



**TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**

Moralidade Administrativa: conceito e controle

Março 2006

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO / UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Moralidade Administrativa: conceito e controle

Artigo de conclusão do Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Público e Controle Externo, oferecido aos Analistas e Técnicos do Tribunal de Contas da União para obtenção do grau de Especialista.

Cíntia Zaira Messias de Lima¹

Orientadora: Prof. Dra. Alejandra Leonor Pascual²

Março 2006

¹ Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas da União. Matrícula TCU 5044-0 e UnB 05/08993.

² Professora Adjunta na Universidade de Brasília, Mestre e Doutora em Direito (UFSC).

Sumário

INTRODUÇÃO	3
1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A MORALIDADE ADMINISTRATIVA.....	3
1.1 ORIGENS – O PENSAMENTO DE MAURICE HAURIUO	3
1.2 CONCEPÇÃO DE MORALIDADE NO PERÍODO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	5
1.3 CONCEPÇÃO DE MORALIDADE NO PERÍODO POSTERIOR À PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	8
1.4 UMA CONCEPÇÃO DIFERENTE.....	10
2. O CONTROLE DA MORALIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA	16
2.1. O CONTROLE POSITIVADO	16
2.2. O CONTROLE PELO JUDICIÁRIO	17
2.3. O CONTROLE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS	20
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	23
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	25

Introdução

A moralidade administrativa ganhou grande impulso na investigação doutrinária brasileira após sua introdução de forma expressa na Constituição Federal de 1988 – CF/88 (artigos 5º, LXXIII, e 37, *caput*).

Muitos são os livros e artigos publicados em revistas especializadas que tratam da matéria, observando que a grande maioria dos autores ainda relaciona a moralidade administrativa com a noção trazida por Maurice Hauriou no início do século XX, no sentido da boa administração.

O presente trabalho pretende trazer, na linha proposta por José Guilherme Giacomuzzi e a partir da análise do texto constitucional e da legislação inferior vigentes, uma nova visão para a questão com o objetivo de auxiliar na identificação, pelos órgãos e agentes competentes, do efetivo respeito ou não da moralidade no âmbito da Administração Pública.

Assim, serão consideradas, inicialmente, as origens da idéia de moralidade administrativa, a partir dos ensinamentos de Maurice Hauriou. Na seqüência, será realizada uma breve análise do desenvolvimento da temática em períodos anteriores e posteriores à promulgação da CF/88 e proposta uma nova visão da temática a partir da distinção entre a moralidade administrativa prevista no art. 5º, LXXIII, da CF/88, e o princípio da moralidade constante do art. 37, *caput*.

Por fim, será abordada brevemente a jurisprudência relacionada com o tema, com destaque para o papel das Cortes Administrativas na fiscalização e avaliação do respeito ao princípio da moralidade pela Administração Pública.

1. Breves considerações sobre a Moralidade Administrativa

1.1 Origens – o pensamento de Maurice Hauriou

Como de longa data destacado pelos administrativistas que trataram do tema³, a idéia de moralidade administrativa surgiu após o amadurecimento, no âmbito do direito privado, da doutrina do abuso do direito, instituto de correção destinado a evitar desvios morais na aplicação do direito, tido como a “primeira intromissão da

³ Dentre eles, Antônio José Brandão, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Maria Sylvia Zanella di Pietro, José Guilherme Giacomuzzi, Ana Sabrina Silveira Martins, conforme obras referenciadas neste artigo.

regra moral na esfera do jurídico”⁴. Foi a partir de então que surgiram novos conceitos impregnados de sentido moral, como locupletamento ilícito, obrigação moral, bom pai de família, mulher honesta.

A repercussão dessa “intromissão” no ramo do direito público ocorreu tão-somente no início do século XX com o desenvolvimento do instituto do desvio de poder pela jurisprudência do Conselho de Estado Francês, cúpula do contencioso administrativo na França, como meio de se assegurar o cumprimento pela atividade administrativa dos fins exigidos pela lei ou pelo interesse público. Maurice Hauriou, como membro daquele Conselho, foi quem utilizou pela primeira vez a expressão “moralidade administrativa”, desenvolvendo sua tese no caso Gommel, Sirey, em 1917:

(...) 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”.⁵

Na apresentação do pensamento de Hauriou, Ana Sabrina Silveira Martins destaca que, ao definir moralidade administrativa como “o conjunto de regras de conduta advindas da disciplina interior da Administração”⁶, o autor esclarece que “os agentes públicos não só precisam agir de acordo com as leis jurídicas vigentes, mas igualmente, respeitar a ordem interna da instituição pública”⁷. A esta ordem interna, explica a autora, Maurice Hauriou denominou moralidade pública.

Ciente da dificuldade em aferir o exato conteúdo desta ordem interna, prossegue Silveira Martins, Hauriou construiu a idéia de moralidade administrativa a partir da noção de boa administração, que se caracterizaria sempre que o agente conseguisse atender satisfatoriamente ao interesse coletivo tutelado pela norma jurídica.

A fiscalização desse bom administrador não poderia se restringir à legalidade e deveria se estender ao exame dos motivos e fins do ato. Nesse sentido, Hauriou buscou suprir esse controle da moralidade administrativa através da Teoria do Desvio do Poder⁸.

A idéia de moralidade administrativa nasceu, assim, vinculada à de desvio de poder, então defendida como hipótese de ilegalidade, o que pode ser entendido por

⁴ BRANDÃO, Antônio José. Moralidade Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 25, p.454-467, jul./set. 1951, p. 456.

⁵ HAURIOU, Maurice, apud BRANDÃO, Antônio José, op. cit., p. 457.

⁶ HAURIOU, Maurice, apud BRANDÃO, Antônio José, op. cit., p. 457.

⁷ SILVEIRA MARTINS, Ana Sabrina. Moralidade Administrativa no Estado Democrático de Direito. *Revista do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 19, nº 34, 1º sem. 2001, p. 171.

questões históricas: nos primórdios do século XX prevalecia o pensamento positivista do Direito, com grandes dificuldades para o controle judicial dos atos administrativos fora do âmbito da legalidade.

Nas palavras de Silveira Martins, para se possibilitar o controle moral dos atos, “apostou-se mais na ilegalidade por desvio de finalidade (ou de poder), finalidade esta componente inafastável de todo ato administrativo, transformando a moralidade, como regra de conteúdo moral, em regra jurídica”.⁹

1.2 Concepção de moralidade no período anterior à Constituição Federal de 1988

Na tentativa de dar independência e conteúdo à expressão moralidade administrativa e seguindo as idéias de Hauriou, Welter defende a separação entre a moralidade e a legalidade, propõe a inclusão do erro de fato e do controle dos motivos do ato como hipóteses referentes à moralidade administrativa e adverte que essa moralidade não deve ser confundida com a moralidade comum:

...ela é composta por regras da boa administração, ou seja: pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa.¹⁰

Lacharrière, por sua vez, refere-se à moralidade administrativa como “o conjunto de regras que, para disciplinar o exercício do poder discricionário da Administração, o superior hierárquico impõe aos seus subordinados”.¹¹ Acrescenta o autor que semelhantes regras não se confundem com as regras da moral comum, pois são regras de boa administração.

No entanto, as teorias de Hauriou e seus seguidores não obtiveram consagração em seu país de origem na forma proposta¹² e tanto a doutrina como a jurisprudência francesas acataram o controle da moralidade administrativa, ora como hipótese de ilegalidade interna em razão do conteúdo/objeto do ato, ora como hipótese

⁸ SILVEIRA MARTINS, Ana Sabrina, op. cit., p. 171.

