, da Constituição Federal (GIACOMUZZI, 2013, p. 294-295). Em sentido semelhante, Cláudio Ari Mello (2004, p. 112) aduz ser possível dividir o princípio da moralidade administrativa em duas acepções: i) a *moralidade administrativa objetiva*, a qual impõe deveres éticos de conduta aos participantes de relações jurídico-administrativas, independentemente do elemento volitivo; e ii) a *moralidade administrativa subjetiva*, que se resumiria no dever de probidade administrativa, cujo vício, decorrente da má-fé subjetiva do agente, constituir-se-ia na improbidade administrativa.

Wallace Paiva Martins Júnior, por seu turno, afirma que a probidade administrativa seria subprincípio da moralidade, de modo que a improbidade significaria uma imoralidade qualificada pelo resultado: enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou atentado aos princípios da Administração Pública (MARTINS JÚNIOR, 2001, p. 111). Em sentido semelhante, sustenta José Afonso da Silva:

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o improbo com a suspensão do direito político (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o “funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades dela decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao improbo ou a outrem (AFONSO DA SILVA, 2005, p. 668-669).

Com efeito, no âmbito do Direito Administrativo, a noção de improbidade administrativa adquire contornos jurídicos como infração e dever legalmente imposto pelo ordenamento jurídico. Assim, antes de efetivamente partirmos para a análise da relação entre moralidade e probidade administrativa, exporemos de forma breve como se dá o tratamento jurídico desta.

De início, apresentaremos como se deu a evolução do conceito, tomando como empréstimo a descrição histórica realizada por Maria Sylvia Di Pietro (2018, p. 1102-1105) em seu Curso de Direito Administrativo.

De acordo com a autora, a primeira referência à improbidade administrativa no direito positivo brasileiro foi feita pelo Decreto n. 3.240/1941, o qual estabelecia a pena de perda de bens aos agentes públicos condenados por crimes que resultassem em prejuízo ao erário.

A Constituição de 1946, em seu art. 141, § 31, previu que “a lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”, o que se fez por meio da Lei n. 3.164/57, a qual determinava o sequestro e a perda dos bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo, função ou emprego público, sem prejuízo da responsabilidade criminal, deixando claro se tratar de uma sanção de natureza civil.

A Constituição ditatorial de 1967, em seu art. 150, § 11 — art. 153, § 11, após Emenda Constitucional no 1/69 —, previu, em sentido semelhante ao Texto Constitucional anterior, que “a lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública”.

Na vigência dessa Constituição, o abominável Ato Institucional n. 5/68, previu a possibilidade de o Presidente da República decretar o confisco de bens de todos quantos tivessem enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, medida que convivia com o sequestro e o perdimento de bens, previstos nas Leis 3.164/57 e 3.502/58.

Por fim, a Constituição de 1988, em seu art. 37, § 4º da Constituição Federal, estabelece: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Por sua vez, o artigo 15, ao indicar as hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos, expressamente inclui, no inc. V, a “improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º” (BRASIL, 1988).

O dispositivo constitucional é atualmente regulamentado pela Lei 8.429/1992, reformada recentemente pela Lei 14.230/2021, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, que “dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de

improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências”

Podem ser sujeitos passivos de atos de improbidade a Administração direta e indireta de qualquer um dos Poderes da União, Estados, Municípios, Distritos e de Território (art. 1º, § 5º); entidade privada que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais (art. 1º, § 6º) e entidade privada para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual (art. 1º, § 7º).

Por outro lado, podem ser sujeitos ativos de atos de improbidade os agentes públicos (servidores, empregados, agentes políticos, militares, particulares em colaboração, etc.), e o terceiro que induzir ou concorrer para a prática do ato ou dele se beneficiar de forma direta ou indireta (art. 2º, *caput* e parágrafo único e art. 3º).

A Lei de Improbidade Administrativa prevê três formas de atos de improbidade: os que geram enriquecimento ilícito (art. 9º); os que causam prejuízo ao erário (art. 10) e os que atentam contra princípios da Administração Pública (art. 11).

Quanto às duas primeiras espécies, não há grandes questões. Destacamos apenas que, até a edição da Lei 14.230/2021, admitia-se, na hipótese de ato que prejuízo ao erário, a modalidade culposa. Após a nova lei, passou-se a se admitir para configuração de ato de improbidade administrativa, em todas as hipóteses, apenas a modalidade dolosa. Tal mudança teve como alicerce de que, ao visar combater a atuação desonesta por parte dos agentes públicos, a lei somente autorizaria a imposição de penalidade quando demonstrada a intenção, pressuposto para a desonestidade (BITTENCOURT NETO, 2005, p. 114-115).

No que diz respeito à espécie do art. 11, havia grande dúvida quanto às hipóteses de configuração do ato de improbidade por exclusiva ofensa a princípios da Administração Pública, quando não houvesse violação à regra. Isso, porque os princípios jurídicos, conforme já trabalhado ao longo deste trabalho, possuem alta carga valorativa, tornando difícil a tarefa de identificar onde começa e termina a configuração dos atos ímprobos que atentassem exclusivamente contra os princípios regentes da atividade administrativa (BITTENCOURT NETO, 2005, p. 123). Essa situação ocorria sobretudo porque a Lei 8.429/1992 dispunha um rol meramente exemplificativo de situações em que a violação a princípios configuraria ato de improbidade, conforme se extraía do termo “notadamente”, incluído no *caput* do art. 11: “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*⁷³”.

A Lei 14.230/2021, todavia, transformou essa lógica ao instituir uma tipificação que complementa e restringe o *caput*, de modo a permitir a penalização exclusivamente das condutas descritas nos incisos do art. 11. Tal mudança se deu pela inclusão da expressão "caracterizada por uma das seguintes condutas". Transcreve-se, a seguir, o *caput* e os incisos do art. 11 em sua nova redação:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas:

I - (revogado);

II - (revogado);

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo, propiciando beneficiamento por informação privilegiada ou colocando em risco a segurança da sociedade e do Estado;

IV - negar publicidade aos atos oficiais, exceto em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado ou de outras hipóteses instituídas em lei;

V - frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.

IX - (revogado);

X - (revogado);

XI - nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas;

XII - praticar, no âmbito da administração pública e com recursos do erário, ato de publicidade que contrarie o disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, de forma a promover inequívoco enaltecimento do agente público e personalização de atos, de programas, de obras, de serviços ou de campanhas dos órgãos públicos.

⁷³ O rol exemplificativo, até a edição da Lei 14.230/2021, continha os seguintes incisos: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; IV - negar publicidade aos atos oficiais; V - frustrar a licitude de concurso público; VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço; VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação; X - transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

O que se extrai da breve exposição acerca da evolução da noção de improbidade administrativa no Direito Administrativo brasileiro é que, ainda que a punição aos autores de improbidade tenha como objetivo a garantia de que a atividade administrativa seja exercida com retidão moral e, portanto, de forma honesta (proba), não se trata de uma honestidade qualquer, cuja compreensão seja extraída do subjetivismo do intérprete/aplicador. Pelo contrário, trata-se de uma honestidade qualificada pelo direito.

Ou seja, o próprio legislador se encarregou de prever as situações repudiadas e reputadas como desonestas na atuação do agente público, privilegiando a aplicação do princípio da tipicidade — próprio do Direito Penal e importado para o Direito Sancionador como um todo —, não abrindo margem para um juízo moralista da atividade administrativa.

As alterações na redação do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa que instituíram um rol taxativo às situações de ato de improbidade por violação a princípios da Administração reforçam essa tendência a se reverenciar a aplicação do princípio da tipicidade sob a ótica da legalidade para limitar a caracterização do ilícito de improbidade administrativa, conferindo maior precisão à aplicação do art. 11, afastando qualquer tipo de interpretação extensiva dos institutos dispostos na Lei de Improbidade Administrativa.

Nesse sentido, se já não se permitia uma interpretação moralista do que se constituiria o ato de improbidade administrativa, a nova lei retirou o juízo valorativo propiciado pelos princípios jurídicos e, portanto, existente no âmbito do próprio Direito. Portanto, hodiernamente, mais do que nunca, a ideia de probidade administrativa — extraída *a contrario sensu* da noção de improbidade — representa uma noção jurídica extraída de regras, espécie de normas jurídicas caracterizadas por menor grau de abstração relativamente aos princípios.

Consoante apresentamos nesse capítulo, a previsão constitucional da improbidade administrativa como ilícito civil tem como finalidade moralizar a atividade administrativa, mas o faz a partir do Direito Sancionador, estabelecendo, com observância do princípio da tipicidade, as condutas que se constituem como rompedoras desse ideal de probidade.

Nesse sentido, considerando que os atos qualificados como ímprobos pela legislação implicam a subversão dolosa do emprego das competências (poderes administrativos) atribuídas ao administrador para o alcance de interesses privados, afastando-se do interesse público, pode-se concluir que os atos de improbidade administrativa violam, também, o princípio da moralidade administrativa.

Dessa conclusão, porém, não se extrai que o vício à moralidade administrativa e a improbidade sejam conceitos sinônimos. Em verdade, a improbidade se constitui como

categoria juridicamente qualificada de desrespeito à moralidade administrativa. Em outros termos, são ímprobos os atos, praticados em inobservância à moralidade administrativa, que o legislador elegeu para se sujeitarem ao Direito Sancionador. Nesse sentido, os atos de improbidade constituem ofensa ao princípio da moralidade administrativa, porém, nem toda violação à moralidade administrativa será qualificada como improbidade administrativa.

Portanto, à luz do que apresentamos, a moralidade, consabidamente, ostenta uma extensão mais ampla, porquanto se estrutura enquanto princípio norteador do regime jurídico administrativo, sendo, nesse sentido, dotado de elevada carga axiológica. Em contrapartida, com efeito, a improbidade administrativa, cada vez mais, após as últimas alterações legislativas, apresenta um raio de abrangência mais contido, até mesmo pela inexistência de margem considerável para apreciação valorativa por parte do intérprete, a teor do que se extrai da introdução do princípio da tipicidade no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

7.6. A MORALIDADE ADMINISTRATIVA COMO DIREITO COLETIVO TUTELADO PELA VIA DAS AÇÕES POPULARES

Além de elencada como princípio regente da Administração Pública expreso, a Constituição de 1988 prevê a ação popular, a qual se insere entre as garantias fundamentais no art. 5º, inc. LXXIII, como instrumento para tutelar, entre outros direitos coletivos, a moralidade administrativa, o que levou a alguns doutrinadores, entre os quais destacamos José Guilherme Giacomuzzi, a conceberem uma distinção no conteúdo da moralidade administrativa como princípio e como fundamento das ações populares.

Segundo o autor acima mencionado, a moralidade administrativa do art. 5º, inc. LXXIII, seria compreendida como “legalidade substancial”, relativa à concreção do conteúdo teleológico da lei. No caso específico do Direito Administrativo, o fim encampado na lei e que deve orientar a atuação da Administração Pública remonta ao interesse público, assim, a inobservância, pelo agente administrativo, do fim de interesse público pretendido pela norma consubstanciar-se-ia em um vício de moralidade administrativa, ou, em outros termos, de “legalidade em sua substância”.

Nessa linha, a própria Lei de Ação Popular, que regulamenta o art. 5º, inc. LXXIII, da Constituição, teria se encarregado, nas alíneas “c”, “d” e “e” e parágrafo único do art. 2º, de enunciar o conteúdo da expressão “moralidade administrativa”:

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

(...)

- 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:

(...)

- 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 (BRASIL, 1965)

A inclusão dos vícios dos motivos e do objeto se justifica uma vez que, conforme já apresentamos, os vícios relativos a tais elementos (ou pressupostos) se prestam como meios de identificação e diagnóstico da violação à moralidade administrativa, uma vez que a possível manipulação do objeto e dos motivos poderia ser utilizada como subterfúgio para criar a falsa impressão de que o ato não se afastaria da finalidade de interesse público (FRANCO SOBRINHO, 1974, p. 208; MOREIRA NETO, 1992, p. 10-11).

Nessa acepção, a moralidade administrativa remeteria à construção histórica do conceito por Maurice Hauriou e Henri Welter, ou seja, estaria “umbilicalmente ligada ao desvio de poder e, numa visão mais abrangente, ao exame dos motivos, fáticos e jurídicos, do ato administrativo, ou até de seu objeto” (GIACOMUZZI, 2013, p. 147).

Em relação a isso, como já preconizado anteriormente, o autor reconhece que a moralidade administrativa elencada no art. 37, *caput*, encontra-se atrelada ao princípio da boa-fé no âmbito do Direito Administrativo (acepção objetiva), e, ademais, está relacionada ao dever de probidade administrativa (acepção subjetiva). Entretanto, como já mencionado nos capítulos precedentes, somos inclinados a compreender que a boa-fé e a moralidade não se confundem, embora estejam intrinsecamente correlacionadas; assim como também não se confundem a moralidade e a ideia de probidade administrativa.

Diante desse contexto, inferimos que inexistente uma verdadeira distinção entre a moralidade administrativa enquanto princípio regente da atividade administrativa, elencado no art. 37, *caput*, e enquanto direito coletivo resguardado pelas ações populares, previsto no art. 5º, inc. LXXIII. Trata-se, simplesmente, de diferentes abordagens do mesmo conceito. Tal assertiva se justifica pelo fato de que os princípios do Direito Administrativo, ao mesmo tempo em que estabelecem uma série de obrigações para a Administração Pública, asseguram à

coletividade o que essas obrigações sejam respeitadas pelo Poder Público, compreendido enquanto administrador dos interesses coletivos.

Em outras palavras, assim como os princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência podem ser apreendidos sob a ótica dos direitos coletivos e, como tal, devem ser garantidos e protegidos, a moralidade também ostenta tal status, consubstanciando-se em um direito coletivo passível de ser resguardado por meio da ação popular.

Deste modo, compreendemos que a moralidade contida tanto no art. 5º, inc. LXXIII, quanto no art. 37, *caput*, manifesta rigorosamente o mesmo sentido: a exigência de observância da legalidade substancial, que se refere à efetivação do conteúdo teleológico da norma, ou seja, ao cumprimento da finalidade de interesse público extraída do ordenamento jurídico.

