

Moralidade Administrativa e sua utilização em pro- cessos reais de tomada de decisão

40871

Rogério Marinho Magalhães Alcântara Filho



Dissertação de Mestrado em Direito
Especialização em Ciências Jurídico-Políticas
Prof.^a Doutora Bárbara Manuela Carvalho de
Magalhães

Data: 02/05/2022





À minha mãe e avó, por tudo o que me proporcionaram e ensinaram, principalmente sobre a importância do conhecimento. À minha mulher, pelo apoio incondicional e amor insubstituível. E ao meu filho, Antônio Pedro, por ser uma fonte infindável de inspiração, esperança e força.

Por fim, à Antiga, Mui Nobre, Sempre Leal e Invicta Cidade do Porto, por ter me recebido de braços abertos para essa jornada.



DEPARTAMENTO
DIREITO

“Alguns viram na moralidade administrativa, então, a tábua de salvação da nossa sociedade. Tudo estaria resolvido como que num passe de mágica.”

José Guilherme Giacomuzzi (2004)



RESUMO

MORALIDADE ADMINISTRATIVA E SUA UTILIZAÇÃO EM PROCESSOS REAIS DE TOMADA DE DECISÃO

Esta dissertação objetiva verificar se a utilização do denominado princípio da moralidade administrativa em processos reais de tomada de decisão, pelo poder judiciário brasileiro, pode ser considerada minimamente controlável. Para tanto, o trabalho adotará duas metodologias. Em primeiro lugar, o trabalho buscará traçar um breve panorama sobre as principais teorias que se prestam à distinção entre regras e princípios, de forma que se possa adotar um conceito de princípio jurídico que viabilize que seja verificado, ao fim, se a moralidade administrativa se enquadra na conceituação de princípio jurídico adotada. Em segundo lugar, a dissertação se dedicará a verificar se a doutrina jurídica existente sobre o tema logrou êxito em densificar o referido princípio, conferindo-lhe contornos precisos. Nesse contexto investigativo, o trabalho se dedicará, também, a delimitar o conteúdo do princípio da boa administração no direito português e europeu, de modo a verificar a existência de semelhanças com a moralidade administrativa e eventuais mecanismos de aprimoramento deste instituto. Por fim, o trabalho analisará as decisões proferidas no ano de 2021, pelo Superior Tribunal de Justiça, e nos anos de 2020 e 2021, pelo Supremo Tribunal Federal, que mencionam o princípio da moralidade administrativa, especificam o estado ideal de coisas autônomo que se almejaria alcançar mediante a aplicação do referido princípio, bem como as condutas necessárias ao atingimento de tal estado de coisas. Em linha de conclusão, com base nas conclusões parciais alcançadas nas etapas anteriores, a dissertação tentará propor formas pelas quais a aplicação do princípio da moralidade administrativa em processos reais de tomada de decisão poderia ser aprimorada no Brasil.

Palavras-chave: Moralidade administrativa. Princípio da Boa Administração. Princípios jurídicos. Segurança jurídica. Controlabilidade de decisões judiciais.

Abstract

ADMINISTRATIVE MORALITY AND ITS USE IN ACTUAL DECISION-MAKING PROCESSES

This dissertation aims to verify whether the use of the so-called principle of administrative morality in real decision-making processes, by the Brazilian Courts, can be considered minimally controllable. For this, the work will adopt two methodologies. Firstly, the work will seek to outline a brief overview of the main theories that lend themselves to the distinction between rules and principles, so that a concept of legal principle can be adopted that allows, at the end of the work, to verify if morality administrative procedure fits the concept of legal principle adopted. Second, the dissertation will be dedicated to verifying whether the existing legal doctrine on the subject has succeeded in densifying the aforementioned principle, giving it precise contours. In this investigative context, the work will also be dedicated to investigating the content of the principle of good administration in Portuguese and



European law, in order to verify the existence of similarities with administrative morality and possible mechanisms for the improvement of this institute. Finally, the work will analyze the decisions handed down in the year 2021, by the Superior Court of Justice, and in the years 2020 and 2021, by the Federal Supreme Court, which mention the principle of administrative morality, specify the ideal autonomous state of affairs that one would aim to achieve through the application of the aforementioned principle, as well as the necessary conducts to reach such a state of affairs. In conclusion, based on the partial conclusions reached in the previous stages, the dissertation will try to propose ways in which the application of the principle of administrative morality in real decision-making processes could be improved in Brazil.

Keywords: Administrative morality. Principle of Good Management. Legal principles. Legal security. Controllability of court decisions.



ÍNDICE

INTRODUÇÃO	7
1. DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS	12
2. BUSCA POR UM CONCEITO DE MORALIDADE ADMINISTRATIVA	17
2.1 MORALIDADE ADMINISTRATIVA NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS	17
2.2 MORALIDADE ADMINISTRATIVA NAS DOCTRINAS JURÍDICAS BRASILEIRA E PORTUGUESA	20
2.3 O PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO DO DIREITO PORTUGUÊS E EUROPEU	28
3. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA	35
3.1 Análise da jurisprudência do STJ no ano de 2021	37
3.2 Análise da jurisprudência do STF nos anos de 2020 e 2021	54
CONCLUSÃO	76

INTRODUÇÃO

São recorrentes, no Brasil, nos últimos anos, decisões judiciais que utilizam como fundamento o denominado princípio da moralidade administrativa. Tal fenômeno pode ser observado em diversos processos judiciais, nos mais variados graus de jurisdição, notadamente em casos que têm por objeto atos praticados pela administração pública brasileira, inclusive em hipóteses que tratam de atos administrativos diretamente ligados à atuação política da administração pública, como, por exemplo, atos de nomeação de ministros pelo chefe do Poder Executivo federal.

É fato notório, portanto, que o princípio da moralidade administrativa vem sendo amplamente utilizado, no Brasil, como fundamento de decisões judiciais, inclusive para justificar a anulação de atos administrativos relacionados a temas bastante caros à vida política do país.

No entanto, entendemos que, por algumas relevantes razões, que serão melhor explicitadas ao longo desta dissertação, são necessárias algumas reflexões sobre a ampla utilização da moralidade administrativa como fundamento em processos reais de tomada de decisão pelo poder judiciário brasileiro.

Antes e para além disso, de forma mais abrangente, acreditamos que se mostra necessário um maior aprofundamento sobre a conveniência da vasta disseminação da utilização de conceitos jurídicos indeterminados em processos decisórios, fenômeno que vem sendo observado, já há algum tempo, em diversos países e, com ainda mais amplitude, no Brasil.

Principalmente quando a utilização dos princípios, como fundamentos de decisões, dá-se sem o rigor técnico necessário à aplicação desse tipo de norma em casos concretos, conforme já alertava, há muito, Otto Bachof¹, ao destacar a necessidade de rígido e ilimitado controle na delimitação do conteúdo abstrato de conceitos jurídicos indeterminados.

¹ “Como toda a interpretação, a interpretação de conceitos legais indeterminados, isto é, a averiguação do seu conteúdo (sobre esta matéria ver, em geral, *supra*, § 28 V) é uma questão de direito, que tanto deve ser respondida pela autoridade administrativa que aplica a lei como pelos tribunais administrativos, a quem compete controlar ilimitadamente a legalidade da aplicação, sob a sua própria responsabilidade (*BverwGE* 72, 73, 77; *BverfG*, NJW 1987, 3175). Este controlo é sempre abstracto, isto é, independente do caso particular em concreto, porque determina mais pormenorizadamente o conteúdo abstracto do direito objectivo. Devemos ter aqui em consideração que os valores e ideologias podem mudar com o decurso do tempo. Deverá ser aceite um controlo ilimitado sobretudo na valoração de *standards* técnicos e de equivalências técnicas, porque neste âmbito não há fundamento para aceitar uma margem de apreciação própria a favor dos tribunais (noutro sentido, *EuGH*, NVwZ 1992,358)”. HANS J. WOLFF, BACHOF, Otto. STOBER, Rolf. *Direito Administrativo*, vol. I. Tradução de António Francisco De Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 450. ISBN 972-31-1157-8.

No mesmo sentido, aliás, é o alerta de António Francisco de Sousa², ao afirmar que a interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, notadamente no âmbito de decisões judiciais, é um dos temas mais controversos, inquietantes e não pacificados do direito administrativo moderno.

Por esta mesma trilha caminha a pertinente ponderação apresentada por Humberto Ávila³, que reconhece categoricamente a existência, nos direitos administrativo e constitucional modernos, o que chama de “euforia” em torno do “Estado Principlológico”, que estaria acarretando na utilização ampla, porém pouco técnica, de princípios, bem como resultando em um cenário de redução da efetividade da ordem jurídica.

No entanto, essa relevante questão, mais ampla, acerca da utilização, exacerbada e desapegada de parâmetros técnicos, de conceitos jurídicos indeterminados como fundamentos de decisões judiciais, extrapola os limites desta dissertação e carece de aprofundamento adequado, com o objetivo de que seja pavimentado um caminho que viabilize uma operacionalização mais controlável dos princípios jurídicos em processos reais de tomada de decisão.

Este trabalho, portanto, limitar-se-á à investigação acerca do conceito e da real natureza do denominado princípio da moralidade administrativa, com o objetivo de verificar se o instituto preenche as características mínimas necessárias à sua qualificação como princípio jurídico, bem como se a sua utilização em processos decisórios, da forma como vem sendo feita pelos tribunais brasileiros, pode ser considerada controlável, por estar permeada por um processo racional de justificação.

Para tanto, a metodologia a ser seguida será, em síntese, a proposta de análise racional para investigações sobre princípios jurídicos formulada por Humberto Ávila⁴, que, por ser a guia mestra da investigação realizada neste trabalho, pede-se licença para transcrever:

“Sobre essa questão, vem à tona o modo como os princípios são investigados. E, nessa matéria, é fácil encontrar dois modos opostos de investigação dos princípios jurídicos. De

² “Estamos perante um dos mais sérios problemas com que se defronta a teoria e a prática do direito administrativo moderno. Efectivamente, de há largas décadas que a interpretação e aplicação destes chamados conceitos indeterminados está no centro de uma ampla e cerrada discussão doutrinal – particularmente quanto ao seu controlo jurisdicional – a qual está longe de chegar a um fim. As inúmeras e grandes dificuldades que a este propósito se suscitam são evidenciadas pelas vastíssimas e mais ou menos frustradas tentativas que de há muito, e um pouco por toda a parte, têm sido feitas para a sua resolução”. DE SOUSA, António Francisco. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, pp. 19-20.

³ “Os estudos de direito público, especialmente de direito constitucional, lograram avanços significativos no que se refere à interpretação e à aplicação das normas constitucionais. Hoje, mais do que ontem, importa construir o sentido e delimitar a função daquelas normas que, sobre prescreverem fins a serem atingidos, servem de fundamento para a aplicação do ordenamento constitucional – os princípios jurídicos. É até mesmo plausível afirmar que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de *Estado Principlológico*. Importa ressaltar, no entanto, que notáveis exceções confirmam a regra de que a euforia do novo terminou por acarretar alguns exageros e problemas teóricos que têm inibido a própria efetividade do ordenamento jurídico. Trata-se, em especial e paradoxalmente, da efetividade de elementos chamados de fundamentais – os princípios jurídicos. Nesse quadro, algumas questões causam perplexidade”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 16ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 43. ISBN 978-85-392-0280/5.

⁴ Idem, pp. 87 e 88.

um lado, podem-se analisar os princípios de modo a exaltar os valores por eles protegidos, sem, no entanto, examinar quais são os comportamentos indispensáveis à realização desses valores e quais são os instrumentos metódicos essenciais à fundamentação controlável da sua aplicação

Nessa hipótese, privilegia-se a proclamação da importância dos princípios, qualificando-os como alicerces ou pilares do ordenamento jurídico. Mais do que isso, pouco. De outro lado, pode-se investigar os princípios de maneira a privilegiar o exame de sua estrutura, especialmente para nela encontrar um procedimento racional de fundamentação que permita tanto especificar as condutas necessárias à realização dos valores por eles prestigiados quanto justificar e controlar sua aplicação mediante reconstrução racional dos enunciados doutrinários e das decisões judiciais. Nessa hipótese prioriza-se o caráter justificativo dos princípios e seu uso racionalmente controlado. A questão crucial deixa de ser a verificação dos valores em jogo, para se constituir na legitimação de critérios que permitam aplicar racionalmente esses mesmos valores”.

Desse modo, inicialmente, o presente trabalho traçará um panorama das principais teorias que se dedicaram a distinguir regras e princípios, enquanto categorias normativas, com o objetivo de alcançar e adotar um conceito de princípio jurídico para os fins desta dissertação.

Essa reconstrução histórica, ainda que sumária, da distinção entre regras e princípios jurídicos, mostra-se essencial ao desenvolvimento do tema, na medida em que permitirá que sejam identificados os elementos mínimos que devem estar presentes para que a moralidade administrativa seja qualificada e utilizada, com rigor técnico e de forma controlável, como um princípio jurídico⁵. Ou mesmo para que, ao fim do trabalho, seja possível concluir que a moralidade administrativa não se enquadra na categoria normativa de princípio jurídico, tornando viável uma nova proposição de enquadramento conceitual do instituto.

Em seu segundo capítulo, esta dissertação buscará identificar, na legislação em vigor no Brasil e nas doutrinas jurídicas brasileira e portuguesa, o conceito de moralidade administrativa, por meio da identificação do estado ideal de coisas que tal princípio pretendia consagrar e dos meios para que tal status seja alcançado. Ou seja, debruçando-se sobre a maior quantidade possível de doutrinas especializadas, o trabalho tentará delimitar quais são as características singulares, as notas distintivas que caracterizariam o princípio da moralidade administrativa e o distinguiriam dos demais princípios jurídicos que incidem sobre a atividade administrativa.

Estas duas primeiras etapas do trabalho se mostram necessárias para que, ao fim, em sua fase conclusiva, seja possível verificar se o princípio da moralidade administrativa, conforme definido pela doutrina e pela legislação em vigor, possui os elementos mínimos

⁵ “A necessidade de distinção não surge em razão da existência de diversas denominações para numerosas categorias. Ela decorre, em vez disso, da necessidade de diferentes designações para diferentes fenômenos. Não se trata, pois, de uma distinção meramente terminológica, mas de uma exigência de clareza conceitual: quando existem várias espécies de exames no plano concreto, é aconselhável que elas também sejam qualificadas de modo distinto. A dogmática constitucional deve buscar a clareza também porque ela proporciona maiores meios de controle da atividade estatal”. Idem, p. 45.

necessários para que seja conceituado como princípio, nos termos da definição adotada no primeiro capítulo, bem como para verificar se, de fato, existe um conteúdo autônomo e singular que possa ser atribuído exclusivamente ao referido princípio.

Ainda nesta etapa, a presente dissertação se dedicará a investigar o conceito do princípio da boa administração no direito português e europeu, com o objetivo de verificar pontos de proximidade com a moralidade administrativa, bem como eventuais contribuições que a experiência de operacionalização judicial da boa administração, em Portugal e no âmbito da União Europeia, pode trazer para a utilização do princípio da moralidade administrativa no direito brasileiro.

Na terceira parte, o presente trabalho se dedicará à análise de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça com o objetivo de verificar se, por trás do uso de tal princípio em processos reais de tomada de decisão, no Brasil, há um procedimento racional de fundamentação que, ao delimitar as hipóteses de incidência da moralidade administrativa e especificar os fins a serem atingidos por meio da sua aplicação, confira algum grau de controlabilidade às decisões judiciais.

Assim, serão analisados todos os acórdãos proferidos, no ano de 2021, pelos órgãos do Superior Tribunal de Justiça com competência para apreciar as matérias de Direito Público, assim como todos os acórdãos proferidos, nos anos de 2020 e 2021, pelo Supremo Tribunal Federal, desde que tenham mencionado a exata expressão “moralidade administrativa”, com o objetivo de tentar identificar os elementos essenciais, considerados nucleares e estruturantes, do denominado princípio da moralidade administrativa, bem como o procedimento racional de justificação que permeou a sua utilização como fundamento decisório.

Essa, pois, é a maior contribuição que o presente trabalho potencialmente pode trazer ao estudo da ciência jurídico-administrativa: a análise de todas as mais recentes decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para verificar se a utilização da moralidade administrativa como fundamento de decisões judiciais, como tem sido feita atualmente pelos tribunais superiores brasileiros, reveste-se de mínima controlabilidade e rigor técnico.

O recorte temporal utilizado para selecionar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça se justifica em razão da necessidade de que a análise da jurisprudência realizada abrangesse todas as decisões proferidas em determinado período de tempo, evitando que a seleção aleatória de julgados acabasse por comprometer a representatividade do grupo de decisões analisadas enquanto posicionamento recorrente das referidas cortes.

Por fim, em sua parte conclusiva, a dissertação tentará identificar se, à luz de toda a investigação realizada, a moralidade administrativa pode efetivamente ser conceituada como um princípio jurídico, bem como se a sua utilização em processos reais de tomada de decisão, da forma como vem sendo feita pelos tribunais brasileiros, pode ser considerada controlável.



Além disso, a parte conclusiva do trabalho consolidará as eventuais contribuições, extraídas da análise da experiência de normatização e utilização judicial do princípio da boa administração no direito português e europeu, para que a utilização da moralidade administrativa em processos reais de tomada de decisão, pelas cortes brasileiras, torne-se mais sistemática, técnica e controlável.

1. DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Conforme já explicitado, o objeto central do presente estudo não é traçar uma distinção conceitual entre regras e princípios jurídicos⁶. Ou mesmo propor uma nova forma de definição para tais categorias normativas. Todavia, a identificação de um conceito operacionalizável de princípio jurídico é necessária para que se possa verificar se o denominado princípio da moralidade administrativa efetivamente preenche os requisitos mínimos inerentes à sua qualificação como princípio jurídico.

Nesse contexto, com o objetivo de adotar um conceito de princípio jurídico, a ser utilizado como anteparo para a análise concreta da moralidade administrativa nesta dissertação, importante dedicar algumas linhas aos autores que buscaram, com profundidade, estabelecer uma distinção entre regras e princípios jurídicos, conceituando ambos os institutos.

Josef Esser⁷, ao estabelecer uma diferenciação entre regras e princípios, assevera que estes últimos se distinguiriam das primeiras em razão de fixarem fundamentos gerais para que um mandamento específico seja identificado. Ou seja, para o referido autor, os princípios jurídicos se caracterizariam notadamente por sua função principal de servir como fundamento normativo em processos decisórios. Trata-se, portanto, de uma distinção baseada principalmente no grau de generalidade da prescrição normativa.

Karl Larenz⁸, seguindo pelo mesmo caminho, adota um conceito de princípio jurídico próximo ao desenvolvido por Josef Esser, na medida em que igualmente compreende que os princípios jurídicos teriam uma função primordialmente orientadora, apontando para o sentido em que se encontra a regra aplicável ao caso concreto. Assim, para o referido autor, os princípios jurídicos seriam formulações hipotéticas de caráter diretivo, dotadas de grande relevância para o ordenamento jurídico, pois estabelecem fundamentos normativos que permitem a interpretação e aplicação do direito.

Claus-Wilhelm Canaris⁹, por sua vez, acrescentou novas notas de diferenciação entre regras e princípios, ao afirmar que estes últimos, além de seu caráter genérico e natureza diretiva, seriam dotados de um conteúdo axiológico explícito e apenas ganhariam

⁶ Para este fim, ver: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed. Coimbra: Almedina, pp. 1.086 e ss.

⁷ ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4ª tir. Mohr, 1990, p. 51. APUD ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 16ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 55. ISBN 978-85-392-0280/5.

