

O princípio da moralidade da administração pública

OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO

O princípio da moralidade administrativa não era inusitado no direito brasileiro mesmo antes da Carta Política de 1988, uma vez que tanto a doutrina quanto a lei e a jurisprudência pátrias já o enxergavam como informador do princípio da legalidade quanto aos fins, tendo sido invocado como fundamento do combate ao desvio ou ao abuso de poder tanto em relação ao ato vinculado como ao discricionário.

A referência expressa ao princípio da moralidade apartado do princípio da legalidade por parte do *caput*, do art. 37 da Carta Magna de 1988 demonstra, antes de tudo, a autonomia conferida ao princípio da moralidade para propiciar, como bem preleciona a Professora Maria Sylvania Zanella Di Pietro (*Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 110-111), em conjunto com o princípio da razoabilidade (art. 5º LIV), o exame do objeto ou conteúdo dos atos da administração pública, importando os efeitos imediatos que os atos produzem, e não a intenção subjetiva dos respectivos agentes.

Diante dessa autonomia, o princípio constitucional da moralidade da administração pública foi alçado à dignidade de informador e pressuposto de validade de toda a atividade administrativa e legal, especificamente em relação aos procedimentos da administração.

No que tange à conceituação do princípio da moralidade administrativa, não custa mencionar a concepção dominante, entre os administrativistas daqui e do exterior, de que a moral administrativa não se confunde com a moral comum, embora ganhe influência desta, já que aquela, encontrando-se juridicizada, representa o conjunto de regras de conduta para uma boa administração, tiradas da disciplina

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho é Consultor da União, Procurador da Fazenda Nacional de Categoria Especial, Sócio do IBDC e Mestrando na UnB.

interior da administração pública, a qual não deixa de espelhar os valores morais prestigiados e amparados pelo ordenamento jurídico, mormente pela Lei Suprema.

A esse respeito, merece destaque a posição assumida pelo abalizado Ministro Moreira Alves, em sua conferência inaugural do XXI Simpósio Nacional de Direito Tributário, promovido pelo Centro de Extensão Universitária (São Paulo, 19 de novembro de 1996), no sentido de que o princípio da moralidade administrativa do art. 37, *caput*, da Carta Magna reclama “a aplicação dos princípios morais dominantes dentro de um certo momento histórico em relação à Administração”.

Desse modo, o preceptivo constitucional do art. 37, *caput*, tem, ao meu ver, a intenção de alargar a abrangência do princípio da moralidade administrativa, permitindo que seja juridicamente possível exigir-se da administração direta e indireta da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios a atuação com a observância da lei e de conformidade com a finalidade pública, mas com a lei aferida quanto a sua moralidade, alcançando, outrossim, o controle se a própria lei, colimado o princípio da razoabilidade, compatibiliza-se ou não com a moralidade administrativa.

Nesse diapasão é o magistério de Maria Sylvia Zanella di Pietro (*Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, p. 71):

“... 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 idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.”

E assim prossegue a Professora Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

“Embora não se identifique com a legalidade (porque a lei pode ser imoral, e a moral pode ultrapassar o âmbito da lei), a imoralidade administrativa produz efeitos jurídicos, porque acarreta a invalidade do ato, que pode ser decretada pela própria administração ou pelo Poder Judiciário.”

Esta, também, é a lição do Senhor Ministro do Superior Tribunal de Justiça Demócrito

Ramos Reinaldo (*O princípio da moralidade na administração pública: a liceidade do limite etário para acesso aos cargos públicos*):

“O constituinte, portanto, estabeleceu nítida distinção: juridicizou a ‘moralidade’, definindo-a como ‘princípio’, para vigor, paralelamente, com o da ‘legalidade’. A distinção é evidente e necessária. A moralidade administrativa integra o direito (constitucional) como elemento de observância indeclinável (irretorquível), mas não está ínsita na legalidade, nem desta constitui corolário. O legislador constituinte, ao instituir o princípio, não cuidou do mero ‘reenvio’ da norma legal à norma moral, mas atribui à moralidade administrativa relevância jurídica, de eficácia plena e mandamental autônoma – e de vida própria. Nessa linha de raciocínio há que se distinguir a ordem jurídica positiva, que caracteriza a legalidade da ordem jurídica positiva que caracteriza a moralidade – ambas compoem a mesma ordem jurídica integral – porque nem tudo que é ‘legal é moral’. Decorre daí que não basta que o administrador se atenha ao estrito cumprimento da legalidade, devendo a sua atividade ser balizada e informada pelo princípio ético, porquanto a declaração de nulidade constitui sanção constitucional à moralidade administrativa (art. 5º, LXIX). Cabe, pois, ao administrador, ao firmar o ato, atender a ambos os princípios. Não importa, ainda, que o ato administrativo seja ‘vinculado’ (ou regrado) e que tenha preenchido todas as solenidades exigidas na lei. A moralidade alcança os atos da administração de qualquer natureza, sejam ‘regrados ou discricionários’. O ato pode ser legal e, ao mesmo tempo, imoral, incidindo na eiva de inconstitucionalidade.”