8. CONCLUSÃO PARCIAL DA SEGUNDA PARTE

Apresentadas as várias definições do princípio da moralidade administrativa pela doutrina do Direito Administrativo brasileiro, bem como examinados os elementos comumente invocados à luz do conceito historicamente construído no Direito francês, é possível extrair algumas conclusões parciais a partir do que foi apresentado nesta segunda parte do trabalho.

É inegável que a utilização de expressões amplas e fluídas é própria da abstração e generalidade das normas jurídicas, especialmente quando se trata de princípios jurídicos, os quais possuem a característica da indeterminação ainda mais destacada. Isso não implica, no entanto, que a imprecisão do conceito possa ser utilizada como justificativa para atribuir-lhe qualquer conteúdo, sob pena de converter a hermenêutica jurídica em uma prática sem limites.

Por conseguinte, embora seja evidente que a interpretação do princípio da moralidade exige uma atitude proativa por parte do intérprete na construção de sua definição, é crucial não perder de vista a importância de estabelecer uma conexão entre as origens históricas do conceito e sua construção a partir da obra de Maurice Hauriou no contexto do Direito francês do início do século XX.

Retomando a metáfora do “romance em cadeia” cunhada por Dworkin e já abordada nesta segunda parte do trabalho, tem-se que a apreensão do princípio da moralidade administrativa demanda, imperativamente, uma incursão às suas raízes históricas. Embora a maioria dos estudiosos do Direito Administrativo brasileiro faça referência que a gênese do

princípio remonta à obra de Hauriou, poucos se dedicam a examinar o ponto de partida da compreensão da moralidade administrativa.

Conforme exposto na primeira parte deste trabalho, a moralidade administrativa surgiu como conceito vinculado à noção fundamental do Direito Administrativo de que o exercício dos poderes administrativos deve ser exercido em consonância com o interesse público extraído do ordenamento jurídico. Nessa concepção, a moralidade administrativa era demarcada como fundamento do controle dos atos administrativos praticados com desvio de poder.

Àquele momento histórico, é importante considerar, predominava-se uma compreensão positivista e formalista do direito, de tal forma que a moralidade administrativa é concebida por autores críticos do formalismo jurídico como elemento justificador do controle finalístico da Administração, o qual extrapolaria a mera subsunção do fato ao texto legal e, nesse sentido, se distinguiria do controle de legalidade.

Décadas mais tarde, quando introduzida a moralidade administrativa como princípio regente da Administração Pública na Constituição de 1988, o positivismo já havia perdido prestígio e o pós-positivismo se apresentou como marco filosófico do que se convencionou denominar “constitucionalismo contemporâneo” ou, ainda, “neoconstitucionalismo”, que trouxe para o Direito uma nova abordagem acerca da força normativa da Constituição, trazendo-a para o centro do ordenamento jurídico.

O reconhecimento da força normativa da Constituição, aliado ao pós-positivismo como marco filosófico, produziu profundos impactos na teoria do Direito, implicando na reestruturação da compreensão de legalidade. Com efeito, a legalidade já não se limita à estrita consideração do texto legal, mas abarca uma noção mais ampla de juridicidade, que incorpora os princípios jurídicos como normas que são aplicáveis não na lógica binária do tudo ou nada, mas segundo uma lógica graduada.

O pós-positivismo trouxe consigo a reestruturação da compreensão entre direito e moral. Se, em linhas gerais, o positivismo jurídico preceituava a possibilidade de uma autonomia entre as teorias do direito e da moral, o pós-positivismo rompeu com essa lógica para admitir que ambos se relacionam, implicando no reconhecimento de que a teoria do Direito tem como antessala uma teoria da moral. Dizer que direito e moral se relacionam, contudo, não implica em dizer que sejam a mesma coisa.

Desse modo, a compreensão, repetida por alguns administrativistas brasileiros, de que a moralidade administrativa permitiria o controle da Administração Pública a partir de critérios puramente morais, além de romper com as raízes históricas do conceito, subverte a própria compreensão da relação entre direito e moral.

Ao mesmo tempo, sob a nova roupagem da legalidade enquanto juridicidade, não é possível conceber uma autonomia ao controle de moralidade administrativa frente ao controle de legalidade, uma vez que a aquela se apresenta como um dos princípios constitucionais que compõe o que podemos denominar “bloco de juridicidade”, isto é, todo o conjunto normativo (regras e princípios) que deve ser observado pela Administração Pública em sua atuação.

Assim, compreendemos que a moralidade administrativa prevista no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, impõe ao agente público que o agente o dever de atuar com vistas ao atendimento do interesse público, sendo que eventual vício quanto à finalidade buscada pelo ato pode ser objeto de controle, inclusive, via das ações populares, conforme prevê o art. 5º, inc. LXXIII, da Constituição.

Admitimos, ainda, que a moralidade administrativa se relaciona de forma bem próxima com outros princípios regentes da atividade administrativa, sejam eles expressos ou implícitos na ordem constitucional, entre os quais a doutrina destaca o princípio da boa-fé, o qual obriga um comportamento leal, transparente e colaborativo da Administração Pública nas relações de administração. No entanto, compreendemos que o conteúdo de ambos os princípios, muito embora se aproximem, não se confundem.

Percebemos, ademais, que a improbidade administrativa consiste em uma infração juridicamente qualificada da moralidade administrativa. Desta feita, reputam-se ímprobo os atos, praticados em inobservância à moralidade administrativa, elegidos pelo legislador para se sujeitarem ao Direito Administrativo Sancionador.

Por todo o exposto neste capítulo, conclui-se que o princípio da moralidade de administrativa representa a consequência da compreensão da administração pública como exercício de uma função, qual seja: a imposição ao administrador público do dever de perseguir o interesse público. Nesse sentido, trata-se de um princípio que se relaciona à teleologia do Direito Administrativo e, conseqüentemente, fundamentaria o controle do vício por desvio de poder. Assim, a moralidade administrativa exprimiria o que muitos autores convencionaram denominar: “espírito geral da lei” ou, ainda “legalidade substancial”.

TERCEIRA PARTE: A MORALIDADE ADMINISTRATIVA COMO PARÂMETRO DE CONTROLE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

9. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nesta terceira parte do trabalho, nos debruçaremos sobre como a moralidade administrativa é assimilada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como parâmetro de controle da Administração Pública.

O motivo de nos dedicarmos à mais alta Corte do Poder Judiciário brasileiro decorre do fato de que nos termos do art. 102, da Constituição Federal, compete à Suprema Corte a guarda da Constituição, ou seja, dar a última palavra acerca da interpretação do texto constitucional.

Além disso, as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado, bem como as teses firmadas em repercussão geral (art. 927 do Código de Processo Civil), possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como para a Administração Pública direta e indireta em todas as esferas, nos termos do art. 102, § 2º, da Constituição.

Dessa forma, a jurisprudência do STF tem o condão de estabelecer a extensão semântica do conteúdo do princípio da moralidade administrativa, bem como de conformar a aplicação desse princípio pelos demais órgãos estatais. Assim, mostra-se adequado o recorte proposto em razão da competência do STF, bem como dos efeitos de suas decisões.

Definido o recorte, serão utilizados os mecanismos de busca disponibilizado no *site* do Supremo Tribunal Federal para mapear as ocorrências do termo “moralidade administrativa” e ‘ato administrativo’ nos julgados, adotando-se o recorte temporal a partir da Constituição de 1988.

Realizada a busca, são encontrados 108 resultados de acórdãos, sendo 35 em ações em controle concentrado de constitucionalidade (28 Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), 4 Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) e 3 Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais - ADPFs).

As demais ações totalizam 73 resultados, os quais se distribuem da seguinte forma: 28 Recursos Extraordinários (RE); 19 Mandados de Segurança (MS); 6 Ações Penais (AP); 6 Reclamações (Rcl); 4 Petições (Pet); 4 Recursos Ordinários em Mandados de Segurança (RMS); 2 Ações Originárias (AO); 2 Agravos em Recursos Extraordinários (ARE) e 2 Suspensões de Liminares.

Pretendemos, a partir da análise dos precedentes, identificar qual(is) conteúdo(s) é(são) atribuído(s) ao princípio da moralidade administrativa no Supremo Tribunal Federal, a fim de identificar se a noção de moralidade administrativa no tribunal constitucional brasileiro se relaciona com aquela da proposta na conclusão parcial da segunda parte deste trabalho. Para tanto, analisaremos os precedentes de uma forma ampla, buscando identificar quaisquer tentativas de delimitação do conteúdo do princípio da moralidade administrativa.

No primeiro momento desta parte do trabalho, analisaremos as referências à moralidade administrativa no âmbito das ações em controle concentrado de constitucionalidade e apresentaremos todas as tentativas de delimitação do conteúdo do princípio nos julgados. Assim, deixaremos de analisar de forma expressa àqueles julgados que mencionam a moralidade administrativa de forma genérica, ou seja, em que há citação ao princípio, sem, porém, definir qual seria o seu conteúdo.

Na tabela do Apêndice I, listaremos os resultados encontrados em ações de em controle concentrado e será apresentado o motivo para cada precedente não abordado expressamente neste capítulo.

Em um segundo momento, analisaremos os resultados encontrados nas demais ações. Porém, faremos uma abordagem diferente, a fim de que a exposição não se torne repetitiva. Assim, a análise será primordialmente quantitativa dos sentidos, tomando como parâmetro as definições identificadas nas ações em controle concentrado, de modo que abordaremos de forma expressa tão somente as definições que se distinguem das já apresentadas.

O sentido em que o termo foi empregado em cada um dos precedentes analisados será indicado na tabela do Apêndice II.

10. A MORALIDADE ADMINISTRATIVA EM AÇÕES EM CONTROLE CONCENTRADO

Nas ações de controle concentrado, foram encontrados 35 resultados — 28 Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), 4 Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) e 3 Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPFs). Dentre esses resultados, a menção à moralidade administrativa é feita apenas de forma superficial em 16 deles, sem que fosse possível extrair do inteiro teor qualquer definição acerca do conteúdo do princípio.

Em outros 3 resultados, a moralidade foi empregada relativamente à critérios de inelegibilidade, nos termos do art. 14, § 9º, da Constituição, sobre o qual já tratamos e que não será tema deste trabalho. Por fim, em uma ADI na qual se declarou a inconstitucionalidade da sanção imposta a meios de comunicação pela exibição de programa fora do horário indicativo, constatou-se que o termo “moralidade” foi utilizado de maneira completamente distinta da noção de moralidade administrativa.

Quanto aos 14 resultados restantes, abordaremos mais detalhadamente nas seções abaixo.

10.1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2797 / DF

No julgamento da ADI 2797, relator Min. Sepúlveda Pertence, discutia-se o marco para o fim da prerrogativa de foro para ex-ocupantes de cargos públicos. No julgamento, a Corte definiu que a supressão do direito ao foro por prerrogativa de função teria sido reconhecida a partir de 15 de setembro de 2005, quando a Corte julgou inconstitucional a Lei 10.628/02, que previa o referido benefício.

No julgamento, contudo, Suprema Corte decidiu por preservar a validade de todos os atos processuais que eventualmente tenham sido praticados em processos de improbidade administrativa e ações penais contra ex-detentores de cargos públicos e de mandatos eletivos, julgados no período de vigência da Lei 10.628 (de 24 de dezembro de 2002 a 15 de setembro de 2005).

No inteiro teor do acórdão, a moralidade administrativa é citada apenas uma vez, mais especificamente no voto do Min. Joaquim Barbosa, ao discorrer sobre a ação de improbidade administrativa, aduzindo que esta se presta a dar devida efetividade ao princípio da moralidade. Na hipótese, portanto, houve a relação, já debatida nesta dissertação, entre o princípio da moralidade administrativa e a sanção por improbidade.

as ações de improbidade se destinam a todo e qualquer agente público (art. 1º da Lei 8.429/1992), com base no fundamento específico do art. 37, § 4º, da Constituição federal, representando, assim, o mecanismo típico de controle da Administração e prestando a efetividade devida ao princípio da moralidade (BRASIL, 2005a).

10.2. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1231 / DF

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, relator o Min. Carlos Velloso, em que se questionava a constitucionalidade da Lei 8.985/95, que concedeu anistia aos candidatos às eleições gerais de 1994. O Tribunal considerou que a lei tem caráter geral e que a anistia é um ato político concedido mediante lei, cabendo ao Congresso e ao Chefe do Executivo avaliar os critérios de conveniência e oportunidade do ato, concluindo-se pela constitucionalidade do ato normativo e pela improcedência da ADI.

Na oportunidade, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil aduziu que a edição da lei violaria o princípio da moralidade administrativa. No inteiro teor do voto, o relator cita trecho do parecer do Ministério Público Federal em que o *Parquet* trata de forma expressa a respeito do princípio da moralidade, mencionando-se, inclusive, sua origem histórica, desconstruindo a possibilidade de sua aplicação ao legislador.

De outra parte, frágil se revela, na hipótese, a alegação de ofensa ao princípio da moralidade administrativa, até mesmo em decorrência da aplicação do princípio constitucional da legalidade. A respeito desse princípio traz-se à colação os ensinamentos doutrinários de Diógenes Gasparini:

‘Diz Hauriou, seu sistematizador, que o princípio da moralidade extrai-se do conjunto de regras de conduta que regulam o agir da Administração Pública; tira-se da boa e útil disciplina interna da Administração Pública. O ato e a atividade da Administração Pública devem obedecer não só a lei, mas à própria moral, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme afirmavam os romanos. Para Hely Lopes Meirelles, apoiado em Manoel Oliveira Franco Sobrinho, a moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito do bom administrador, aquele que, usando de sua competência, determina-se não só pelos preceitos legais vigentes, como também pela moral comum, propugnando pelo que for melhor e mais útil para o interesse público’.