⁸ LARENZ, Karl. *Richtiges Recht*. Beck, 1979, p. 26, e *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed. Springer, 1991, p. 474. APUD ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 16ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, pp. 55 - 56. ISBN 978-85-392-0280/5.

⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. Berlin: Duncker und Humblot, 1983, pp. 50, 53 e 55. APUD ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 16ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 56. ISBN 978-85-392-0280/5.

sentido através de processos dialéticos. Dessa forma, além do elevado grau de abstração da prescrição, os princípios também seriam caracterizados pelo fato de que o seu conteúdo somente poderia ser precisado através de processos discursivos concretos.

O principal contributo para a distinção entre regras e princípios jurídicos, no entanto, veio do trabalho de Ronald Dworkin¹⁰, que define as regras como prescrições normativas que somente podem ser aplicadas segundo a regra do tudo-ou-nada. Assim, caso esteja presente a hipótese de incidência de determinada regra, a consequência por ela prevista deve necessariamente ser aplicada. Além disso, o referido autor pontua, ainda em relação às regras, que, em caso de conflito, uma delas deverá ser considerada inválida, uma vez que estará presente a sua hipótese de incidência, mas suas consequências serão afastadas.

Já em relação aos princípios, Dworkin¹¹ afirma que estes não indicam expressamente a decisão a ser adotada diante de determinada hipótese, mas apenas fornecem fundamentos que, combinados com outros fundamentos, poderão ser utilizados nos processos decisórios. Exatamente em razão desta característica, Dworkin estabelece que os princípios possuem uma dimensão de peso que somente é verificável em caso de conflito entre princípios, hipótese em que um princípio, que possui maior peso relativo, sobrepor-se-á em relação a outro.

Robert Alexy¹², por fim, aprofundou os conceitos desenvolvidos por Dworkin e definiu princípios jurídicos como mandamentos de otimização que podem ser aplicados em diversos graus, conforme as circunstâncias fáticas e normativas. Para o referido autor, portanto, os princípios também possuiriam tão somente uma dimensão de peso, não prevendo consequências diretamente ligadas à ocorrência de uma hipótese fática, como as regras. Além disso, Alexy evidencia, através da análise de decisões do Tribunal Constitucional da Alemanha, que existe uma relação de tensão entre os princípios incidentes em determinada circunstância, não sendo possível afirmar a sobreposição de um princípio em relação a outro, devendo a solução ser alcançada por meio da ponderação dos princípios colidentes.

Traçado esse brevíssimo resumo, é possível distinguir, de uma forma geral, duas correntes sobre a diferenciação entre regras e princípios. A primeira delas, bem representada pelos posicionamentos de Esser, Larenz e Canaris, afirma que os princípios são normas extremamente genéricas e de grande abstração. Por essa razão, a aplicação dos princípios jurídicos a casos concretos estaria permeada por grande subjetividade, em contraposição à aplicação das regras, que seria estritamente objetiva.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *The model of rules*. University of Chicago Law Review 35/14. APUD ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 16ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 56. ISBN 978-85-392-0280/5.

¹¹ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, 6ª tir. 1977, p. 26. APUD ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 16ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 56. ISBN 978-85-392-0280/5.

¹² ALEXY, Robert. "Zum Begriff des Rechtsprinzips", *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*, Rechtslehre. Separata: p. 1/59. APUD ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 16ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 56. ISBN 978-85-392-0280/5.

A outra linha doutrinária, integrada por Dworkin e Alexy, apregoa que os princípios são normas que podem ser objeto de aplicação em diversos graus, mediante a realização de ponderação com outros princípios, enquanto as regras seriam normas que fixam, de forma direta, aquilo que pretendem proibir ou permitir, razão pela qual são aplicadas através de mero exercício de subsunção.

Essa segunda forma de distinção entre regras e princípios vem sendo amplamente adotada no direito administrativo brasileiro, conforme se extrai das lições de Alexandre Aragão¹³, que basicamente reproduz a ideia de que a diferença entre regras e princípios estaria diretamente relacionada à forma de aplicação de tais normas, uma vez que as regras seriam aplicadas de forma binária, pois já conteriam um preceito e uma sanção, enquanto os princípios não conteriam uma prévia especificação das consequências decorrentes da sua incidência nos casos concretos.

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso¹⁴ leciona que “*é, todavia, no modo de aplicação que reside a principal distinção entre regra e princípio*”, uma vez que as “*regras se aplicam na modalidade tudo ou nada: ocorrendo o fato descrito em seu relato ela deverá incidir, produzindo o efeito previsto*”, e os “*princípios indicam uma direção, um valor, um fim*”.

Ambas as correntes doutrinárias, todavia, já foram objeto de críticas pertinentes, tão bem sintetizadas por Humberto Ávila¹⁵ que se pede vênia para transcrever as lições do referido autor sobre o tema:

“Note-se que a distinção entre as espécies normativas com repercussão nos planos da indeterminação e do conteúdo valorativo da linguagem pode terminar, de um lado, apenando a latente indeterminação das regras e seu encoberto conteúdo valorativo, transformando-as em normas de segunda categoria pela sua pretensa determinação e pela sua suposta neutralidade valorativa. Mais que isso: essa distinção pode levar à crença de que o intérprete não tem liberdade alguma de configuração dos conteúdos semântico e valorativo das regras, quando, em verdade, toda norma jurídica – inclusive as

¹³ “As regras jurídicas possuem hipóteses de incidência abstratas, que dizem respeito a situações hipotéticas, que, concretizando-se na vida prática, acarretam determinadas consequências jurídicas. Trata-se do conhecido esquema “preceito – sanção”, pelo qual, ocorrendo o fato previsto na regra, a ele devem suceder os efeitos jurídicos nela também já preestabelecidos. Num exemplo se regra de Direito Administrativo, se o servidor público federal deixar injustificadamente de comparecer à repartição por mais de três dias consecutivos – este é o preceito –, haverá cometido a infração funcional grave conhecida como “abandono de cargo” (subsunção), para a qual é cominada a penalidade (a consequência) da demissão (cf. art. 132, II, c./c. art. 138, ambos da Lei n. 8.112/90). O mecanismo de aplicação dos princípios é mais complexo do que o esquema binário característico das regras (se o fato ocorreu, se aplica a regra; se não ocorreu, não se aplica). Os princípios não preveem situações determinadas e, muito menos, efeitos jurídicos específicos que delas decorriam. É claro que normatizam situações e que podem acarretar efeitos jurídicos, mas, devido a seu caráter fluido, suas consequências, além de não poderem ser previamente estabelecidas, dependem das características de cada caso concreto e dos demais princípios que forem em tese aplicáveis”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 55-56. ISBN 978-85-309-4582-4.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 230-231.

¹⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 16ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, pp. 110/114. ISBN 978-85-392-0280/5.

regras – só tem seu conteúdo de sentido e sua finalidade subjacente definidos mediante um processo de ponderação. De outro lado, esse critério de distinção pode conduzir, mediatamente, a uma supervalorização dos princípios, como se a aplicação de qualquer regra pudesse ser alçada ao nível exclusivamente principiológico sem justificação e fundamentação. (...)

Registre-se que a distinção entre as espécies normativas com base no modo de aplicação e no modo de solução de antinomias também pode conduzir, de um lado, a uma trivialização do funcionamento das regras, transformando-as em normas que são aplicadas de modo automatizado e sem a necessária ponderação de razões. Mais que isso: essa distinção leva a crer que as regras não podem ser superadas, quando, em realidade, toda norma jurídica – inclusive as regras – estabelece deveres provisórios, como comprovam os casos de superação das regras por razões extraordinárias com base no postulado da razoabilidade. De outro lado, esses critérios de distinção, se não somados a critérios precisos de aplicação e de argumentação, podem conduzir, indiretamente, a um uso arbitrário dos princípios, relativizados conforme os interesses em jogo”.

Assim, em que pese a inegável contribuição que as definições históricas de regras e princípios, aqui brevemente delineadas, deram – e continuam a dar, até os dias atuais – para a compreensão e evolução dos mencionados institutos, acredita-se que as críticas a elas formuladas¹⁶ são extremamente pertinentes, seja do ponto de vista interno, seja sob a ótica das consequências de sua adoção.

Desse modo, fato é que a definição das regras como prescrições normativas que já estabelecem a hipótese de incidência e a consequência dela advinda, bem como a conceitualização de princípios como mandamento de otimização a serem ponderados em casos concretos de conflito, acabam por induzir os operadores do direito à aplicação limitada e automatizada das regras e à aplicação extremamente subjetiva e pouco controlável dos princípios.

Não se está a dizer, de forma alguma, que as referidas definições são imprestáveis ou equivocadas. Defende-se apenas que carecem de aprimoramento, na medida em que há casos concretos que desafiam a aplicação ponderada de regras, assim como a aplicação de princípios deve ser permeada por procedimentos racionais de justificação que lhe confira controlabilidade.

Em virtude desses aspectos, considerados sobremaneira relevantes, será adotada, para os fins deste trabalho, a distinção conceitual entre regras e princípios proposta por Humberto Ávila¹⁷, que acreditamos ser a mais completa e operacionalizável, principalmente em razão de as demais definições, conforme demonstram as críticas acima mencionadas, causarem algum grau de confusão conceitual, permitindo que regras assumam determinadas características de princípios e vice-versa. Veja-se, então, a definição

¹⁶ Para um maior aprofundamento nas críticas às referidas teorias, ver, por todos: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 16ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, pp. 60/87 e 109/116. ISBN 978-85-392-0280/5.

¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 16ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 102. ISBN 978-85-392-0280/5.

proposta pelo referido autor, em suas próprias palavras, com o objetivo de evitar distorções interpretativas:

“As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.

Infere-se da leitura da definição de princípio proposta por Humberto Ávila que os elementos nucleares desta categoria normativa são os seguintes: (i) caráter finalístico, na medida em que os princípios estabelecem, em síntese, fins a serem alcançados, um estado ideal de coisas que deve ser buscado na aplicação do direito; (ii) prospectividade, uma vez que os princípios naturalmente objetivam conformar a realidade futura, de forma que os atos futuros sejam praticados de modo a atingir, com a maior efetividade possível, o estado de coisas por eles almejado; (iii) complementaridade e parcialidade, pois os princípios podem ser aplicados de forma conjugada entre si, ainda que de forma parcial, considerando-se as circunstâncias factuais; e (iv) aplicação por meio da correlação entre o estado ideal de coisas almejado e as consequências da conduta necessária a tal fim, na medida em que a aplicação prática dos princípios depende de um procedimento racional de justificação que realize o cotejo entre os fins idealizados pelos princípios incidentes na hipótese e as condutas mais eficazes para que essas finalidades sejam alcançadas na maior proporção possível.

É a partir deste conceito de princípio que esta dissertação buscará verificar se a moralidade administrativa pode efetivamente ser enquadrada na categoria normativa de princípio jurídico, principalmente por acreditar-se que, a partir da operacionalização deste conceito de princípio jurídico, será possível alcançar uma forma de utilização de princípio, como fundamentos de decisões, mais racional e controlável, o que, ao fim e ao cabo, proporcionará, também, um incremento da segurança jurídica.

2. BUSCA POR UM CONCEITO DE MORALIDADE ADMINISTRATIVA

2.1 MORALIDADE ADMINISTRATIVA NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS

No Brasil, o princípio da moralidade administrativa possui sede constitucional, estando contemplado no texto de dois relevantes dispositivos da Constituição Federal de 1988. Confira-se:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

“Art. 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:”

A Lei nº 9.789/99, que rege o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, igualmente consagra o referido princípio:

“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.”

Também a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), ao criar a Agência Nacional de Telecomunicações, condicionou a atuação da referida autarquia especial ao princípio da moralidade administrativa. Veja-se:

“Art. 38 A atividade da Agência será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade.”

Há, ainda, no ordenamento jurídico brasileiro, alguns outros dispositivos legais que condicionam a atuação de órgãos da administração pública à observância do chamado princípio da moralidade administrativa, como o art. 17 da Lei nº 9.478/97 (que, entre outras coisas, criou a Agência Nacional de Petróleo) e o art. 66 da Lei nº 10.233/2001 (que, entre outras coisas, criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários). Veja-se:

“Art. 17. O processo decisório da ANP obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.”

“Art. 66. O processo decisório da ANTT e da ANTAQ obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.”

Constata-se, portanto, que existem, no ordenamento jurídico brasileiro, múltiplos dispositivos, tanto constitucionais, quanto infraconstitucionais, que positivam o denominado princípio da moralidade administrativa e determinam a sua observância no âmbito das atividades da administração pública.

Nenhum dos textos normativos existentes no Brasil, no entanto, conceitua ou identifica minimamente os elementos constitutivos do princípio da moralidade administrativa, limitando-se exclusivamente a mencioná-lo. Ou seja, para a finalidade desta dissertação, que pretende verificar a existência de elementos mínimos comuns a caracterizar a moralidade administrativa, os dispositivos normativos existentes no Brasil não trazem grande contribuição.

Basta a simples leitura dos dispositivos para que se verifique que não foi apontado, de forma minimamente precisa, o estado ideal de coisas a ser alcançado mediante a aplicação do referido princípio. Além disso, não existem quaisquer outros atos normativos que tenham por escopo densificar o princípio da moralidade administrativa, extraindo dele deveres procedimentais ou obrigações concretas a serem observadas pelos agentes públicos.

Por outra razão, especificamente em relação à moralidade administrativa, a conclusão alcançada também se aplica ao ordenamento jurídico português, na medida em que não foram localizadas sequer menções expressas, na Constituição da República Portuguesa ou nas leis em vigor no país, ao referido princípio.

No ordenamento jurídico português, somente são feitas referências ao denominado princípio da boa administração, que, apesar da denominação distinta, aparentemente possui o mesmo conteúdo que, no Brasil, é atribuído ao chamado princípio da moralidade administrativa.

O princípio da boa administração, do ponto de vista dos textos normativos, foi positivado, pela primeira vez, no artigo 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, nos seguintes termos:

“1. Toda pessoa tem direito a que as instituições e órgãos da União tratem de seus assuntos de forma imparcial e equitativa e dentro de um prazo razoável.

2. Este direito inclui em particular:

- o direito de toda pessoa de ser ouvida antes que se tome contra ela uma medida individual que lhe afete desfavoravelmente.

- o direito que toda pessoa a ter acesso a expediente que lhe afete, dentro do respeito aos interesses legítimos da confidencialidade e do segredo profissional e comercial.

- a obrigação que incumbe à Administração de motivar suas decisões.

3. *Toda pessoa tem direito à reparação pela Comunidade pelos danos causados por suas instituições ou seus agentes no exercício de suas funções, em conformidade com os princípios gerais comuns aos Direitos dos Estados membros.*

4. *Toda pessoa poderá dirigir-se às instituições da União em uma das línguas dos Tratados e deverá receber uma contestação na mesma língua.”*

Na reforma do Código de Procedimento Administrativo português, realizada no ano de 2015, por meio do Decreto-Lei nº 214-G/2015, o princípio da boa administração também foi reconhecido expressamente no ordenamento jurídico português, com a seguinte redação:

“1 - A Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, a Administração Pública deve ser organizada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada.”

Em razão da aparente proximidade de conteúdos entre o princípio da moralidade administrativa e do princípio da boa administração, caberá a este trabalho se dedicar, nos próximos capítulos, à delimitação do conteúdo deste último em Portugal e na Europa, de forma a verificar em que medida a experiência além-mar pode contribuir na operacionalização da moralidade administrativa no Brasil.

No entanto, ainda que em Portugal e na Europa, como um todo, admita-se a existência do princípio da boa administração, fato é que não se encontram menções a um princípio da moralidade administrativa. Nesse sentido, importante transcrever o que afirma José Guilherme Giacomuzzi¹⁸:

“A CF/88 previu a moralidade administrativa em dois artigos. No art. 5º, LXXIII (quando fala da ação popular), e no art. 37 (quando trata dos princípios da administração pública), Das Constituições que influenciaram de alguma forma a nossa (Alemanha, Portugal, França, Espanha, Itália), nenhuma – e isto me parece digno de nota – trouxe o nome ‘moralidade administrativa’, nem consta que algum país desenvolvido a contenha. Há, no entanto, notícia de que a Constituição da Colômbia se refere à moralidade administrativa.”

Ou seja, além de muito pouco contribuírem para a conceituação adequada do princípio da moralidade administrativa, os textos normativos brasileiros aparentemente são singulares em estatuir um princípio da moralidade administrativa, o que dificulta ainda mais a exata compreensão da dimensão do referido princípio, restando investigar, na busca por

¹⁸ GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa – história de um conceito*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, nº 24, Porto Alegre, 2004, pp. 219-233. ISSN 0104-6594.2004. Conferência proferida pelo autor na aula final de formação dos alunos da Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre, Brasil, no dia 13/11/2002. [consult. 13 mai. 2019]. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46347>.

um paralelo, o conteúdo do princípio da boa administração em Portugal, o que será feito mais adiante.

2.2 MORALIDADE ADMINISTRATIVA NAS DOCTRINAS JURÍDICAS BRASILEIRA E PORTUGUESA

Apesar de o ordenamento jurídico português, como visto acima, atualmente não prever expressamente a existência do princípio da moralidade administrativa, o que dificulta sobremaneira a localização de doutrinas jurídicas portuguesas dedicadas ao tema, no ano de 1947, em trabalho publicado no Boletim do Ministério da Justiça (Lisboa, vol. I, pp. 50 e seguintes), António José Brandão assim definiu a moralidade administrativa, após extensa exposição histórica¹⁹:

“Não se afastou Lacharrière muito da concepção de Hauriou. Em última análise, limitou-se a esclarecê-la e a fundamentá-la nas últimas aquisições da filosofia bergsoniana – o que Hauriou não repugnaria, apesar de sua preferência pelo tomismo. Parece-me assim que tanto a sua versão como a de Welter apenas procurou melhor exprimir o que Hauriou descobrira: a idéia da honestidade profissional dos administradores, a qual reclama destes não só uma atividade moralmente admissível, mas também respeitadora da especialização institucional de cada organização ou serviço. Esta idéia, o legislador positivo não a consagra expressamente; ela funciona como pressuposto da aplicação das leis administrativas do mesmo modo que a Moral, - a lei da interferência subjetiva das ações humanas, - funciona como pressuposto do Direito – a lei da interferência intersubjetiva das condutas do homem convivente. A atividade dos administradores, se fôr exclusivamente norteadada por rígido critério pragmático, pelo exclusivo intuito de obter o máximo de eficiência administrativa pode ser administrativamente imoral, apesar de juridicamente válida. Por outras palavras: a atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de a cada um dar o que lhe pertence – princípio de direito natural já lapidadamente formulados pelos jurisconsultos romanos.”

Em que pese a relevante pesquisa histórica e filosófica realizada, a lição transcrita pouco contribui para a operacionalização de um conceito controlável de moralidade administrativa, na medida em que se socorre de outros conceitos indeterminados, como “viver honestamente” e “não prejudicar outrem”, para definir o conteúdo do mencionado princípio.

Já nas obras mais recentes dedicadas ao direito administrativo português, como antecipado, não foram encontradas menções expressas à existência de um princípio da moralidade administrativa. Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias²⁰, por exemplo, listam como condicionantes da atividade administrativa os princípios da

¹⁹ BRANDÃO, António José. *Moralidade Administrativa*. Revista de Direito Administrativo, volume 25. Rio de Janeiro: FGV, 1951, pp. 454-467. ISSN 2238-5177. [consult. 12 jan. 2022]. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12140>.

²⁰ OLIVEIRA, Fernanda Paula. DIAS, José Figueiredo. *Noções fundamentais de direito administrativo*, 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 128-133. ISBN 978-972-40-7114-5.

juridicidade (subordinação da administração ao Direito), da imparcialidade, da igualdade, da boa-fé, da boa administração e da justiça e da razoabilidade.