⁹ SILVEIRA MARTINS, Ana Sabrina, op. cit., p. 172.

¹⁰ WELTER, apud BRANDÃO, Antônio José, op. cit., p. 459. GIACOMUZZI, José Guilherme. A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública – o conteúdo dogmático da moralidade administrativa, p. 84-90.

¹¹ *Le contrôle hiérarchique de L'Administration dans la Forme Juridictionnelle*, 1938.

¹² Neste sentido, observa Maria Sylvania Zanella di Pietro que, dentre os publicistas franceses mais recentes, não se notam grandes preocupações com o signo “moralidade administrativa”, cujo conceito foi equiparado ao instituto do desvio de poder, hipótese de ilegalidade (“Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988”. São Paulo: Atlas, 1991, p. 102).

de ilegalidade interna em razão dos seus motivos, deslocando sua análise para o âmbito da legalidade do ato administrativo¹³.

Merecem destaque ainda, nesse período, as obras de Antônio José Brandão¹⁴ e de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho¹⁵, freqüentemente citados por todos os que tratam do tema moralidade administrativa.

Brandão parte da doutrina e do conceito apresentados por Hauriou, desenvolvidos por Welter e Lacharrière, e também relaciona a moralidade administrativa com a figura da boa administração.¹⁶

Para o autor, a imoralidade penetra no mundo jurídico por uma “perturbação da ordem jurídica semelhante à produzida pelo abuso do direito: o desvio de poder”, cuja causa seria a imoralidade da intenção do agente, que levou à escolha de fim metajurídico irregular, pois em dissonância com o fim concreto de pública administração pressuposto pelas atribuições do órgão e pelas modificações da ordem jurídica atribuídas por lei aos atos praticados no uso dos diversos poderes jurídicos da sua competência.¹⁷

Em aprofundado estudo sobre a moralidade administrativa, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho traz, na mesma linha dos autores acima mencionados, a figura do dever geral de boa administração, um dever de natureza moral imprescindível à regularidade do liame existente entre os motivos (pressupostos fáticos e jurídicos) e o próprio objeto/conteúdo do ato administrativo.

Franco Sobrinho desenvolve seu trabalho a partir de alguns pressupostos: a) em primeiro lugar, há a necessidade de se examinar os motivos da Administração, de se indagar a intenção subjetiva da Administração para desvendar os elementos intrínsecos que atuaram na formação da vontade; e b) em segundo lugar, que na formação do ato

¹³ Para maiores esclarecimentos, vide GIACOMUZZI, José Guilherme, op. cit., p. 108-118.

¹⁴ BRANDÃO, Antônio José. Moralidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 25, p.454-467, jul./set. 1951.

¹⁵ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O Controle da Moralidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 1974.

¹⁶ Brandão define o bom administrador como: “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 dele conduta honesta, verdadeira, intrínseca e extrinsecamente conforme a função realizada por seu intermédio” (BRANDÃO, Antônio José, op. cit., p. 462).

¹⁷ BRANDÃO, Antônio José, op. cit., p. 464-465. Quanto à fiscalização dessa moralidade administrativa, o autor destaca que 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. Dessa forma, defende o exame do desvio de poder como o “exame da sua [do ato administrativo] regularidade jurídica, enquanto nela se reflete o intuito moral do agente na escolha do fim concreto a atingir” (p. 467).

administrativo encontra-se presente um elemento (ou requisito), não considerado pelos doutrinadores em geral, de natureza moral¹⁸.

Diferentemente de Brandão, o autor reconhece que, a partir de uma visão mais abrangente do Direito, “as fronteiras da legalidade não excluem os postulados da moralidade”¹⁹ e propõe existir, na legalidade, um espaço próprio para a moralidade administrativa, encontrado na causa e no fim do ato, no motivo e no exame dos fatos²⁰.

A caracterização da “não moralidade”, em resumo, dependeria da legitimidade e juridicidade dos motivos e do objeto do ato administrativo.²¹

¹⁸ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O Controle da Moralidade Administrativa. São Paulo: Saraiva, 1974. O autor argumenta que, sem o elemento moral “nos demais elementos ou participantes deles, afastada a condição de moralidade, jamais o ato administrativo atinge a perfeição e a eficácia” (p.106), e destaca: “O fator *moral*, comprometendo a própria responsabilidade pública, há de influir para que a causa seja legítima, o conteúdo efetivamente de direito, o condicionamento regrado, enquanto que a capacidade e a competência não extravasem as faculdades das pessoas administrativas” (p.9).

¹⁹ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira, op. cit., p. 4.

²⁰ Em sua obra “O Controle da Moralidade Administrativa”, acima citada, o autor afirma que “O *motivo*, então, como elemento externo do ato, e a *causa*, como responsável pela produção do ato, tanto na atividade regrada como na atividade discricionária, integram-se no ato através do concurso do elemento *moral* característico na lisura pressuposta de bom comportamento administrativo” (p. 104). No mesmo sentido, ao admitir que o ato administrativo exige vontade, competência, objeto possível e lícito, fim legal e forma para ter vida soberana, afirma que no ponto *objeto possível e lícito* o ato confunde-se com atuação moral e moralidade (p.68). Em relação ao fato jurídico, pressuposto para a realização do ato, esclarece: “O *fato* imaginado, fantasioso, inventado, possivelmente criado, irrelevante para a sociedade, que não exterioriza *acontecimento concreto*, de gênese e fins políticos, estranho às formas aconselhadas pelo direito, tal *fato* só pode germinar reflexos *não morais* na ordem jurídica. Igualmente com os *serviços públicos* as hipóteses também são racionalmente viáveis. Há serviços necessários e não necessários. Indispensáveis e gravosos. Como existem *modos de gestão* de categorias diversas todas elas confiadas aos critérios de boa administração” (p. 84). E mais, destaca como hipóteses de não moralidade as situações em que: a) o fato não justifica o ato, viciando-o na origem; b) o ato não corresponde ao fato, desviando-se da causa; c) o fato não exterioriza motivos determinantes à prática do ato; e d) o ato não formaliza regras jurídicas estabelecidas (p.85). Complementa, nos seguintes termos: “Para o hermeneuta, ou para o juiz aplicador da norma, o fato passa a ter tanta importância quanto o ato. Não se harmonizando fato e ato, causa e efeito, prevalecem as dúvidas. E dúvidas que se dirigem a duas deduções: a) uma essencial que respeita ao comportamento incomum administrativo; b) outra que forçosamente se inclina para a inexistência de moralidade na conduta administrativa” (p. 90).

Quanto à apreciação da moralidade como elemento do ato, o autor alerta que o “...desafio está precisamente nisto: em permitir que os analistas do ato administrativo passem a distinguir claramente nos componentes do ato os requisitos que nascem das exigências legais”, e destaca a importância de constar, a formação da vontade da Administração de um “a) ...um processo ordenado de formalidade; processo marcante da fronteira entre as garantias do administrado e da legalidade administrativa; processo cujo fim é o de assegurar o respeito dos interesses postos em causa; b) ... a obrigação, por assim dizer necessária, de fundamentar-se a decisão ou o ato; as razões motivantes do ato onde o objeto apareça certo e legal, conveniente e oportuno.” (p.107)

²¹ Para Franco Sobrinho, a moralidade emerge no âmbito do vazio legislativo da discricionariedade administrativa: “Desde que a lei não possa dar às coisas senão uma indeterminada e vaga orientação, a tutela da moralidade aparece como princípio disciplinador, em oposição à liberdade de ação administrativa. Mas se a lei diz com clareza o que pretende, essa tutela também é válida desde que se caracterize o desvio ou o excesso de poder, levando a Administração à responsabilidade. 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, Manoel de Oliveira, op. cit., p. 27-28).