Não há, pois, a alegada ofensa ao princípio da moralidade administrativa (na verdade dirigido ao administrador, não ao legislador), pois o ato normativo em tela, editado pelo Congresso Nacional no exercício de sua competência legislativa (Constituição Federal, art. 48, inciso VIII), busca, em última análise, o interesse público, vez que, apesar de anistiar os delitos eleitorais cometidos por candidatos às eleições gerais de 1994 relacionados com a utilização dos serviços gráficos do Senado Federal, impõe, como condição necessária para recebimento do benefício, o pagamento pela utilização desses serviços (BRASIL, 2005b, p. 20-21).

Na fundamentação de seu voto, o Ministro Carlos Velloso, não obstante não entender violado o princípio da moralidade administrativa pela lei objeto da ADI, aduz reconhecer a aplicabilidade do princípio ao ato legislativo, merecendo reprovação à luz da “ética geral” (BRASIL, 2005b, p. 30). Ou seja, o ministro compreende que o princípio da moralidade administrativa, além de se aplicar ao legislador, implicaria o dever de observância da denominada “ética geral”, aproximando o conceito à moral comum.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez argumenta que em razão da fluidez do conceito de moralidade, o princípio não poderia ser tomado como parâmetro isolado para declaração de inconstitucionalidade de uma lei, devendo ser aliado a outros princípios regentes da

Administração Pública. Ademais, o ministro faz referência expressa à construção histórica do conceito por Maurice Hauriou, aduzindo que o princípio da moralidade imporia a existência de substrato moral ao ato jurídico-administrativo:

(...) creio que o ponto que merece uma reflexão pormenorizada do Tribunal diz respeito à alegada violação ao princípio da moralidade. O requerente sustenta que “o ato normativo agride o senso comum de moralidade (...)”. Quero enfatizar que as “reações de repúdio por parte do senso comum, da moralidade pública e da consciência jurídica” não podem servir, isoladamente, de parâmetro de controle em abstrato da constitucionalidade dos atos normativos emanados do legislador democrático (...) a moralidade pura e simples não pode ser condição determinante da inconstitucionalidade de uma lei. Certamente, o Tribunal não pode se ater unicamente à fluidez do conceito de moralidade para anular atos do Poder Legislativo.

(...) O princípio da moralidade, portanto, para funcionar como parâmetro de controle em abstrato de constitucionalidade, deve vir aliado a outros princípios fundamentais, dentre os quais assumem relevância aqueles que funcionam como diretriz para a atuação da Administração Pública.

(...)

Deixe-se claro, todavia, que não quero com isto defender uma rígida separação entre Direito e Moral, própria de um positivismo formalista. Desde seu primeiro incursão na doutrina administrativista de Maurice HAURIOU (*Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. Paris: Sociéte Anonyme du Recueil Sirey; 1927), o princípio da moralidade traduz a idéia de que sob o ato jurídico-administrativo deve existir um substrato moral, que se torna essência de sua legitimidade e, em certa medida, condição de sua validade.

Intento apenas alertar o Tribunal para o problema da declaração de nulidade de uma norma sob o único argumento de que é imoral ou, melhor dizendo, de que afronta uma indefinida moral pública. Entendo que, neste caso, estaríamos a penetrar indevidamente no juízo político e ético do legislador e, conseqüentemente, a estabelecer uma indesejável vinculação do Direito à Moral (BRASIL, 2005b, p. 30-31).

A partir do excerto acima, portanto, conclui-se que, embora seja citada a construção histórica por Maurice Hauriou, a moralidade administrativa é mais uma vez vinculada à moral comum, não havendo referência à sua compreensão enquanto legalidade substancial e relacionada aos elementos teleológicos da Administração Pública.

10.3. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 12 / DF

A Ação Declaratória de Constitucionalidade 12 é um dos precedentes representativos da Súmula Vinculante n. 13, a qual estabelece a vedação ao nepotismo. Na hipótese, a Corte julgou procedente a Ação Declaratória para reconhecer a constitucionalidade da Resolução 7/2005, do Conselho Nacional de Justiça, a qual impunha a proibição da prática do nepotismo no Poder Judiciário.

Se na ADI 1231/DF, tratada anteriormente, discutia-se a moralidade administrativa como parâmetro para declaração de inconstitucionalidade de lei, na ADC 12/DF, tratava-se efetivamente da moralidade administrativa como controle dos atos administrativos, mais especificamente os atos de nomeação de servidores públicos a cargos comissionados.

No julgamento da medida cautelar, logo no relatório, o Min. Carlos Ayres Britto apresenta que os autores da ADC (uma associação de magistrados) incluem a moralidade administrativa, ao lado da impessoalidade, como dos fundamentos do pedido de declaração de constitucionalidade do ato normativo objeto da discussão, enunciando que “a vedação ao “nepotismo” seria regra constitucional decorrente do núcleo dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativas.

Em seu voto, o ministro relator conclui, em sede cautelar, pela constitucionalidade da Resolução e o faz por reconhecer que o ato normativo densificaria o conteúdo de alguns dos princípios regentes da Administração Pública, quais sejam: a impessoalidade, a eficiência e a igualdade. Quanto ao princípio da moralidade administrativa, o Min. Carlos Ayres Britto parece relacioná-lo à moralidade comum e, em razão disso, retira-lhe importância. Veja-se:

É certo que todas essas práticas também podem resvalar, com maior facilidade, para a zona proibida da imoralidade administrativa (a moralidade administrativa, como se sabe, é outro dos explícitos princípios do art. 37 da CF). Mas entendo que esse descambar para o ilícito moral já é quase sempre uma consequência da deliberada inobservância dos três outros princípios citados. Por isso que deixo de atribuir a ele, em tema de nepotismo, a mesma importância que enxergo nos encarecidos princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade (BRASIL, 2006, p. 37).

O Min. Joaquim Barbosa emprega sentido semelhante ao princípio da moralidade administrativa, mas parece considerá-lo relevante para a solução da controvérsia. Em seu voto, o ministro recorre à doutrina de José dos Santos Carvalho Filho para dizer que a moralidade administrativa imporia ao agente público a observância a preceitos éticos, devendo avaliar não apenas os critérios de conveniência e oportunidade, mas também distinguir o que é honesto do que o desonesto. Na oportunidade, trata também da relação entre o direito e moral:

Direito não pode dissociar-se da Moral, isto é, de uma **moral coletiva**, pois ele reflete um conjunto de **crenças e valores** profundamente arraigados, que emanam da **autoridade soberana**, ou seja, do **povo**. Quando, em determinada sociedade, há sinais de dissociação entre esses valores comunitários e certos padrões de conduta de alguns segmentos do aparelho estatal, tem-se **grave sintoma** de anomalia, a requerer a intervenção da justiça constitucional como força intermediadora e corretiva. Para além dos argumentos puramente jurídicos, inúmeros neste caso, é essa função corretiva e restauradora de uma moral coletiva que o STF expressará nesta jornada, caso venha a ser declarada a constitucionalidade da norma do CNJ (BRASIL, 2006, p. 54).

O Min. Gilmar Mendes, por sua vez, cita a obra de Hauriou para dizer que a moralidade administrativa traduziria a ideia de que sob o ato jurídico-administrativo deve existir um substrato moral. Argumenta, ainda, que a indeterminação do princípio não poderia obstaculizar a determinação da vedação ao nepotismo, uma vez que esta estaria na “zona de certeza” do princípio da moralidade:

Desde seu primeiro incurso na doutrina administrativista de Maurice HAURIOU (*Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. Paris: Société Anonyme du Recueil Sirey; 1927), o princípio da moralidade traduz a ideia de que sob o ato jurídico-administrativo deve existir um substrato moral, que se torna essência de sua legitimidade e, em certa medida, condição de sua validade. Essa moralidade não é elemento do ato administrativo, como ressalta GORDILLO, mas compõe-se dos valores éticos compartilhados culturalmente pela comunidade e que fazem parte, por isso, da ordem jurídica vigente.

A indeterminação semântica dos princípios da moralidade e da impessoalidade não pode ser um obstáculo à determinação da regra da proibição do nepotismo. Como bem anota GARCÍA DE ENTERRÍA, na estrutura de todo conceito indeterminado é identificável um “núcleo fixo” (*Begriffkern*) ou “zona de certeza”, que é configurada por dados prévios e seguros, dos quais pode ser extraída uma regra aplicável ao caso. A vedação do nepotismo é regra constitucional que está na zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade.

Não é de hoje que o nepotismo é uma prática condenada pela sociedade brasileira (...) Dessa forma, o ato administrativo que implique nesse tipo de prática imoral é ilegítimo, não apenas por violação a uma determinada lei, mas por ofensa direta à moralidade que atua como substrato ético da ordem constitucional. Nesse sentido, é possível afirmar que não seria necessária uma lei em sentido formal para instituir a proibição do nepotismo, pois ela já decorre do conjunto de princípios constitucionais, dentre os quais têm relevo os princípios da moralidade e da impessoalidade. (BRASIL, 2006, p. 73-74).

Muito embora faça referência à existência, a par da indeterminação geral, de um “núcleo fixo” do princípio da moralidade administrativa, o ministro parece conceber a ideia de que esse “núcleo fixo” seria extraído de critérios da moralidade comum, uma vez que compreende que a prática do nepotismo violaria a moralidade administrativa na medida em que é condenada pela sociedade brasileira.

O Min. Celso de Mello, em seu voto também relaciona a moralidade administrativa à observância de valores éticos fundantes da própria ordem positiva do Estado:

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, **que se qualifica** como valor constitucional **impregnado** de substrato ético e **erigido** à condição de vetor fundamental no processo de poder, **condicionando**, de modo estrito, o **exercício**, pelo Estado e por seus agentes, da autoridade que lhes foi outorgada pelo ordenamento normativo (...)

É por essa razão que o princípio constitucional da moralidade administrativa, **ao impor limitações** ao exercício do poder estatal, **legitima o controle** de todos os atos

do poder público que **transgridam** os valores éticos **que devem pautar** o comportamento dos órgãos e dos agentes governamentais, **não importando** em que instância de poder eles se situem (BRASIL, 2006, p. 97-98, destaques originais).

Discorrendo sobre a questão do nepotismo, no entanto, o Ministro parece compreender que a moralidade administrativa repudiaria o exercício do poder *pro domo sua*, ou seja, em defesa dos próprios interesses, aproximando, assim, o conceito à sua compreensão originária:

A prática do nepotismo, tal como **corretamente** repelida pela Resolução CNJ nº 07/2005, **traduz** a própria antítese da pauta de valores cujo substrato constitucional **repousa** no postulado da moralidade administrativa, **que não tolera – porque incompatível** com o espírito republicano e com a essência da ordem democrática – o exercício do poder “*pro domo sua*” (BRASIL, 2006, p. 100, destaques originais).

No julgamento de mérito da ADC 12, não foram apresentadas novas noções a respeito do princípio da moralidade administrativa que mereçam destaque, de modo que limitaremos a apresentação ao que já foi exposto.

10.4. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4125 / TO

No julgamento da ADI 4125/TO, relatora Ministra Cármen Lúcia, discutia-se a constitucionalidade da Lei tocantinense 1.950/2008, que criou cerca de 35 mil cargos comissionados. A corte considerou inconstitucional a referida legislação e determinou que o estado de Tocantins, em um prazo de 12 meses, substituísse todos os servidores comissionados por servidores aprovados em concursos públicos.

A ministra relatora, nos fundamentos do seu voto pela inconstitucionalidade da lei, invocou a moralidade administrativa fazendo referência a trecho de sua obra sobre princípios constitucionais da Administração Pública:

Conforme pontuei, “a moralidade administrativa é, pois, princípio jurídico que espraia num conjunto de normas, definidoras dos comportamentos éticos do agente público, cuja atuação se volta a um fim legalmente delimitado, em conformidade com a razão de Direito exposta no sistema normativo. (...). O que se põe em foco, quando se cuida de moralidade administrativa, é a confiança do povo no Poder institucionalizado e a legitimidade de seu desempenho quanto à gestão da coisa pública” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 191).

A criação de 28.177 cargos, sendo 79 de natureza especial e 28.098 em comissão (com as alterações promovida pelas Leis tocantinenses n. 2.232/2009 e 2.145/2009, respectivamente), por certo não tem respaldo no princípio da moralidade administrativa, pressuposto de legitimação e validade constitucional dos atos emanados do Estado, pelo que há de ser, por mais esse fundamento; considerada inconstitucional. (BRASIL, 2010, p. 46-47)

Portanto, na hipótese, à moralidade administrativa foi atribuído um conteúdo ético (em sentido genérico), que permitiria uma legítima confiança do povo no poder institucionalizado exercido pela Administração Pública.

10.5. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4357 / DF E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4425 / DF

Na ADI 4357, relator o Min. Carlos Ayres Britto, o Supremo Tribunal Federal julgou a constitucionalidade da Emenda Constitucional 62/2009, que instituiu regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, tendo sido julgada parcialmente procedente por maioria dos votos.

Em seu voto, o ministro relator consignou que violaria o princípio da moralidade administrativa o não adimplemento, pela Administração Pública, de suas dívidas. Veja-se:

Com a devida vênia daqueles que entendem diversamente, penso adequada a referência dos autores à Emenda Constitucional nº 62/2009 como a “emenda do calote”. Calote que termina por ferir o princípio da moralidade administrativa, que se lê no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, na medida em que se reconheça – como pessoalmente reconheço – o adimplemento das próprias dívidas como um dos necessários conteúdos do princípio da moralidade administrativa. Noutros termos, o Estado reconhece que não cumpriu, durante anos, as ordens judiciais de pagamento em desfavor do Erário; propõe-se a adimpli-las, mas limitado o valor a um pequeno percentual de sua receita (BRASIL, 2013, p. 55-56).

Nos parece que essa acepção se assemelha àquela segundo a qual a constitucionalização moralidade administrativa vincularia o princípio de boa-fé no Direito Público, na medida em que o não adimplemento das dívidas pelo Poder Público violaria a confiança e a lealdade na relação de administração.

Essa acepção, inclusive, é expressa no voto-vista pelo Ministro Luiz Fux:

Aquele que deve tem de pagar, sobretudo quando se trata do Estado, cuja sanha arrecadatória não deixa escapar qualquer centavo do contribuinte. Configura ato atentatório à moralidade administrativa, na vertente da boa-fé e da lealdade, portar-se de maneira tão contraditória enquanto credor e devedor. O ilícito perpetrado pelo Poder Público deve ser sanado na exata extensão em que reconhecido pelo Estado-juiz (BRASIL, 2013, p. 118).