Paulo Otero²¹, por sua vez, condiciona a atuação administrativa à observância de algumas categorias de princípios: princípios fundamentais conformadores do sistema político (princípios da democracia humana, do Estado de Direito democrático, da soberania internacionalizada e europeizada e da unidade descentralizada), princípios gerais da administração pública (subsidiariedade, descentralização, desconcentração, unidade, participação dos interessados na gestão da administração, aproximação dos serviços às populações e desburocratização), princípios gerais da atividade administrativa (juridicidade, prossecução do interesse público, respeito pelas posições jurídicas ativas dos cidadãos, igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé), entre outros. O autor não inclui, no entanto, em seu extenso rol de princípios, qualquer menção à moralidade administrativa.

Por fim, ao listar os princípios constitucionais sobre organização administrativa, Diogo Freitas do Amaral²² menciona os princípios da desburocratização, aproximação dos serviços às populações, participação dos interessados na gestão da administração pública, descentralização e desconcentração, igualmente não fazendo qualquer menção ao denominado princípio da moralidade administrativa.

No Brasil, reconhecendo a complexidade da conceituação do princípio da moralidade administrativa, Alexandre Santos de Aragão traça um breve panorama do posicionamento da doutrina²³, que, por fornecer um apanhado geral do estado da arte da conceituação da moralidade administrativa no Brasil, acredita-se ser relevante transcrever:

“É um dos princípios de mais complexa definição. A expressão verbal de uma noção tão abstrata como a “moralidade” aplicada a uma área específica da atuação humana – a gestão pública – é um desafio. A doutrina, em busca de clareza em suas definições, vincula a moralidade administrativa a alguns parâmetros.

Hely Lopes Meirelles, distinguindo a moralidade administrativa da noção comum de moralidade, lega-a à ideia de “bom administrador” (legalidade mais honestidade mais conveniência). Com isso a probidade estaria contida na moralidade. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em linhas próximas a Hely Lopes Meirelles, sustenta que a moral comum seria apenas ética, enquanto a moral administrativa agregaria, a esse substrato ético, a diferença prática entre o que deve ser considerado como boa ou má administração.

Odete Medauar afirma que a incidência do princípio da moralidade administrativa deve ser sempre contextual; assim, por exemplo, não seriam tolerados, num momento de aguda crise financeira do Estado, gastos supérfluos que, em outras épocas, poderiam

²¹ OTERO, Paulo. *Manual de direito administrativo*, vol. I. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 345-404. ISBN 978-972-40-5388-2.

²² FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Curso de direito administrativo*, vol. I. Coimbra: Almedina, 2006 pp. 907-912.

²³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 72-73. ISBN 978-85-309-4582-4.

até ser admitidos, como a compra de veículos de luxo para autoridades de primeiro escalão.

Para Maurice Hauriou, a moralidade administrativa imporia limites à atuação administrativa que iriam além da mera observância da legalidade. Com a positivação do princípio da moralidade pelo caput do art. 37 da nossa Constituição, essa assertiva só pode ser compreendida diante de uma visão limitada de legalidade; ao integrar a Constituição, a moralidade foi juridicizada, integrando o bloco amplo da legalidade.

Maria Sylvia Zanela Di Pietro discorda dessa assertiva, afirmando que a legalidade e a moralidade são tratados separadamente na Constituição e em diversas leis (como a Lei da Ação Popular – Lei n. 4.717/65), que se referem a ambos os princípios. A nosso ver, a referência dupla visa justamente a integrar a moralidade à legalidade ampla, possuindo ainda objetivos de ‘didática institucional’, para não deixar que administradores públicos mal-intencionados venham a arguir que, apesar de o seu ato não ser correto moralmente, não estavam formalmente violando nenhuma lei.

Hoje, estrando a legalidade ampliada pela ideia de juridicidade, e estando a própria moralidade (tal como vários outros princípios antes considerados como metajurídicos) positivada na Constituição, ela passou a integrar o bloco da legalidade. Assim, um ato administrativo imoral, que foge ao que seria o comportamento de um ‘bom administrador’, seria também um ato ilegal por violação à mais importante das leis, a Constituição.”

Como se vê, apesar do notável esforço e da menção a inúmeras lições de renomados juristas, o autor não consegue identificar, com mínima precisão, um conteúdo autônomo para definir o princípio da moralidade administrativa, socorrendo-se de outros princípios, como legalidade e juridicidade, e de conceitos indeterminados, como “bom administrador”.

Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴, seguindo a mesma linha, socorre-se de outros princípios e valores, sem conteúdo preciso, para definir o princípio da moralidade administrativa, fazendo-o com base na suposta relação que existiria entre a moralidade administrativa e princípios éticos, além de afirmar que estariam englobados pela moralidade administrativa os princípios da lealdade e boa-fé.

Do mesmo modo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁵ utilizou as finalidades resguardadas por diversos outros princípios e regras aplicáveis à administração pública para tentar

²⁴ “De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesús Gonzáles Perez em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da 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”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 115. ISBN 978-85-7420-793-3.

²⁵ “A moralidade administrativa – entendida como espécie diferenciada da moral comum – atua, também, como uma peculiar derivação dos conceitos de legitimidade política e de finalidade

alcançar uma definição do denominado princípio da moralidade administrativa. Em suma, o referido autor relaciona a moralidade administrativa à legitimidade e à finalidade pública, bem como aos conceitos de boa e má administração.

Indo além, o autor sugere que o princípio da moralidade administrativa restaria vulnerado nos casos em que o gestor público incorra em má administração dos interesses públicos, o que ocorreria nos casos de atos que carecem de finalidade pública, nos casos de atos que se desviam dessa finalidade e nas hipóteses dos atos que, por um elevado grau de ineficiência, seriam inábeis ao atingimento da finalidade pública.

Ou seja, em síntese, Diogo de Figueiredo Moreira Neto acaba por relacionar o conteúdo da moralidade administrativa diretamente a critérios de atingimento da finalidade pública, incluídos no âmbito de princípios como o da eficiência e da teoria do desvio de finalidade.

Como se vê, apesar do notável esforço, o mencionado administrativista utiliza basicamente um conceito indeterminado (“*boa e má administração*”) e um outro princípio do direito administrativo (princípio da finalidade ou da finalidade pública) para tentar delimitar um conteúdo autônomo para a moralidade administrativa.

Hely Lopes Meirelles²⁶, por sua vez, com arrimo em Maurice Hariou, afirma, sobre o referido princípio, que não se trataria de uma espécie de moral jurídica, que poderia ser caracterizada como o universo de regras que disciplinam internamente a atividade da Administração Pública. Ao assim proceder, o renomado administrativista acaba por aproximar a moralidade administrativa da legalidade e, principalmente, do princípio da juridicidade, ao defini-la como o bloco normativo que condiciona a atuação interna da administração.

pública, tal como acima estudadas. Com efeito, é a partir da finalidade, sempre contida na lei, que se estabelece em abstrato, e da legitimidade, que deve sempre resultar de sua aplicação, que se define em concreto. A autonomia deste princípio, que como se alertou, não deve ser confundido com a moralidade *tout court*, nem, tampouco, com o conceito de moralidade média, decorre de seu sentido rigorosamente técnico, como reflexo do conceito de boa e de má administração. Com efeito, a moral comum é orientada por uma distinção puramente ética, entre o bem e o mal, enquanto a moral administrativa é orientada por uma diferença eminentemente prática, entre boa e má administração. Para o administrador incidir em hipótese de imoralidade administrativa, basta eu use de seus poderes funcionais com vistas a resultados divorciados do estrito interesse público a que deveria atender. Por isso, além do desvio de finalidade, pode ocorrer imoralidade administrativa, nas hipóteses de ausência de finalidade bem como nas de ineficiência grosseira da ação do administrador público, tendo em vista, também, a finalidade, a que se propunha atender. Portanto, para que o administrador público vulnere esse princípio, basta que administre mal os interesses públicos, o que poderá se caracterizar de três modos: 1º - através de atos com desvio de finalidade pública, para perseguir interesses que não são aqueles para os quais deve agir; 2º - através de atos sem finalidade pública; 3º - através de atos com deficiente finalidade pública, reveladores de uma ineficiência grosseira no trato dos interesses que lhe foram afetos”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 296-297. ISBN 85-7147-536-9.

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 82.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁷, ao se dedicar a sistematizar uma definição para a moralidade administrativa, também se socorreu de valores e conceitos jurídicos indeterminados, como honestidade, equilíbrio e ética.

Além disso, a referida autora reconhece expressamente que, a seu ver, o princípio da moralidade administrativa estaria intrinsecamente ligado ao princípio da razoabilidade, na medida em que a verificação da moralidade de determinado ato administrativo perpassaria diretamente por um juízo de adequação entre os meios utilizados e os fins a serem atingidos.

Nessa mesma esteira, Rafael Oliveira²⁸ afirma que *“o princípio da moralidade, inserido no art. 37 da CRFB, exige que a atuação administrativa, além de respeitar a lei, seja ética, leal e séria”*.

Já José dos Santos Carvalho Filho²⁹, ao conceituar o princípio da moralidade administrativa, relaciona-o diretamente com os anseios da sociedade brasileira pela redução dos

²⁷ “Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos. Por isso mesmo, a imoralidade salta aos olhos quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia, segurança, educação, isso sem falar no mínimo indispensável à existência digna. Não é preciso, para invalidar despesas desse tipo, entrar na difícil análise dos fins que inspiraram a autoridade; o ato em si, o seu objeto, o seu conteúdo, contraria a ética da instituição, afronta a norma de conduta aceita como legítima pela coletividade administrada. Na aferição da imoralidade administrativa, é essencial o princípio da razoabilidade”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 111.

²⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 39. ISBN 978-85-309-8873-9.

²⁹ “O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. Acrescentamos que tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram. O art. 37 da Constituição Federal também a ele se referiu expressamente, e pode-se dizer, sem receio de errar, que foi bem aceito no seio da coletividade, já sufocada pela obrigação de ter assistido aos desmandos de maus administradores, frequentemente na busca de seus próprios interesses ou de interesses inconfessáveis, relegando para último plano os preceitos morais de que não deveriam afastar-se. O que pretendeu o Constituinte foi exatamente coibir essa imoralidade no âmbito da Administração. Pensamos, todavia, que somente quando os administradores estiverem realmente imbuídos de espírito público é que o princípio será efetivamente observado. Aliás, o princípio da moralidade está indissociavelmente ligado à noção do bom administrador, que não somente deve ser conhecedor da lei como dos princípios éticos regentes da função administrativa. Dentre as formas de imoralidade, a corrupção é, sem dúvida, a mais escandalosa na Administração. Trata-se de fenômeno mundial, mas em alguns países com razoável padrão ético ela é pontual, havendo apenas atos de corrupção; em outros, no entanto, com baixo padrão, como é o nosso caso, ela é sistêmica, surgindo mesmo um estado de corrupção. A Constituição referiu-se expressamente ao princípio da moralidade no art. 37, caput. Embora o conteúdo da moralidade seja diverso do da legalidade, o fato é que aquele está normalmente associado a este. Em algumas ocasiões, a imoralidade consistirá na ofensa direta à lei e aí violará, ipso facto, o princípio da legalidade. Em outras, residirá no tratamento discriminatório, positivo ou negativo, dispensado ao administrado; nesse caso, vulnerado estará também o princípio da impessoalidade, requisito, em última análise, da legalidade da conduta administrativa”. CARVALHO FILHO,

níveis de corrupção no âmbito da administração pública, razão pela qual afirma que a moralidade administrativa estaria diretamente ligada aos conceitos de honestidade e boa administração.

Além disso, o autor reconhece que, na prática, a violação do princípio da moralidade administrativa está fortemente ligada à violação de outros princípios regentes da atividade administrativa, como a legalidade e a impessoalidade.

Fernanda Marinela³⁰, por sua vez, reconhece a vagueza conceitual que paira sobre o conteúdo do princípio da moralidade administrativa e afirma que este guardaria relação com o exercício da atividade administrativa conforme os padrões éticos socialmente aceitáveis.

Ademais, afirma também que o princípio da moralidade administrativa se consubstanciaria em uma espécie de evolução do princípio da legalidade, aproximando-o, ainda que não expressamente, do conceito de juridicidade.

Conforme se infere da extensa pesquisa doutrinária aqui sintetizada, até mesmo as lições que se dedicaram especificamente a tentar distinguir a moralidade administrativa de outros princípios jurídico-administrativos, como o da legalidade, não lograram êxito em delimitar o conteúdo específico da moralidade administrativa.

Nesse sentido, Demócrito Ramos Reinaldo³¹ assevera que a moralidade administrativa corresponderia à moral comum, impondo que sejam observados os padrões e hábitos

José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. Pp. 72-75. ISBN 978-85-97-02497-5.

³⁰ “O princípio da moralidade exige que a Administração e seus agentes atuem em conformidade com os princípios éticos aceitáveis socialmente. Esse princípio se relaciona com a ideia de honestidade, exigindo a estrita observância de padrões éticos de boa-fé, de lealdade, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna da Administração Pública. Enquanto previsão expressa, esse princípio representa uma novidade da Constituição de 1988, art. 37, caput, caracterizando-se como uma evolução do princípio da legalidade, como proposição que se encontra na base do ordenamento jurídico, apesar de não ter conteúdo definido, preciso; representa um conceito jurídico indeterminado, vago”. MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 6ª ed. Niterói: Impetus, 2012, pp. 39-40. ISBN: 978-85-7626-564-1.

³¹ “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 reconhecimento do fato moral (atos administrativos), na inteligência, do princípio constitucional (art. 37), não se faz, somente, sob a ótica da intenção do administrador, ou mediante a investigação se tenha obrado de boa ou má-fé. Não são válidos, no processo de avaliação, o resultado, as consequências do ato (o dano à administração). A moralidade, portanto, é a condizente à moral comum, a do homem médio, a que está em consonância com a cultura, costumes e hábitos sociais. Atos morais são os acatados pela sociedade, porque se fundam em regras comuns e iguais a todos, são de interesse geral e se afinam com o respeito à ordem natural das coisas. A sociedade repudia, sempre, os provimentos administrativos personalizados, individualizados, que se sabe, prima facie, protectionistas de pessoas ou grupos não isonômicos. A motivação do ato, o desvio de finalidade e o dano do interesse público constituem, todavia, elementos informadores e adjutórios na aferição da moralidade administrativa”. REINALDO, Demócrito Ramos. *O princípio da moralidade na administração pública*. In *Fundamentos e princípios do direito administrativo*. DI PIETRO, Maria Sílvia e SUNDFELD, Carlos Ari (organizadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 750/752. ISBN 978-85-203-4612-9.

sociais. Afirma, ainda, que a moralidade administrativa seria informada por outros princípios do direito administrativo, como a motivação.

A imprecisão é tamanha que o referido autor defende aberta e expressamente que “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 (...)”³².

Emerson Garcia³³, ao se debruçar sobre o tema, afirmou que a moralidade administrativa estaria contida no princípio da juridicidade, além de sustentar que o referido princípio guardaria relação com o dever de bem administrar.

Por fim, Felipe Rodrigues Martínez³⁴, ao tentar delimitar o conteúdo da moralidade administrativa, afirmou, em suma, que o dito princípio teria por objetivo evitar que agentes administrativos atuassem em desvio de finalidade ou de forma abusiva.

Expostos os entendimentos doutrinários sobre o chamado princípio da moralidade administrativa, a conclusão que se alcança é bastante similar àquela obtida no capítulo anterior, que tratou do referido princípio no ordenamento jurídico.

Como já é possível perceber, a linha mestra que une as doutrinas jurídicas que empreenderam tentativas de conceituação do denominado princípio da moralidade administrativa é um conjunto de afirmações que mais confundem do que esclarecem, na medida em que se limitam a fazer referência a conceitos pouco concretos, etéreos, como padrões éticos, hábitos sociais e honestidade.

³² IDEM. P. 751.

³³ “Convém ressaltar, ainda, que, apesar de não guardar sinonímia com o princípio da legalidade, a moralidade administrativa apresenta uma relação de continência com o princípio da juridicidade, o qual abrange todas as regras e princípios norteadores da atividade estatal. Violado o princípio da moralidade administrativa, maculado estará o princípio da juridicidade, o que reforça a utilização deste como parâmetro para a identificação dos atos de improbidade. (...) Como foi visto, no Estado de Direito, os atos dos agentes públicos auferem seu fundamento de validade na norma. O fim desses atos, em razão da própria natureza do Estado, haverá de ser sempre a consecução do bem comum. Em razão disso, é possível dizer que legalidade e moralidade se integram e se complementam, sendo cogente sua observância pelos agentes públicos. O princípio da legalidade exige a adequação do ato à lei, enquanto o da moralidade torna obrigatório que o móvel do agente e o objetivo pretendido estejam em harmonia com o dever de bem administrar. Ainda que os contornos do ato estejam superpostos à lei, será ele inválido se resultar de caprichos pessoais do administrador, afastando-se do dever de bem administrar e da consecução do bem comum”. GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. *In Fundamentos e princípios do direito administrativo*. DI PIETRO, Maria Sylvania e SUNDFELD, Carlos Ari (organizadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 786/787. ISBN 978-85-203-4612-9.

³⁴ “Tenha-se, então, como premissa fundamental o fato de a noção de moralidade administrativa proibir desvios de finalidade ou abusos de poder na atuação de agentes públicos, cujos atos vinculam-se, inexcusavelmente, à observância do interesse público. (...) A moralidade é (deve ser) o próprio fundamento de validade do ato; mas é o fundamento de validade justamente em função da estrita legalidade. Ou seja, em face de não ser necessário que haja lei proibindo, basta que o princípio o faça”. MARTÍNEZ, Felipe Rodrigues. A moralidade administrativa como direito fundamental. *In Fundamentos e princípios do direito administrativo*. DI PIETRO, Maria Sylvania e SUNDFELD, Carlos Ari (organizadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 805/807. ISBN 978-85-203-4612-9.

Tais conceitos, por óbvio, em nada contribuem para que se alcance uma definição de moralidade administrativa que seja efetivamente operacionalizável e controlável, pois podem ser preenchidos de forma amplamente subjetiva pelos operadores do direito.

Além disso, outro ponto comum a praticamente todos os doutrinadores que se dedicaram a delimitar o campo de abrangência do princípio da moralidade administrativa é o fato de afirmarem que o referido princípio guarda uma relação de imbricação conceitual com a grande maioria dos demais princípios que regem a atividade administrativa.

Alguns doutrinadores falam em relação de continência, outros de superposição e alguns de complementariedade, mas é inegável que todos eles atribuem à moralidade administrativa características de outros princípios, como a legalidade, a impessoalidade, a finalidade pública, a razoabilidade, a eficiência, entre outros. Tal fato, que, por si, já praticamente inviabiliza que se compreenda exatamente o conteúdo da moralidade administrativa, ainda é agravado pela circunstância de os doutrinadores não atribuírem a esta uma nota distintiva que lhe seria característica, peculiar e única.

Na verdade, as lições simplesmente a conceituam como uma espécie de aglomerado de outros princípios, que nada agrega ou inova no ordenamento jurídico, não trazendo nada além do que já se encontrava no âmbito de aplicação dos demais princípios.

Por derradeiro, como ponto comum, as lições doutrinárias se socorrem de exemplos de condutas e atos administrativos que seriam considerados afrontadores do princípio da moralidade administrativa. Mas, do mesmo modo, os exemplos utilizados, *in concreto*, sempre podem ser resolvidos por meio da aplicação de outros princípios jurídicos conformadores da atividade administrativa, notadamente pelo princípio da juridicidade, pelo princípio da impessoalidade e pelo postulado da proporcionalidade.

