

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A MORALIDADE ADMINISTRATIVA

*Diego Amaral de Macedo**

INTRODUÇÃO

É notório no direito a afirmação de que o Administrador Público não é livre. Constatou-se isso porque Administrar significa gerir, dirigir, governar, reger alguma coisa, que, no âmbito administrativo é a coisa pública, e por ser pública é de todos, logo quem conduz esta administração não cuida de uma coisa particular, e por não ser sua, não é liberto a fazer o que bem entender.

Constatou-se à muito que o homem no poder não é confiável, ele tende a tratar o poder como inerente a sua pessoa e não pertencente à função que ocupa, tratando os administrados como meio para conseguir seu fim, levando, conseqüentemente, a cruzar a linha clara entre o que é público do que é particular, misturando-os, sempre em proveito próprio.

Em decorrência do exposto, procurou o mundo jurídico meios de controle de atos abusivos cometidos pelo administrador em decorrência de sua função, elegendo meios para controlar a legitimidade dos seus atos, nascendo disso o que modernamente chamamos de princípio da legalidade administrativa, que determina que todo e qualquer ato a ser praticado pelo administrador deve, inexoravelmente, estar ligado a uma norma que lhe dê fundamento. Medida esta, nascida no seio da Revolução Francesa, que legitimou o Judiciário (no princípio com a jurisdição administrativa) a analisar e sindicar medidas em contrariedade com regras emanadas do parlamento, limitando drasticamente o poder do administrador. Passou, por isso, o judiciário a averiguar o demérito administrativo.

Impossível, no entanto, o legislador estipular em lei todos os atos possíveis de ocorrer no mundo dos fatos e, ainda que fosse possível, não é administrativamente viável tirar certo grau de maleabilidade do executivo,

engessando-o, o que levaria a uma imutabilidade que mitigaria o avanço social. Daí nasceram os famigerados atos discricionários e atos vinculados. Aqueles (os discricionários) definidos como atos em que tem o administrador certa margem de escolha, desde que autorizado por lei e constantes os requisitos da oportunidade e conveniência. E estes (os vinculados) definidos como atos em que o administrador não tem escolha nenhuma, pois, já está, previamente e estritamente, delimitada toda sua atuação em lei. Todavia, não é bem assim. Não existe ato totalmente vinculado ou totalmente discricionário. Todo ato vinculado é um pouco discricionário, pois os conceitos que contém o ato vinculado sempre comportam certa margem de imprecisão lingüística, inclusive em decorrência do tempo e do lugar em que se é analisado. Todo ato discricionário é um pouco vinculado, pois discricionariedade absoluta é sinônimo de arbitrariedade, e como dito, administrar a coisa pública é gerir a coisa alheia, logo não se é livre, pois sempre estará o administrador ligado, em *última ratio*, aos princípios do direito, e deverá, sempre, prestar contas aos verdadeiros donos da coisa pública, ou seja, a sociedade. Por isso, todo ato, até mesmo o mais vinculado dos atos, deverá ser motivado, sob pena de nulidade, pois é na motivação que encontramos a real intenção do administrador, que, caso não seja compatível com o direito, deverá ser sindicado pelo judiciário, em outras palavras, esta medida de controle dos atos antijurídicos praticados pelos administradores públicos que deverão ser controlados pelo judiciário passa por uma análise da motivação administrativa, por um motivo elementar: É através da motivação administrativa que se busca a real intenção do administrador e se descobre se seu ato é ou não legal, ético, moral e sobretudo justo.

Nesta percepção de que todo ato discricionário, por ter certo grau de vinculação, necessita ser praticado para atingir determinado fim, foi criado o instituto do desvio de poder. Teoria que analisa o fim último do ato administrativo discricionário, e caso o administrador exceda, fique aquém ou desvirtue desta finalidade, deverá o judiciário intervir como *custo iuris*, para anular o ato.

Neste contexto de analisar se um determinado ato atingiu sua finalidade determinada pelo direito é que surge a moralidade administrativa com um fim que deve ser buscado por todo ato administrativo, ou seja, exige-se

que todo ato administrativo tenha como finalidade uma atitude séria, em conformidade com o direito, principalmente as normas constitucionais, que não seja contraditório e que seja profundamente motivado de modo claro e preciso, em síntese, que todo ato seja feito com uma índole moral e ética aguçada. Deve, por todo o exposto, o judiciário sindicá-lo, após análise dos motivos, os atos administrativos imorais.