10.6. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4169 / RR E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4601 / MT

Na ADI 4169/RR, relatoria do Ministro Luiz Fux, a Corte julgou inconstitucional o dispositivo incluído na Constituição do Estado de Roraima, o qual instituiu o benefício de “subsídio mensal” a ex-governadores do Estado de Roraima.

Em seu voto, o ministro relator apontou que o pagamento do benefício, “longe de estar contido na discricionariedade do poder constitucional estadual, manifesta flagrante violação aos princípios federativo, republicano, da impessoalidade e da moralidade administrativa”. Especificamente quanto à moralidade administrativa, adotou-se uma noção de moralidade como dever ético a ser observado pelo administrador público, senso associado ao princípio republicano: “Também obriga a todos, na forma republicana de governo, o princípio da moralidade pública. Ao direito do cidadão ao governo ético impõe-se ao juiz, ao administrador e ao legislador o dever da moralidade pública, que há de perpassar e informar todos os seus atos” (BRASIL, 2018, p. 15).

De forma bastante semelhante, a ADI 4601/MT teve como objeto o art. 1º da Emenda Constitucional 22/2003 do Estado do Mato Grosso, que manteve o pagamento de pensão mensal e vitalícia a ex-governadores, ex-vice-governadores e substitutos constitucionais que percebiam o benefício até o advento da referida emenda, e o art. 1º da Lei estadual 4.586/1983, a qual instituiu pensão mensal e vitalícia às viúvas e filhos de ex-governadores.

Nos fundamentos da decisão pela inconstitucionalidade do pagamento da referida pensão, foram utilizados rigorosamente os mesmos fundamentos da ADI 4169/RR, inclusive quanto ao conteúdo do princípio da moralidade administrativa.

10.7. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5874 / DF

Na ADI 5874, discutia-se a constitucionalidade do Decreto 9.246/2017, pelo qual o então presidente da República Michel Temer concedeu indulto natalino e comutação de penas a condenados. Muito embora se trate de matéria penal e a ação direta de inconstitucionalidade tenha sido julgada improcedente, a moralidade administrativa foi utilizada como fundamento pelo voto pela exclusão do âmbito de incidência do indulto natalino alguns dos crimes praticados contra a Administração Pública.

O Min. Luis Roberto Barroso, relator, apontou a inconstitucionalidade da inclusão de crimes relacionados ao combate à corrupção no âmbito de incidência do indulto, uma vez que violariam a moralidade administrativa, compreendida como dever de observância a preceitos éticos:

em um país que se deparou com a corrupção endêmica que temos, essa é uma opção incompatível com a Constituição, por violação da moralidade administrativa e da probidade administrativa. No atual contexto brasileiro, o indulto de crimes como peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência e outros viola mandamentos constitucionais preciosos.

A moralidade administrativa impõe a observância de preceitos éticos na atuação da Administração Pública. Ética é uma ideia associada ao bem e à justiça. E esses valores são gravemente violados pela leniência em relação a pessoas que praticaram delitos de desvio de dinheiro público. Beneficiar corruptos, corruptores, peculatórios com o cumprimento de prazo brevíssimo da pena – 20% apenas, o que, em alguns casos, é percentual menor do que a propina recebida - é clara afronta ao mandamento constitucional.

Não se trata de moralismo, não se trata de perfeccionismo, mas de um mínimo de senso comum ético que deve prevalecer nas sociedades civilizadas nas quais impere o Estado de Direito (BRASIL, 2019a, p. 30).

Lado outro, o Ministro Alexandre de Moraes, relator para o acórdão, rejeita uma interpretação do Direito que seja baseada tão somente em aspectos da moralidade comum, sob risco de invasão na esfera de atribuição de outro Poder:

Em sua tradicional obra “Liberdade e garantias constitucionais”, ROSCOE POUND discute a grande problemática da interpretação de o direito basear-se tão somente em uma suposta moralidade de época em questão, pois podemos afirmar que nem tudo que é imoral em determinada época pode ser considerado automaticamente ilegal, sem o devido processo legal, e salientou que, juntamente com a declaração de direitos, a separação dos poderes é essencial para a caracterização da liberdade (Ibrasa: São Paulo, 1976, p 70-71).

Em outras palavras, a CORTE pode não concordar com a própria existência do instituto do indulto coletivo, ou mesmo, com um ou alguns requisitos estabelecidos pelo Presidente da República, por entendê-los ineficientes ou injustos, mas, sem a existência de dispositivo inconstitucional, a CORTE não deverá desrespeitar a distribuição de poderes governamentais realizada pelo legislador constituinte (BRASIL, 2019a, p. 87)

Verifica-se entre os votos dos ministros Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes, portanto, uma divergência que ultrapassa a noção de moralidade administrativa e atinge a própria relação entre direito e moral e a possibilidade de realizar um controle jurisdicional de aspectos morais.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2934/DF, questionava-se a constitucionalidade de dispositivos legais que disciplinam o direito a licença remunerada para servidores públicos candidatos a cargos eletivos.

Ao fundamentar o argumento pela constitucionalidade da licença remunerada durante o período de campanha eleitoral, a Ministra Cármen Lúcia, relatora, mais uma vez fez referência a trecho de sua obra sobre princípios constitucionais da Administração Pública, em que compreende que se apresenta o conteúdo do princípio da moralidade administrativa:

O afastamento durante o período de campanha eleitoral é dever do servidor público candidato, sendo seu fundamento os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade administrativa. Sua finalidade é inibir o servidor de valer-se do exercício de cargo, emprego ou função pública para obter benefícios ou privilégios na campanha eleitoral, desviando-se da neutralidade, objetividade e supremacia do interesse público.

Nesse sentido, ressaltei que “a moralidade administrativa é (...) princípio jurídico que se espalha num conjunto de normas definidoras dos comportamentos éticos do agente público, cuja atuação se volta a um fim legalmente delimitado, em conformidade com a razão de Direito exposta no sistema normativo” (BRASIL, 2019b, p. 22).

Nesse contexto, o desvio da moralidade é relacionado ao desvio da finalidade de interesse público imposta à Administração Pública, na medida em que a ministra argumenta que a finalidade do afastamento seria impedir que o administrador utilizasse o exercício do cargo para fins outros que não o interesse público, o que afrontaria a noção de moralidade administrativa.

10.9. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4221 / PR

Na ADI 4221 / PR, ao julgar a constitucionalidade de dispositivo de lei do Estado do Paraná que exigiu como requisito para se candidatar ao Curso de Habilitação a necessidade de conceito profissional favorável de Comandante, Chefe ou Diretor. Argumentou a Advocacia-Geral da União que tratar-se-ia de exigência de requisito de natureza exclusivamente subjetiva é incompatível com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Em seu voto, o relator, Min. Edison Fachin, argumentou que, na hipótese, o princípio da presunção do estado de inocência deveria ser compatibilizado com o princípio da moralidade administrativa, o qual conceituou a partir da doutrina de Hely Lopes Meireles:

Especificamente no campo do Direito Administrativo, refiro-me ao princípio da moralidade administrativa, insculpido no caput do artigo 37 do texto constitucional. Como leciona Hely Lopes Meireles:

“A moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito do ‘bom administrador’, que, no dizer autorizado de Franco Sobrinho, ‘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. E explica o mesmo autor: ‘Quando usamos da expressão nos seus efeitos, é para admitir a lei como regra comum e medida ajustada. Falando, contudo, de boa administração, referimo-nos subjetivamente a critérios morais que, de uma maneira ou de outra, dão valor jurídico à vontade psicológica do administrador’. O inegável é que a moralidade administrativa integra o Direito como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade, erigindo-se em fator de legalidade.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 93-94).

Esse princípio rege todas as manifestações e relações da Administração Pública, cujo desrespeito invalida o ato administrativo e leva o servidor que atue em desconformidade com ele a sofrer processo e punição por sua conduta ímproba.

(...)

De fato, a regra é a impossibilidade de exclusão de candidatos em concurso público pela existência, por si só, de inquéritos policiais ou processos penais em trâmite. Afinal, é no âmbito da fase pré-processual ou no curso do processo criminal, que a parte tem o direito, e empreende meios nesse sentido, de demonstrar, por meio de provas e de contraposição às provas produzidas pela acusação, ser inocente em face das imputações que lhe foram feitas.

(...)

Contudo, em atenção ao princípio da moralidade administrativa, não se pode engessar a Administração, nem fechar os olhos para os desafios que a realidade nos coloca.

Faz-se necessário evitar a concretização de circunstâncias que possam significar contrariedade ao princípio de moralidade e mesmo da proibidade administrativa.

Ora, se atos administrativos podem ser invalidados por inobservância da moralidade administrativa, se o servidor público que praticar conduta ímproba pode ser processado, demitido e condenado a restituir eventual benefício financeiro indevido, como se justifica que a Administração não possa se precaver, impedindo o ingresso em cargos públicos de pessoas que não preencham o requisito da idoneidade moral? A conjugação entre os dois princípios presunção de inocência e moralidade administrativa mostra-se possível e, em verdade, imperiosa para solucionar casos como o que ora se apresenta.

Assim, admite-se que o ente público possa, por lei, instituir requisitos mais severos para a assunção de cargos que considere estratégicos (BRASIL, 2020a, p. 24-27).

Aqui, ainda que a moralidade tenha sido erigida como um princípio que vincularia a exigência de idoneidade moral por meio da instituição de requisitos de índole moral para o exercício de um cargo da carreira de segurança pública, cumpre-nos ressaltar que a presente situação se difere daquela em que o controle jurisdicional do ato administrativo se dá com base em tais requisitos de natureza moral, à revelia de qualquer previsão legal. Tal assertiva decorre da consideração de que nos parece adequado que a atividade legislativa, ao contrário do que ocorre com a atividade jurisdicional, seja conduzida por critérios de natureza moral, desde que em harmonia com os princípios fundamentais.

Situação semelhante ocorre na hipótese do art. 14, § 9º, da Constituição Federal, o qual estabelece que lei complementar disciplinará as hipóteses de inelegibilidade com vistas à proteção da moralidade, conforme já abordamos na abertura da segunda parte desse trabalho.

10.10. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 724 / DF

Na ADPF 724 / DF, discutia-se o ato de nomeação de Paulo Roberto Nunes Guedes para o cargo de Ministro de Estado da Economia. O Partido Democrático Trabalhista – PDT, requerente, apontava a inobservância aos princípios da moralidade e impessoalidade, na medida em que o nomeado integraria, na qualidade de administrador ou sócio, uma rede composta por diversos fundos e entidades atuantes nos mercados financeiro, de investimentos e de capitais.

No julgamento do Agravo Regimental na ADPF 724, o Ministro Marco Aurélio, relator, aduziu que os princípios da impessoalidade e da moralidade não poderiam ser potencializados a fim de substituir o Executivo:

Não se pode – e repito as palavras do ministro Francisco Rezek – baratear o controle concentrado. Descabe potencializar os princípios da moralidade e impessoalidade a ponto de, pretendendo substituir-se ao Executivo, exercer crivo quanto a decisão de caráter estritamente administrativo, sinalizando como proceder em termos de preenchimento de cargo de livre nomeação (BRASIL, 2022, p. 5).

Na hipótese, portanto, o ministro relator manifestou sua reticência em utilizar o princípio da moralidade administrativa para fins de ampliar o controle da Administração Pública pela via do controle concentrado a partir dos princípios da moralidade e da impessoalidade.

10.11. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6482 / DF

Na ADI 6482 / DF, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido formulado para decretar a inconstitucionalidade de dispositivo de lei que veda a exigência de contraprestação em razão do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo, ainda que esses bens ou instalações sejam explorados por meio de concessão ou outra forma de delegação. Porém, um dos argumentos da Procuradoria-Geral da República, requerente, era de que o dispositivo violaria o princípio da moralidade administrativa.

O Ministro Gilmar Mendes, relator, ao argumentar que não haveria violação à moralidade administrativa, fez referência a já mencionada doutrina da ministra Carmen Lúcia, para quem “a moralidade administrativa desempenha, então, um papel preponderante e diretivo

na garantia dos direitos subjetivos dos administrativos no exercício do poder manifestado pela função administrativo” (BRASIL, 2021a, p. 35).

Por sua vez, o Ministro Luiz Fux, recuperando os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de que a moralidade administrativa vedaria “qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos” (BRASIL, 2021a, p. 163). Nesse sentido, o conteúdo da moralidade administrativa se aproximaria da noção de boa-fé.

11. A MORALIDADE ADMINISTRATIVA NAS DEMAIS AÇÕES NO STF

As demais ações, conforme já adiantamos, totalizam 73 resultados, os quais se distribuem da seguinte forma: 28 Recursos Extraordinários (RE); 19 Mandados de Segurança (MS); 6 Ações Penais (AP); 6 Reclamações (Rcl); 4 Petições (Pet); 4 Recursos Ordinários em Mandados de Segurança (RMS); 2 Ações Originárias (AO); 2 Agravos em Recursos Extraordinários (ARE) e 2 Suspensões de Liminares.

Em 43 resultados, a moralidade administrativa foi apenas mencionada como princípio regente da Administração Pública, não sendo possível vislumbrar qualquer definição quanto ao seu conteúdo. Em outros 3 casos, abordou-se a moralidade na perspectiva do Direito Eleitoral, relativa a critérios de inelegibilidade.

Há outros 5 resultados em que a moralidade administrativa é abordada como bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, em que o sentido empregado é ligado a um dever de honestidade no trato com a coisa pública. Porém, por se tratar de matéria criminal, entendemos por bem destacar da análise.