Ou seja, para os fins deste trabalho, conclui-se que também a doutrina jurídica fracassou na tarefa de dar contornos precisos e autônomos ao princípio da moralidade administrativa, limitando-se a atribuir ao referido princípio conteúdos diretamente ligados a outros princípios condicionantes da atuação administrativa, valores e outros conceitos jurídicos indeterminados.

Em linha de conclusão, é novamente necessária a transcrição das palavras de José Guilherme Giacomuzzi³⁵, por representarem fielmente a conclusão alcançada neste trabalho com base em extensa pesquisa sobre a doutrina jurídica existente acerca do princípio da moralidade administrativa:

“Inúmeras tentativas doutrinárias de se dar um colorido autônomo a essa nova ‘moralidade administrativa’ apareceram na doutrina brasileira, sempre com o intuito de distingui-la da legalidade. Aqui, é bem verdade, pode caber o mundo, e novamente não tenho tempo e nem competência para tratar do assunto. Cuidei no livro de criticamente analisar

³⁵ GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa – história de um conceito. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, nº 24, Porto Alegre, 2004, pp. 219-233. ISSN 0104-6594.2004. Conferência proferida pelo autor na aula final de formatura dos alunos da Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre, Brasil, no dia 13/11/2002. [consult. 12 jan. 2022]. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46347>.

as que me pareciam mais razoáveis. Todas elas acabam ou dizendo o que a LAP já diz, ou referindo, implícita ou explicitamente, que a moralidade administrativa é um sobre princípio de Direito, mais importante que o da legalidade, englobador de vários outros: razoabilidade, proporcionalidade, interesse público, igualdade. A moralidade é tudo, então, e nada. Além de arbitrário, por revelar a compreensão muito pessoal do Direito, penso que o raciocínio acaba desmerecendo os demais princípios, sobretudo o mais forte e importante deles, o da legalidade.

Alguns viram na moralidade administrativa, então, a tábua de salvação da nossa sociedade. Tudo estaria resolvido como que num passe de mágica. Aliás essa visão ‘abraca-dabra’ do Direito tem sido muito difundida entre alguns novos hermeneutas brasileiros, que interpretam o Direito como se não tivessem existido milênios de estudo sério antes deles e que vêem na CF tudo o que querem. E eles, homens de bom coração, querem muito. Basta a eles que o juiz aplique o Direito com sabedoria, valendo-se da igualdade, da razoabilidade, da proporcionalidade, e outros conceitos indeterminados. Perigosa ingenuidade.”

2.3 O PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO DO DIREITO PORTUGUÊS E EUROPEU

Apesar de, como mencionado acima, o princípio da moralidade administrativa não encontrar previsão expressa no ordenamento jurídico português, o fato de boa parte dos doutrinadores relacioná-lo, no Brasil, ao chamado *dever de bem administrar* permite que se extraia, aprioristicamente, alguma proximidade do princípio da moralidade administrativa com o princípio da boa administração existente em Portugal e na União Europeia.

Desse modo, imprescindível aos objetivos deste trabalho investigar a doutrina jurídica portuguesa com o fim de verificar se, de fato, existem semelhanças que aproximem o princípio da boa administração e o princípio da moralidade administrativa.

Conforme já destacado anteriormente neste trabalho, o princípio da boa administração foi inauguralmente positivado no artigo 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Após isso, por ocasião da reforma do Código de Procedimento Administrativo, através do Decreto-Lei nº 214-G/2015, o princípio da boa administração também foi inserido de maneira expressa no ordenamento jurídico português.

E basta a leitura dos dispositivos normativos que tratam do referido princípio da boa administração para que se perceba que, já no plano dos textos normativos, as normas, aplicáveis no âmbito da União Europeia e de Portugal, fornecem mais elementos para a adequada compreensão do conteúdo do referido princípio, quando comparadas às normas que tratam do brasileiro princípio da moralidade administrativa.

Ainda assim, no entanto, as normas em questão se socorrem de outros princípios, conceitos jurídicos indeterminados e regras de natureza procedimental para densificar o referido princípio, razão pela qual se mostra necessário buscar na doutrina uma definição mais precisa.

Acerca do referido princípio, com esteio em Fausto Quadros, Ana Meiro³⁶ afirma, entre outras coisas, que ele está entre os valores estruturantes das atividades da administração pública. Além disso, a referida autora sublinha que, dentro do que se compreende como direito à boa administração, encontram-se diversos outros direitos, como o de ser tratado com imparcialidade e de forma equânime pela administração, bem como o de ver suas pretensões apreciadas de forma célere e fundamentada.

Já António Francisco de Sousa³⁷ destaca que a boa administração é um princípio fundamental, do qual decorrem diretamente variados deveres para a administração pública, como a transparência e a eficiência econômica.

Suzana Maria Fernandes Mendonça³⁸, por sua vez, leciona que o princípio da boa administração é dotado de uma função orientadora em relação às atividades da

³⁶ “As principais inovações do CPA são incluídas nos princípios gerais que regem a atuação da Administração Pública (AP). Esses princípios são considerados como “valores fundamentais e estruturantes de toda a atividade administrativa” e devem “ser vistos como elementos de referência para a interpretação e a integração de lacunas de outros preceitos do Código e da demais legislação administrativa”. Um desses princípios totalmente novo é o que está consagrado no artigo 5º do CPA, o Princípio da Boa Administração. Podem encontrar-se várias fontes para a sua origem. Quer seja o Direito italiano especificamente, quer seja no Direito da União Europeia, por exemplo, nomeadamente, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) (2016/C 202/02), no artigo 41.º. Designa-se “Direito a uma boa administração” e contém o direito do cidadão à imparcialidade, ao tratamento equitativo, à celeridade no tratamento dos assuntos com a UE, à audiência prévia e ao contraditório, ao acesso aos processos, à confidencialidade e ao segredo profissional, à fundamentação das decisões por parte da UE, à reparação do dano e ao acesso às instituições da UE. Este artigo 41º foi, posteriormente, recebido pelo Tratado da União Europeia (TUE), ainda que de forma mais espalhada, por exemplo, nos artigos 3º, 10º a 13º, entre outros. E também pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), nomeadamente, nos artigos 7º a 17º”. MEIRO, Ana. *O Princípio Geral da Boa Administração no Código de Procedimento Administrativo português. Pistas de investigação*. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília: vol. 10, nº 2, 2020, pp. 723-738.

³⁷ “O direito a uma boa administração é, antes de mais, um princípio fundamental do qual resultam diretamente direitos e deveres para a Administração da União e para os cidadãos da União. A vinculação ao princípio da boa administração não é, aliás, novidade na União e nos Estados-Membros, pois ele já está consagrado expressamente nos códigos de ética e em alguns códigos de procedimento administrativo, como é o caso do CPA português, para além de surgir como decorrência direta de princípios constitucionais fundamentais e jurídico-administrativos há muito reconhecidos em todo o espaço territorial europeu, como os princípios da eficiência econômica, da celeridade ou da transparência. Também a legislação específica dos funcionários públicos dos Estados-Membros obriga expressamente à boa administração ou exige diretamente a boa administração ou, mais indiretamente, faz exigências aos funcionários como a solicitude, a diligência, a imparcialidade, a audiência prévia, a transparência, a fundamentação dos seus atos e, não por último, faz recair sobre eles uma responsabilidade extracontratual”. DE SOUSA, António Francisco. *Direito Administrativo Europeu*. Porto: Vida Económica, 2016, p. 176. ISBN 978-989-768-272-8.

³⁸ “O Código do Procedimento Administrativo de Portugal, ademais, prevê, em seu art. 5º, a materialização jurídica do princípio da boa administração, de modo a conectar a atuação à elementos de celeridade, economicidade e eficiência. O dispositivo acrescenta, ainda, que a atividade desempenhada pela Administração Pública deve ser organizada e desburocratizada, como forma de aproximação dos serviços das populações. O texto do novo CPA aponta que a Administração deve atuar de maneira eficiente na prossecução do interesse público. Assim, os critérios referentes à rapidez tocam a atividade administrativa justamente na satisfação célere do interesse público, enquanto na economicidade, a ordem é não dispendir irresponsavelmente as quantias dos contribuintes. Nessa esteira, a rotina não pode parar por lentidão ou inércia da Administração Pública na tomada de decisões. Isso significa que qualquer preenchimento do interesse público não se mostra como suficiente, uma vez que as condutas devem ser compostas de eficiência e economicidade, de modo a atingir efetivamente a melhor solução conforme a ótima satisfação do interesse público. A introdução

administração pública, que deverão ser pautadas pelo maior atingimento possível das finalidades públicas, mediante a utilização menos custosa dos recursos públicos.

Além disso, a referida autora também destaca a função de orientação da boa administração, cujas diretrizes devem ser amplamente observadas em todo o espectro das atividades administrativas, que deverão se voltar à simplificação, eficiência e economicidade.

Sophie Perez Fernandes³⁹, dissertando sobre o princípio da boa administração, após mencionar a existência de controvérsia acerca de sua real natureza jurídica, também destaca o seu viés ligado à proporcionalidade, enquanto adequação dos meios utilizados aos fins almejados.

Indo além, a referida autora também joga luz sobre uma dimensão ainda mais axiológica da boa administração, ao inseri-la no contexto da constante tensão existente entre a atribuição de poderes à administração pública e a criação de mecanismos de limitação desse poder como forma de proteção dos cidadãos.

Como se vê, de fato, assim como acontece em relação à moralidade administrativa no Brasil, o princípio da boa administração é diretamente relacionado a outros princípios e regras que regem a atividade administrativa, notadamente de natureza procedimental.

da boa administração no CPA revela, ademais, a percepção do nível de complexidade da decisão administrativa, servindo, assim, como uma orientação para a conduta empenhada pela Administração Pública, de modo a ser abastecida por elementos de ordem econômica, sociológica e ética. Nesse sentido, indica precisamente a tendência de conformação das atividades administrativas ao seu conteúdo, independentemente da natureza de tais condutas. Delimita seu território, portanto, partindo das fundações até às atividades, configurando-se como um princípio hábil a influenciar intensamente a organização, o funcionamento e a execução de toda atuação desenvolvida em sede administrativa". MENDONÇA, Suzana Maria Fernandes. *A boa administração como direito fundamental*. Dissertação de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: 2019. p. 40-41.

³⁹ "Não obstante, tem sido particularmente acentuada a dimensão jurídica da boa administração em tempos recentes. Continuando controversa a sua natureza jurídica (princípio, dever, direito), a boa administração, enquanto valor jurídico, subordina o agir administrativo a um conjunto de princípios e regras, materiais e procedimentais, pautados por um sentido de adequação de meios na prossecução do interesse público. A boa administração não respeita nem à finalidade prosseguida (bom objetivo), nem aos resultados alcançados pela Administração (bom resultado), mas antes aos meios utilizados pela Administração na prossecução dos fins que a lei põe a seu cargo (bom uso dos meios). A boa administração respeita, assim, à boa utilização por parte da Administração dos meios à sua disposição para a prossecução do interesse público. Trata-se de abrir a Administração a esquemas de atuação pautadas por um sentido de adequação (descoberto, que não criado) em razão das particularidades de cada caso, o que implica a devida ponderação dos diferentes elementos/interesses em presença, em busca de um equilíbrio entre o interesse público na atuação administrativa a empreender e os interesses dos particulares potencialmente afetados pela mesma, e a sua valorização adequada/ajustada à sua relevância para a realização do fim prosseguido. Por isso, a boa administração, enquanto valor jurídico, encontra o seu fundamento axiológico no ideário do Estado de Direito. Com efeito, a boa administração participa daquela que é a tensão dialética inscrita no coração da administratividade dos sistemas democráticos modernos: a necessidade constante de conciliação entre as exigências de atuação administrativa para a prossecução do interesse público e de proteção dos particulares nas suas relações com o poder público pois, num sistema democrático, são as pessoas o verdadeiro dominus do poder público e da Administração. A boa administração é, assim, particular expressão da dupla dimensão do Direito Constitucional-Administrativo enquanto "direito do poder e direito de limitação do poder". FERNANDES, Sophie Perez. *A boa administração nas 'calhas de roda' dos discursos jurídico-constitucionais português e da União – 'Gira, a entreter a razão'...?*. UNIO - EU Law Journal. Vol. 3, Nº 1, janeiro 2017, pp 95-113.

Nesse exato sentido, Paulo Otero⁴⁰ qualifica a boa administração como um princípio de natureza procedimental, referindo-se a ela como um conceito aberto, que está intimamente relacionado a outros princípios constitucionais expressos, como a eficiência, a economicidade e a desburocratização.

Cíntia Morgado⁴¹, seguindo a mesma trilha, acentua o caráter extremamente procedimental e organizatório do princípio da boa administração, bem como a relação intrínseca que ele mantém com outras normas que regem a atividade administrativa.

E, exatamente em razão desse conteúdo bastante complexo, a referida autora também aduz que não é simples a tarefa de identificação da real natureza jurídica da boa administração, se valor, princípio ou direito.

A essa altura, já é possível concluir que, de fato, os princípios da moralidade administrativa, no Brasil, e da boa administração, em Portugal, possuem semelhanças evidentes, praticamente confundindo-se um com o outro, apesar da divergência na nomenclatura.

Afirma-se isso por uma série de razões. A primeira delas é que ambos os princípios são objeto de divergência, no âmbito doutrinário, em razão da dificuldade de identificação de sua natureza jurídica. O que conduz ao segundo motivo: ambos os denominados princípios possuem um conteúdo extremamente axiológico, diretamente ligado a valores, outros princípios e conceitos jurídicos indeterminados.

Neste aspecto, importante destacar que, tanto a moralidade administrativa, quanto a boa administração, são comumente ligados aos mesmos princípios e valores, como isonomia, eficiência, transparência, economicidade, juridicidade e lealdade.

Ou seja, os princípios da moralidade administrativa e da boa administração parecem ter funções muito semelhantes, na medida em que visam supostamente proteger uma

⁴⁰ OTERO, Paulo. *Direito do Procedimento Administrativo*, v. I. Coimbra: Almedina, 2016. p. 106-110.

⁴¹ “Uma das grandes problemáticas que envolvem o direito à boa administração é saber se, de fato, tem a natureza de direito fundamental. Em outras palavras, faz-se necessário perquirir sua natureza: valor, princípio ou direito. Inicialmente, mencione-se que a expressão boa administração não encerra apenas um valor. Os valores fazem parte do nível axiológico caracterizados pelo conceito de bom. Embora a expressão “boa” ou “má” administração possa dificultar a distinção, quando se emprega a terminologia no âmbito da atuação administrativa, pretende-se alcançar aquilo que é devido (âmbito deontológico, dever ser) e não o que é melhor (âmbito axiológico, bom). Afinal, no direito o que importa é o dever ser. Portanto, quando se trata de boa administração, pretende-se alcançar o âmbito deontológico, do dever ser, ou seja, conceitos de dever, proibição, permissão e direito a algo. Ocorre que, ultrapassado o âmbito axiológico, ainda sobressai a dúvida sobre a natureza jurídica da expressão. Na verdade, pressupondo-se que as normas de direitos fundamentais englobam regras ou princípios, se a boa administração for considerada um direito fundamental, então, na verdade, tem caráter duplo, pois em seu conteúdo há tanto a promoção de um estado ideal de coisas como há adoção de conduta descrita. Por outro lado, é possível que seja apenas um princípio, o que não corresponde necessariamente a um direito fundamental. A grande dificuldade de aceitação de um direito fundamental à boa administração decorre de sua grande nota procedimental e organizatória que traz consigo, a exigir, mais do que qualquer outro direito, para além de procedimentos, estruturas e organizações com vistas à sua concretização. Será que não estaríamos subjetivando de forma radical deveres da Administração?” MORGADO, Cíntia. *Direito à Boa Administração. Recíproca dependência entre direitos fundamentais, organização e procedimento*. Revista de Direito da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, nº 65. Rio de Janeiro: 2010. p. 68-94.

extensa gama de valores diretamente ligados a outras normas conformadoras da atividade administrativa.

No entanto, como já é possível perceber, há algumas diferenças essenciais que precisam ser pontuadas e que, em princípio, parecem corroborar, ao menos em parte, a hipótese de investigação da presente dissertação, no que se refere à utilização do princípio da moralidade administrativa em processos reais de tomada de decisão no Brasil.

Inicialmente, é preciso esclarecer que, diferentemente do que acontece com o denominado princípio da moralidade administrativa, o princípio da boa administração, no âmbito da União Europeia, tem seu conteúdo minimamente delimitado e detalhado em diplomas normativos, como no “*código de boa conduta administrativa para o pessoal da Comissão Europeia nas suas relações com o público*”, anexo ao regulamento interno da Comissão, que estabelece condutas concretas que devem ser adotadas pela administração pública com o objetivo de concretizar o referido princípio.

Além disso, o princípio da boa administração é entendido, no âmbito europeu, como detentor de duas facetas, uma dela controlável exclusivamente pelo Provedor Geral de Justiça, o que não ocorre com a moralidade administrativa no Brasil. Veja-se a explicação de Carla Amado Gomes⁴²:

“A noção de boa administração surge no Direito da União Europeia como uma mescla de realidades de distinta natureza: por um lado, ligada a uma concepção de civismo, urbanidade, ética de serviço dos funcionários, cuja observância releva do ponto de vista disciplinar mas não da validade dos actos, e cujo controlo cabe ao Provedor de Justiça da União (normas como a polidez do discurso, a clareza expositiva, a resposta a perguntas, são disso exemplo); por outro lado, ligada a uma concepção de due process/ due procedure, que se entretete e ganha forma entre princípios como a participação, o contraditório, a decisão em prazo razoável, e de direitos como a notificação, a fundamentação, a audiência prévia, cuja observância releva do ponto de vista da legalidade da actuação administrativa e cujo controlo cabe à própria Administração e aos tribunais.”

Ou seja, já por força desta distinção, resta delimitado que somente é cabível o controle judicial da boa administração nos casos em que violada a sua vertente de natureza procedimental. E, mesmo nessas hipóteses, o controle judicial não seria realizado de forma genérica e heterogênea, com base pura e simples no princípio da boa administração.

⁴² “Isto não significa, no entanto, que se possa falar num “direito à boa administração” – não só em razão da grande abrangência e heterogeneidade que caracteriza a noção, como porque se pode correr o risco de fazer resvalar o controlo de juridicidade para um controlo de mérito da actuação administrativa. A boa administração é um conceito “de fachada”, sindicável através das suas concretizações particulares, que são fundamentalmente procedimentais, podendo espelhar tanto exigências de legalidade (fundamentação, audiência) como de eficiência (estudos de viabilidade económica; avaliação da racionalidade de despesas) – recorde-se, de resto, que o actual artigo 5.º descende do artigo 10.º do Código do Procedimento Administrativo anterior, que tinha por epígrafe “Princípio da desburocratização e da eficiência” (veja-se, de resto, também o artigo 275.º, n.º 4 do Código dos Contratos Públicos)”. GOMES, Carla Amado. Princípio da boa administração: tendência ou clássico? *In Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 18, n. 73, p. 35-55, jul./set. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i73.1032.

A esse respeito, Carla Amado Gomes⁴³ afirma que o princípio da boa administração somente é sindicável nas hipóteses em que verificada, no caso concreto, a violação de uma das suas variadas facetas de natureza procedimental, resguardadas por outros princípios e regras, como a legalidade e a eficiência.

Assim, diferentemente do que ocorre no Brasil, onde a moralidade administrativa é amplamente utilizada como fundamento direto para a anulação judicial de atos administrativos, somente se admitiria a declaração de nulidade de atos administrativos, no âmbito da União Europeia, caso concretamente verificada a violação de algum dos direitos procedimentais expressos abrangidos pelo princípio da boa administração.