A moralidade existe no direito desde o seu nascedouro (a palavra moralidade deriva do epíteto latino *moralis*, que é relativo a costumes). A moralidade muitas vezes fora confundida com o próprio direito, definia-se moralidade como um ato honesto e virtuoso, o que si bastava por si só. Proíbiam-se diversas condutas sob o enfoque de ser “imoral”, utilizando-o como regra, quase sempre à luz da doutrina canônica. Porém, no que aqui nos interessa, surge a moralidade administrativa com o intento de limitar o poder desarrazoado do estado. Cresce a moralidade administrativa junto com a consciência da cidadania e a concepção de república (do latim *respublica*, ou seja, *coisa pública ou coisa do povo*). Emerge a moralidade como um freio de índole ética finalística dos atos administrativos que, sob o signo da legalidade, age sem a devida atenção da finalidade da norma, ou seja, aplicam por aplicar determinado preceito sem se preocupar com o estado das coisas que essa norma pretende alcançar. Nasce, pois, a moralidade como um fim último a ser buscado pelo direito, e não somente a concepção de que a simples aplicação da norma, por si só, já é um ato de moralidade. Sai, destarte, a moralidade de uma concepção de regra para uma concepção de princípio.

O primeiro embrião de texto expresso sobre a moralidade no Brasil surge em 1930, mais exatamente em 11 de novembro, quando o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil é declarado pelo decreto número 19.398, e este, em seu art. 7º, aduz que:

Continuam em inteiro vigor, na forma das leis aplicáveis, as obrigações e os direitos resultantes de contratos, de concessões ou outras outorgas, com a União, os Estados, os municípios, o Distrito Federal e o Território do Acre, salvo os que, submetidos a revisão, contravenham ao interesse público e á moralidade administrativa. (grifo nosso)

Patente, portanto, o primeiro indício do que viria a ser uma das normas mais utilizadas e discutidas no universo jurídico.

Seria cômico se não fosse trágico, a constatação de que nasce expressamente o princípio da moralidade em um Decreto-Lei que culminaria com a imoral ditadura de Getúlio Vargas de 1934, coisas do Brasil.

Hodiernamente, esta sedimentada a moralidade como um princípio expresso no patamar mais alto da estrutura normativa brasileira, é elencado no artigo 37 da constituição federal², sendo necessário sua observância por qualquer ato praticado pela administração pública onde este, ao contrário do ato imoral praticado pelo particular, constitui um dos seus requisitos de validade, ou seja, ato administrativo imoral é ato nulo de pleno direito e deve ser controlado por mecanismos internos e externos à administração pública.

NATUREZA JURÍDICA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Uma das questões mais discutidas no mundo jurídico atual é a dicotômica distinção entre regras e princípios. Questão que se passa a analisar, neste trabalho, com os olhos voltados à moralidade dos atos praticados pelos administradores públicos. Seria então o dispositivo que estipula que todos os atos administrativos sejam morais uma norma? E caso seja uma norma, seria ele uma regra ou um princípio?

A priori resta constatar a consonância doutrinária de que os dispositivos que expressão, implícita ou explicitamente, a moralidade administrativas sejam considerados normas. Norma jurídica é, pois, o sentido que o mundo forense utiliza através de um dispositivo. A norma é a interpretação, é a extração de um sentido, é a busca de um significado inerente a um dispositivo legal. Essa norma, extraída de um dispositivo, pode ser regra ou princípio. Seria regra, em concordância com Humberto Ávila³, caso uma norma demonstrasse um caminho a ser seguido ao encontro de um fim pretendido pelo direito. Esse fim é um estado ideal das coisas que a norma pretende atingir. Entendemos aqui que esses objetivos a serem alcançados e concretizados pelas normas sejam os princípios. Norma seria uma estrada que levasse a um destino final

2 Tamanho é a importância do princípio da moralidade que, em consonância com a CF/88, a Constituição do Estado da Bahia de 1989, em seu artigo 13^o, em redação belíssima, afirma que a Administração Pública baiana, deverá servir à sociedade que lhe custeia a manutenção, e obedecerá ao princípio da moralidade.