Em 8 ações, a moralidade administrativa foi relacionada em contexto vinculado à improbidade administrativa, sendo a imoralidade concebida como má-fé do administrador no exercício da atividade administrativa. Exemplificativamente, citamos a abordagem repetida no ARE 803568 AgR/SP e no RE 976566/PA: “No dizer de WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR, ‘a Lei federal 8.429/92 instituiu no direito brasileiro um autêntico código da moralidade administrativa’ (...)”. Ainda nessa acepção relacionada à improbidade administrativa, citamos o sentido expresso na PET 3047 AgR/DF, repetido no RE 852475/SP: “O princípio da moralidade administrativa e a probidade administrativa se relacionam. Aquele, o princípio da moralidade administrativa, constitui o gênero, do qual a probidade administrativa é espécie”.

Em outras 5 hipóteses, a moralidade administrava é empregada em acepção semelhante à boa-fé objetiva, ou seja, implicando um dever de lealdade da Administração no âmbito das relações administrativas. De forma exemplificativa, citamos a noção expressa no MS 25116/DF, MS 25403/DF e MS 28720/DF:

considerando o *status* constitucional do direito à segurança jurídica (*caput* do art. 52), projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º) e elemento conceitual do Estado de Direito, tanto quanto levando em linha de consideração a lealdade como um dos conteúdos do princípio da moralidade administrativa (*caput* do art. 37), faz-se imperioso o reconhecimento de certas situações jurídicas subjetivas ante o Poder Público.

Em outros 3 julgados, há referência expressa da vinculação da moralidade administrativa a preceitos éticos e aspectos próprios da “moral comum”. Entre eles, destacamos exceto presente no acórdão RE 579951/RN:

ainda que, em muitos casos, esteja em consonância com o sentido literal da lei, caso se revele ofensiva à moral, aos bons costumes, ao poder-dever de probidade, às idéias de justiça e equidade e ao senso comum de honestidade, estará em evidente confronto com o princípio da moralidade administrativa

E, ainda, trecho do inteiro teor do acórdão do MS 28775/RJ: “No núcleo fixo do princípio da moralidade, em que pese a dificuldade de se delimitarem todas as hipóteses nele inseridas, de certo, reside a exigência de um padrão ético de conduta administrativa compatível com a função pública exercida e com a finalidade do ato praticado”.

A seguir, faremos a exposição de casos peculiares, em que houve uma abordagem diferenciada em relação ao conteúdo do princípio da moralidade administrativa.

11.1. MANDADO DE SEGURANÇA 21689 / DF

Tratava-se de mandado de segurança impetrado pelo ex-presidente Fernando Collor de Mello contra a Resolução n. 101/1992, do Senado Federal, que aplicou ao impetrante a pena de inabilitação por oito anos, para o exercício de função pública, prevista no art. 52, p. único, da Constituição. Alegava, em síntese, que a decisão pela aplicação da pena de inabilitação foi tomada após a renúncia do impetrante, a qual se tratava de pena assessória à perda do mandato e que, portanto, não poderia ser aplicada de forma autônoma.

Em seu voto contrário à concessão da ordem, seguido a unanimidade, o Ministro Carlos Velloso aduziu que a finalidade pretendida pelo impetrante com a renúncia, qual seja, impedir

a conclusão do julgamento já iniciado, seria ofensiva ao princípio da moralidade administrativa, ao qual conceituou fazendo referência à doutrina de Maurice Hauriou e destacando que não se confundiria com a moral comum:

A admissão do ato, com a finalidade pretendida, vale dizer, com a finalidade de impedir a conclusão de um julgamento já iniciado, seria ofensiva, também, ao princípio da moralidade administrativa, pressuposto de validade de qualquer ato de agente público.

Não me refiro, ao mencionar o princípio da moralidade administrativa, inscrito no caput do art. 37 da Constituição, à moral comum. Não estou, assim, valorando, de qualquer forma, os fatos que teriam sido praticados pelo impetrante e que deram ensejo à instauração do processo de impeachment. A valoração desses fatos coube ao Senado e, neste ponto, o ato deste escapa, em linha de princípio, ao controle judicial. Refiro-me à moral jurídica, que contém o conceito da moralidade administrativa, segundo Maurice Hauriou (“Précis Elémentaire de Droit Administratif”, Paris, 1926, ps. 197 e ss. Ap. Hely Lopes Meirelles, ob. cit., pág. 83). Dispor o agente público a respeito do seu próprio julgamento, obstruindo-o, por ato de sua vontade pessoal, não seria condizente com a moral jurídica, mesmo porque “seguindo-se o espírito que domina a Constituição, seus próprios termos e a sua interpretação, não seria aceitável a suposição de que alguém que tivesse que ser afastado da titularidade do cargo máximo do poder executivo por destrato com a lei pudesse continuar a participar, ativa e imediatamente, do poder público logo após a ocorrência dos fatos que teriam conduzido à condenação, frustrada por um atalho...” (Carmem Lúcia Antunes Rocha, ob. cit., pág. 167). (BRASIL, 1993, p. 87-88)

Ainda que não se trate de uma hipótese de desvio de uma competência atribuída para fins de administração, na espécie, é possível vislumbrar uma situação bastante semelhante ao desvio de poder, na medida em que o ex-presidente utilizou do instrumento da renúncia com a finalidade única de se ver livre da iminente aplicação da pena de inabilitação para o exercício da função pública.

Assim, nessa situação, é possível vislumbrar que a moralidade administrativa tenha sido empregada em sentido bastante semelhante à sua construção originária, enquanto fundamento do vício por desvio de finalidade. Com a peculiaridade de que a finalidade desviada era não a de um ato administrativo, mas da renúncia ao mandato de Presidente da República. Destacamos, porém, a tentativa, ainda que bastante simples, de distinguir a moralidade administrativa da moral comum.

11.2. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 365368 / SC

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 365368/SC, em que se debatia o ato de criação de cargos de assessoramento parlamentar na Câmara Municipal de Blumenau, o acórdão do Min. Ricardo Lewandowski faz referência a decisão monocrática

prolatada pelo Min. Carlos Velloso, na qual o princípio da moralidade administrativa foi apreendido como vinculado ao princípio da proporcionalidade:

(...) Ademais, forçoso, ainda, reconhecer a ofensa ao princípio da moralidade, eis que, dos 67 funcionários da Câmara de Vereadores de Blumenau, 42 são de livre nomeação, e apenas 25 são cargos de provimento efetivo. A professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ao discorrer sobre o princípio da moralidade do ato administrativo afirma que é necessário exigir ‘a proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir, entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos’ (BRASIL, 2007a, p. 5).

No caso, portanto, muito embora também se tenha feito menção à violação ao princípio da proporcionalidade, a moralidade administrativa foi apresentada como dever de proporcionalidade entre meios e fins, sentido, para nós, inédito, uma vez que idêntico ao princípio da proporcionalidade.

11.3. RECLAMAÇÃO 2138 / DF

No julgamento da Reclamação 2138/DF, no qual o STF entendeu pela absorção do ato de improbidade administrativa pelo crime de responsabilidade previsto na Lei 1.079/50, quando o sujeito ativo for o ocupante de alto escalão do governo, o Min. Carlos Velloso tratou o princípio da moralidade administrativa com algum destaque, de modo que convém reproduzir alguns excertos:

(...) a Constituição não entendeu suficiente proclamar o princípio da legalidade, certo que nesta se insere a moralidade administrativa, nem lhe pareceu suficiente a lição da doutrina de que o ato administrativo se compõe de elementos e um deles, da maior relevância, é o da finalidade - o ato administrativo deve ter, sempre, finalidade de interesse público - e que ato administrativo contrário à moralidade é ato que não atende à finalidade de interesse público. Foi além a Constituição. O princípio da moralidade administrativa constitui, com a Constituição de 1988, conceito jurídico autônomo. Com propriedade, leciona o professor Marcelo Figueiredo que “*hoje se tem uma idéia do princípio da moralidade como um princípio muito mais lato, de tal maneira que a moralidade já não estaria inserida na legalidade ou, se quiserem de outra maneira, o princípio da moralidade é um princípio autônomo por si só, conjugado no ordenamento jurídico constitucional, ao lado de outros tantos valores que prestigia*” (Marcelo Figueiredo, “Ação de Improbidade Administrativa, suas Peculiaridades e Inovações”, em “Improbidade Administrativa - questões polêmicas e atuais”, obra coletiva coordenada por Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, Malheiros Ed., 2001, p. 285) (BRASIL, 2007b, p. 73-74).

Nesse sentido, muito embora tenha sido referenciado o aspecto finalístico do ato administrativo como vinculado à moralidade, o ministro busca vislumbrar uma noção de moralidade administrativa que seja autônoma relativamente ao princípio de legalidade.

Prosseguindo na explanação a respeito do conteúdo do princípio da moralidade administrativa com vistas a introduzir a discussão principal dos autos, o Ministro Carlos Velloso aproxima as noções de moralidade e probidade administrativas, sendo esta considerada espécie daquela. Veja-se:

O princípio da moralidade administrativa e a probidade administrativa se relacionam. Aquele, o princípio de moralidade administrativa, constitui o gênero, do qual a probidade administrativa é espécie. “Então”, escreve Marcelo Figueiredo, “a improbidade administrativa seria a imoralidade administrativa qualificada, ou seja, a improbidade é exatamente aquele campo específico de punição, de sancionamento da conduta de todos aqueles que violam a moralidade administrativa” (Marcelo Figueiredo, ob. e loc. cit.).

A Lei 8.429, de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos pela prática de atos de improbidade, que tem sua gênese na Constituição Federal, art. 37, § 4º, é, portanto, instrumento de realização do princípio maior, o da moralidade administrativa. (BRASIL, 2007b, p. 75).

Especificamente a respeito da relação havida entre moralidade e probidade administrativa, o excerto não se distingue da ideia apresentada ao longo desta dissertação, seja na segunda parte, seja na análise de outros precedentes já na terceira parte do trabalho.

Portanto, quanto ao precedente analisado, é relevante destacar a compreensão no sentido de que a moralidade administrativa ostentaria uma autonomia em relação ao princípio da legalidade, não obstante a impossibilidade de se constatar se o autor aludido pelo ministro emprega a “legalidade” em sentido amplo, ou seja, enquanto “juridicidade”.

11.4. MANDADO DE SEGURANÇA 24020 / DF

Nos autos do Mandado de Segurança 24020/DF, discutia-se em caso de nepotismo cruzado em nomeações recíprocas. A peculiaridade reside no fato de que o Ministro Joaquim Barbosa, relator, indicou que o ato de nomeação deveria ser anulado por violação à moralidade administrativa e caracterização de sua ilegalidade, decorrente do vício de desvio de finalidade:

A nomeação da Sra. Danielle Monjardim Calazans para o cargo de assessora do impetrante é ato formalmente lícito. Contudo, no momento em que é apurada a finalidade contrária ao interesse público, qual seja, uma troca de favores entre membros do Judiciário, o ato deve ser invalidado, por violação ao princípio da

moralidade administrativa e caracterização de sua ilegalidade, por desvio de finalidade (BRASIL, 2012, p. 9).

A interpretação do trecho em questão conduz-nos a duas conclusões: a primeira delas consiste em inferir que a ação perpetrada com desvio de finalidade seria formalmente lícita, de modo que somente revelaria o vício ao se perquirir a sua finalidade, avessa ao interesse público. A segunda conclusão que se extrai é que a prática do ato com desvio de finalidade configuraria uma inobservância à legalidade substancial, uma vez que formalmente o ato seria lícito.

Contudo, não se pode discernir se se que o vício da moralidade administrativa acometeria todas as hipóteses de atos praticados com desvio de finalidade ou se tal vício estaria presente apenas na ocorrência específica do nepotismo.

11.5. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 405386 / RJ

No Recurso Extraordinário 405386/RJ, o Supremo Tribunal Federal debateu a constitucionalidade de lei municipal de efeitos concreto que havia concedido pensão especial a viúva de ex-prefeito do Município de Porciúncula/RJ.

No inteiro teor do acórdão, são várias as referências à moralidade administrativa, a começar pela ementa do julgado:

3. A moralidade, como princípio da Administração Pública (art. 37) e como requisito de validade dos atos administrativos (art. 5.º, LXXIII), tem a sua fonte por excelência no sistema de direito, sobretudo no ordenamento jurídico-constitucional, sendo certo que os valores humanos que inspiram e subjazem a esse ordenamento constituem, em muitos casos, a concretização normativa de valores retirados da pauta dos direitos naturais, ou do patrimônio ético e moral consagrado pelo senso comum da sociedade. A quebra da moralidade administrativa se caracteriza 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.

A referência à ideia segundo a qual o vício de moralidade residiria na desarmonia entre a aparência do ato e sua substância, evidenciando-se a partir de vícios relativos aos motivos, à causa ou à finalidade da atuação da Administração guarda relação muito próxima com a concepção originária de moralidade por Maurice Hauriou.

Após o voto da Ministra Ellen Gracie, relatora, no sentido de que a instituição de pensão vitalícia à viúva de ex-prefeito afrontaria os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, qualificada, no caso dos autos, pela manifesta lesividade ao erário municipal, houve o pedido de vista do Ministro Eros Grau, que externou sua preocupação quanto à

utilização do princípio da moralidade administrativa nos seguintes termos: “Também o aspecto da moralidade me preocupa muito. Temo um dia rompermos a garantia da certeza e segurança jurídica e substituímos o direito pela moral”.

Após o pedido de vista, em seu voto, o Ministro Eros Grau tratou do princípio da moralidade administrativa como um conceito essencialmente jurídico, atrelado ao desvio de poder e vinculado à legalidade. Veja-se:

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 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.

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 (BRASIL, 2013b, p. 16).

Em sequência, o Ministro Teori Zavascki buscou fixar o conteúdo do princípio da moralidade administrativa, fazendo-o da seguinte forma:

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 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 (BRASIL, 2013b, p. 38-39).

Portanto, por mais que compreenda o princípio da moralidade como um conceito essencialmente jurídico, o ministro admite que sua interpretação se dá a partir de compreensões de natureza ética e moral, de modo que os vícios do ato administrativo ofensivos à moralidade são derivados de razões subjetivas, relacionados à finalidade empregada pelo agente. Nesse sentido, continua o ministro:

do 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 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 (BRASIL, 2013b, p. 39).