Ainda sobre o tema, são imprescindíveis as palavras de Carla Amado Gomes⁴⁴, quando destaca que *“a jurisprudência eurocomunitária pós-Carta não aceita a existência de um “direito à boa administração”, uma vez que “nos casos T-193/04 e T-128/051, o Tribunal Geral (doravante, TG) deixou bem claro que a anulação de um acto por violação do princípio da boa administração dependerá sempre da violação de um concreto direito (ou direitos) procedimental “de rectaguarda” (v.g., audiência; fundamentação; acesso à informação)”*.

Veja-se, a esse respeito, o que foi decidido pelo Tribunal Geral no acórdão proferido no caso T-193/04:

“A imputação da responsabilidade extracontratual à Comunidade por comportamento ilícito dos seus órgãos, na acepção do artigo 288.º, segundo parágrafo, CE, está subordinada ao preenchimento de um conjunto de condições, ou seja, a ilegalidade do comportamento censurado às instituições, a realidade do dano, e a existência de nexo de causalidade entre o comportamento alegado e o prejuízo invocado. Quanto à primeira das condições, a jurisprudência exige que seja demonstrada uma violação suficientemente caracterizada de uma norma de direito que tenha por objecto conferir direitos aos particulares.

A este respeito, o princípio da boa administração, não confere, por si próprio, direitos aos particulares, excepto quando constitui a expressão de direitos específicos como o de ver os seus processos tratados de forma imparcial, equitativa e dentro de um prazo razoável, o direito de ser ouvido, o direito de acesso aos autos, o direito à fundamentação das decisões, na acepção do artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A título superabundante, a qualificação do comportamento de uma instituição comunitária como «acto de má administração» pelo Provedor europeu não significa, em si, que este comportamento constitui uma violação suficientemente caracterizada de uma regra de direito.”

Conforme se infere da leitura do trecho do aresto e corroborando aquilo que aqui se afirma, o Tribunal Geral firmou entendimento de que o princípio da boa administração, em si, não confere aos cidadãos direitos sindicáveis pelos tribunais, somente sendo

⁴³ Idem.

⁴⁴ Idem.

possível a caracterização da violação a um direito quando efetivamente verificada afronta a uma das regras procedimentais abrangidas pelo referido princípio.

Para o mesmo sentido, a propósito, aponta a doutrina portuguesa, conforme destaca Suzana Maria Fernandes Mendonça⁴⁵, ao sublinhar que o entendimento majoritário aponta para a impossibilidade de tribunais reverem atos administrativos unicamente com fundamento no princípio da boa administração, na medida em que isso poderia configurar uma indevida invasão do mérito administrativo.

Verifica-se, portanto, que, apesar de existir uma semelhança evidente entre os conteúdos atribuídos, no Brasil, ao princípio da moralidade administrativa e, em Portugal, ao princípio da boa administração, a forma como tais princípios têm seus conteúdos delimitados e, principalmente, a forma como são utilizados em processos reais de tomada de decisão parecem muito distantes, o que poderá ser confirmado através da análise das decisões judiciais proferidas, no Brasil, com fundamento no princípio da moralidade administrativa.

⁴⁵ “Um dever de boa administração compele os agentes e órgãos integrantes da Administração Pública a obter a melhor solução em conformidade com o interesse público, atuação que inevitavelmente gera efeitos jurídicos. O respeito pela boa administração, assim, produziria um dever jurídico imperfeito, uma vez que a imperfeição seria verificada pela inexistência de uma sanção jurídica em caso de violação de seu conteúdo. A partir dessa premissa, ademais, caso levado aos tribunais, o questionamento em relação ao cumprimento da boa administração estaria violando o espaço do mérito da atuação administrativa. O deslocamento da decisão administrativa para a extensão de domínio dos tribunais, além disso, poderia sintetizar também um impasse quanto à separação de poderes. Daí se verifica um problema quanto ao conteúdo emitido pelo princípio da boa administração, considerando que a sua apreciação judicial renderia certos embaraços para o ordenamento jurídico. A doutrina portuguesa, especialmente e em sua maioria, quando trata do tema, aponta precisamente na direção da impossibilidade de análise em juízo do cumprimento da boa administração ao longo das fases das mais variadas atividades desempenhadas pela Administração Pública”. MENDONÇA, Suzana Maria Fernandes. *A boa administração como direito fundamental*. Dissertação de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: 2019. p. 61-62.

3. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA

Conforme demonstrado acima, não há dúvidas de que as normas em vigor e a doutrina jurídica existente não foram capazes de delimitar um conteúdo autônomo e controlável para o denominado princípio da moralidade administrativa.

Ainda assim, como já afirmado, o referido princípio vem sendo amplamente utilizado como fundamento em decisões proferidas pelo poder judiciário brasileiro. Um bom exemplo desta prática pode ser retirado da ação popular nº 001786-77.2018.4.02.5102⁴⁶, na qual o juízo da 4ª Vara Federal de Niterói, Seção Judiciária do Rio de Janeiro, deferiu medida liminar para determinar, com fundamento no princípio da moralidade administrativa, que a Sra. Cristiane Brasil Francisco, nomeada pelo então Presidente da República, não fosse empossada no cargo de Ministra do Trabalho:

“Sob o ponto de vista do mérito cautelar, a questão é complexa. Envolve análise de fatos e razões que via de regra deveriam ser submetidos ao contraditório, mas sem prejuízo do resguardo de direitos, garantias e poderes constitucionais assegurados. No caso concreto, conceder a liminar sem ouvir os réus encontra-se justificado diante da gravidade dos fatos sob análise. Em exame ainda que perfunctório, este magistrado vislumbra flagrante desrespeito à Constituição Federal no que se refere à moralidade administrativa, em seu artigo 37, caput, quando se pretende nomear para um cargo de tamanha magnitude, Ministro do Trabalho, pessoa que já teria sido condenada em reclamações trabalhistas, condenações estas com trânsito em julgado, segundo os veículos de mídia nacionais e conforme documentação que consta da inicial – processos 0010538-31.2015.5.01.0044, encerrado com decisão judicial transitada em julgado, (fls. 29/246 - note-se especialmente que operou-se o trânsito em julgado da decisão condenatória cf. fls. 169); e 0101817- 52.2016.5.01.0048, encerrado com acordo judicial (fls. 323/324). É bem sabido que não compete ao Poder Judiciário o exame do mérito administrativo em respeito ao Princípio da separação dos Poderes. Este mandamento, no entanto, não é absoluto em seu conteúdo e deverá o juiz agir sempre que a conduta praticada for ilegal, mais grave ainda, inconstitucional, em se tratando de lesão a preceito constitucional autoaplicável. Vale ressaltar que a medida ora almejada é meramente cautelar, precária e reversível, e, caso seja revista somente haverá um adiamento de posse. Trata-se de sacrifício de bem jurídico proporcional ao resguardo da moralidade administrativa, valor tão caro à coletividade e que não deve ficar sem o pronto amparo da tutela jurisdicional. O periculum in mora resta cabalmente demonstrado, porquanto a posse da nomeada ao cargo está prevista para o dia 09/01/2018, amanhã. Assim, verificada a presença dos requisitos do artigo 300 do CPC, DEFIRO em caráter cautelar e liminar inaudita altera parte, provimento para SUSPENDER a eficácia do decreto que nomeou a Exma. Deputada Federal Cristiane Brasil Francisco ao cargo de Ministra de Estado do Trabalho, bem como sua posse.”

Em outra ação popular (processo nº 101116-39.2019.4.01.3400), o juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal suspendeu a realização de procedimento licitatório, pelo Supremo Tribunal Federal, por entender que o certame “*afronta ao*

⁴⁶ Ação Popular nº 001786-77.2018.4.02.5102 – Seção Judiciária do Rio de Janeiro. 4ª Vara Federal de Niterói. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em www.jfrj.jus.br.

*princípio da moralidade administrativa; a uma, pelo alto valor previsto para a contratação (mais de um milhão de reais) e, a dois, pela qualidade dos produtos exigidos para a prestação de refeições institucionais, que destoam substancialmente das típicas refeições consumidas pela grande maioria dos contribuintes brasileiros, os pagadores de impostos*⁴⁷.

No ano de 2016, nos autos do Mandado de Segurança nº 34.070, o Supremo Tribunal Federal, igualmente fundamentado no princípio da moralidade administrativa, suspendeu a eficácia da nomeação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil⁴⁸. Veja-se trecho da referida decisão judicial:

“Nenhum Chefe do Poder Executivo, em qualquer de suas esferas, é dono da condução dos destinos do país; na verdade, ostenta papel de simples mandatário da vontade popular, a qual deve ser seguida em consonância com os princípios constitucionais explícitos e implícitos, entre eles a probidade e a moralidade no trato do interesse público “lato sensu”. O princípio da moralidade pauta qualquer ato administrativo, inclusive a nomeação de Ministro de Estado, de maneira a impedir que sejam conspurcados os predicados da honestidade, da probidade e da boa-fé no trato da “res publica”. (...) Apesar de ser atribuição privativa do Presidente da República a nomeação de Ministro de Estado (art. 84, inciso I, da CF), o ato que visa o preenchimento de tal cargo deve passar pelo crivo dos princípios constitucionais, mais notadamente os da moralidade e da impessoalidade (interpretação sistemática do art. 87 c/c art. 37, II, da CF).”

A propósito do tema, a invocação do chamado princípio da moralidade administrativa como fundamento de decisões do Supremo Tribunal Federal não se constitui em prática recente. Já no ano de 2008, nos autos do Mandado de Segurança nº 27.141, a Suprema Corte brasileira consignou expressamente a relevância da moralidade administrativa enquanto fundamento decisional no âmbito das suas decisões⁴⁹:

“Não se poderá jamais ignorar que o princípio republicano consagra o dogma de que todos os agentes públicos – legisladores, magistrados e administradores – são responsáveis perante a lei e a Constituição, devendo expor-se, plenamente, às consequências que derivem de eventuais comportamentos ilícitos. A submissão de todos à supremacia da Constituição e aos princípios que derivam da ética republicana representa o fator essencial de preservação da ordem democrática, por cuja integridade devemos todos velar, enquanto legisladores, enquanto magistrados ou enquanto membros do Poder Executivo. Não foi por outro motivo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a extensão do princípio da moralidade - que domina e abrange todas as instâncias de poder -, proclamou que esse postulado, enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico, condiciona a legitimidade e a validade de quaisquer atos estatais: A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na

⁴⁷ Ação Popular nº 101116-39.2019.4.01.3400 – Seção Judiciária do Distrito Federal. 1ª Vara Federal do Distrito Federal. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/>.

⁴⁸ Mandado de Segurança nº 34.070 – Supremo Tribunal Federal. Gilmar Mendes (Relator). [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em www.stf.jus.br.

⁴⁹ Mandado de Segurança nº 27.141 – Supremo Tribunal Federal. Celso de Mello (Relator). [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em www.stf.jus.br.

consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais.”

Também não são incomuns as menções à moralidade administrativa em decisões do Superior Tribunal de Justiça. Citem-se, a título exemplificativo, os seguintes recursos: Recurso Especial nº 1.687.381-DF, Recurso Especial nº 1.257.665-CE, Recurso Especial nº 1.447.237-MG, Recurso Especial nº 1.153.405-RJ e Recurso em Mandado de Segurança nº 32.910-SP⁵⁰.

Nesse contexto, cabe ao presente trabalho analisar algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, o que se consubstancia na parte mais relevante desta dissertação, para verificar se a jurisprudência recente das referidas cortes foi capaz de, ao utilizar a moralidade administrativa como fundamento decisional, atribuir-lhe notas distintivas que permitam a sua qualificação como princípio jurídico e o seu uso de forma racionalmente justificada e controlável.

Antes disso, necessário esclarecer apenas que, acerca da utilização da moralidade administrativa como fundamento de decisões judiciais em Portugal, foi realizada busca no *website* do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal (<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/Pesquisa+Livre?OpenForm>), que detém a competência para apreciação das matérias que vêm sendo decididas sob esse fundamento no Brasil. No entanto, não foram localizadas quaisquer decisões por meio da imputação dos termos “moralidade” e “administrativa” conectados pelo operador “sentence”, que visa à busca por julgados que tenham utilizado ambas as expressões na mesma frase. Além disso, foi realizada busca por meio da imputação dos termos “moralidade” e “administrativa” conectados pelo operador “and”, que visa à busca por julgados que tenham utilizado ambas as expressões ao longo de todo o seu texto. Os três arestos localizados através desse parâmetro (processos 01305/15.1BALSB, 0782/11 e 0345/06), todavia, utilizaram as expressões sem a conotação de moralidade administrativa objeto deste artigo.

3.1 Análise da jurisprudência do STJ no ano de 2021

Na ferramenta de pesquisa de jurisprudência oficial do Superior Tribunal de Justiça⁵¹, ao imputar a expressão “moralidade administrativa”, utilizando como parâmetro todos os acórdãos proferidos entre 1º de janeiro de 2021 e 31 de dezembro de 2021 pela Corte

⁵⁰ Superior Tribunal de Justiça. [consult. 10 jan. 2021]. Disponíveis em www.stj.jus.br.

⁵¹ Superior Tribunal de Justiça. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>.

Especial, 1ª Seção, e 1ª e 2ª Turmas daquele Tribunal⁵², foram localizados um total de 21 (vinte e um) acórdãos nos quais, ao menos em tese, foi utilizada a referida expressão.

3.1.1 Recurso Especial nº 1.347.443/RJ

No acórdão referente ao recurso especial nº 1.347.443⁵³, de Relatoria do Ministro Sérgio Kukina, julgado, em 19 de outubro de 2021, pela 1ª Turma do STJ, a matéria em julgamento era a possibilidade jurídica de o Ministério Público pleitear judicialmente a anulação de ato administrativo de nomeação de vereador da cidade do Rio de Janeiro para a vaga de Conselheiro do Tribunal de Contas da referida municipalidade.

Em resumo, a ação ajuizada pelo Ministério Público foi extinta, em primeiro grau de jurisdição, em razão da inépcia da petição inicial e da impossibilidade jurídica do pedido, por ter entendido o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no que importa ao presente trabalho, que o ato administrativo de nomeação era discricionário e não sindicável pelo poder judiciário.

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, entendeu que *“a idoneidade moral e a reputação ilibada, na espécie examinada, constituem conceitos que estão imbricados com o da moralidade administrativa e, embora indeterminados, possuem densidade mínima a permitir o seu escrutínio judicial”*. Ao assim decidir, o STJ aparentemente compreendeu que avaliação acerca da idoneidade moral e reputação ilibada do indivíduo nomeado ao cargo público estaria ligada ao princípio da moralidade administrativa, razão pela qual o ato de nomeação estaria eivado de nulidade caso tais requisitos não estivessem preenchidos.

Ocorre que o próprio acórdão em análise acaba por desfazer a confusão conceitual, pois reconhece que os requisitos da idoneidade moral e reputação ilibada constam expressamente da legislação aplicável ao caso, mais especificamente do artigo 91, II, da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, de forma que o não preenchimento de tais requisitos, pelo ato de nomeação, representaria afronta direta ao princípio da legalidade, que estabelece exatamente que *“a Administração Pública, ao contrário do particular, que pode fazer tudo que a lei não proíba, só pode fazer aquilo que a lei (aqui entendida de forma larga, como ordenamento jurídico) esteie”*⁵⁴.

Veja-se que o próprio acórdão afirma que *“a indicação e a nomeação de Conselheiro para uma Corte de Contas não constitui ato administrativo puramente discricionário, fruto do livre arbítrio do poder político, haja vista que os requisitos da idoneidade moral e da reputação ilibada consubstanciam exigências normativas que vinculam a escolha política*

⁵² Trata-se dos órgãos que, nos termos do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, detêm competência para julgar matérias de Direito Público, nas quais naturalmente estão inseridas as discussões relacionadas à moralidade administrativa.

⁵³ Superior Tribunal de Justiça. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201202083018&dt_publicacao=21/10/2021.

⁵⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 62. ISBN 978-85-309-4582-4.

tanto do Poder Legislativo, ao indicar o nome para o cargo, como do Poder Executivo, ao proceder à respectiva nomeação”.

O referido acórdão, portanto, não se mostra esclarecedor quanto ao conteúdo autônomo do princípio da moralidade administrativa, pois simplesmente remete à possibilidade de violação do referido princípio em hipótese de incidência do princípio da legalidade.

Ou seja, no referido caso, ao invés de declarar a nulidade do ato administrativo de nomeação em razão da suposta violação ao princípio da moralidade administrativa, o Superior Tribunal de Justiça o fez por violação direta ao artigo 91, II, da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro ou, no limite, por violação ao princípio da legalidade.

A esse respeito, destaque-se que, no Brasil, o princípio da legalidade administrativa encontra sede na Constituição da República, nos artigos 5º, II, e no *caput* do artigo 37. Em Portugal, o referido princípio igualmente encontra previsão na própria Constituição, no artigo 266, n. 2, bem como no Código de Procedimento Administrativo (artigo 3º, n. 1).

Inicialmente, o princípio da legalidade era compreendido como uma ampla limitação à atuação do Poder Executivo, que somente poderia executar aquilo que fora prévia e expressamente determinado pela lei. Essa concepção, no entanto, pouco se coadunava com a realidade, na medida em que não é – e jamais foi – possível predeterminar, com exatidão e detalhamento, todas as funções a serem exercidas pelo Poder Executivo.

Diante disso, o princípio da legalidade foi sendo adaptado à realidade das funções estatais e do princípio da separação de poderes, razão pela qual, mais modernamente, passou a ser concebido como a limitação imposta à administração pública de somente fazer aquilo que a lei lhe autorize. Ou, como leciona Alexandre Aragão⁵⁵, *“a Administração não é livre para fazer tudo o que a lei não proíba, mas pode fazer, apenas com base na lei, mas a lei não precisa necessariamente já predeterminar todo o conteúdo da ação administrativa”*.

Na prática, passou-se a entender pela possibilidade de a lei, concedendo uma margem maior de atuação pelo Poder Executivo, utilizar *standards* para delimitar as margens da atuação administrativa.

Exatamente este, pois, o caso em análise, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, na medida em que o legislador fixou *standards* ao estabelecer, como requisitos para a indicação ao cargo em Tribunal de Contas, a idoneidade moral e a reputação ilibada do indicado, de forma que, ao fazer indicação fora destes limites, estabelecidos em lei, a administração pública praticou ato eivado de nulidade.

Conclui-se, assim, que no caso em questão a utilização da moralidade administrativa se deu sem qualquer procedimento racional de justificação e sem a identificação do estado ideal e autônomo de coisas que se pretendia alcançar, na medida em que o referido

⁵⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 62. ISBN 978-85-309-4582-4.

princípio foi utilizado como fundamento para justificar a possibilidade de anulação de ato administrativo que violou o princípio da legalidade.

3.1.2 Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.123.057/SP

No acórdão referente aos embargos de declaração no agravo regimental no recurso especial nº 1.123.057⁵⁶, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, julgado, em 19 de outubro de 2021, pela 2ª Turma do STJ, a matéria em discussão guardava relação com a nulidade de contrato administrativo celebrado com dispensa de licitação, por órgão do Estado de São Paulo, sem que tenha sido dada publicidade à dispensa licitatória.

Nesse caso, no entanto, o próprio acórdão do STJ reconhece que, apesar de o princípio da moralidade administrativa ter sido mencionado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, a controvérsia foi dirimida com base em violação à legalidade: *“Apesar dessa alusão à moralidade administrativa, o acórdão recorrido não prossegue no exame do caso por esse ângulo, enfatizando a todo o tempo que a causa de pedir da demanda é a inobservância da lei”*.