1.3 Concepção de moralidade no período posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988

A importância de se conceituar a moralidade administrativa cresceu, no Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 – doravante CF/88 – que a incluiu expressamente como bem jurídico a ser protegido via Ação Popular (art. 5º, LXXIII²²) e elevou o princípio de mesmo nome à categoria de princípio constitucional de observância obrigatória para toda a administração pública direta e indireta de todos os Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 37, *caput*).

A doutrina brasileira mais recente, ao tratar do princípio da moralidade administrativa, faz menção às regras da boa administração, como Maria Sylvia Zanella di Pietro²³, Valéria Oliveira Quixadá²⁴ e Hely Lopes Meirelles²⁵, bem como a institutos ou princípios outros igualmente de difícil definição, como moral comum, bons costumes, razoabilidade, proporcionalidade, honestidade, justiça, equidade e outros, sem, contudo, conseguir trazer ao tema uma visão mais objetiva e que auxilie na fiscalização da moralidade no âmbito da Administração Pública.

Moreira Neto²⁶ parte do conceito proposto por Hauriou²⁷ e, seguindo as lições de Franco Sobrinho, considera que o referencial da moralidade administrativa é a

²² “LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato esivo 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”.

²³ “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 equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 14ª ed., 2002, p. 79).

²⁴ “(...) entendemos que a moralidade administrativa fundamenta-se em parâmetros comportamentais baseados na noção do que a sociedade, em determinado tempo e lugar, considere como “boa administração”, a cuja observância está adstrito o Administrador no seu mister de conduzir os negócios estatais como corolário da própria função na qual encontra-se investido e tendo em mente o interesse público a ser preservado dentro da ética ditada para a instituição” (QUIXADÁ, Valéria Oliveira. Princípio da Moralidade Administrativa: autonomia, aplicabilidade e controle em face da Constituição de 1988. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, v. 28, n. 73, jul/set 1997, p. 54).

²⁵ O autor trabalha a partir da doutrina de Hauriou, Welter e Franco Sobrinho, invoca a figura do “bom administrador” e afirma: “o certo é que a *moralidade* do ato administrativo juntamente a sua *legalidade* e *finalidade*, além da sua adequação aos *demais princípios* constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 26ª ed., 2001, p. 84).

²⁶ Para o autor, a disciplina interior a que se refere Hauriou pode ser entendida como “(...) um sistema de moral fechada [moral social, referida a um grupo determinado, em contraposição à moral aberta, individual e ligada à consciência que cada indivíduo tem sobre o bem e o mal], 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 [a Administração como uma instituição finalisticamente orientada – visando o interesse público]” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *op.cit.*, p. 7-8.

finalidade pública, a qual há de se compreender na apreciação dos motivos e do objeto que se pretende realizar ou se realizou com o ato²⁸.

Na tentativa de distinguir a moralidade da legalidade, o autor observa que, sob o prisma da moralidade, não é suficiente que tais elementos do ato tenham existência e satisfaçam os requisitos legais de validade. Em suas palavras, é “... necessário ir adiante, na análise da ação administrativa, para investigar se o conjunto dos seus elementos realmente sustenta o interesse público ou apenas dá a falsa impressão de que o faz”.²⁹

Destaca, por sua vez, que esse é o mesmo tipo de exame preconizado para detectar os vícios da discricionariedade e, melhor explicitando a teoria colocada por Franco Sobrinho, conclui que ocorre vício de moralidade administrativa e, portanto, o ato praticado não concorre para a boa administração, quando o agente pratica ato administrativo fundando-se em motivo: a) inexistente – não pode suportar a realização de qualquer finalidade pública; b) insuficiente – dificilmente suporta a realização de qualquer finalidade pública; c) inadequado – inexistente a necessária correspondência entre o que deveria motivar o ato e a natureza categorial do seu objeto; d) incompatível – não guarda adequação com o objeto do ato; ou e) desproporcional – embora declinado verdadeiramente, é erroneamente estimado pelo agente para servir de fundamento para sua ação (a valoração deve ser razoável);

Ou ainda, quando a prática do ato visa a objeto: a) impossível – o resultado visado é física ou juridicamente impossível (a imoralidade está no uso do poder estatal para a busca de um objeto impossível); b) desconforme – há incompatibilidade lógica entre a escolha (discionária) e o interesse público contido na regra da finalidade; c) ineficiente – há grave comprometimento do interesse público pela desproporcionalidade entre custos e benefícios: “atender de forma grosseira, canhestra, desastrada, numa palavra ineficiente, o interesse público, caracteriza a modalidade mais disseminada de imoralidade administrativa”.³⁰

Como se viu, os autores relacionam a moralidade administrativa ora com a teoria do desvio do poder, ora com a moral interna da Administração, ora com o dever

²⁷ Hauriou conceitua moralidade administrativa como o “Conjunto de regras de conduta advindas da disciplina interior da Administração”.

²⁸ “Importa, está claro, a *ilegitimidade do fim* que o ato administrativo persegue. Contudo, se faz importante saber que esse fim há de se compreender na apreciação dos *motivos*. E muito mais que isso no *negócio jurídico* que a Administração já realizou ou tende a realizar”. FRANCO SOBRINHO, apud MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, op.cit., p.10.

²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, op.cit., p. 11.

de boa administração, ora com pautas éticas da atuação dos agentes públicos, ora com princípios outros de semelhante indefinição conceitual.

Com seu ponto de vista, Moreira Neto tentou trazer mais objetividade à temática e caracterizar a não moralidade administrativa mediante o exame dos motivos e do objeto do ato administrativo. Avançou na análise, por certo, mas permanecem dúvidas quanto ao conteúdo e à efetiva autonomia do princípio da moralidade administrativa, pois as hipóteses de vício de moralidade propostas pelo autor confundem-se com as de desvio de poder ou de nulidade previstas na Lei 4.717/65 (lei da ação popular – LAP).

1.4 Uma concepção diferente

José Guilherme Giacomuzzi propõe uma nova visão da temática e sugere uma polissemia do signo “moralidade administrativa” na CF/88: enquanto a moralidade do inciso LXXIII do art. 5º encerra uma das causas de pedir da ação popular, o *caput* do art. 37 da Constituição traz um princípio jurídico. Cuidemos de cada uma dessas hipóteses.

Defende o autor que a moralidade administrativa do art. 5º é a constitucionalização de uma noção antiga vinculada à *legalidade substancial* do ato administrativo, pois “o objeto litigioso do processo de ação popular está na lei infraconstitucional desde 1965, via LAP, especificamente nas alíneas ‘c’, ‘d’ e ‘e’ do parágrafo único do art. 2º da referida lei”³¹.

Reputamos estar com razão Giacomuzzi.

O art. 5º, inciso LXXIII, da CF/88 concede legitimidade a qualquer cidadão para propor ação popular e enumera as causas que podem dar suporte fático ao pedido de anulação ou de declaração de nulidade de ato administrativo: lesão ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio

³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, op.cit., p. 14.