Por fim, o ministro Gilmar Mendes expôs sua preocupação em se utilizar a moralidade administrativa como uma verdadeira panaceia para todos os males do controle da Administração Pública:

Já, também, em escritos mais antigos, eu venho observando o cuidado que nós devemos ter quanto à utilização do princípio da moralidade, exclusivamente, como parâmetro de controle.

Já o disse bem o Ministro Teori Zavascki, em muitos casos, o que se aponta, a pretexto de invocar o princípio da moralidade, é uma flagrante violação ao princípio da isonomia, princípio da igualdade, num caso de discriminação arbitrária, não fundamentada. Mas, aqui, como ficou demonstrado no voto de Sua Excelência, essa questão sequer foi aventada. Na verdade, partiu-se já da premissa de que a simples concessão desse benefício traduzia uma violação ao princípio da moralidade.

Eu, ainda há pouco, lia um trabalho notável do Professor Martin Kriele, da Universidade de Colônia, “Introdução à Teoria do Estado”, em que ele repassa esse debate no Direito e na cultura constitucional americana; o abuso na utilização da

cláusula do devido processo legal, que se prestou a situações, naquele momento – hoje, criticáveis –, de caráter quase que caricatural: jornadas de trabalho excessivas de mulheres, de menores, que eram declaradas inconstitucionais, porque feria a liberdade contratual com base na cláusula do devido processo legal. Nós devemos ter cuidado para que a moralidade não se torne esse tipo de pedra de toque que vai resolver todos os nossos anseios e desejos, em matéria de jurisdição constitucional. Então, esse ponto me parece já importante e bem esclarecido (BRASIL, 2013b, p. 42).

Portanto, no julgamento do aludido Recurso Extraordinário pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, três dos cinco ministros expressaram algum grau de hesitação em empregar o princípio da moralidade administrativa como fundamento para efetuar controle da Administração Pública puramente moral, assentando, assim, uma noção jurídica de moralidade. Nesse sentido, por mais que a interpretação do princípio admita, como ocorre com vários outros institutos jurídicos, a valoração a partir de critérios morais, ainda assim, seria necessário observar o sentido jurídico do princípio, o qual estaria relacionado à obrigatoriedade de se atentar à finalidade jurídica perseguida pelo ordenamento jurídico mediante a prática do ato.

11.6. AÇÃO ORIGINÁRIA 2495 / MA

Na Ação Originária 2495/MA, o Supremo Tribunal Federal julgou matéria relativa ao pagamento de valores referentes à parcela autônoma de equivalência (PAE), em favor de magistrados do Estado do Maranhão.

Na oportunidade, ao tratar da temática da prescrição das referidas parcelas, o Ministro Gilmar Mendes, relator, consignou que a prescrição não poderia ser desconsiderada pela Administração, tendo em vista o princípio da supremacia do interesse público. Nesse contexto, fez-se referência à moralidade administrativa como parâmetro do controle do ato administrativo:

O princípio da moralidade, portanto, funciona como parâmetro de controle do ato administrativo, mas deve vir aliado aos outros princípios fundamentais, como aqueles que funcionam como diretriz para a atuação da Administração Pública, como por exemplo, o § 4º do art. 37 e o inciso LXXIII do art. 5º da Constituição.

Sobre o tema, tive oportunidade de registrar em sede doutrinária:

“Apesar da dificuldade de se dizer em que consiste o princípio da moralidade, deve-se procurar resgatar um conteúdo jurídico do princípio, reconhecendo que o Estado não deve obediência a qualquer moralidade, mas somente àquela compartilhada na comunidade política específica. Dessa forma, tendo em vista que a Administração Pública deve pautar-se pela obediência aos princípios constitucionais a ela dirigidos expressamente mas também aos demais princípios fundamentais, tem-se que, em sua atuação, deve ser capaz de distinguir o justo do injusto, o conveniente do inconveniente, o oportuno do inoportuno, além do legal do ilegal. (...)”

O reconhecimento da moralidade como princípio jurídico apenas significa a atribuição a determinado ato formalmente jurídico de uma dimensão ética. Em nome deste

princípio jurídico, a correção de determinada forma jurídica pode ser questionada em razão de sua desconformidade com determinado critério de correção.

(...)

O reconhecimento da amplitude ou indeterminação dos princípios referentes à Administração Pública, em especial o princípio da moralidade, não impede o intérprete de a eles conferir maior densidade jurídica a partir do exame do próprio texto constitucional, bem como do caso concreto que está a desafiar solução. É certo, contudo, que ao administrador público já não basta cumprir formalmente a lei, visto que a constitucionalização desses princípios alarga o controle do Poder Judiciário sobre a atuação da Administração, de modo que, em casos controversos, caberá ao juiz determinar, em cada caso, o alcance, v. g., do princípio da moralidade sobre a atuação do administrador público”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 957/958) (BRASIL, 2021b, p. 45-46)

Concordamos, conforme já expusemos ao longo deste trabalho, que é necessário resgatar um conteúdo jurídico do princípio. Por outro lado, porém, ao apresentarmos, na segunda parte desta dissertação, a posição doutrinária referenciada pelo ministro em seu voto, manifestamos receio em admitir que o alcance do princípio da moralidade seja determinado pelo Poder Judiciário em cada caso. Conforme já apresentado, essa compreensão, aliada ao alto grau de indeterminação do princípio, tornaria praticamente impossível delimitar o âmbito de discricionariedade da atuação administrativa, uma vez que caberia ao próprio Poder Judiciário definir o alcance de um parâmetro de controle de extensão incerta, colocando em risco, além da segurança jurídica, o próprio princípio da tripartição de poderes.

12. CONCLUSÃO PARCIAL DA TERCEIRA PARTE

Diante da análise dos precedentes analisados, percebe-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a rigor, costuma mencionar o princípio da moralidade administrativa de forma genérica, imbricada em meio aos demais princípios da administração pública e sem preocupação em delimitar o seu conteúdo, muito embora, em vários precedentes, seja reconhecido o seu alto grau de indeterminação. Tal ocorrência foi verificada em cinquenta e nove dos cento e oito – correspondente a 54,6% – dos precedentes analisados.

Em outros seis resultados, a moralidade foi empregada enquanto direito tutelado pelos critérios de inelegibilidade, no sentido em que estabelece o art. 14, § 9º, da Constituição. Conforme apresentamos no princípio da segunda parte deste trabalho, a moralidade nesta acepção não foi objeto de investigação por duas razões principais: primeiro, porque é uma questão que se enquadra no domínio do Direito Eleitoral, e não no Direito Administrativo;

segundo, por se tratar de norma constitucional de eficácia limitada, que atribui ao legislador a tarefa de preencher o conteúdo de “moralidade” para o exercício do mandato.

Cinco outros resultados abordam a moralidade administrativa como um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal no contexto dos crimes contra a Administração Pública. Contudo, deixamos de examinar a moralidade nessa acepção específica, pois tal questão pertence ao âmbito do Direito Penal, cuja concepção não pode ser transposta para o domínio do controle da atividade administrativa, próprio do Direito Administrativo.

No que tange às acepções da moralidade administrativa relacionadas propriamente ao controle da Administração Pública, há precedentes em que o Supremo Tribunal Federal apresenta uma concepção de moralidade administrativa vinculada a preceitos éticos, aproximando-se, portanto, da noção de moral comum. A esse respeito, é relevante destacar a preocupação de alguns ministros no sentido de que essa amplitude teria o condão de conduzir à substituição do direito pela moral, ao que reagem reafirmando que a moralidade administrativa se trataria de um conceito essencialmente jurídico, cujo sentido deveria ser extraído da finalidade da lei.

Outra acepção identificada na análise dos precedentes diz respeito à compreensão da moralidade como dever de lealdade e confiança por parte do Poder Público nas relações de administração. Assim, a moralidade administrativa vincularia a ideia encampada pelo princípio geral da boa-fé, própria do Direito Privado, no âmbito da Administração Pública.

Por fim, há um outro grupo de julgados que entende a moralidade administrativa como um gênero cujo dever de probidade administrativa representa uma espécie qualificada, protegida pelo Direito Administrativo Sancionador, representado pela Lei de Improbidade Administrativa.

Evidencia-se, ademais, um dissenso no que concerne à relação entre a moralidade e a legalidade. Enquanto certos votos aludem à moralidade como conceito subordinado à legalidade, outros a tratam como princípio de conteúdo autônomo, insinuando que as exigências de moralidade caminhariam paralelamente aos preceitos legais. Não há, entretanto, uma nítida elucidação quanto à abrangência da concepção de legalidade capturada em ambas as vertentes.

Cumpramos assinalar, ainda, que as distintas concepções em apreço não se desautorizam mutuamente, comumente recorrendo-se à adoção de múltiplas definições em um mesmo acórdão, bem como por um mesmo magistrado em diferentes julgados.

O que essa terceira parte do trabalho nos revela, portanto, é que muito embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheça a larga amplitude do princípio de moralidade administrativa e a imprescindibilidade da construção interpretativa de seu conteúdo,

não há um grande empenho, salvo raras exceções, em buscar um substrato essencialmente jurídico que defina o que esse princípio verdadeiramente representa.

Nesse sentido, ainda que em determinados precedentes se faça menção explícita a Maurice Hauriou como o preeminente formulador da noção de moralidade administrativa, buscando na origem esse aludido conteúdo, nos parece haver uma compreensão superficial e historicamente descontextualizada da compreensão desse princípio, sendo raríssimas as abordagens da noção relacionada à desvirtuação de finalidade.

Por tudo que foi apresentado nesta terceira parte, concluímos que o Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião derradeiro da Constituição Federal, tem contribuído muito pouco, até o presente momento, para a identificação ou construção do conteúdo do princípio constitucional da moralidade administrativa. Tal constatação advém, em grande parte, do fato de que é bastante corriqueira a menção ao mencionado princípio sem qualquer explanação de seu conteúdo e, mesmo quando há tentativa de definição, essa ocorre de maneira desarticulada, sem que se possa inferir a consolidação de um significado específico.

13. CONCLUSÃO

Por tudo que foi exposto ao longo deste trabalho, pode-se concluir que:

I. A moralidade administrativa surge, a partir da obra de Maurice Hauriou, como fundamento do ato administrativo praticado com vício de desvio de poder em um contexto histórico de recente expansão do controle jurisdicional da Administração Pública para abarcar aspectos teleológicos do ato administrativo.

II. A partir da obra de Hauriou e com o desenvolvimento na obra de Henri Welter, a moralidade era compreendida como algo que imporia ao agente público o dever de se valer dos poderes atribuídos pelo ordenamento jurídico para fins de alcançar o interesse público. Esse dever não decorreria meramente da legislação em sua acepção restrita, mas sim de uma “moralidade”, que não se confunde com uma moralidade vulgar, mas sim com uma moralidade institucional, extraída do espírito geral da lei.

III. A ideia de moralidade administrativa surge na obra de Hauriou, a partir da teoria institucionalista, como uma reação ao positivismo formalista, segundo o qual o controle da Administração Pública se restringiria à lei. Assim, a moralidade administrativa surge como uma noção de legalidade substancial a fim de impedir retrocessos na evolução, possibilitada pela jurisprudência criativa do Conselho de Estado francês, do controle jurisdicional do ato administrativo.

IV. No Direito brasileiro, a primeira referência à moralidade administrativa teria sido feita em texto do português Antônio José Brandão, publicado na Revista de Direito Administrativo no início dos anos 50. No ensaio, o autor retoma a construção histórica da moralidade administrativa no Direito francês, fazendo, contudo, referência à possibilidade de controle da Administração Pública a partir de elementos da moral comum.

V. Na Constituição de 1988, a moralidade administrativa foi prevista como uma dupla acepção: enquanto direito coletivo tutelado pelas ações populares (art. 5º, inc. LXXIII) e como princípio regente da atividade administrativa (art. 37, *caput*). A partir disso, a doutrina administrativista brasileira começou a se debruçar sobre o princípio moralidade e a tentar defini-lo. Entre os elementos mais comuns da definição, identificam-se: a) a moralidade administrativa como vinculada ao vício por desvio de poder; b) a autonomia (ou não) moralidade administrativa frente ao princípio da legalidade; c) a moralidade administrativa como conceito vinculado à moral comum, em noção baseada na obra de Antônio José Brandão; d) a moralidade administrativa como princípio que vincularia a boa-fé objetiva no Direito

Administrativo; e) a moralidade administrativa como conceito relacionado ao dever de probidade administrativa.

VI. A aceção de moralidade administrativa como legalidade substancial, vinculada à teleologia da Administração Pública, permitiria compreendê-la como fundamento do vício do ato administrativo por desvio de poder. Isso, contudo, não implicaria dizer que o controle da moralidade administrativa seria externo ao controle de legalidade (compreendida em sentido amplo). Ou seja, ainda que tenha um conteúdo próprio, o controle da moralidade administrativa, assim como o controle de qualquer outro princípio da Administração Pública, é um controle de juridicidade.

VII. A partir de uma compreensão pós-positivista do Direito e, conseqüentemente, da força normativa dos princípios jurídicos enquanto espécie normativa, impõe-se reconhecer que a interpretação do conteúdo de moralidade importa, obrigatoriamente, em se fazer juízos de ordens moral e política acerca da noção teleológica do princípio.

VIII. Não obstante o reconhecimento da relação entre direito e moral, não seria possível concluir que a moralidade administrativa permitiria um controle da Administração Pública a partir da moral comum, uma vez que direito e moral, embora sejam campos relacionados, não são idênticos, exigindo-se, nesse sentido, a compreensão do princípio como conceito essencialmente jurídico.

IX. De forma semelhante, a moralidade administrativa, embora se aproximasse do princípio geral de boa-fé objetiva, com ele não se confundiria, possuindo, nesse sentido, conteúdo próprio.

X. Embora a noção de moralidade administrativa também se aproxime da ideia de probidade, esta seria uma espécie de moralidade qualificada pelo direito e cuja violação implicaria o vício por improbidade administrativa, atraindo a aplicação do Direito Administrativo Sancionatório consubstanciado na Lei de Improbidade Administrativa.

XI. A moralidade administrativa como direito coletivo e como princípio regente da Administração Pública não se distinguiria, representando tão somente duas perspectivas de uma mesma ideia.