3 Ávila, Humberto (2009), "Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos". Editora Malheiros, p. 64-78.

pretendido, qual seja, no caso em estudo, um estado de moralidade. Seria, nesse caso, a moralidade considerada um princípio.

A norma jurídica que pretende esse estado de moralidade é, apropriadamente, declarada na Constituição Federal como um princípio, *vide*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte. (grifo nosso)

Pode-se concluir com isso que nossa Carta Magna busca como finalidade de todo e qualquer ato praticado pelas pessoas governamentais, um padrão ético rigoroso. Deve-se, por isso, tratar todos em condições equânimes, com respeito, fundamentando de maneira clara os atos praticados, não deliberar somente pelo legal ou ilegal, mas, e principalmente, pelo justo ou injusto, pelo probó ou pelo ímprobo. Um exemplo do aqui tratado são as regras do procedimento de licitação que buscam um fim moral de tratar todos com iguais oportunidades e condições. Seriam, nesta mesma senda, as normas que regulam os concursos públicos regras que buscam um fim moral de selecionar o mais preparado para servir a administração pública. Ou ainda é possível extrair do princípio da moralidade a idéia de que deve existir um conjunto de regras que possibilite a inibição do nepotismo no poder público.

CONCEITO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE

A moralidade nasce vinculada aos costumes⁴. Dizia-se moral o que era normalmente aceito como certo pela sociedade. Seria moral, em época não tão remota, o homem, por exemplo, matar outro por ter “deflorado sua mulher” ou destituir o casamento pelo motivo de sua esposa já estar “desvirginada”, ou ainda nomear um irmão para ocupar um cargo público. Depois passou-se ao positivismo cego, onde um ato moral é o ato estabelecido em lei, bastando-se por si mesmo. Vê-se atualmente uma patente evolução do epíteto “moralidade”⁵. Um ato administrativo é considerado hodiernamente um ato

4 Definida na expressão latina “*consuetudo parem vim habet ut lege*”.

5 Constata-se mais uma vez a premissa de que todo ato vinculado é, no fundo, também um ato discricionário. O termo “moralidade” vem, durante um bom tempo, mudando de significado e, se uma determinada norma que fundamenta um ato vinculado perdurasse durante esse tempo ostentando o signo

moral se ele for sério, fundamentado, esclarecedor, não contraditório e justo, mesmo que seja *contra consuetudo* ou *contra legem*.⁶

Um ato moral atualmente é um ato cujo conteúdo material seja uma coisa relevante, séria. Que traga em seu bojo uma fundamentação consistente, com razões claras em relação aos pressupostos de fato e de direito que basearam o ato. Que leve em conta o receptor do ato para que possa fundamentar com uma perspectiva diferente, ou seja, um ato destinado a um pobre agricultor deverá ser motivado de um jeito que ele possa entender, motivação esta que será diferente caso o destinatário seja uma pessoa do alto escalão do governo, por exemplo. Não deve o ato ser contraditório, eis a versão pública do postulado civilista *venire contra factum proprium non potest*, ou seja, não poderá o estado atuar contraditoriamente frustrando uma real expectativa do administrado, é a ótica da boa-fé objetiva administrativa. Deverá o ato ser justo, este como o postulado mais comezinho do direito, postulado *extra legem*, que deverá se pautar o administrador em todos os seus atos, pois o que é a justiça senão a razão de ser de todo o direito^{7 8}.

Pelo narrado pode-se conceituar a moralidade administrativa como sendo uma norma-princípio que determina uma finalidade a ser buscada por toda a administração pública, impondo-o a prática de atos sérios, fundamentados, não contraditórios, claros e justos, de modo que levem os administradores a realizarem uma otimizada gestão da coisa pública através da ética, probidade, decoro, boa-fé e lealdade aos administrados.

O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS IMORAIS

A moralidade administrativa é posta no ordenamento jurídico como princípio fundamental. Todo o agir da administração deve-se pautar neste

“moralidade”, teria, inexoravelmente, mudado de sentido, ou seja, não é, o ato vinculado, tão imutável como defendido outrora.

6 Ávila, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acessado em: 13 de dezembro de 2011.

7 Tempos outros, Ulpiano declarava que justiça é *constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuere* que significa a “*vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu*”.