³¹ Para GIACOMUZZI (op. cit., p. 184), “o legislador constituinte de 1988 deu, no art. 5º, *status* constitucional a um aspecto especial da legalidade, qual seja, a legalidade *interna* do ato administrativo. Legalidade, como diria Welter, considerado o *sensu lato* da palavra. Legalidade *substancial*.” O autor classifica as modalidades de ilegalidade do ato administrativo, invocando os ensinamentos de René Chapus, em externas e internas (p. 113-116). São ilegalidades externas a incompetência, o vício de procedimento e o vício de forma. Configuram ilegalidades internas aquelas advindas:

a) em razão do conteúdo – o conteúdo do ato não é conforme à legalidade;
 b) em razão dos motivos – quando o ato derivar de: 1) erro de direito, quando invocada uma norma inexistente, inaplicável, ilegal, ou quando houver erro na interpretação da norma; 2) erro de qualificação jurídica dos fatos, pois os fatos devem justificar juridicamente a decisão; e 3) erro de fato, caracterizado quando não estabelecida a exatidão material dos fatos invocados;
 c) em razão da intenção do agente – nos casos de desvio de poder (ou finalidade).

ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Tais causas devem estar devidamente caracterizadas na ação, pois, como um de seus elementos (causa de pedir remota), identificam a demanda com as conseqüências processuais conhecidas: litispendência, coisa julgada, continência, conexão, e outras.

O bem jurídico “moralidade administrativa” é de significado incerto e necessita, para a aplicabilidade do dispositivo, de delimitação de conteúdo e clareza conceitual.

A Lei 4.717/65, que regulamenta o dispositivo constitucional, assim dispõe:

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:

...

- 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.

Como se constata, as hipóteses das alíneas “c”, “d” e “e” coincidem com tudo o que se produziu em doutrina e jurisprudência sobre o tema desde sua origem (itens 1.1 a 1.3 deste artigo) e conferem conteúdo à “moralidade administrativa” do art. 5º, da CF/88, e objetividade à tarefa de identificação desta causa autorizadora da ação popular.

Este é o conceito e conteúdo que se deve aplicar à moralidade administrativa do art. 5º, que em nada se confunde com a expressão “moralidade” constante do art. 37, aparentemente esvaziada de significado perante a abrangência assumida pelo art. 5º com a Lei 4.717/65.

O art. 37 da CF/88 estabelece princípios, os quais possuem caráter normativo e carregam em si valores fundantes do ordenamento jurídico: são mandatos de otimização de condutas, no dizer de Alexy, e controlam o poder discricionário do administrador³². Determinam “o que deve ser”, exigem interpretação doutrinária e

³² ALEXY, Robert, apud GIACOMUZZI, José Guilherme, op. cit. P. 209-212.

jurisprudencial para delimitação de seu conteúdo e sofrem adaptações evolutivas ao longo do tempo, em decorrência desses trabalhos hermenêuticos.

Dentre os princípios aplicáveis à Administração Pública, a CF/88 listou o da moralidade (e não moralidade administrativa), para o qual Giacomuzzi identifica dois aspectos: um objetivo, preenchido com a boa-fé objetiva da Administração; e outro subjetivo, relacionado com o dever de probidade do administrador público.

Quanto ao primeiro aspecto, Giacomuzzi parte do pressuposto de que Hauriou buscou no Código Civil Alemão (§§ 157 e 242, do BGB, de 1900) a equivalência entre boa administração e boa-fé e defende ser esta a verdadeira origem da idéia “moralidade administrativa”.³³

Afirma, juntamente com Judith Martins Costa, que:

(...) a boa-fé objetiva caracteriza-se por significar um modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico ligado às idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica do § 242 do BGB: regra de conduta baseada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses de terceiros, vistos como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado³⁴ (grifo nosso).

Argumenta que a Lei 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo – LPA) corrobora com este entendimento, pois faz constar expressamente a boa-fé como critério a ser observado nos processos administrativos (art. 2º, p. único, inciso IV, LPA)³⁵, e estabelece uma relação direta deste inciso com o princípio da moralidade previsto no *caput* do mesmo artigo³⁶.

Outros autores brasileiros também já fizeram a vinculação da moralidade com a boa-fé, sem, contudo, especificar expressamente que se referem à boa-fé objetiva: Celso Antônio Bandeira de Mello declara que o princípio da moralidade administrativa compreende os princípios da lealdade e da boa-fé³⁷; Juarez Freitas sustenta que o princípio da confiança ou da boa-fé nas relações administrativas é “manifesto resultado

³³ Para maiores informações sobre o entendimento do autor, vide páginas 62-74 de sua obra acima citada.

³⁴ MARTINS-COSTA, Judith, apud GIACOMUZZI, José Guilherme, op. cit., p. 240.

³⁵ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

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

...

IV – atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.

³⁶ Para o autor, os critérios enumerados no parágrafo único do art. 2º da LPA guardam relação de dependência quase pontual com cada um dos princípios previstos no *caput*, referindo-se, o inciso IV (“atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”), ao princípio da moralidade, conforme página 245, da obra acima citada.

³⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 9ª ed., 1997, p. 73.

da junção dos princípios da moralidade e da segurança nas relações jurídicas”³⁸; e Germana de Oliveira Moraes afirma que “violar o princípio da boa-fé significa também violar o princípio da moralidade” e vincula a boa-fé com a veracidade, a confiança, a honestidade e a lealdade³⁹.

Defensável a proposta apresentada por Giacomuzzi, e já citada por outros doutrinadores, com a qual concordamos.

O modelo de Estado atual (Estado do bem estar social, modificado pelas privatizações, terceirizações e regulações do mercado), cuja Administração tem-se pautado pelo consenso e diálogo com setores da sociedade, deve basear sua conduta na honestidade, retidão, lealdade e na consideração para com os interesses dos administrados.

Isso faz parte de sua moralidade e possui natureza eminentemente objetiva, pois independe da intenção do agente público envolvido na prática do ato administrativo⁴⁰.

Deve a Administração, por exemplo, honrar as promessas de compra e venda de imóveis pertencentes a loteamentos irregulares promovidos pelo próprio ente público, regularizando-os, como já decidiu o STJ (proibição do *venire contra factum proprium*)⁴¹. Deve, também, cumprir o compromisso assumido pelo agente público de suspensão da execução judicial de dívida bancária em favor de todo administrado que preencher os requisitos exigidos e solicitar o benefício oferecido⁴².

³⁸ FREITAS, Juarez, apud GIACOMUZZI, José Guilherme, op. cit., p. 239.

³⁹ MORAES, Germana de Oliveira, apud GIACOMUZZI, José Guilherme, op. cit., p. 239.

⁴⁰ Para Giacomuzzi, o “... ato administrativo que fere a boa-fé objetiva é ato da Administração, pouco importando de quem partiu e quais suas intenções” (grifo nosso): GIACOMUZZI, José Guilherme, op. cit., p. 241.

⁴¹ Dando guarida expressa aos princípios da boa-fé e da confiança, o STJ entendeu ser dever do Município regularizar loteamentos irregulares promovidos pelo próprio ente público, e não anular os contratos de promessa de compra e venda assinados, pois, se à luz da Lei 6.766/79 (parcelamento do solo urbano) incumbe ao Município regularizar os loteamentos irregulares promovidos por terceiros, em defesa dos direitos dos adquirentes dos lotes, com muito mais razão deveria tratar de tomar tais providências quando a promessa foi feita por ele próprio (REsp 184.487-SP, de 24/11/1998), Do voto do Relator, pode-se extrair esclarecedora passagem: “Sabe-se que o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela Administração Pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos, depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram. ‘A salvaguarda da boa-fé e a manutenção da confiança formam a base de todo o tráfego jurídico e em particular de toda a vinculação jurídica individual. Por isso, não se pode limitá-lo às relações obrigacionais, mas aplicá-lo sempre que exista qualquer vinculação jurídica, ou seja, tanto de direito privado, como no direito público’ (Karl Larenz, *Derecho de Obligaciones*, I/144).”