XII. Nesse sentido, à luz da construção histórica do termo, a moralidade administrativa possuiria um caráter teleológico, que se destinaria a vincular a atuação estatal às finalidades do Estado, recaindo não sobre os aspectos internos da atuação do agente público, mas sobre o comportamento esperado pelo ordenamento jurídico na busca pela consecução do interesse público. O caráter valorativo e aberto da moralidade administrativa não permitiria ao intérprete

recorrer a concepções particulares de moralidade (concepção kantiana) para fins de efetivação do controle da Administração Pública.

XIII. O Supremo Tribunal Federal pouco tem colaborado para a consolidação de um conteúdo da moralidade administrativa, uma vez que, muito frequentemente, o princípio é mencionado no inteiro teor dos votos sem que se se preocupe em delimitar o seu conteúdo. Ademais, mesmo nas hipóteses em que há a tentativa de delinear o que se entende por moralidade administrativa, o princípio é utilizado em diferentes sentidos, afastando a possibilidade de consolidação de um conteúdo.

REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. O direito administrativo e sua história. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 95, p. 147-166, Janeiro 2000. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67460>>. Acesso em: 15 Agosto 2021.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios - Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O desvio de poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 172, abril/junho 1988. 1-19. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4583>>. Acesso em: 18 Fevereiro 2023.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 240, Abril/Junho 2005. 1-42. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 20 Janeiro 2023.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 232, Abril/junho 2003. 141-176. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690>>. Acesso em: 2 fevereiro 2023.

BEZIN, Guillaume; HAURIOU, Maurice. La déclaration de volonté dans le droit administratif français. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, jul-set 1903. 543-586.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ASSIS DE ALMEIDA, Guilherme. **Curso de filosofia do direito**. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BITTENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade administrativa e violação de princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BONNARD, Roger. Le pouvoir discretionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir. **Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger**, Paris, 40, 1923. 363-392.

BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, S.1, v. 25, p. 454-467, 1951. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12140>>. Acesso em: 10 Janeiro 2023.

BRASIL. **Constituição (1988)**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 13 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de julho de 1965**. Regula a ação popular. Brasília, DF. Planalto, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm. Acesso em: 15 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança n. 3221/SP**. Relator: Min. Afrânio Costa. Julgamento em 25 de maio de 1952. Diário Judicial. Brasília-DF, 23 de agosto de 1956a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso em Mandado de Segurança n. 2554/AM**. Relator: Min. Afrânio Costa. Julgamento em 12 de setembro de 1956. Diário Judicial. Brasília-DF, 01 de novembro de 1956b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso em Mandado de Segurança n. 9774/SC**. Relator: Min. Gonçalves de Oliveira. Julgamento em 25 de março de 1963. Diário Judicial. Brasília-DF, 6 de maio de 1963.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário n. 86297/SP**. Relator: Min. Thompson Flores. Julgamento em 17 de novembro de 1976. Diário Judicial. Brasília-DF, 26 de novembro de 1976.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Recurso Extraordinário n. 93564/MG**. Relator: Min. Nerí da Silveira. Julgamento em 10 de junho de 1983. Diário Judicial. Brasília-DF, 29 de junho de 1984.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Extraordinário n. 113916/SP**. Relator: Min. Carlos Madeira, Relator p/ Acórdão: Min. Francisco Rezek. Julgamento em 03 de maio de 1988. Diário Judicial. Brasília-DF, 05 de agosto de 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **MS 21689**. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgamento em 16 de dezembro de 1993. Publicado em 07 de abril de 1994. Brasília-DF. Disponível em: [HYPERLINK "https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85587"](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85587) \h <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85587> . Acesso em 25 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Extraordinário nº 206889/TO**. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento em 25 de março de 1997. Diário Judicial. Brasília-DF, 13 de junho de 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI n. 2797/DF**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em 15 de setembro de 2005a. Publicado em 19 de dezembro de 2006. Brasília-DF. Disponível em: [HYPERLINK "https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710"](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710) \h <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710> . Acesso em 04 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI n. 1231/DF**. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgamento em 15 de dezembro de 2005b. Publicado em 28 de abril de 2006. Brasília-DF. Disponível em: [HYPERLINK "https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385450"](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385450) \h <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385450> . Acesso em 08 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADC 12/DF MC**. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgamento em 16 de fevereiro de 2006. Publicado em 1º de setembro de 2006. Brasília-DF. Disponível em: [HYPERLINK "https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372910"](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372910) \h <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372910> . Acesso em 08 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **RE 365368 AgR**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 22 de maio de 2007a. Publicado em 29 de junho de 2007. Brasília-DF. Disponível em: [HYPERLINK "https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469872"](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469872) \h <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469872> . Acesso em 25 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Rel 2138/DF**. Relator Ministro Nelson Jobim. Julgamento em 13 de junho de 2007b. Publicado em 18 de abril de 2008. Brasília-DF. Disponível em: [HYPERLINK "https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649"](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649) \h <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649> . Acesso em 25 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Habeas Corpus n. 93012/DF**. Relator Ministro Menezes Direito. Julgamento em 27 de março de 2008. Brasília-DF. Disponível em: [HYPERLINK "https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2574636"](https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2574636) \h <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2574636> . Acesso em 04 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 4125/DF**. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julgamento em 10 de junho de 2010. Publicado em 15 de fevereiro de 2011. Brasília-DF. Disponível em: [HYPERLINK "https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618980"](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618980) \h <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618980> . Acesso em 08 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **MS 24020/DF**. Relator Ministro Nelson Jobim. Julgamento em 06 de março de 2012. Publicado em 13 de junho de 2012. Brasília-DF. Disponível em: [HYPERLINK "https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2174134"](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2174134) \h <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2174134> . Acesso em 25 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 4357/DF**. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgamento em 14 de março de 2013a. Publicado em 26 de setembro de 2014. Brasília-DF. Disponível em: [HYPERLINK "https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6812428"](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6812428) \h <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6812428> . Acesso em 08 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **RE 405386**. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgamento em 26 de março de 2013b. Publicado em 26 de março de 2013. Brasília-DF. Disponível em: [HYPERLINK "https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630000"](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630000) \h <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630000> . Acesso em 26 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 4169/RR**. Relator Ministro Luiz Fux. Julgamento em 25 de outubro de 2018. Publicado em 07 de novembro de 2018. Brasília-DF. Disponível em: [HYPERLINK "https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748604546"](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748604546) \h <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748604546> . Acesso em 10 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 5874/DF**. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Julgamento em 09 de maio de 2019a. Publicado em 05 de novembro de 2020. Brasília-DF. Disponível em: [HYPERLINK "https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754291421"](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754291421) \h <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754291421> . Acesso em 10 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 2934/DF**. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julgamento em 06 de dezembro de 2019b. Publicado em 17 de dezembro de 2019. Brasília-DF. Disponível em: [HYPERLINK "https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751661300"](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751661300) \h <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751661300> . Acesso em 12 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 4221/PR**. Relator Ministro Edison Fachin. Julgamento em 14 de fevereiro de 2020a. Publicado em 20 de março de 2020. Brasília-

DF. Disponível em: HYPERLINK
["https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752292898"](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752292898) \h
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752292898> . Acesso
 em 12 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADPF 724 AgR/DF**. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 11 de novembro de 2020b. Publicado em 30 de novembro de 2020. Brasília-DF. Disponível em: HYPERLINK
["https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754511187"](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754511187) \h
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754511187> . Acesso
 em 12 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 6482/DF**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 18 de fevereiro de 2021a. Publicado em 21 de maio de 2020. Brasília-DF. Disponível em: HYPERLINK
["https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755923162"](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755923162) \h
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755923162> . Acesso
 em 12 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **AO 2495/MA**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 21 de junho de 2021b. Publicado em 25 de junho de 2021. Brasília-DF. Disponível em: HYPERLINK
["https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755923162"](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755923162) \h
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755923162> . Acesso
 em 12 de fevereiro de 2023.

CAMMAROSANO, Márcio. **O Princípio Constitucional da Moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CHAPUS, René. **Droit Administratif Général**. 12^a. ed. Paris: Montchrestien, 1936.

CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de Direito Administrativo**. 7^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CONSEIL D'ÉTAT. Conseil d'État, 4 avril 1914, Gomel. **Site do Conselho de Estado francês**. Disponível em: <<https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/conseil-d-etat-4-avril-1914-gomel>>. Acesso em: 25 janeiro 2023.

CRETELLA JÚNIOR, José. Anulação do ato administrativo por "desvio de poder". **Revista de Direito Administrativo**, 91, 1968. 25–53. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/31121>>. Acesso em: 20 Fevereiro 2023.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O "desvio de poder" na Administração Pública**. 5^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. **Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB**, Belo Horizonte, 2, Janeiro/junho 2012. 83-106.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FARIAS, José Fernando. **A origem do Direito de Solidariedade**. São Paulo: Renovar, 2000.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O controle da moralidade administrativa**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Atos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1980.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GAZIER, François. Controle jurisdicional da administração pelo recurso de excesso de poder. **Revista do Serviço Público**, S.l., 68, n. 1, Julho 1955. 112-118.

GAZIER, François. Controle jurisdicional da administração por meio do recurso de excesso de poder: Cabimento do recurso por excesso de poder. **Revista Do Serviço Público**, 68, n. 2, Agosto 1955. 268-274.

GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa - história de um conceito. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 24, 2004. 219-233.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesus. **El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 1983.

HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. 4ª. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1900.

HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. 8ª. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1914.

HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. 10. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1921.

HAURIOU, Maurice. **La jurisprudence administrative de 1892 à 1929**. Paris: Recueil Sirey, v. II, 1929.

HAURIOU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação**. Tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

HUBERT, Charles. L'esthétique contrôlée (Le juge administratif et l'esthétique à travers la jurisprudence : de l'arrêt Gomel - 1914 - à nos jours). **Droit et Ville**, n. 33, 1992. 99-114.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Ediouro, 1997.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Tradução de Clélia Aparecida Martins. Petrópolis: Vozes, 2013.

LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário da administração - abuso desse poder - mandado de segurança - direito líquido e certo. **Revista de Direito Administrativo**, 14, 1948. 52-82. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10789>>. Acesso em: 20 Fevereiro 2023.

LUCAS VERDÚ, Pablo. **Curso de Derecho Político**. Madri: Tecnos, v. 1, 1972.

MAFRA FILHO, Francisco de Sales Almeida. Nascimento e Evolução do Direito Administrativo. **Revista De Direito Administrativo**, v. 238, p. 167-174, Outubro 2004.

MAIA, Antônio Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio. Os princípios gerais de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, M. **Os princípios da constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARQUES, Octavio de Barros. Jurisdição Administrativa na França. **Revista do Serviço Público**, S.l., 101, n. 3-4, jul-dez 1968. 185-192.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da Moralidade Administrativa. In: PIRES, L. M. F.; ZOCKUN, M.; ADRI, R. P. **Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Cláudio Ari. Fragmentos teóricos sobre a moralidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 235, Janeiro/março 2004. 93-116. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4512>>. Acesso em: 20 março 2023.

MELLO, Rafael Munhoz de. Desvio de poder. **Revista de Direito Administrativo**, v. 228, p. 31-66, Abril 2002. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46522>>. Acesso em: 22 Agosto 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 12^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da Boa-Fé no Direito Civil**. Coimbra: Livraria Albedina, 1997.

MICHOUD, León. Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration. **Annales de l'Université de Grenoble**, Grenoble, XXV, out-dez 1913. 429-500.

MICHOUD, León. Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration. **Annales de l'Université de Grenoble**, Grenoble, XXVI, 1914. 19-58.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 190, out-dez 1992. 1-44. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45405>>. Acesso em: 27 fev. 2023.>. Acesso em: 13 Fevereiro 2023.

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

NEGRI, Antônio. **O poder constituinte**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

PROBIDADE. **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa**, 2008-2021. Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/probidade>>. Acesso em: 27 fevereiro 2023.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em Direito Administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 1940.

REALE, Miguel. **Revogação e Anulamento do Ato Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RÉGLADE, Marc. Du prétendu controle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir. **Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger**, Paris, 32, n. 42, 1925. 413-446.

SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Madri: Marcial Pons/INAP, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TÁCITO, Caio. A reforma da jurisdição administrativa na França. **Revista de Direito Administrativo**, v. 36, p. 458-460, Abril 1954. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/13859>>. Acesso em: 23 Agosto 2021.

TÁCITO, Caio. O Abuso do poder administrativo no Brasil - Conceito e remédios. **Revista de Direito Administrativo**, 56, 1959. 1-28. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/>>. Acesso em: 5 Março 2023.

TÁCITO, Caio. Teoria e prática do desvio de poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 117, Julho/Setembro 1974. 1-18. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/40110>>. Acesso em: 20 Fevereiro 2023.

TÁCITO, Caio. Moralidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 218, out-dez 1999. 1-10. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47451>>. Acesso em: 13 Fevereiro 2023.

TÁCITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 242, Outubro/dezembro 2005. 63-73. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42964>>. Acesso em: 5 março 2023.

WALINE, Marcel. **Manuel Élémentaire de Droit Administratif**. Paris: Recueil Sirey, 1936.

WELTER, Henri. **Le Contrôle Juridictionnel de la Moralité Administrative**. Paris: Recueil Sirey, 1929.