Também nesse recurso, portanto, não é possível identificar qualquer caracterização mínima do conteúdo do chamado princípio da moralidade administrativa.

3.1.3 Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.453.269/DF

Em relação ao acórdão proferido no julgamento do agravo interno no agravo em recurso especial nº 1.453.269⁵⁷, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, da 1ª Turma do STJ, realizado em 4 de outubro de 2021, este também não traz qualquer consideração efetiva sobre a moralidade administrativa, limitando-se a afirmar que não vislumbrou, no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, qualquer omissão quanto à *“restituição dos valores recebidos pelo ora agravante em decorrência da anulação dos atos administrativos indicação, aprovação, nomeação e posse do recorrente ao cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal, pois fundamentado na violação ao princípio da moralidade administrativa”*.

Ou seja, a moralidade administrativa aparentemente foi utilizada como fundamento pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, apesar de se tratar, nesse caso, de hipótese semelhante àquela que foi objeto do recurso especial nº 1.347.443, acima mencionado, uma vez que a nomeação de indivíduo ao Tribunal de Contas foi anulada em razão de violação ao princípio da legalidade, na medida em que considerou-se não terem sido observados os requisitos legais da idoneidade moral e reputação ilibada.

⁵⁶ Superior Tribunal de Justiça. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901242729&dt_publicacao=04/11/2021.

⁵⁷ Superior Tribunal de Justiça. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900473818&dt_publicacao=06/10/2021.

3.1.4 Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.883.545/DF

No julgamento do agravo interno no recurso especial nº 1.883.545⁵⁸, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, da 2ª Turma do STJ, o princípio da moralidade administrativa foi apenas mencionado, na parte em que se destacou que *“O direito fundamental ao ajuizamento de ação popular não é um fim em si mesmo, mas um meio à disposição do cidadão para ver anulados os atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”*.

O STJ, contudo, não teceu quaisquer outras considerações acerca do referido princípio, na medida em que a discussão travada naqueles autos versava apenas sobre qual seria o foro competente para julgamento de ação popular, não sendo possível extrair do referido julgado que a moralidade administrativa tenha sido utilizada como fundamento de decidir.

3.1.5 Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº1.221.590/SP

Nesse recurso, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, da 1ª Turma do STJ, julgado em 21 de setembro de 2021⁵⁹, a matéria em discussão tratava de hipótese na qual o prefeito de determinada municipalidade nomeou determinado indivíduo para cargo em comissão, com base na exceção à regra do concurso público, prevista no art. 37, II, da Constituição da República Federativa do Brasil, e, ato contínuo, cedeu o referido servidor para prestar serviços, às expensas da administração pública municipal, em uma entidade privada.

O Superior Tribunal de Justiça, diante de tais circunstâncias, entendeu que *“a cessão de servidor comissionado, que por sua natureza deve exercer as funções de direção, chefia ou assessoramento, em nítido desvio de finalidade à empresa privada, a qual não integra a Administração Pública, configura ofensa ao princípio da moralidade administrativa”*.

Ocorre que, apesar da menção genérica à violação ao princípio da moralidade administrativa, o próprio acórdão reconhece expressamente que se tratou, na verdade, de afronta direta ao artigo 37, V, da Constituição Federal, que *“preconiza que as funções de confiança e os cargos em comissão destinam-se, exclusivamente, às atribuições de direção, chefia e assessoramento”*. Isso porque, concluiu o acórdão em questão, que houve *“um desvirtuamento do cargo comissionado, em razão do desvio de finalidade do ato administrativo, ainda que amparado em lei autorizativa, para que os servidores públicos em sentido amplo desempenhassem atividades que não se enquadram nas atribuições de direção, chefia e assessoramento”*.

Como se vê, apesar de ter mencionado genericamente uma suposta ofensa à moralidade administrativa, sem maiores explicações acerca do que teria levado a corte a

⁵⁸ Superior Tribunal de Justiça. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001702381&dt_publicacao=07/10/2021.

⁵⁹ Superior Tribunal de Justiça. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201703225232&dt_publicacao=23/09/2021.

alcançar tal conclusão, ou seja, sem qualquer procedimento racional de justificação, fato é que a própria decisão reconhece que se tratou de violação à regra de contratação de pessoal, pela administração pública, por meio de concurso público, bem como de ato administrativo praticado em desvio de finalidade⁶⁰.

Ou seja, o princípio da moralidade administrativa foi utilizado como fundamento para justificar a anulação de ato administrativo que, na realidade, violou o princípio da finalidade. Sobre o tema, Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁶¹ leciona que *“pode-se conceituar o princípio da finalidade como a orientação obrigatória de toda a atividade administrativa pública ao interesse público, especificamente explícito ou implícito na lei”*.

Ou seja, o referido princípio do direito administrativo prescreve que o administrador público somente poderá praticar atos que se voltem ao tingimento das finalidades públicas previamente identificadas, não podendo se desviar desse objetivo em hipótese alguma. E foi o que aconteceu no caso em análise, no qual o administrador público nomeou servidores para cargos comissionados com o intuito de que estes prestassem serviços a entidade privada, abandonando por completo a finalidade pública da contratação, em si, e, também, da norma que tratava da dispensa de concurso público.

Nessa linha de raciocínio, Celso Antônio Bandeira de Mello⁶² assevera que *“o princípio da finalidade impõe que o administrador, ao manejar as competências impostas a seu encargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual”*. E prossegue: *“Isto é, cumpre-lhe cingir-se não apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade específica abrigada na lei a que esteja dando execução. Assim, há desvio de poder e, em consequência, nulidade do ato, por violação da finalidade legal, tanto em casos em que a atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública quanto naqueles em que ‘o fim perseguido, se bem que de interesse público, não é o fim preciso que a lei assinalava para tal ato’”*.

Também deste caso, portanto, não é possível extrair um procedimento racional que fundamente a aplicação da moralidade administrativa ou algo que especifique minimamente o conteúdo autônomo de tal princípio, pois sua utilização, além de ter sido genérica, serviu para justificar a anulação de ato administrativo praticado em desvio de finalidade.

3.1.6 Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 1.771.958/SP

⁶⁰ A respeito da teoria do desvio de finalidade, veja-se o que diz Alexandre Aragão: “todo ato administrativo deve atender à finalidade expressa ou implícita na norma atributiva de competência, e, caso não a atenda, estar-se-á diante do vício conhecido como desvio de poder, que ocorre não apenas quando o ato não visa a qualquer interesse público – no exemplo clássico da desapropriação para prejudicar um inimigo político –, mas, também, nos casos em que a lei fixa determinada finalidade pública a ser atingida e o ato visa a outra, ainda que ambas sejam de “interesse público” (ex.: se a norma legal dispõe que os estabelecimentos comerciais podem ser fechados por razões sanitárias, a Administração Pública não poderá fechá-los em razão do não pagamento de tributos)”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 158. ISBN 978-85-309-4582-4.

⁶¹ IDEM, p. 294.

⁶² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 22ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 104. ISBN 978-85-7420-793-3.

No acórdão proferido no julgamento deste recurso, de relatoria da Ministra Assusete Magalhães, da 2ª Turma do STJ, julgado em 14 de setembro de 2021⁶³, o denominado princípio da moralidade administrativa foi mencionado apenas nos trechos transcritos do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O STJ, portanto, não utilizou, neste caso, a moralidade administrativa como fundamento de sua decisão, tendo se limitado a reproduzir trechos do acórdão recorrido que mencionaram o referido princípio.

De todo modo, a hipótese que deu origem ao referido recurso foi a seguinte: determinado agente público municipal nomeou parentes seus para cargos comissionados na administração pública, tendo estes sido exonerados após investigação do Ministério Público. Após isso, no entanto, o referido agente empreendeu reestruturação administrativa com o objetivo de viabilizar a recontração dos parentes, anteriormente exonerados, na suposta condição de agentes públicos.

Assim, ainda que o STJ não tenha utilizado a moralidade administrativa como fundamento de sua decisão, cuida-se de hipótese de violação à regra que proíbe a prática de nepotismo naquele município ou, no limite, de violação ao princípio da impessoalidade, que *“impõe que o administrador objetivo, apenas, a satisfação do interesse público, jamais a obtenção de benefícios pessoais, para si ou para terceiros, ou os prejuízos de quem quer que seja”*⁶⁴.

A esse respeito, Alexandre Aragão⁶⁵ destaca, expressamente, que *“a impessoalidade tem sido usada, na jurisprudência, para impedir a atribuição de cunho pessoal a ações estatais (art. 37, § 1º, CF); para proibir que recursos públicos sejam instrumentalizados por interesses privados; para vedar a nomeação para cargos de confiança por afinidade pessoal ou familiar etc.”*.

Exatamente este, portanto, o caso em análise, pois, ao nomear novamente parentes para o exercício de cargos públicos, o administrador violou diretamente o princípio da impessoalidade, que, no Brasil, encontra previsão expressa no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. Isso porque, destaque-se novamente, a impessoalidade é compreendida como a proibição de que o administrador público aja de forma a obter benefícios pessoais para si ou para terceiros, devendo sempre buscar o atingimento das finalidades públicas. Ou seja, a impessoalidade, analisada por esse aspecto, é um impedimento a que o administrador público instrumentalize a administração de forma a obter benefícios pessoais.

No caso em análise, o administrador público em duas oportunidades, nomeou parentes para o exercício de cargos e funções públicas com objetivo ilegal, pois violador do

⁶³ Superior Tribunal de Justiça. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002617199&dt_publicacao=20/09/2021.

⁶⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 71. ISBN 978-85-309-4582-4.

⁶⁵ IDEM.

princípio da impessoalidade, na medida em que visava beneficiar tais parentes com o recebimento de remunerações pagas pela administração.

Também nesse caso, portanto, ainda que o STJ tivesse enveredado pela análise dos fatos em julgamento, o que não ocorreu, fato é que o que ocorreu foi a violação ao princípio da impessoalidade, não sendo possível identificar qualquer conteúdo autônomo que justificasse a declaração de nulidade do ato por violação à moralidade administrativa.

3.1.7 Recurso Especial nº 1.761.406/RJ

No acórdão de julgamento do Recurso Especial nº 1.761.406⁶⁶, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, a moralidade administrativa foi mencionada apenas na especificação das hipóteses de cabimento de ação popular, não tendo o referido princípio sido utilizado como fundamento da decisão, que reconheceu a legalidade da contratação direta, sem a realização de licitação, da Fundação Solomon R Guggenheim para a construção de uma filial do Museu Guggenheim no cais do porto da cidade do Rio de Janeiro.

Também esse julgado, portanto, não possui qualquer fator que contribua para a atribuição de um estado autônomo de coisas a ser alcançado por meio da aplicação do princípio da moralidade administrativa.

3.1.8 Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.004.259/SP

Também nesse julgamento⁶⁷, a moralidade administrativa foi apenas mencionada em trecho que tratava da aplicação supletiva da lei de ação civil pública às ações de improbidade administrativa, sem que o princípio em questão tenha sido utilizado como fundamento da decisão, que tratou apenas de questão processual, relacionada à possibilidade de concessão de efeito suspensivo a recurso de apelação interposto contra sentença proferida em ação de improbidade administrativa.

Por essa razão, a decisão não contribui em nada para a definição do princípio da moralidade administrativa.

3.1.9 Agravo em Recurso Especial nº 1.798.032/MT

No acórdão de julgamento do agravo em recurso especial nº 1.798.032/MT⁶⁸, de relatoria da Ministra Assusete Magalhães, da 2ª Turma, o Superior Tribunal de Justiça se limitou a mencionar a moralidade administrativa nos trechos em que foi transcrito o acórdão recorrido, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso.

⁶⁶ Superior Tribunal de Justiça. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702927756&dt_publicacao=26/08/2021.

⁶⁷ Superior Tribunal de Justiça. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602793014&dt_publicacao=03/09/2021.

⁶⁸ Superior Tribunal de Justiça. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003160180&dt_publicacao=16/08/2021.

De todo modo, nesse caso, o Tribunal Estadual concluiu que “os *Apelantes violaram os princípios da Impessoalidade, da Legalidade e da Moralidade Administrativa*”, uma vez que teriam utilizado propaganda supostamente institucional da administração pública para promover nomes, símbolos e imagens ligados pessoal e diretamente aos réus da ação de improbidade administrativa.

Ou seja, nesta hipótese o administrador público praticou atos em desvio de finalidade e que visavam conceder a ele e a seu grupo político benefícios evidentemente ilegais.

Verifica-se, pois, que se tratou, também nesta hipótese, como em casos acima analisados, de violação ao princípio da impessoalidade e de ato administrativo praticado com desvio de finalidade, não sendo possível identificar qualquer conteúdo especificamente relacionado ao denominado princípio da moralidade administrativa que justificasse a anulação do ato.

3.1.10 Mandado de Segurança nº 24.608/DF

Na decisão deste *writ*⁶⁹, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça somente mencionou a moralidade administrativa em razão da transcrição da ementa de julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 418/DF, pois nesse acórdão a Suprema Corte brasileira asseverou que “*A impossibilidade de aplicação de sanção administrativa a servidor aposentado, a quem a penalidade de cassação de aposentadoria se mostra como única sanção à disposição da Administração, resultaria em tratamento diverso entre servidores ativos e inativos, para o sancionamento dos mesmos ilícitos, em prejuízo do princípio isonômico e da moralidade administrativa, e representaria indevida restrição ao poder disciplinar da Administração em relação a servidores aposentados que cometeram faltas graves enquanto em atividade, favorecendo a impunidade*”.

Não houve, portanto, nesse caso, a utilização da moralidade administrativa como fundamento da decisão proferida pelo STJ. No que se refere à decisão do Supremo Tribunal Federal transcrita no aresto, ela será devidamente analisada no tópico deste trabalho dedicado à análise das decisões do STF.

3.1.11 Recurso em Mandado de Segurança nº 62.919/ES

No recurso em mandado de segurança nº 62.919⁷⁰, de relatoria do Ministro Sérgio Kukina, da 1ª Turma, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que “*Por força dos princípios da Moralidade administrativa, da Imparcialidade, da Isonomia e da Impessoalidade, o procedimento seletivo simplificado não pode ser válido para alguns candidatos e nulo para outros*”.

⁶⁹ Superior Tribunal de Justiça. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101148920&dt_publicacao=03/08/2021.

⁷⁰ Superior Tribunal de Justiça. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000337799&dt_publicacao=29/06/2021.

Como se infere da simples leitura do trecho transcrito, também nesse caso o denominado princípio da moralidade administrativa foi utilizado em conjunto com outros princípios conformadores da atuação administrativa, aparentemente com fins retóricos ou a título de reforço argumentativo.

Isso porque a hipótese em julgamento era a seguinte: uma cidadã foi regularmente aprovada e classificada em processo seletivo simplificado para o exercício de função pública temporária. No entanto, o ente administrativo contratante se recusou a permitir a assunção da função em razão de questão relacionada a uma outra contratação, anterior, considerada nula em razão de prorrogação irregular de prazo.

Constata-se, portanto, que o ato administrativo que impediu a assunção da função pela candidata aprovada e classificada no procedimento de seleção incorreu em flagrante violação aos princípios da isonomia e impessoalidade, como reconhece o próprio acórdão: *“É dizer, se o procedimento seletivo é hígido, o é para todos, na mesma medida. Também aí, e mais uma vez, deve prevalecer o princípio constitucional da impessoalidade, bem assim o da isonomia. A propósito, esta Corte, de há muito, vem se pronunciado no sentido de que as regras editalícias, que disciplinam os concursos públicos (e, por extensão, também os processos seletivos), aplicam-se, igualmente, a todos os candidatos que deles participam”*.

Neste aspecto, a impessoalidade é compreendida como um corolário do princípio da igualdade, impondo que a administração dispense a todos os cidadãos um tratamento isonômico, não sendo permitido a ela beneficiar uns em detrimento de outros.

Em relação a essa dimensão da impessoalidade, Celso Antônio Bandeira de Mello⁷¹ destaca que no referido princípio *“se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas”*. Neste ponto, especificamente, o princípio da impessoalidade guarda similaridade com o princípio da igualdade de tratamento, insculpido no artigo 2º do Tratado da União Europeia

Desse modo, igualmente não é possível identificar, na referida decisão judicial, qualquer conteúdo minimamente autônomo que tenha sido apresentado como fundamento suficiente para a utilização da moralidade administrativa como justificativa para a anulação do ato administrativo, que, na verdade, encontrava-se eivado por vício de nulidade decorrente de violação aos princípios da impessoalidade e da isonomia.

3.1.12 Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.734.348/RN

No julgamento do recurso em questão⁷², a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça apreciou hipótese na qual determinados administradores públicos municipais promoveram licitação para a qual somente foram convidadas empresas que contavam com as

⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 22ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 110. ISBN 978-85-7420-793-3.

⁷² Superior Tribunal de Justiça. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702765655&dt_publicacao=03/08/2021.

mesmas pessoas em seus quadros societários e entre as quais havia relação de parentesco.

Nesse caso, o voto-vogal proferido pelo Ministro Herman Benjamin, afirmou que *“Diante do fato de que foram convidadas empresas pertencentes às mesmas pessoas, que entre si tinham relação de parentesco, era exigência dos princípios da isonomia, moralidade e impessoalidade que, em vez de aumentar o gasto do Município, fossem chamados outros licitantes”*.

Assim como em outros casos já analisados neste trabalho, a moralidade administrativa foi utilizada em conjunto com outros princípios da atividade administrativa, como se formassem um bloco indivisível e de conteúdo comum.

No entanto, o próprio acórdão é esclarecedor ao reconhecer que, na verdade, ao convidar apenas empresas compostas pelos mesmos sócios para participar do procedimento licitatório, os administradores públicos municipais violaram, na verdade as regras da lei de licitações (Lei nº 8.666/1993) e os princípios da isonomia e impessoalidade. Veja-se:

“5. Na análise do caso, esta Corte Superior deu provimento ao recurso especial interposto pelo parquet em razão da demonstração de que os requerentes incorreram na prática de atos de improbidade administrativa, uma vez que violaram os princípios constitucionais da isonomia, impessoalidade e frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório.

6. A Lei n. 8.666/1993 instituiu normas para as licitações e os contratos da administração pública. No art. 3º da referida legislação, estão dispostos os princípios constitucionais a serem observados nas licitações públicas com o objetivo de garantir isonomia entre os participantes do certame e, conseqüentemente, de alcançar a proposta mais vantajosa, o que não ocorreu na hipótese.”

Conclui-se, pois, que, nesse caso, o chamado princípio da moralidade administrativa igualmente foi utilizado como fundamento sem que tenham sido apresentadas quaisquer razões que permitam identificá-lo com um conteúdo próprio e autônomo, tratando-se de hipótese de nulidade do ato administrativo, também aqui, por violação princípios da isonomia e impessoalidade.

3.1.13 Agravo Interno no Mandado de Segurança nº 24.361/DF

Em julgamento realizado em 4 de maio de 2021, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, apreciou o agravo interno no mandado de segurança nº 24.361⁷³, de relatoria da ministra Assusete Magalhães, em que se discutia a legalidade de ato administrativo, praticado pelo Ministro do Trabalho, que aplicou a um servidor público a penalidade de demissão.

No entanto, o acórdão somente mencionou a moralidade administrativa nos trechos em que transcreveu a justificativa legal utilizada para amparar a demissão do servidor: *“II.*

⁷³ Superior Tribunal de Justiça. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801305590&dt_publicacao=11/05/2021.