⁴² Julgado STJ, de 14/11/1995 – 4ª T. Cível, RMS 6.183-MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr. O Superior Tribunal de Justiça decidiu pela proteção do direito do cidadão que confiou em compromisso público assumido pelo agente competente e se apresentou para acerto de contas, preenchidas as condições postas, garantindo-lhe o direito à suspensão da execução judicial de dívida bancária. Para Giacomuzzi, decorrem também do princípio da boa-fé, e conseqüentemente do princípio da moralidade: o dever de transparência e lealdade; o dever de conservação dos atos administrativos,

A boa-fé objetiva da Administração aponta, ainda, para a proteção da confiança que os cidadãos depositam nos governantes, nas regulações, nas instituições e servidores públicos, nos atos e em outras medidas adotadas pela Administração Pública⁴³, e isso é proteção da moralidade exigível no agir administrativo, como destaca Cármen Lúcia Antunes Rocha:

(...) no Estado Moderno, especialmente com o modelo intervencionista que passou a predominar no presente século, a exigência de moralidade administrativa firmou-se como um dos baluartes da confiança do povo no próprio Estado, cujas funções são desempenhadas pelos agentes. A moralidade administrativa tornou-se não apenas Direito, mas *direito público subjetivo do cidadão: todo cidadão tem direito ao governo honesto*⁴⁴ (itálico no original).

A boa-fé objetiva, assim, exige da Administração postura honesta, leal e de consideração para com os interesses de terceiros, sendo este, em nosso entendimento, parte do mandamento veiculado pelo princípio da moralidade previsto no art. 37, da CF/88.

O aspecto subjetivo do princípio da moralidade, e aqui mais uma vez nos alinhamos à proposta de Giacomuzzi, refere-se ao dever de probidade administrativa⁴⁵, que obriga todo administrador público a pautar sua conduta de acordo com a honestidade, a retidão de caráter e a justiça, uma antítese à conduta corrupta⁴⁶.

A vinculação da moralidade administrativa com a corrupção e com o agir desonesto do administrador público é instintiva e corresponde ao senso comum de moralidade, como destaca Antunes Rocha: “Talvez quando se fale de moralidade

explorando-se ao máximo a convalidação; o dever de sinceridade objetiva (que inclui não só dizer a verdade, mas também não omitir qualquer fato ou conduta relevante para o caso concreto); o dever de lealdade ao fator tempo (proibição ao exercício prematuro de direito ou dever ou retardamento desleal do ato e à fixação de prazos inadequados); o dever da correta e clara informação (não omitir qualquer dado que seja relevante na descrição da questão controversa e/ou que possa auxiliar na sua resolução), entre outros (GIACOMUZZI, José Guilherme, op. cit., p. 270 e 275-276).

⁴³ Conforme teoria de GIACOMUZZI, José Guilherme (op. cit., p.265-272).

⁴⁴ ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 190.

⁴⁵ Muitos são os autores que fazem referência à improbidade administrativa ao tratar da moralidade, sendo clássica a afirmação de José Afonso da Silva: “A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem” (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 24ª ed., 2005, p. 669).

⁴⁶ O Vocabulário Jurídico De Plácido e Silva (Rio de Janeiro: Forense, 11ª edição, 1989) descreve a probidade como “a *honestidade de proceder* ou a *maneira criteriosa* de cumprir todos os deveres, que são atribuídos ou cometidos à pessoa” (itálico no original). O Dicionário Michaelis, como “a qualidade do probó”, o indivíduo “de caráter íntegro: honesto, justo, reto” (MICHAELIS Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2002).

administrativa mais se pense em sua face inversa, na perversão de seus elementos, em seu descumprimento, que é a corrupção administrativa”.⁴⁷

Esta vinculação está presente, também, na Lei 8.429/1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos que não cumprem com seu dever de probidade e define como atos de improbidade administrativa: a) auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade (art. 9º); b) ensejar, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º (art. 10); e c) violar, por ação ou omissão, os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições (art. 11), atos esses de nítido caráter moral, subjetivo (depende da análise da intenção do agente – dolo / culpa) e não penal⁴⁸.

Corroboram com essa visão os posicionamentos de vários autores que fazem referência à improbidade administrativa ao tratar da moralidade, como Antunes Rocha⁴⁹, Silveira Martins⁵⁰ e Fábio Osório⁵¹, sendo clássica a afirmação de José Afonso da Silva: “A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem”.⁵²

Entendemos, assim, que a Constituição Federal de 1998 incorporou ao seu texto a moralidade administrativa por meio de dois institutos jurídicos distintos: 1) como causa de pedir da ação popular (art. 5º, LXXIII), causa e ação estas regulamentadas pela Lei 4.717/65; e 2) como princípio setorial aplicável à Administração Pública (art. 37, *caput*), norma esta que fundamenta e orienta a produção, a aplicação e a interpretação do Direito no âmbito público, bem como orienta o agir administrativo sob dois aspectos: um objetivo, que se resume na exigência da boa-fé objetiva da Administração; e outro subjetivo, vinculado com o dever de probidade a que todos os agentes públicos estão sujeitos.

⁴⁷ ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia, op. cit., p. 195.

⁴⁸ O caráter não penal dos ilícitos fica latente com o fato de que as hipóteses listadas nos artigos 9º a 11 da lei são exemplificativas e situações outras podem caracterizar a improbidade definida na cabeça dos artigos.

⁴⁹ ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia, op. cit., p. 226.

⁵⁰ “A imoralidade administrativa seria o gênero, no qual a improbidade pode ser considerada uma das espécies...” (SILVEIRA MARTINS, Ana Sabrina, op. cit., p. 184).

⁵¹ OSÓRIO, Fábio, apud SILVEIRA MARTINS, Ana Sabrina, op. cit., p. 184.

⁵² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 24ª ed., 2005, p. 669.

2. O controle da moralidade no âmbito da Administração Pública Brasileira

A moralidade no âmbito da Administração Pública é uma questão que interessa não apenas ao agente público, mas prioritária e principalmente à sociedade brasileira. A afronta a este princípio agride o sentimento de justiça de um povo e coloca sob desconfiança, não apenas o ato imoral praticado, mas toda a Administração Pública e o próprio Estado.

Assim, o estabelecimento de mecanismos de controle da moralidade pública é essencial, seja ele social (por meio de denúncia aos órgãos fiscalizadores, ajuizamento de ação popular, participação em conselhos e organismos não governamentais, entre outros) ou institucional (Controle Interno, Tribunais de Contas, Poder Judiciário).

Considerando o foco deste artigo, faremos um superficial levantamento da legislação brasileira que trata do tema e traremos parte da jurisprudência de alguns tribunais nacionais como forma de apresentar o modo como a moralidade tem sido fiscalizada pelo Poder Judiciário e pelos Tribunais de Contas da União e dos Estados.

2.1. O controle positivado

A Constituição Federal de 1988 traz diversos dispositivos que fazem alusão ao controle da moralidade pública. Além do art. 5º, LXXIII, que trata da ação popular, e o *caput* do art. 37, que faz menção ao princípio da moralidade, há que se destacar: a) o art. 37, § 4º, que fixa as sanções para os atos de improbidade administrativa; b) o art. 52, I, combinado com art. 85 (em especial inciso V), que prevêem o julgamento do Presidente e Vice-Presidente da República por crimes de responsabilidade; c) o art. 72, § 2º, que prevê a possibilidade de sustação de despesa irregular, dentre as quais podem ser incluídas as irregulares por imoralidade administrativa; d) o art. 74, § 2º, que legitima qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato a denunciar atos irregulares por desatendimento à moralidade perante o Tribunal de Contas da União; e e) o art. 142, § 3º, VII, que prevê a perda do posto e da patente para o oficial das Forças Armadas julgado indigno do oficialato.