8 De Plácido e Silva em seu Vocabulo Jurídico Conciso afirma ser “*entre os povos organizados, a justiça é o próprio fundamento dos poderes públicos, que se instituem por delegação da soberania popular*” in Silva, De Plácido e (2010), “Vocabulo jurídico conciso”. Editora: Forense, p. 473.

postulado ético lavrado na Constituição, caso contrário, ocorrerá uma afronta ao mais legítimo preceito jurídico existente no país, qual seja, uma norma constitucional originária. Todo o ato imoral posto sob a análise do judiciário deve ser imediatamente sindicado, pois é a moralidade administrativa um pressuposto de validade ao qual nenhum administrador pode se imiscuir. Nossa melhor fonte de jurisprudência já afirmou que:

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. Na realidade – e especialmente a partir da Constituição republicana de 1988 –, a estrita observância do postulado da moralidade administrativa passou a qualificar-se como pressuposto de validade dos atos que, fundados ou não em competência discricionária, tenham emanado de autoridade ou órgãos do Poder Público⁹.

É, não por outro motivo, de fundamental importância que todo ato seja fundamentado com os pressupostos de fato e de direito necessários para que o poder controlador conheça os motivos que levaram o administrador a efetuar ou deixar de efetuar determinado feito. Constatado alguma irregularidade, deverá o judiciário corrigi-la caso passível de correção, pois faltante um dos pressupostos de validade.

É a possibilidade de exigir do executivo, através do judiciário, uma atuação em conformidade com a norma-princípio da moralidade. Organograma este feito por Charles de Montesquieu inspirado em Aristóteles, que pretende organizar, na mesma linha hierárquica, os três poderes, todos livres e harmônicos entre si, sendo, entretanto, o judiciário a última trincheira restante aos injustiçados para as ações e, hodiernamente, as omissões atentatórias ao direito, e, mais especificamente no caso em apreço, a moralidade administrativa.

Algumas considerações sobre o dever moral da Administração nos processos judiciais e administrativos

9 STF, ADI 2661, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ 23.08.2002, P.70.

É, com profundo desgosto, que ouvimos, quase que diariamente, a expressão de que vivemos submissos a um “*estado caloteiro*”. Digo isso por constatar que o estado, mesmo com a consciência da sua falta de direito, teima em prolarar um processo ou continua a praticar determinados atos ilícitos. É de se perceber, do mesmo modo, que o estado é, ao lado dos bancos, os maiores litigantes do país. Vê-se, na mesma linha de raciocínio, que todo seu desiderato de descumprir as suas obrigações termina culminando na tábua de salvação de qualquer pessoa governamental, qual seja, o famigerado princípio da reserva do possível. O estado é, por imposição da maior lei do país, obrigado a agir moralmente, isso significa que em um processo judicial ou administrativo deve ele apresentar todas as provas que possuir, mesmo que seja contra o próprio ente governamental, não devendo se abster sob o fundamento de o ônus da prova ser da parte contrária, pois, caso saia vencedor de um procedimento ao qual não tenha direito, seja por se imiscuir de apresentar todo acervo probatório seja por distorcer os fatos, acarretará em afronta à legalidade, e desconsideração do princípio da moralidade. Deve, pois, o estado buscar a concretização do direito (e não apenas da lei), mesmo que para isso saia sucumbente de um litígio.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo, Paulo, Vicente – Direito Administrativo Descomplicado, 18° Ed. São Paulo: Método, 2010.

ÁVILA, Humberto. – Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9° Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. - Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acessado em: 13 de dezembro de 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas – Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública: uma abordagem crítica, 6° Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

FREITAS, Douglas Dias - Dicionário de Bolso Expressões Latinas. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FREITAS, Juarez - Discricionariedade Administrativa e o Direito à Boa Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2007.

GIACOMUZZI, José Guilherme - A moralidade Administrativa e a Boa-fé da

Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2002.

JUNIOR, Dirley da Cunha – Curso de Direito Constitucional, 5° Ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da, NASCIMENTO, Carlos Valder do, MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coordenadores) – Tratado de Direito Tributário. São Paulo, Saraiva: 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. - Curso de Direito Administrativo. 26° Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Cláudio Ari - Fragmentos teóricos sobre a moralidade administrativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro Renovar v.235, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira, Branco, Paulo Gustavo Gonet – Curso de Direito Constitucional, 5° Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, De Plácido e - Vocabulo Jurídico Conciso. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TÁCITO, Caio - Moralidade administrativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro Renovar v.218, 1999.