Trata-se de Mandado de Segurança, impetrado por Sérgio Silveira de Barros contra suposto ato ilegal do Ministro de Estado do Trabalho, consubstanciado na Portaria 225, de 04/04/2018 (Processo Administrativo Disciplinar 47909.000821/2015-71), que lhe aplicou a penalidade de demissão do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho, com fundamento no art. 132, XIII, c/c art. 137, caput, da Lei 8.112/90, por descumprimento dos deveres funcionais previstos no art. 116, I (exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo), III (observar as normas legais e regulamentares), e IX (manter conduta compatível com a moralidade administrativa), e, ainda, por ter incorrido nas proibições previstas no art. 117, IV (opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço) e IX (valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública), todos da Lei 8.112/90”.

Nessa hipótese, como se verifica, não é possível extrair qualquer sentido ou conteúdo para a moralidade administrativa, na medida em que o STJ sequer utilizou o pretensório princípio na fundamentação de sua decisão.

3.1.14 Recurso Especial nº 1.929.230/MT

No acórdão proferido no julgamento do recurso especial em referência⁷⁴, a 2ª Turma do STJ, sob relatoria do Ministro Herman Benjamin, apreciou questão jurídica relacionada à possibilidade de adoção de medidas executivas atípicas, como suspensão da carteira de habilitação e apreensão de passaporte, em face de indivíduo condenado ao pagamento de multa em ação de improbidade administrativa, mas que não satisfizes espontaneamente a condenação pecuniária.

Nesse contexto, a decisão afirmou que são *“Inadmissíveis manobras para escapar da execução das sanções pecuniárias impostas pelo Estado, sob pena de as condutas contrárias à moralidade administrativa ficarem sem resposta”*. Vê-se, pois, que a moralidade administrativa não foi utilizada como fundamento da decisão, tendo sido mencionada apenas em *obiter dictum*.

De todo modo, pelo que se extrai do acórdão, a ação de improbidade originária ao referido recurso foi ajuizada em razão da *“contratação direta de serviços gráficos para a confecção de 60 mil cartilhas informativas do SUS, sem prévio procedimento licitatório”*.

A conduta singelamente qualificada como violadora da moralidade administrativa pelo STJ, como se vê, na verdade implicou em violação às regras da lei de licitações (Lei nº 8.666/1993), que impõe, por força de dispositivo expresso (artigo 59), a nulidade da contratação e, no limite, em violação aos princípios da impessoalidade, da finalidade e da eficiência, não sendo possível identificar qualquer conteúdo diretamente ligado ao denominado princípio da moralidade administrativa.

3.1.15 Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.123.057/SP

⁷⁴ Superior Tribunal de Justiça. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001657560&dt_publicacao=01/07/2021.

Trata-se, aqui, do mesmo caso analisado no item 3.1.2. acima. Naquele item foi analisada a decisão de julgamento dos embargos de declaração e, aqui, cuida-se da decisão anterior, proferida no julgamento do agravo regimental⁷⁵.

Como visto anteriormente, na hipótese em questão, o próprio acórdão do STJ reconhece que, apesar de o princípio da moralidade administrativa ter sido mencionado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, a controvérsia foi dirimida com base em violação à legalidade: *“Apesar dessa alusão à moralidade administrativa, o acórdão recorrido não prossegue no exame do caso por esse ângulo, enfatizando a todo o tempo que a causa de pedir da demanda é a inobservância da lei”*.

Também nesse caso, desse modo, não é possível identificar qualquer caracterização mínima do conteúdo do chamado princípio da moralidade administrativa.

3.1.16 Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 1.221.468/DF

No julgamento deste recurso⁷⁶, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, apreciou hipótese relacionada à celebração de contrato administrativo com ilegal dispensa de procedimento de licitação.

Em relação a esse aspecto, o STJ afirmou apenas que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal *“não deixou sem apreciação questão relevante para o deslinde da controvérsia, consignando que: não foi demonstrado que a contratada seria instituição voltada a promover o desenvolvimento institucional; que foi descumprida a exigência do art. 26, parágrafo único, III, da Lei de Licitações, pois ausentes justificativa de preço (bem assim pesquisa de preços com instituições congêneres); que o prejuízo material não pode ser afastado, pois, além de não ter sido realizada a justificativa de preços, não há prova de que o contrato tenha sido concluído, com entrega total dos serviços; que, constatada a ilegalidade da contratação, bem como violação à moralidade administrativa, o reconhecimento da nulidade da contratação é medida que se impõe, com efeitos retroativos (Lei 8.666/1993, art. 59); e que, embora o contrato tenha sido parcialmente executado, não se configura enriquecimento ilícito do Ente Público, pois os particulares deram causa à frustração do regime competitivo do procedimento licitatório”*.

Como se verifica, ainda que o denominado princípio da moralidade administrativa não tenha sido efetivamente utilizado como fundamento da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, constou da fundamentação do acórdão recorrido, proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Todavia, o próprio acórdão reconhece que, na verdade, foi constatada ilegalidade na contratação administrativa, em virtude da inobservância das regras da lei de licitações

⁷⁵ Superior Tribunal de Justiça. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901242729&dt_publicacao=01/07/2021.

⁷⁶ Superior Tribunal de Justiça. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201703222000&dt_publicacao=08/04/2021.

(lei nº 8.666/1993), o que impõe, por força de dispositivo expresso da própria lei (artigo 59), a nulidade da contratação.

Além disso, tratou-se, na hipótese, de violação ao princípio da impessoalidade, na medida em que a contratação pública foi ilegalmente direcionada a determinados indivíduos, em seu benefício próprio, e ao princípio da eficiência, que impunha que o contrato administrativo fosse celebrado de forma a implicar no menor gasto e no mais benefício possíveis à administração pública, o que não se verificou.

Também nesta hipótese, portanto, a moralidade administrativa foi utilizada apenas como reforço argumentativo, na medida em que a solução do caso se encontrava no plano de aplicação da lei, que expressamente prevê a nulidade do ato, ou, no limite, a anulação do ato decorreria de violação aos princípios da legalidade, impessoalidade e eficiência.

3.1.17 Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.458.394/SC

No julgamento do agravo interno no recurso especial nº 1.458.394⁷⁷, de relatoria do Ministro Og Fernandes, a 2ª Turma do STJ somente manifestou o entendimento de que não seria possível o julgamento de mérito do recurso especial, pela corte superior, em razão da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório do caso.

A moralidade administrativa somente foi mencionada para o Tribunal de Justiça de Santa Catarina reconheceu a inépcia da petição inicial da ação de improbidade administrativa porque o Ministério Público Federal não demonstrou *“de forma precisa e individualizada a forma como a conduta dos réus tenha malferido os princípios da legalidade e da moralidade administrativa”*.

Não há neste caso, assim, qualquer mínima definição ou fundamentação que possa contribuir com a identificação dos elementos nucleares do chamado princípio da moralidade administrativa.

3.1.18 Recurso Especial nº 1.820.364/MT

No julgamento deste recurso⁷⁸, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do Ministro Herman Benjamin, apreciou a proporcionalidade e razoabilidade das sanções impostas a administrador público no âmbito de ação de improbidade administrativa por fraude em procedimento licitatório.

Nesse contexto, em relação ao princípio da moralidade administrativa, a decisão se limitou a mencioná-lo no trecho em que foi transcrito o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Veja-se:

⁷⁷ Superior Tribunal de Justiça. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401249529&dt_publicacao=03/08/2021.

⁷⁸ Superior Tribunal de Justiça. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901325160&dt_publicacao=01/07/2021.

“7. No que concerne à aludida afronta ao 12 da Lei 8.429/1992, sob o fundamento da desproporcionalidade das penas, a Corte a quo entendeu "considerando a gravidade da conduta praticada pelos Apelantes, que detinham a obrigação de respeitar a moralidade administrativa e zelar pelos princípios que regem a Administração Pública, tenho como razoáveis e proporcionais as penas aplicadas pelo magistrado a quo, bem como o quantum fixado a título de ressarcimento ao erário e de multa civil, os quais são suficientes para a reprimenda do ato ímprobo, garantindo-se, assim, o restabelecimento da ordem jurídica" (fl. 1.506, e-STJ). Quanto a este ponto, mais uma vez não se pode conhecer da irresignação, pela aplicação da Súmula 7/STJ, pois a modificação do alcance da sanção aplicada pela instância de origem enseja reapreciação dos fatos e da prova, obstada nesta instância especial, salvo se for manifesta sua desproporcionalidade, o que não é o caso dos autos.”

Logo, é possível constatar que a moralidade administrativa não foi utilizada como fundamento de decidir, seja pelo Superior Tribunal de Justiça, seja pelo Tribunal de Justiça estadual, que se limitou a afirmar, em *obiter dictum*, que o administrador ímprobo tinha a obrigação de respeitar a moralidade administrativa, não sendo possível extrair, dessa afirmação, qualquer conteúdo específico para o referido princípio.

3.1.19 Recurso Especial nº 1.779.976/GO

Ao apreciar o recurso em referência⁷⁹, a 2ª Turma do STJ, sob relatoria do Ministro Herman Benjamin, abordou a possibilidade de concessão de medida liminar em ação de improbidade administrativa, com o objetivo de viabilizar medidas tendentes a fazer cessar as ilegalidades que vinham sendo praticadas com a imposição de proibição de contratar com o poder público.

Tendo em vista a natureza eminentemente processual da discussão, as menções à moralidade administrativa foram genéricas, notadamente na reprodução dos argumentos utilizados pelo Ministério Público para fundamentar a possibilidade de concessão de medida liminar em ação de improbidade: *“Pretende o Ministério Público demonstrar que as medidas cautelares inominadas não previstas expressamente na Lei 8.429/1992 são aplicáveis na ação civil pública por ato de improbidade administrativa com o intento de evitar a repetição da prática do ato de improbidade administrativa e de dar efetividade à proteção judicial ao patrimônio público e à moralidade administrativa”*.

Também nesse caso, portanto, a decisão proferida não apresentou qualquer procedimento racional de justificação para amparar a utilização do princípio da moralidade administrativa.

3.1.20 Mandado de Segurança nº 26.552/DF

⁷⁹ Superior Tribunal de Justiça. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802679575&dt_publicacao=03/05/2021.

A 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do mandado de segurança nº 26.552⁸⁰, sob relatoria do Ministro Sérgio Kukina, apreciou questão relacionada ao direito de um cidadão de ver apreciado, pela Ministra da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, pedido de declaração da condição de anistiado, formulado no mês de maio do ano de 2010.

Para concluir pela obrigação da autoridade administrativa de apreciar e decidir, em caráter final, o requerimento administrativo de declaração da condição de anistiado, o Superior Tribunal de Justiça se baseou no direito de petição (*“O direito de petição aos Poderes Públicos, assegurado no art. 5º, XXXIV, “a”, da Constituição Federal, traduz-se em preceito fundamental a que se deve conferir a máxima eficácia, impondo-se à Administração, como contrapartida lógica e necessária ao pleno exercício desse direito pelo Administrado, o dever de apresentar tempestiva resposta”*) e no princípio da eficiência (*“A demora excessiva e injustificada da Administração para cumprir obrigação que a própria Constituição lhe impõe é omissão violadora do princípio da eficiência, na medida em que denuncia a incapacidade operacional do Poder Público em desempenhar, num prazo razoável, as atribuições que lhe foram conferidas pelo ordenamento (nesse sentido, o comando do art. 5º, LXXVIII, da CF)”*).

Adicionalmente, o acórdão afirma também que a demora na apreciação do requerimento administrativo afrontaria o princípio da moralidade administrativa *“por colocar em xeque a legítima confiança que o cidadão comum deposita, e deve depositar, na atuação da Administração”*.

Como se vê, além de ter utilizado a violação à moralidade administrativa como reforço argumentativo, na medida em que a situação fática foi percebida como violadora do direito de petição do cidadão e do princípio da eficiência, fato é que, ao tentar fundamentar a suposta violação ao princípio da moralidade administrativa, o Superior Tribunal de Justiça acabou por invocar um outro princípio da atividade administrativa, o da proteção da confiança legítima do administrado.

Ou seja, apesar da confusão conceitual existente na decisão, tratou-se de violação ao princípio da segurança jurídica. O princípio da segurança jurídica tem sua aplicação no direito administrativo reconhecida no Brasil e em Portugal. Como afirma Alexandre Aragão⁸¹, a noção de segurança jurídica possui diversas facetas, perpassando pela existência de normas claras, instituições que garantam os direitos fundamentais e respeito aos acordos firmados.

Canotilho⁸², por sua vez, atribui à segurança jurídica duas principais notas: estabilidade e previsibilidade. A primeira, imporia que *“uma vez adotadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões estatais não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes”*. A segunda, segundo o autor, *“se reconduz à exigência*

⁸⁰ Superior Tribunal de Justiça. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001581098&dt_publicacao=18/02/2021.

⁸¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 66. ISBN 978-85-309-4582-4.

⁸² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 380.

de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos”.

Nas palavras de António Francisco de Sousa⁸³, *“subjacente a este princípio está a ideia de que o direito e os princípios jurídicos fundamentais devem ser devidamente salvaguardados pelas instituições e pelos órgãos da União, de modo a suscitarem nos cidadãos da União a confiabilidade e assim a segurança de que necessitam”.*

Como se vê, a segurança jurídica guarda estrita relação com a proteção da confiança legítima e com a vedação ao comportamento contraditório pela administração pública. Em relação à proteção à confiança legítima, tratada por alguns como um princípio autónomo do direito administrativo, Luís Filipe Colaço Antunes⁸⁴ destaca que ela *“obriga a Administração a tratar de modo uniforme situações análogas, particularmente quando subsista alguma discricionariedade”.*

Assim, por força do princípio da segurança-jurídica, seja no Brasil ou em Portugal, a administração pública tem a obrigação de, entre outras coisas, agir de forma previsível, adotar condutas que respeitem as normas existentes, decidir de maneira coerente com decisões anteriores sobre as mesmas questões e evitar alterações repentinas e injustificadas de seus entendimentos, o que acabou não sendo observado no caso em análise, no qual o requerimento apresentado pelo cidadão permaneceu por quase uma década sem qualquer resposta efetiva por parte da administração pública.

Logo, ainda que tenha sido empreendida tentativa de justificar racionalmente a violação à moralidade administrativa, não se mostra possível apreender qualquer conteúdo autónomo do referido princípio, na medida em que sua utilização foi justificada com menção ao estado ideal de coisas cujo alcance é objeto de outros princípios do direito administrativo.

3.1.21 Recurso em Mandado de Segurança nº 63.160/RJ

No julgamento do recurso em mandado de segurança nº 63.160⁸⁵, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do Ministro Sérgio Kukina, apreciou hipótese que versava sobre a revogação da designação de filho do falecido delegatário de cartório de atividade notarial e registral para responder interinamente pela serventia.

Nesse caso, o STJ adotou o entendimento de que a nomeação do filho do falecido delegatário para responder interinamente pela serventia caracterizaria ato de nepotismo póstumo, a caracterizar a violação ao denominado princípio da moralidade administrativa. Isso, com base na Meta 15 do Conselho Nacional de Justiça, adotada no I Encontro de Corregedores do Serviço Extrajudicial, que deliberou por *“Realizar levantamento*

⁸³ DE SOUSA, António Francisco. *Direito Administrativo Europeu*. Porto: Vida Económica, 2016, pp. 192-193. ISBN 978-989-768-272-8.

⁸⁴ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A Ciência Jurídica Administrativa: noções fundamentais*, 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2018, p. 462. ISBN 978-972-40-4905-2.

⁸⁵ Superior Tribunal de Justiça. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=20200606219&dt_publicacao=17/02/2021.

detalhado da existência de nepotismo na nomeação de interinos no serviço extrajudicial, revogando os atos de nomeação em afronta ao princípio da moralidade”.

Como se vê, o caso julgado tinha como pressuposto factual a prática de nepotismo, exatamente como no caso analisado no item 3.1.6. acima. Assim, ainda que o STJ e o CNJ tenham utilizado a moralidade administrativa como fundamento, respectivamente, de sua decisão e meta, cuida-se de hipótese de violação à regra que proíbe a prática de nepotismo na administração pública federal ou, no limite, de violação ao princípio da impessoalidade.

3.2 Análise da jurisprudência do STF nos anos de 2020 e 2021

Ao analisar a ferramenta de pesquisa de jurisprudência oficial do Supremo Tribunal Federal⁸⁶, ao imputar a expressão “moralidade administrativa”, utilizando como parâmetro todos os acórdãos proferidos entre 1º de janeiro de 2020 e 31 de dezembro de 2021 pelo Tribunal Pleno e pelas Turmas daquela Corte Suprema, foram localizados um total de 22 (vinte e dois) acórdãos, analisados em ordem de antiguidade, nos quais, ao menos em tese, foi utilizada a referida expressão.

3.2.1 Recurso Extraordinário nº 560.900

No acórdão referente ao recurso extraordinário nº 560.900⁸⁷, de Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, discutia-se a possibilidade de se restringir a participação, em concurso público, de candidato que respondia a processo criminal. O Tribunal Pleno do STF, por maioria, em julgamento realizado em 06 de fevereiro de 2020, negou provimento ao recurso extraordinário em referência.

O relator, Ministro Luís Roberto Barroso, definiu como necessária a ponderação entre bens jurídicos constitucionais para a solução da controvérsia. De um lado, os princípios da presunção de inocência, da liberdade profissional e da ampla acessibilidade aos cargos públicos, além dos princípios republicano, da isonomia e da impessoalidade. De outro lado, o princípio da moralidade administrativa.

Nesse sentido, consignou no acórdão que “o princípio da moralidade impõe aos agentes públicos o dever geral de boa administração, do qual decorrem, entre outros, os imperativos de honestidade, atuação vinculada ao interesse público e boa-fé”. Porém, não foi conferido sentido preciso ao referido dever geral de boa administração para além disso.

O Relator Ministro Luís Roberto Barroso consignou que, do princípio da moralidade administrativa, decorre a exigência de idoneidade moral, que deve ser auferida ao postulante ao ingresso ou promoção no serviço público, razão pela qual, em tese, justificar-se-iam as investigações sociais ou de vida pregressa, com limites a serem especificados. Todavia, verifica-se que o princípio da moralidade administrativa não teve seu conteúdo

⁸⁶ Supremo Tribunal Federal. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>.

⁸⁷ Supremo Tribunal Federal. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429385/false>.

próprio identificado, na medida em que a idoneidade moral para ingresso no serviço público decorre de exigência expressa de lei.

Foi proposta, então, a formulação de critérios objetivos para aferir a “idoneidade moral” do candidato, analisando-se a fase em que se encontra o processo penal, exigindo-se como regra geral, independentemente de lei, a condenação transitada em julgado ou por órgão colegiado, e não a mera pendência de investigações ou processos; e a relação de incompatibilidade entre a acusação e o cargo em questão. De acordo com o exposto, tais parâmetros almejarão a *“aplicação direta do princípio da moralidade administrativa”*. No entanto, os critérios fixados estão atrelados a um controle de idoneidade moral estrito e vinculado aos princípios da presunção de inocência e da juridicidade, não sendo possível atrelá-lo ao princípio da moralidade administrativa propriamente dito.

Em relação ao princípio da juridicidade, a partir do movimento de constitucionalização do direito, a legalidade enquanto vinculação da administração à lei não se mostrou mais suficiente, uma vez que *“a vinculação da atividade administrativa ao direito não obedece a um esquema único, nem se reduz a um tipo específico de norma jurídica – a lei formal”*⁸⁸.

Nesse contexto, o princípio da legalidade passou a ser compreendido como uma das facetas do princípio, mais abrangente, da juridicidade administrativa, que se constitui na vinculação da administração pública ao que se convencionou chamar de bloco de legalidade⁸⁹.

Ou seja, a administração passa a ter sua atuação vinculada e limitada não apenas pela lei formal, mas por todo o ordenamento jurídico, passando a Constituição a ser *“o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo”*⁹⁰.