Após a promulgação da Constituição, proliferaram, no Brasil, as normas que tutelam a moralidade administrativa, com vistas à regulamentação dos preceitos

constitucionais e como resposta do legislador aos apelos e demandas populares por um Estado mais íntegro e justo.

Assim, além da recepção pela CF/88 das Leis 1.079/1950 (define os crimes de responsabilidade e fixa as sanções correspondentes) e 4.717/1965 (regulamenta a ação popular) e dos artigos do Código Penal Brasileiro que estabelecem punições para os crimes contra a Administração Pública, foram editadas a Lei 8.112/90 (estabelece, entre outros assuntos, sanções para as condutas do servidor público civil que sejam incompatíveis com a moralidade administrativa), a Lei 8.429/1992 (estabelece as sanções para os atos de improbidade administrativa), o Código de Conduta da Alta Administração Federal (estabelece regras éticas de conduta para as autoridades nomeadas pelo Presidente da República), o Decreto Federal 1.171/1994 (aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal) e os Códigos de Ética dos órgãos e entidades públicos, como exemplificam a Portaria FNDE nº 283/2002, a Portaria STN nº 602/2005, o Código de Ética da Caixa, o Código de Ética dos Profissionais do BNDES, dentre outros.

A positivação de condutas imorais para possibilitar a punição de seus agentes cresceu enormemente nas últimas décadas no Brasil, seja mediante o estabelecimento de deveres de servidores, a definição de atos de improbidade ou mediante o estabelecimento de crimes de responsabilidade.

Não há mais espaço para a convivência pacífica com a imoralidade na seara pública, sendo imprescindível, agora, que o Poder Judiciário e os Tribunais de Contas façam sua parte, qual seja a de fiscalizar o respeito à moralidade e aplicar o Direito no âmbito de suas respectivas competências. Vejamos como tem atuado alguns dos tribunais nacionais.

2.2. O controle pelo Judiciário

O Poder Judiciário Brasileiro tem por função precípua administrar a Justiça e dizer o Direito aplicável aos casos levados à sua apreciação. Em seu âmbito de atuação está a verificação do cumprimento pela Administração Pública dos princípios constitucionais que informam o agir administrativo, entre os quais, o princípio da moralidade.

Os tribunais judiciários têm enfrentado a matéria atinente ao alegado desrespeito ao princípio da moralidade, havendo muitos julgados atualmente que tratam

do tema e indicam, nos casos concretos, o entendimento prevalecente quanto ao conceito e conteúdo da moralidade administrativa.

Em julgado de 16/04/98, o Supremo Tribunal Federal – STF – fundamentou no princípio da moralidade o indeferimento de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade de lei estadual que veda a participação de empresas do ramo automobilístico em licitação para concessão de serviço de inspeção de segurança veicular⁵³. Em outra oportunidade confirmou a procedência de ação popular impetrada contra a fixação de vencimentos de vereadores na mesma legislatura, considerando tal ato lesivo não apenas ao patrimônio público, mas também à moralidade administrativa⁵⁴.

No primeiro caso, o STF buscou garantir a prevalência da boa-fé objetiva da Administração, pois a vedação à participação das empresas que atuam no processo de montagem de veículos, inclusive no que se refere aos itens de segurança, em licitações para a concessão de serviço de inspeção de segurança veicular demonstra o cuidado para com os interesses de terceiros (interesse público) e age em prol da confiança do administrado nos atos administrativos decorrentes.

O Superior Tribunal de Justiça, que possui farta jurisprudência relativa à matéria, reputou devida a contraprestação à contratada pelo serviço prestado, mesmo em se tratando de contrato supostamente eivado de nulidade, como forma de se impedir o locupletamento indevido da Administração Pública, que ofenderia frontalmente ao princípio da moralidade administrativa⁵⁵. Em outro julgado, reconheceu que o dever da Administração Pública em indenizar o contratado só se verifica na hipótese em que este não tenha concorrido para os prejuízos provocados, e enfatizou: “O princípio da proibição do enriquecimento ilícito tem suas raízes na equidade e na moralidade, não

⁵³ ADInMC 1.723-RS. Rel. Min. Carlos Velloso: “...À primeira vista, o Tribunal considerou irrelevante a argüição de inconstitucionalidade formulada pela autora – por ofensa aos princípios da igualdade, do livre exercício de qualquer trabalho, da livre iniciativa e da livre concorrência -, tendo em vista que a exclusão de empresas que têm interesse na fiscalização de veículos observa o princípio da moralidade administrativa (CF, art. 37)”.

⁵⁴ RE 206.889-6/MG, 2ª T., 25/03/1997: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO POPULAR. VEREADORES: REMUNERAÇÃO: FIXAÇÃO: LEGISLATURA SUBSEQÜENTE. C.F., art. 5º, LXXIII; art. 29, V. PATRIMÔNIO MATERIAL DO PODER PÚBLICO. MORALIDADE ADMINISTRATIVA: LESÃO. I. - A remuneração do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores será fixada pela Câmara Municipal em cada legislatura para a subseqüente. C.F., art. 29, V. Fixando os Vereadores a sua própria remuneração, vale dizer, fixando essa remuneração para vigor na própria legislatura, pratica ato inconstitucional lesivo não só ao patrimônio material do Poder Público, como à moralidade administrativa, que constitui patrimônio moral da sociedade. C.F., art. 5º, LXXIII. II. - Ação popular julgada procedente. III. - R.E. não conhecido”.

podendo ser invocado por quem celebrou contrato com a Administração violando o princípio da moralidade, agindo com comprovada má-fé”.⁵⁶

A boa-fé objetiva da Administração foi novamente colocada em primeiro plano, com a preservação da confiança depositada pelo contratado na palavra da Administração (assinatura do contrato) e a determinação de pagamento pelos serviços já prestados. A preocupação com o impedimento do locupletamento ilícito impõe, na mesma linha, uma conduta honesta e de consideração para com os interesses de terceiros. Moral, em última instância.

No segundo julgado, percebe-se que a moralidade de conduta é exigida não apenas da Administração Pública, mas também dos administrados que com ela se relaciona. A boa-fé e a confiança, recíprocas, novamente preservadas.

Em decisão de 28/04/1999, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJ/RS, ao tocar no tema do controle jurisdicional dos atos administrativos, salientou a necessidade de o controle abranger não apenas a legalidade, mas também a legitimidade e moralidade desses atos⁵⁷. Salientou, em outro julgado, a autonomia do princípio da moralidade frente à legalidade e concluiu pela obrigatoriedade de atendimento a ambos no agir administrativo⁵⁸. Nesta toada, o TJ/RS considerou lesivos à moralidade administrativa o fato de um Prefeito ganhar mais do que o Governador do Estado, e/ou do que o próprio Presidente da República, e a fixação de diárias em valores de tal monta que acabam por constituir fonte de remuneração oblíqua⁵⁹.

Vê-se, com os exemplos trazidos, a relevância crescente que o princípio da moralidade tem alcançado em nossos tribunais, que têm identificado situações de afronta à moralidade pública e atuado em proteção da confiança e boa-fé que devem animar a relação Administração-administrados.

⁵⁵ REsp 662924 / MT, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, de 16/06/2005.

⁵⁶ REsp 579541 / SP, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, de 17/02/2004.