“Ouso pensar que, com o advento da nova ordem constitucional, as teorias sobre o ‘abuso de poder’ perderam em substância. O que importa, agora, é que a ação do administrador se componha nos limites da ‘lei’ e da ‘moral’, em cumulação. Não importa indagar, ainda, se o ato é ‘vinculado ou discricionário’, ou se, em relação ao último, existiu ou não desvio de finalidade (ou outros quaisquer vícios). Havendo afronta à morali-

dade, o ato se inquina de ‘nulo’, *ipso facto*, por contrariar princípio constitucional. Não há, aí, de perquirir se houve dano à administração (ou maltrato ao interesse público), porque este é presumido *juris et de jure*. A nulidade independe de verificação do resultado, porque o ato ‘imoral’ é ato ‘inconstitucional’, nulo, ineficaz.

O princípio da moralidade administrativa, na sua dicção ampla (art. 37), tampouco poderia depender de lei que explicitasse o que é ou não moral. A precisão que se exige da legalidade não tem cabimento quando se trata da moralidade, pois, de outra forma, se estaria subsumindo um ao outro princípio, tornando-se ocioso falar-se em moral administrativa. Sob esse critério, têm eficácia desconstitutiva sobre os atos, contratos e atos administrativos complexos praticados com violação da moralidade administrativa os preceitos do art. 5º LXVIII, LXIX e LXXIII e o princípio do art. 37. Serão nulos de pleno direito, ainda que legais, abrangendo a desconstituição todos os efeitos deles esperado.” (RT 711/19)

A consequência da constitucionalização do princípio da moralidade administrativa foi explicitada pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Moreira Alves por ocasião da palestra retromencionada, da qual anotei as seguintes lições:

“O princípio da moralidade aplica-se a todos os Poderes da República, quando atuarem como administradores na prática de atos administrativos.”

“O Supremo Tribunal Federal rejeitou, de modo absoluto, a tese de inconstitucionalidade de texto constitucional. Não há princípio constitucional mais elevado que outro princípio constitucional, de modo que o Judiciário não pode declarar a inconstitucionalidade de certo princípio em relação ao outro.”

“A consequência da constitucionalização do princípio da moralidade administrativa é principalmente dizer que, além de a Administração continuar vinculada aos princípios legais, há um *plus*: vincular ao princípio o legislador – impedir que o legislador possa, por exemplo, determinar que a Administração Pública proceda desta ou daquela forma,

sendo esta ou aquela forma imoral... Então o que este princípio acrescentou de novo ao ordenamento jurídico foi a possibilidade do controle judicial com referência às leis, para declará-las inconstitucionais, em casos extremados, observado o princípio da proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV), em consequência exclusiva da moralidade, podendo ele examinar, inclusive, se o comportamento, determinado à Administração, atenderia ou não o princípio da moralidade.”

A seu turno, merece especial atenção a questão sobre se o Poder Judiciário teria sido autorizado a controlar a valorização dos motivos e a escolha do objeto – consubstanciadores do mérito administrativo, efetuados pela administração, diante da norma constitucional do art. 37, *caput*.

José Augusto Delgado, Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, representa bem uma das correntes de idéias a esse respeito (*O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988*):

“A extensão do princípio da moralidade conduz ao entendimento de que a administração pública tem o dever de melhor administrar, que ultrapassa o conceito de bem administrar. Isso representa que, em face de quatro ou cinco hipóteses boas, o administrador público, ao contrário do particular, não tem o direito de escolher qualquer uma delas. É do seu dever adotar o melhor. Se não o fizer, em face de como está posto na Constituição Federal o princípio da moralidade administrativa, o juiz tem mais do que poder jurisdicional, tem o dever de, no exercício do controle da referida atividade administrativa, desfazer a decisão, por ser reflexo de uma ação que infringiu a obrigação de ‘melhor administrar’. Esse poder constitucional do juiz é, somente, o de desconstituir o ato administrativo. Não lhe é permitido que substitua a ação administrativa, sob pena de ferir um outro princípio que é o da independência e harmonia dos poderes.” (RT 680/39)

Em campo oposto, nesse caso, encontra-se, entre outros, o Professor Celso Ribeiro Bastos, que, no seu *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994. p.37, opina:

“A inovação de um difuso princípio

de moralidade pode, na verdade, escamotear um ingresso que, até então, não tem sido aceito pelo Poder Judiciário no mérito do ato administrativo. Quer-nos parecer que não tenha sido esta a intenção do texto, nem corresponda ela a uma aspiração doutrinária do nosso direito, que tem sabido sempre acatar as distinções entre administrar e exercer a jurisdição. Nem para o próprio Judiciário, a nosso ver, convém um alargamento desmesurado da sua competência nessa matéria, que o transformará, de aplicador da lei que é, num administrador de segundo grau.”