APÊNDICE I

TÍTULO	RELATOR	DATA DO JULGAMENTO	ABORDAGEM	JUSTIFICATIVA
ADI 2979	CEZAR PELUSO	15/04/2004	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
ADI 2797	SEPÚLVEDA PERTENCE	15/09/2005	Precedente abordado no Cap. 10	
ADI 1231	CARLOS VELLOSO	15/12/2005	Precedente abordado no Cap. 10	
ADC 12 MC	CARLOS BRITTO	16/02/2006	Precedente abordado no Cap. 10	
ADC 12	CARLOS BRITTO	20/08/2008	Precedente abordado no Cap. 10	
ADI 4125	CÁRMEN LÚCIA	10/06/2010	Precedente abordado no Cap. 10	
ADI 4638 MC-Ref	MARCO AURÉLIO	08/02/2012	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
ADC 29	LUIZ FUX	16/02/2012	Outros assuntos	Trata-se da moralidade para o exercício do mandato eletivo, prevista no art. 14, § 9º, da Constituição Federal, relativa ao direito eleitoral.
ADC 30	LUIZ FUX	16/02/2012	Outros assuntos	Julgamento em conjunto com o da ADC 29. Trata-se da moralidade para o exercício do mandato eletivo, prevista no art. 14, § 9º, da Constituição Federal, relativa ao direito eleitoral.
ADI 4578	LUIZ FUX	16/02/2012	Outros assuntos	Julgamento em conjunto com o da ADC 29. Trata-se da moralidade para o exercício do mandato eletivo, prevista no art. 14, § 9º, da Constituição Federal, relativa ao direito eleitoral.
ADI 4357	AYRES BRITTO	14/03/2013	Precedente abordado no Cap. 10	
ADI 4425	AYRES BRITTO	14/03/2013	Precedente abordado no Cap. 10	
ADI 4792	CÁRMEN LÚCIA	12/02/2015	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
ADI 1923	AYRES BRITTO	16/04/2015	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.

ADI 4650	LUIZ FUX	17/09/2015	Outros assuntos	Trata-se da moralidade para o exercício do mandato eletivo, prevista no art. 14, § 9º, da Constituição Federal, relativa ao direito eleitoral.
ADPF 388	GILMAR MENDES	09/03/2016	Genérica	Moralidade administrativa citada como princípio cuja transgressão é incumbência do Ministério Público impedir.
ADI 2404	DIAS TOFFOLI	31/08/2016	Outros assuntos	Trata-se de uma concepção de moralidade comum, completamente diversa da noção de moralidade administrativa, relacionada com a exibição de programação audiovisual para crianças e adolescentes.
ADI 4938	CÁRMEN LÚCIA	26/04/2018	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
ADI 4169	LUIZ FUX	25/10/2018	Precedente abordado no Cap. 10	
ADI 4601	LUIZ FUX	25/10/2018	Precedente abordado no Cap. 10	
ADI 5874	ROBERTO BARROSO	09/05/2019	Precedente abordado no Cap. 10	
ADI 5624 MC-Ref	RICARDO LEWANDOWSKI	06/06/2019	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
ADI 2261	ALEXANDRE DE MORAES	21/08/2019	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
ADI 2934	CÁRMEN LÚCIA	06/12/2019	Precedente abordado no Cap. 10	
ADI 4221	EDSON FACHIN	14/02/2020	Precedente abordado no Cap. 10	
ADPF 418	ALEXANDRE DE MORAES	15/04/2020	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
ADI 3092	MARCO AURÉLIO	22/06/2020	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
ADI 2238	ALEXANDRE DE MORAES	24/06/2020	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
ADI 5852	DIAS TOFFOLI	24/08/2020	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
ADI 6253 AgR	CÁRMEN LÚCIA	22/09/2020	Genérica	A moralidade é mencionada apenas na ementa do julgado, não há qualquer referência nos inteiro teor dos votos que

				permita a apreensão do conceito adotado.
ADI 3161	MARCO AURÉLIO	13/10/2020	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada apenas como direito, elencado no rol Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, a ser tutelado pelo MP. Não há qualquer referência ao seu conteúdo.
ADPF 724 AgR	MARCO AURÉLIO	11/11/2020	Precedente abordado no Cap. 10	
ADI 5841 MC	RICARDO LEWANDOWSKI	21/12/2020	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
ADI 6482	GILMAR MENDES	18/02/2021	Precedente abordado no Cap. 10	
ADI 4968	ROSA WEBER	21/02/2022	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.

APÊNDICE II

TÍTULO	RELATOR	DATA DO JULGAMENTO	ABORDAGEM	JUSTIFICATIVA
MS 21814	NÉRI DA SILVEIRA	14/04/1994	Precedente abordado no Cap. 11	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
MS 21689	CARLOS VELLOSO	16/12/1993	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
RE 167137	PAULO BROSSARD	18/10/1994	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
RE 132031	CELSO DE MELLO	15/09/1995	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
MS 22432	ILMAR GALVÃO	26/06/1998	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
MS 22711	MARCO AURÉLIO	13/08/1998	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
RE 170768	ILMAR GALVÃO	26/03/1999	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
RE 229450	MAURÍCIO CORRÊA	10/02/2000	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
Rcl 2182 AgR	CELSO DE MELLO	12/03/2003	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
Rcl 2143 AgR	CELSO DE MELLO	12/03/2003	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
MS 23981	ELLEN GRACIE	19/02/2004	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
RE 305470	ELLEN GRACIE	24/05/2005	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
RMS 25367	CARLOS BRITTO	04/10/2005	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
MS 24875	SEPÚLVEDA PERTENCE	11/05/2006	Genérica	
RE 365368 AgR	RICARDO LEWANDOWSKI	22/05/2007	Precedente abordado no Cap. 11	Trecho do acórdão: "O art. 37, parágrafo 4Q da Constituição, disciplinado pela lei 8.429/1992, traduz uma concretização do princípio da moralidade administrativa inscrito no caput do mesmo dispositivo constitucional".
Pet 3923 QO	JOAQUIM BARBOSA	13/06/2007	Improbidade	
Rcl 2138	NELSON JOBIM	13/06/2007	Precedente abordado no Cap. 11	Trecho do acórdão: "a moralidade administrativa já comparecia como um dos elementos que a própria lei 4.717/65 exigia (e continua a exigir) para todo e qualquer ato administrativo, na medida em que fazia (e faz) embutir no "vício de forma" a preterição de "formalidades indispensáveis à (...) seriedade do ato". Saltando à evidência que "seriedade" não pode ser

				outra coisa que não o ingrediente ético da lisura, da integridade, da retidão, enfim, dos propósitos de quantos venham a protagonizar ato de natureza administrativa."
RE 479887	CARLOS BRITTO	07/08/2007	Moral comum	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
Rcl 3220 ED	CELSON DE MELLO	24/04/2008	Genérica	Trecho relevante do acórdão: "ainda que, em muitos casos, esteja em consonância com o sentido literal da lei, caso se revele ofensiva à moral, aos bons costumes, ao poder-dever de probidade, às idéias de justiça e equidade e ao senso comum de honestidade, estará em evidente confronto com o princípio da moralidade administrativa"
RE 579951	RICARDO LEWANDOWSKI	20/08/2008	Moral comum	Trecho do acórdão: "levando em linha de consideração a lealdade como um dos conteúdos do princípio da moralidade administrativa (caput do art. 37), faz-se imperioso o reconhecimento de certas situações jurídicas subjetivas ante o Poder Público."
MS 25116	AYRES BRITTO	08/09/2010	Boa-fé	Trecho do acórdão: "levando em linha de consideração a lealdade como um dos conteúdos do princípio da moralidade administrativa (caput do art. 37), faz-se imperioso o reconhecimento de certas situações jurídicas subjetivas ante o Poder Público."
MS 25403	AYRES BRITTO	15/09/2010	Boa-fé	Tema de direito eleitoral, relativa aos critérios de inelegibilidade.
RE 630147	AYRES BRITTO	29/09/2010	Outros assuntos	Tema de direito eleitoral, relativa aos critérios de inelegibilidade.
RE 631102	JOAQUIM BARBOSA	27/10/2010	Outros assuntos	Tema de direito eleitoral, relativa aos critérios de inelegibilidade.
RE 633703	GILMAR MENDES	23/03/2011	Outros assuntos	Trecho do acórdão: "não há nenhuma imprecisão em nós darmos prevalência, aqui, ao princípio da confiança legítima inerente à segurança jurídica e ao princípio da moralidade que se deve sempre impor à Administração, porque houve uma mudança de paradigma, agir com boa-fé".
MS 28603	CÁRMEN LÚCIA	06/10/2011	Boa-fé	
MS 24020	JOAQUIM BARBOSA	06/03/2012	Precedente abordado no Cap. 11	Trecho do acórdão: "a lealdade, um dos conteúdos do princípio constitucional da moralidade administrativa (caput do art. 37)"
MS 28720	AYRES BRITTO	20/03/2012	Boa-fé	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
RE 683168 AgR	LUIZ FUX	07/08/2012	Genérica	Moralidade administrativa abordada como bem jurídico tutelado pelos tipos penais de crimes contra a Administração Pública.

AP 470	JOAQUIM BARBOSA	17/12/2012	Outros assuntos	
RE 405386	ELLEN GRACIE	26/02/2013	Precedente abordado no Cap. 11	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
RE 503436 AgR	LUIZ FUX	16/04/2013	Genérica	Moralidade administrativa abordada como bem jurídico tutelado pelos tipos penais dos crimes contra a Administração Pública.
AP 565	CÁRMEN LÚCIA	08/08/2013	Outros assuntos	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
RMS 28208	LUIZ FUX	25/02/2014	Genérica	Trecho do acórdão: "O art. 37, parágrafo 4º da Constituição, disciplinado pela lei 8.429/1992, traduz uma concretização do princípio da moralidade administrativa"
Pet 3047 AgR	CELSO DE MELLO	02/06/2015	Improbidade	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
SL 885 AgR	RICARDO LEWANDOWSKI (Presidente)	25/11/2015	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
RE 837311	LUIZ FUX	09/12/2015	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
RMS 33666	MARCO AURÉLIO	31/05/2016	Genérica	Moralidade administrativa abordada como bem jurídico tutelado pelos tipos penais dos crimes contra a Administração Pública.
AP 971	EDSON FACHIN	28/06/2016	Outros assuntos	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
RE 729744	GILMAR MENDES	10/08/2016	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
RE 848826	ROBERTO BARROSO	10/08/2016	Genérica	Moralidade administrativa abordada como bem jurídico tutelado pelos tipos penais dos crimes contra a Administração Pública.
AP 946	MARCO AURÉLIO	30/08/2016	Outros assuntos	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
MS 31336	EDSON FACHIN	28/03/2017	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
RE 602043	MARCO AURÉLIO	27/04/2017	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
RE 612975	MARCO AURÉLIO	27/04/2017	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
AP 921	LUIZ FUX	20/06/2017	Genérica	Trecho do acórdão: "Constituição, que impõe ao Estado, como dever de moralidade, no artigo 37, cumprir a sua palavra".
Pet 7074 QO	EDSON FACHIN	29/06/2017	Boa-fé	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
MS 34472 AgR	DIAS TOFFOLI	06/10/2017	Genérica	Trecho do acórdão: "No núcleo fixo do princípio da moralidade, em que pese a dificuldade de se delimitarem todas as hipóteses nele inseridas, de certo, reside a exigência de um padrão ético de conduta administrativa compatível com a função

				pública exercida e com a finalidade do ato praticado".
MS 28775	DIAS TOFFOLI	17/10/2017	Moral comum	Moralidade administrativa abordada como bem jurídico tutelado pelos tipos penais dos crimes contra a Administração Pública.
RE 696533	LUIZ FUX	06/02/2018	Outros assuntos	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
AP 937 QO	ROBERTO BARROSO	03/05/2018	Genérica	Trecho do acórdão: "A ação de improbidade administrativa ostenta natureza civil (extrapenal). Sua finalidade é tutelar a moralidade administrativa e o erário, mediante a aplicação de sanções aos agentes públicos ímprobos, como a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário."
Pet 3240 AgR	TEORI ZAVASCKI	10/05/2018	Improbidade	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
Rcl 23384 AgR	RICARDO LEWANDOWSKI	04/06/2018	Genérica	Trecho do acórdão: "No dizer de WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR, "a Lei federal 8.429/92 instituiu no direito brasileiro um autêntico código da moralidade administrativa"
RE 852475	ALEXANDRE DE MORAES	08/08/2018	Improbidade	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
RMS 33151	MARCO AURÉLIO	16/10/2018	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
RE 409356	LUIZ FUX	25/10/2018	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
RE 1027633	MARCO AURÉLIO	14/08/2019	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
Rcl 15564 AgR	ROSA WEBER	10/09/2019	Genérica	Trecho do acórdão: "No dizer de WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR, "a Lei federal 8.429/92 instituiu no direito brasileiro um autêntico código da moralidade administrativa"
RE 976566	ALEXANDRE DE MORAES	13/09/2019	Improbidade	Trecho do acórdão: "No dizer de WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR, "a Lei federal 8.429/92 instituiu no direito brasileiro um autêntico código da moralidade administrativa"
ARE 803568 AgR	LUIZ FUX	20/12/2019	Improbidade	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
MS 36412 AgR	RICARDO LEWANDOWSKI	22/05/2020	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
MS 30943	GILMAR MENDES	16/06/2020	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
AO 2415 AgR	MARCO AURÉLIO	30/11/2020	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
RE 652229	GILMAR MENDES	15/12/2020	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.

RE 1070522	LUIZ FUX	18/03/2021	Genérica	
AO 2495	GILMAR MENDES	21/06/2021	Precedente abordado no Cap. 11	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
MS 37231	MARCO AURÉLIO	28/06/2021	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
MS 36215 AgR	ROBERTO BARROSO	27/09/2021	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
RE 677725	LUIZ FUX	11/11/2021	Genérica	Trecho do acórdão "a perda do cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado (artigo 128, I, a), contudo, não se pode interpretar essas garantias isoladamente, conjugando-as às demais normas constitucionalmente fixadas, dentre elas o princípio da moralidade. Assim, não é inconstitucional o disposto no artigo 208, parágrafo único, da LC 75/1993, ao prever a perda dos vencimentos e demais vantagens do cargo em razão da propositura de ação civil para a perda do cargo, após regular processo administrativo"
RE 918880 AgR	ROSA WEBER	21/02/2022	Improbidade	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
MS 34057	LUIZ FUX	23/05/2022	Genérica	Trecho do acórdão: "No dizer de WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR, "a Lei federal 8.429/92 instituiu no direito brasileiro um autêntico código da moralidade administrativa"
ARE 1318242 AgR	ROSA WEBER	22/08/2022	Improbidade	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.
SL 1620 MC-Ref	ROSA WEBER (Presidente)	27/03/2023	Genérica	A moralidade administrativa é mencionada genericamente, mas não é definida.