⁵⁷ Ap.C. nº 597285, Rel. Des. Irineu Mariani, 1ª Câmara Cível: “3. Controle jurisdicional. O controle não se restringe ao exame da legalidade stricto sensu do ato administrativo, mas sim lato sensu, na qual se inserem a legalidade propriamente dita e a legitimidade, que é a adequação do ato com a lei nos seus aspectos extrínsecos ou substanciais, por onde entram as questões da moral administrativa e dos interesses coletivos”.

⁵⁸ Embargos Infringentes nº 597126994, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Dês. Leo Lima, de 04/09/1998: “(...) Ora, não se admite que tal princípio sirva apenas para constar de forma estéril nos textos legais. Da mesma forma, não se deve considerar despicenda a inserção no texto da Lei maior do mesmo princípio (art. 37), como chega a sugerir a contestação (fl. 82). (...) Não basta mais ater-se à legalidade, mas justificar o ato também sob o aspecto da moralidade”.

⁵⁹ Ap.C. nº 597285, Rel. Des. Irineu Mariani, 1ª Câmara Cível.

2.3. O controle pelos Tribunais de Contas

Aos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios compete, entre outras atribuições, julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da administração direta e indireta, tendo em vista a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência dos atos de gestão (art. 36, c/c artigos 70 a 75, da CF/88), como já se pronunciou o TCU⁶⁰.

Não podem, assim, furtarem-se à fiscalização e à análise das contas públicas também sob o aspecto da moralidade dos atos da Administração Pública, sejam eles vinculados ou discricionários. O enfrentamento da questão tem ocorrido, ainda que de forma um tanto tímida ou focalizada em situações específicas. Vejamos.

O princípio da moralidade tem sido invocado pelo TCU para fundamentar decisões que concluem pela irregularidade de atos que designam parentes de magistrados para cargos em comissão e funções gratificadas, o chamado nepotismo⁶¹, e de atos que homologam licitações caracterizadas pelo estreito relacionamento entre os licitantes e os membros da Comissão de Licitação⁶². Tem sido invocado, ainda, para reforçar a motivação do julgamento nas irregularidades decorrentes de contratações emergenciais efetivadas sem o cumprimento dos requisitos mínimos exigidos (art. 24,

⁶⁰ Vide Voto da lavra do então Ministro-Relator Homero Santos, aprovado à unanimidade pelo Plenário do TCU (Decisão 249/1994-P, de 27/04/1994): “Surgiu, portanto, com a democratização do país, uma nova ordem moral que vai além do simples saber se o ato está de acordo com a Lei, mas se ele repousa dentro do conceito de moralidade administrativa e do interesse público. Os julgamentos proferidos por esta Corte de Contas, à luz do ordenamento Constitucional de 1988, se situam no âmbito dos princípios da legalidade, legitimidade, economicidade (art. 70) e da impessoalidade, moralidade e publicidade (art. 37)”. No mesmo sentido, Acórdão TCU 226/1993 - Primeira Câmara: “Considerando, finalmente, que no exercício de sua competência constitucional deve esta Corte proferir seus julgamentos de mérito sobre os atos de gestão, bem como as respectivas contas, tendo em vista os princípios da legalidade, legitimidade, economicidade, impessoalidade e da moralidade administrativa”.

⁶¹ A propósito, assim se manifestou o Relator Ministro Adylson Motta em Voto aprovado pela 2ª Câmara do TCU (Acórdão 896/2004): “De fato, é verdade que a Lei 7.873/89, em seu texto, refere-se apenas ao Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, entretanto, desde 1994, a Decisão- TCU 118/94 - Plenário estendeu a todos os órgãos da Justiça Trabalhista a proibição contida naquele diploma legal quanto à nomeação de parentes, consangüíneos ou afins, até o terceiro grau. Além disso, o tema da repulsa ao nepotismo não se circunscreve ao simples teor da legalidade, posto que avança além deste toca o Princípio da Moralidade Administrativa” (grifo nosso). Sobre o tema, vide também Decisões TCU 383/1993-P; 228/1993-P; 118/1994-P e Acórdão TCU 145/1994-P.

⁶² Em Voto proferido pelo Relator Ministro Ubiratan Aguiar (Acórdão 131/2001-P), destacamos: “(...) como bem salientou a Unidade Técnica, a aplicação de multa não se deu exclusivamente em função do fracionamento da licitação, mas também à quebra do princípio da segregação de funções; à ofensa do princípio da moralidade administrativa, caracterizada pelo estreito relacionamento mantido entre as firmas participantes dos convites e o presidente da Comissão de Licitação (...)” (grifo nosso). Nesta mesma seara podem ser consultados os Acórdãos TCU 110/2000-P e 272/2002-P.

inciso IV, c/c o art. 26, parágrafo único, incisos I a III da Lei nº 8.666/93, com o detalhamento contido na Decisão TCU 347/1994-P), e sem a necessária consulta ao maior número possível de interessados⁶³.

Os julgamentos pela imoralidade do nepotismo, independentemente da capacidade individual dos parentes de magistrados, protegem a confiança do administrado nos atos e medidas adotados pela Administração, e atuam em prol da boa-fé objetiva.

A jurisprudência mostrou-se plenamente alinhada ao comando constitucional e ao anseio popular, o que se comprovou com a recente edição da Resolução n.º 7, do Conselho Nacional de Justiça (18/10/2005), que, com fundamento nos princípios da moralidade e impessoalidade, disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes de magistrados e servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, estendendo a vedação ao nepotismo para todo o Poder Judiciário Brasileiro.

No segundo exemplo de jurisprudência, identifica-se a desconfiança que o relacionamento próximo entre os licitantes e os membros da comissão de licitação pode gerar em relação à lisura dos procedimentos licitatórios. A caracterização da irregularidade em decorrência deste relacionamento indica a tendência à proteção da confiança nos atos administrativos e da boa-fé objetiva da Administração.

Na mesma linha de raciocínio, o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco afirmou a violação ao princípio da moralidade nos casos de vínculo existente entre servidor público ocupante de cargo gerencial e a empresa ou pessoa física contratada pelo órgão público⁶⁴ e o Tribunal de Contas do Distrito Federal reputou incompatíveis com o princípio da moralidade a realização de festejos com recursos de empresa estatal e o recebimento de gêneros alimentícios, bebidas e favores de terceiros, para realização de festa de confraternização dos servidores públicos⁶⁵, o que sugere o estreitamento das relações entre Administração e possíveis fornecedores e contratados.

⁶³ Vide Acórdãos TCU 267/2003-1ªC e 827/2004-P.

⁶⁴ Acórdão TCE-PE 188/2000 (T.C. 9902525-5): “(...) Considerando que, na presente Denúncia, constatou-se violação ao Princípio da Moralidade Administrativa, decorrente do fato de que o servidor Sr. Chefas Silva Guedes é, ao mesmo tempo, Gerente da Divisão de Apoio ao Diagnóstico e Tratamento do HGV e responsável técnico-farmacêutico da empresa contratada por este hospital (...)”.

⁶⁵ Decisões TCDF 4368/2002 (Proc. 836/2000) e 850/1999 (Proc. 3503/1998), respectivamente.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, por sua vez, reputou atentatória ao princípio da moralidade administrativa a contratação de distribuidora de alimentos para o fornecimento de cestas de natal a funcionários municipais, “uma vez que não é benefício de ordem pública, mas específico e direcionado”. Considerou contrária à moralidade, ainda, a realização de gastos com a imprensa local por ter ficado caracterizada a promoção pessoal do ex-prefeito⁶⁶.

O Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, que apresenta o maior número de decisões com base no princípio da moralidade, além de reconhecer a irregularidade nos casos de vínculo entre servidor ocupante de cargo gerencial e a empresa ou pessoa física contratada pelo órgão público, reputou atentatórios à moralidade pública o pagamento de *jeton* a membro de órgão deliberativo da Administração Pública por participação em reunião realizada no horário de expediente (já remunerado pelo erário), as contratações emergenciais realizadas de forma reiterada no tempo, a contratação de cooperativa de trabalhadores em subterfúgio para contratar mão-de-obra sem a realização de concurso público, a fixação ou majoração de subsídios para agentes políticos para a mesma legislatura, a falta de critérios para estabelecimento do valor do objeto a contratar, e outros⁶⁷.

De modo ainda tímido, mas cada vez mais seguro, os tribunais de contas têm analisado os atos de gestão administrativa com olhos na moralidade administrativa. Poucos são os julgados, se comparada a jurisprudência em formação com o volume de

⁶⁶ Vide Decisão prolatada aos 05/08/1991 pela 1ª Câmara do TCE-SP (25ª sessão ordinária), nos autos do TC19055/026/90, e Decisão de 15/02/2000 da 2ª Câmara do TCE-SP (4ª sessão ordinária), TC937/006/96.

⁶⁷ Respectivamente, Decisão do TCE-RS proferida aos 08/11/2004 pela 2ª Câmara Especial, nos autos do Processo 005012-2.00/00-3: “(...) 3.9 (fls. 121/123) – Contratação de prestação de serviços de farmacêutico, através do Convite nº 041/2000, burlando o devido provimento via concurso público (art. 37, II, da Constituição Federal). Frustração do procedimento licitatório uma vez que dois dos três convidados eram filhos do Secretário Municipal da Saúde, em prejuízo ao disposto no art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93, bem como à moralidade administrativa”; Decisão do TCE-RS proferida aos 18/05/2000 pelo Tribunal Pleno, nos autos do Processo 000914-02.00/95-2: “Também tratam de irregularidades relacionadas a licitações, as quais comprometem a lisura do certame, tais como:... g) infringência ao princípio da moralidade administrativa, com a contratação direta da pedagoga Maristela Castro Ribeiro, posto ser esposa do Superintendente”; e Decisão do TCE-RS proferida aos 29/07/2003 pela 1ª Câmara, nos autos do Processo 003157-02.00/01-6: “(...) a atuação do Administrador não poderia ter se afastado dos princípios constitucionais estatuídos na Constituição Federal, em especial o da moralidade administrativa, princípio este que impõe a vedação de o agente político licitar e contratar com o Poder Público”.

Vide também Decisões de 07/11/2001, Pleno, Proc. 004950-02.00/99-0; de 14/05/2001, Pleno, Proc. 004884-02.00/00-0; de 14/08/2002, 1ªC, Proc. 002791-02.00/99-0, de 25/09/2003, 1ªC, Proc. 002862-02.00/98-7, de 29/04/2004, 2ªC, Proc. 001862-02.00/02-5 e de 17/05/2005, 1ªC, Proc. 002882-02.00/03-4; de 23/10/2003, 1ªC, Proc. 003724-02.00/00-3 e de 25/06/2003, Pleno, Proc. 008188-02.00/01-0; e de 14/10/2005, 2ªC, Proc. 002815-02.00/04-8.

recursos públicos e o número de atos administrativos praticados, e vasto o trabalho por se fazer na identificação de situações de afronta à moralidade pública, na proteção da confiança e boa-fé da Administração, e na fiscalização do efetivo cumprimento do dever de probidade pelos administradores públicos.

Considerações Finais

Neste artigo procuramos demonstrar o desenvolvimento do conceito de moralidade administrativa, desde a origem até os dias de hoje, e propusemos, com base nas normas constitucionais e legais vigentes, a análise do tema em duas vertentes: 1) da moralidade administrativa prevista no art. 5º, LXXIII, da CF/88, como causa de pedir da ação popular, e 2) da moralidade prevista no art. 37, *caput*, como princípio setorial aplicável à Administração Pública, princípio este verificável sob dois aspectos: um subjetivo, ligado ao dever de probidade dos agentes públicos, e outro objetivo, relacionado com a boa-fé da Administração.

Apresentamos a legislação brasileira que trata atualmente do controle da moralidade e fizemos uma breve análise da jurisprudência jurisdicional e administrativa relativa ao princípio da moralidade, na qual verificamos, em alguns julgados, o relacionamento, ainda que implícito, do princípio da moralidade com a boa-fé e a proteção da confiança na Administração.

Quanto à legislação, pudemos observar que o sistema jurídico brasileiro prevê a tutela da moralidade de forma bastante ampla e estabelece sanções políticas, civis, administrativas e penais para os atos que especifica. Para Antunes Rocha, a moralidade administrativa pode e deve ser imposta juridicamente, pois ela “não é uma questão que começa e termina na qualidade dos homens, mas na qualidade dos sistemas jurídico, político e administrativo vigentes em determinada sociedade estatal”. E complementa: “aduzida como princípio jurídico, a moralidade administrativa passa a compor, fundamentar e direcionar o sistema de normas de direito vigentes em determinado Estado”.⁶⁸

No entanto, não é suficiente um grande número de normas jurídicas que tratem do tema, pois, o que mostra a qualidade, eficiência e efetividade social de um

⁶⁸ ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia, op. cit., p. 185-186.

sistema jurídico, finaliza Antunes Rocha, “é o nível de aplicação e acatamento das normas”.⁶⁹

Importa, assim, que os agentes públicos velem pela estrita observância do princípio da moralidade no tratamento dos assuntos que lhe são afetos (art. 4º, Lei 8.429/92) e que os órgãos institucionalizados de controle (Controles Internos, Poder Judiciário, Tribunais de Contas) fiscalizem a Administração Pública não apenas sob o foco da legalidade, mas também da não moralidade, por ser este um vício que, por si só, leva à invalidade dos atos administrativos.

Quanto à responsabilidade dos tribunais de contas, observa-se que a fiscalização e a análise dos atos administrativos pelos analistas de controle também com este foco são imprescindíveis para o enfrentamento das questões pelos colegiados julgadores, o aumento das discussões e a sedimentação do entendimento relativo ao conceito e conteúdo do princípio constitucional da moralidade no âmbito público.

Esta não é uma matéria pacífica e nem este trabalho pretendeu dar a palavra final para o assunto. O tema é instigante, complexo, exige reflexão e muito trabalho hermenêutico. Cabe aos estudiosos das ciências sociais trazerem sua contribuição para o debate e aos órgãos de controle interno e externo constituídos exigirem o respeito da moralidade no âmbito público mediante a aplicação do Direito (*lato sensu*) aos casos concretos.

⁶⁹ ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia, *op. cit.*, p. 197.

Referências bibliográficas

- ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
- BRANDÃO, Antônio José. Moralidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 25, p.454-467, jul./set. 1951.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.
- _____. **Direito Administrativo**. 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O Controle da Moralidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 1974.
- GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública – o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 190, p. 1-44, out./dez. 1992.
- QUIXADÁ, Valéria Oliveira. Princípio da Moralidade Administrativa: autonomia, aplicabilidade e controle em face da Constituição de 1988. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, v. 28, n. 73, p. 51-61, jul/set 1997.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVEIRA MARTINS, Ana Sabrina. Moralidade Administrativa no Estado Democrático de Direito. **Revista do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 19, nº 34, p. 165-199, 1º sem. 2001.