Tenho para mim, após observar os teores de alguns preceptivos constitucionais, tais como do art. 37, *caput* (expressa o mandamento de respeito ao princípio da moralidade administrativa, em paralelo aos princípios da legalidade, impessoalidade e publicidade), do art. 5º, LXXIII (prevê ação popular – disciplinada pela Lei nº 4.717/65 – para estimular a defesa dos bens e interesses públicos e da moralidade administrativa), do art. 70 (autoriza o controle interno e externo – aquele por meio da própria administração, este por meio do Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas – não só da legalidade, mas também da legitimidade e da economicidade dos atos da administração), do art. 5º, LIV (assegura a razoabilidade das leis e dos atos administrativos), e art. 2º (consagra a separação dos poderes), que, em nome do princípio da moralidade administrativa, a qual difere da ilegalidade por desvio ou abuso do poder, o Poder Judiciário, excepcionalmente, tem competência para anular o mérito do ato administrativo quando a valoração dos motivos e a escolha do objeto do ato mostrem-se notória e iniludivelmente ineficientes e contrários à moral dominante em relação às outras hipóteses que o senso comum da sociedade teria adotado.

No entanto, se a valorização dos motivos ou a escolha do objeto do ato enquadram-se, de algum modo, dentro da razoabilidade, mesmo que, eventualmente, possa haver divergência de opinião, o ato deve ser mantido, em homenagem, também, à regra da separação de poderes.

Maria Sylvia Zanella di Pietro (em sua obra *Direito administrativo*, p. 182), sobre os limites da discricionariedade administrativa e o controle pelo Poder Judiciário, assim arremata: “Não cabe ao magistrado substituir os

valores morais do administrador público pelos seus próprios valores, desde que uns e outros sejam admissíveis como válidos dentro da sociedade; o que ele pode e deve invalidar são os atos que, pelos padrões do homem comum, atentam manifestamente contra a moralidade.”

Por força do princípio da moralidade, os atos da administração pública e de seus agentes em geral devem conter a maior eficiência possível, pela obrigação de prestarem uma boa administração, observando-se a honestidade, a boa-fé, a lealdade, a moderação, a discrição, a economicidade, a sinceridade, sem que possa existir qualquer inconfessável desejo de prejudicar ou beneficiar este ou aquele administrado.

Merecem destaque as seguintes palavras do jurista luso Antônio José Brandão (espíngado do seu conhecido artigo *Moralidade administrativa*. *RDA* 25/459):

“... tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos, como aquele que desprezou a ordem institucional; embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio à sua guarda. Em ambos esses casos, os seus atos são infiéis à idéia que tinha de servir, pois violam o equilíbrio que deve existir entre todas as funções, ou, embora mantendo ou aumentando o patrimônio gerido, desviam-no do fim institucional, que é o de concorrer para a criação do bem-comum.”

Aliás, nesse ponto, Celso Antônio Bandeira de Mello (*Elementos de direito administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 61) leciona:

“Segundo os cânones da lealdade e boa-fé, a administração haverá de proceder, em relação aos administrados, com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.”

Insta ser ressaltado que o § 4º do art. 37 da Constituição Federal estatui que os atos de improbidade, nos escalões governamentais e administrativos, importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento

ao erário, na forma e graduação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Outrossim, por força do art. 85, V, do Estatuto Político, atentar contra a probidade administrativa é uma das hipóteses de crimes de responsabilidade do Presidente da República, conforme definido no art. 9º da Lei nº 1.079/50, fato que enseja o *impeachment*, alcançando, nos termos do art. 52, I, da Lei Maior, com a destituição, os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles.

Em nível infraconstitucional, vale ilustrar que o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (Lei nº 8.112/90) prevê várias disposições concernentes aos deveres dos agentes públicos em geral e às vedações que eles estão sujeitos, com vista a garantir uma conduta compatível com a moralidade administrativa, havendo a previsão da responsabilidade civil, penal e administrativa do servidor pelo exercício irregular das suas atribuições.