Nas palavras de Paulo Otero⁹¹, *“a juridicidade administrativa traduz uma legalidade mais exigente, relevando que o poder público não está apenas limitado pelo Direito que cria, encontrando-se também condicionado por normas e princípios cuja existência e respectiva força vinculativa não se encontram na disponibilidade desse mesmo poder”*. E o autor prossegue, para arrematar que *“a vinculação administrativa à lei transformou-se numa verdadeira vinculação ao Direito, registando-se aqui o abandono de uma concepção positivista-legalista configurativa da legalidade administrativa, tal como resulta do entendimento doutrinal subjacente à Constituição de Bona”*.

Desse modo, resta claro que os critérios de aferição da “idoneidade moral” propostos pelo Ministro Luís Roberto Barroso, no caso em análise, decorrem diretamente da

⁸⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 147. ISBN 978-85-7147-860-2.

⁸⁹ “A ideia de juridicidade é mais precisa, ampla e perfeita que a da legalidade, na medida em que se reporta ao direito como um todo, o que por vezes é caracterizado pela expressão “bloco de legalidade”.” DE SOUSA, António Francisco. *Direito Administrativo Europeu*. Porto: Vida Económica, 2016, p. 171. ISBN 978-989-768-272-8.

⁹⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 147. ISBN 978-85-7147-860-2.

⁹¹ OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2019, p. 15. ISBN 978-972-40-7152-7.

observância ao princípio da juridicidade, na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro já consagra os princípios da presunção de inocência, da isonomia e da proporcionalidade.

E, por força desses princípios, já poderia ser considerado nulo o ato administrativo que impeça a posse de indivíduo em cargo público em razão de ser réu em ação penal sem decisão transitada em julgado ou, ainda que haja trânsito, caso o crime cometido não guarde qualquer mínima relação com a função pública que seria exercida.

Exatamente por isso, o Ministro Edson Fachin registrou que acompanharia o relator, porém, com fundamentos diversos, em razão da necessária conjugação do princípio da presunção de inocência ao princípio da moralidade administrativa. Assim, o Ministro Edson Fachin fez menção ao princípio da moralidade administrativa, trazendo a lição específica de Hely Lopes Meirelles:

*“A moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito do ‘bom administrador’, que, no dizer autorizado de Franco Sobrinho, ‘é aquele que, usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum’. Há que conhecer, assim, as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto, nos seus efeitos. E explica o mesmo autor: ‘Quando usamos da expressão nos seus efeitos, é para admitir a lei como regra comum e medida ajustada. Falando, contudo, de boa administração, referimo-nos subjetivamente a critérios morais que, de uma maneira ou de outra, dão valor jurídico à vontade psicológica do administrador’. O inegável é que a moralidade administrativa integra o Direito como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade, erigindo-se em fator de legalidade.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 93-94).”*

Dessa forma, extrai-se da doutrina referida pelo Ministro Edson Fachin uma possível, ainda que vaga, conceituação do princípio da moralidade administrativa, que possuiria tanto um viés no sentido da imperiosa observância dos preceitos legais vigentes, como também, dos critérios morais comuns. A partir desse conceito duplo de moralidade administrativa, então, o Ministro Edson Fachin consignou que ele *“rege todas as manifestações e relações da Administração Pública, cujo desrespeito invalida o ato administrativo e leva o servidor que atue em desconformidade com ele a sofrer processo e punição por sua conduta ímproba”*.

Nesse sentido, o Ministro Edson Fachin divergiu na fundamentação do Ministro Relator Luís Roberto Barroso e destacou que, ponderados os princípios da moralidade administrativa com o da presunção da inocência, (i) o ente público poderia, por lei, instituir requisitos mais severos para a assunção de cargos que considere estratégicos; e (ii) deveria ser assegurada a ampla defesa e o contraditório, ainda na fase administrativa, de modo que a solução deve ser apresentada de forma motivada pela autoridade responsável pelo certame, sendo disponibilizada aos candidatos uma fase para exposição e apreciação das justificativas.

O Ministro Luiz Fux, em seu voto, entendeu que a presunção de inocência para o candidato a cargo público poderia ser restringida com alicerce no próprio texto constitucional que impõe aos agentes públicos um “dever de moralidade” como sinônimo de um reforço

ao princípio da legalidade, que seria infringido, nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Melo, “quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado. Significa, portanto, um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria”.

Na tentativa de conceituar a “moralidade administrativa”, o Ministro Luiz Fux ainda aludiu às colocações feitas no âmbito do Recurso Extraordinário nº 633.703, sem, contudo, aprofundar o trecho transcrito do referido julgamento:

“Na verdade, a moralidade no exercício do mandato político é a mesma que se impõe ao agente administrativo em geral, como entrevêem os administrativistas clássicos de ontem e de hoje. Na percuciente visão de Hauriou, não se trata da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração. No mesmo sentido ensinam Henri Welter e Lacharrière, assentando este último que a moral administrativa é o conjunto de regras que, para disciplinar o exercício do poder discricionário da Administração, o superior hierárquico – hoje, no Brasil, o próprio texto constitucional de 1988 – impõe aos seus subordinados. Essa moralidade, pauta jurídica dos agentes públicos, sintetiza-se no dever de atuar com lealdade e boa-fé do homem comum, que sabe distinguir o honesto do desonesto, o legal do ilegal, o justo do injusto, e assim por diante, à luz do art. 37 da Constituição Federal (...).”

Também os Ministros Fachin e Fux, portanto, estribaram a proposta de aplicação concreta do princípio da moralidade administrativa, respectivamente, no princípio da legalidade e em conceitos jurídicos indeterminados, como “*atuar com lealdade e boa-fé do homem comum*”, não tendo utilizado um processo racional de justificação ou identificado um estado ideal de coisas preciso e autônomo a ser alcançado mediante a aplicação do princípio da moralidade administrativa.

Como se vêem, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao tentarem precisar um conteúdo autônomo para a moralidade administrativa, assim como fazem doutrina e as decisões do Superior Tribunal de Justiça, atribuíram ao referido princípio um estado ideal de coisas estritamente ligado a outros conceitos jurídicos indeterminados ou a outros princípios que regem a atividade administrativa.

3.2.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.221

A ação direta de inconstitucionalidade 4.221 foi proposta visando à declaração da inconstitucionalidade da Lei nº 15.349/2006, do Estado do Paraná, que, dentre outras providências, determinou a extinção do Quadro de Oficiais da Administração, na Polícia Militar do Paraná, e criação, na mesma corporação, do Quadro Especial de Oficiais da Polícia Militar.

Ao impugnar especificamente o art. 11, IV, da lei estadual vergastada, que estatui como requisito a necessidade de ter conceito profissional favorável de comandante, chefe ou diretor, a parte autora argumenta que consistiria em ofensa aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência e isonomia.

Verifica-se do acórdão que, quanto à alegação de inconstitucionalidade do diploma impugnado, o relator, Ministro Edson Fachin, entendeu que a exigência, para habilitação, do requisito de conceito profissional favorável violaria os princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade, sem fazer menção específica ao princípio da moralidade administrativa. Assim, o referido dispositivo foi declarado inconstitucional.

Ademais, o art. 11, VII, da referida lei foi impugnado na ação direta, sob o fundamento de que a impossibilidade de aqueles que respondem a processo criminal candidatarem-se ao Curso de Habilitação contrastaria com a previsão do art. 5º, LVII, da Constituição. Conforme se extrai do acórdão, o relator argumentou que o princípio da presunção de inocência deveria ser balizado com o princípio da moralidade administrativa, tendo em vista que ambos possuem assento constitucional, objetivando, com isso, dar interpretação conforme à Constituição ao art. 11, VII, da lei impugnada.

Nesse sentido, o Ministro Edson Fachin, de início, expôs as razões pelas quais considera acertada a extensão e interpretação do princípio constitucional da presunção de inocência em relação à seleção de servidores por meio de concursos públicos, em conexão a outros princípios e regras constitucionais regentes do atuar da Administração Pública, a fim de que seja extraída sua eficácia em grau máximo e seja concretizada a necessária tutela primordial do interesse público.

Assim, o relator fez referência à mesma lição de Hely Lopes Meirelles referida por ele no julgamento do Recurso Extraordinário 560.900 (item 3.2.1.), no qual também era relator, na tentativa de conceituar o princípio da moralidade administrativa, que estaria intimamente ligado ao conceito do ‘bom administrador’, conceito este dotado de indeterminabilidade, concluindo da mesma forma que o “*desrespeito ao princípio da moralidade administrativa invalida o ato administrativo e leva o servidor que atue em desconformidade com ele a sofrer processo e punição por sua conduta ímproba*”.

Dessa forma, o Ministro Edson Fachin entendeu, no mesmo sentido do seu voto no Recurso Extraordinário 560.900 (item 3.2.1.), que o ente público poderia, especificamente por lei, instituir requisitos mais severos para a assunção de cargos que considere estratégicos, de modo que seja assegurada a ampla defesa e o contraditório, ainda na fase administrativa, devendo a solução ser apresentada de forma motivada pela autoridade responsável pelo certame.

Por fim, então, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, acordaram⁹², por maioria de votos, em “*conhecer parcialmente da ação direta e, nessa parte, julgar parcialmente procedente o pedido, para fins de declarar a inconstitucionalidade do art. 11, IV, da lei impugnada e dar interpretação conforme à Constituição ao art. 11, VII, considerando a vedação da participação do candidato que esteja respondendo a*

⁹² Supremo Tribunal Federal. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur420791/false>.

processo criminal, desde que lhe seja ofertado o exercício do legítimo direito ao contraditório e ampla defesa, com resposta motivada e passível de controle judicial”.

Também nesse caso, portanto, a incidência da moralidade administrativa foi justificada tão somente com base em conceitos jurídicos indeterminados, sem que a ele tenha sido atribuído um estado ideal de coisas autônomo e sem que tenham sido estabelecidos os atos necessários ao atingimento deste estado de coisas.

3.2.3 Embargos de Divergência no Segundo Agravo Interno no Recurso Extraordinário com Agravo nº 803.568

Trata-se de embargos de divergência opostos contra acórdão proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, de modo que o embargante sustenta, em síntese, a existência de divergência jurisprudencial no que tange à *aplicação da Súmula nº 279 do STF (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”)*, visto que o caso versaria sobre revalorização de elementos fático-jurídicos.

Na origem, foi ajuizada ação civil pública por ato de improbidade administrativa, em razão da contratação de funcionários sem concurso público para os quadros de determinada empresa pública integrante da administração indireta do estado.

O acórdão, de relatoria do Ministro Luiz Fux⁹³, consignou que os embargos de divergência esbarrariam em óbice intransponível, por inexistir similitude fática entre o paradigma indicado e o acórdão recorrido, de modo que o Tribunal, por maioria, sequer conheceu dos embargos de divergência.

O Ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, entendeu que os embargos de divergência comportariam admissão, pois haveria jurisprudência no STF amparando a tese sustentada no Recurso Extraordinário. Argumentou, então, que a Constituição Federal “*pretende punir mais severamente o agente público corrupto que se utiliza do cargo ou de funções públicas para enriquecer ou causar prejuízo ao erário, desrespeitando a legalidade e moralidade administrativas*”.

Apesar de citar que os atos de improbidade desrespeitam, conjuntamente, a legalidade e moralidade administrativa, o voto em questão não aprofundou tais violações, mas apenas defendeu que deve ser, necessariamente, analisada a presença do elemento subjetivo (dolo) para a prática dos atos de improbidade administrativa.

Nesse contexto, o princípio da moralidade administrativa foi utilizado apenas de passagem na motivação da decisão, em *obiter dictum*, não tendo sido estabelecido como a razão do julgamento.

⁹³ Supremo Tribunal Federal. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur423035/false>.

3.2.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 418

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, em que são impugnados os artigos 127, IV, e 135 da Lei nº 8.112/1990, que “*dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas*”, pelos quais é prevista a possibilidade de cassação da aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.

Dentre os argumentos, os requerentes alegam que a penalidade em questão configuraria violação “*ao direito adquirido, ao devido processo legal no sentido material e ao princípio da moralidade administrativa, por permitir o enriquecimento sem causa do Estado*”.

O Tribunal Pleno, por unanimidade, conheceu da arguição e julgou improcedente o pedido. Importante observar que, no acórdão proferido em 15/04/2020⁹⁴, sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, verifica-se que, apenas na conclusão, é feita referência ao princípio da moralidade administrativa, nos seguintes termos: “*a impossibilidade de punição de servidor aposentado, a quem a penalidade de cassação de aposentadoria se mostra como única sanção à disposição da Administração, resultaria em tratamento diverso, entre servidores ativos e inativos, para o sancionamento dos mesmos ilícitos, em prejuízo do princípio isonômico e da moralidade administrativa*”.

Desta forma, verifica-se que o princípio da moralidade administrativa foi referido apenas em reforço argumentativo, vinculado a outro princípio, qual seja, o da isonomia, sem que tenha sido esclarecido minimamente em que medida cada um deles é necessário para corroborar a constitucionalidade da punição de servidor aposentado.

Vale ressaltar que o Ministro Edson Fachin, em seu voto pela improcedência da referida arguição de descumprimento fundamental, manifestou-se pela “*plena conformidade dos art. 127, IV, e 134 da Lei 8.112/1990, com os preceitos do devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, CF) e do princípio da moralidade (art. 37, caput, CF)*”, de modo que, além de não fazer qualquer menção especificamente à moralidade administrativa, ainda utilizou o princípio da moralidade, genericamente, sem qualquer aprofundamento quanto ao seu conteúdo.

3.2.6 Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 36.412

Na origem, trata-se de mandado de segurança preventivo com pedido liminar, impetrado em face de ato do Conselho Nacional de Justiça que invalidou o procedimento de promoção por merecimento para o cargo de desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, tendo sido denegada a ordem e, então, interposto o agravo regimental.

Especificamente em relação ao princípio da moralidade administrativa, foi mencionado no recurso apenas na transcrição das razões da decisão impugnada, que, por sua vez,

⁹⁴ Supremo Tribunal Federal. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur423024/false>.

limitou-se a fazer mera referência ao princípio da moralidade administrativa, sem qualquer conceituação.

Assim, tanto no agravo regimental quanto no mandado de segurança, o Relator Ministro Ricardo Lewandowski rememorou que “o órgão de controle do Poder Judiciário identificou que o TJRO, após edição da Resolução CNJ 106/2010 (que dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau), não procedeu à normatização específica da matéria por meio de ato próprio e, no curso do processo de promoção por merecimento, acabou por alterar os critérios de avaliação por ocasião da própria sessão de julgamento, o que, no seu entender, culminou por violar os princípios da imparcialidade e da moralidade administrativa”⁹⁵.

Dessa forma, o princípio da moralidade administrativa foi exposto apenas de forma secundária, sem que tenha havido qualquer contribuição substancial para sua conceituação ou mesmo a identificação de um estado ideal de coisas a ser alcançado.

3.2.7 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 590

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, tendo por objeto o artigo 4º da Lei nº 5.360/1986 do Estado do Pará, que previa a concessão, à conta dos recursos do Estado, de pensão à viúva e filhos menores de quem tivesse exercido, em caráter permanente, o cargo de Governador do Estado, a qual corresponderia a 85% da remuneração do cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado.

No acórdão proferido em 8 de novembro de 2020⁹⁶, o Tribunal Pleno, por maioria, conheceu da arguição de descumprimento de preceito fundamental e julgou procedente o pedido, para declarar a não recepção referido artigo pela ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988, por violação ao princípio republicano e aos princípios da Administração Pública.

O acórdão, de relatoria do Ministro Luiz Fux, então, dedicou um capítulo para expor a violação aos princípios da Administração Pública, tendo transcrito excerto de votos proferidos em outros julgamentos nos quais se questionava a constitucionalidade de benefícios semelhantes, em âmbito estadual. Concluiu-se, então, que o pagamento de pensão em referência não teria amparo constitucional, por violar diretamente os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, visto que tais princípios “vedam a instituição de tratamento privilegiado sem motivo razoável, tal qual o estabelecido em proveito de familiares de quem não mais exerce função pública ou presta qualquer serviço à Administração Pública”.

⁹⁵ Supremo Tribunal Federal. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur425746/false>.

⁹⁶ Supremo Tribunal Federal. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432467/false>.

Apesar de mencionar expressamente a violação ao princípio da moralidade administrativa, no caso, este se manteve-se vinculado a outro princípio, qual seja, o princípio da impessoalidade, limitando-se a ser referido como mero conceito jurídico indeterminado.

Ademais, como visto em outros casos anteriormente analisados, a hipótese em julgamento implicava em violação aos princípios da impessoalidade e da eficiência, na medida em que a concessão de pensão à viúva e filhos menores de quem tivesse exercido o cargo de Governador do Estado representa benefício injustificado a determinados indivíduos e em despesa desnecessária e sem contraprestação à administração pública.

3.2.8 Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.253

A ação direta de inconstitucionalidade 6.253 foi ajuizada pela Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica - Abradee, que almejava a declaração de inconstitucionalidade das Leis nºs 20.416/2019 e 20.468/2019 de Goiás, pelas quais foi alterada outra Lei daquele Estado (nº 17.555/2012), na qual se dispõe sobre a criação do Fundo de Aporte à CelgD Funac, e revogada a Lei nº 19.473/2016, na qual foi instituída a política estadual para manutenção, melhoria e ampliação da distribuição de energia elétrica em Goiás.

A referida ação direta de inconstitucionalidade não foi conhecida em 25.5.2020, tendo a relatora, Ministra Carmen Lúcia, consignado óbices formais ao conhecimento da ação, quais sejam, a ausência de vínculo imediato e direto apto a satisfazer o requisito da pertinência temática e finalística, pelo qual se legitimaria a autora à propositura da ação direta, além de buscar-se solução de questão subjetiva por instrumento de controle objetivo e abstrato, razão pela qual foi interposto agravo regimental pela Abradee.

Diante dos obstáculos formais, na ação direta, não foram aprofundados os argumentos de cunho material que alicerçaram a inicial, dentre eles, o princípio da moralidade administrativa, que, destaque-se, foi citado pela autora na petição inicial, tendo sido alegado que *“a necessidade de o Estado agir lealmente, sem trair a confiança depositada em seus atos, decorre não só do princípio da boa-fé, mas também do art. 37 da Constituição Federal, que entroniza o princípio da moralidade administrativa”*.

Nessa perspectiva, no agravo regimental, foram impugnados os obstáculos formais consignados na decisão agravada, esclarecendo o suposto interesse geral na causa, bem como a suposta pertinência dos assuntos ao controle abstrato de constitucionalidade, visto que a questão que se propõe seria aferir a validade de leis que atentariam contra *“ato jurídico perfeito, direito adquirido, segurança jurídica, que infringem o veto à revogação de benefício fiscal oneroso e por prazo determinado e que, ainda, desobedecem regras constitucionais que subtraem da competência legislativa do Estado dispor de modo a interferir em termos assentados de contrato de concessão de serviço público federal”*.

Nesse contexto, no acórdão referente ao agravo regimental interposto pela Abradee⁹⁷, não houve, nem de passagem, menção ao princípio da moralidade administrativa, o que se refletiu na decisão em comento, que, por unanimidade, apenas manteve a decisão

⁹⁷ Supremo Tribunal Federal. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433154/false>.

agravada e negou provimento ao agravo regimental, por entender que os argumentos seriam insuficientes para modificar a decisão agravada, consubstanciando-se em mero inconformismo com a decisão. Não houve, portanto, qualquer esclarecimento, nem mesmo menção, ao conceito referente ao princípio da moralidade administrativa.

3.2.9 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.161

A ação direta de inconstitucionalidade 3.161 foi ajuizada visando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 263, §2º, da Constituição do Rio de Janeiro, que dispõe que o disciplinamento da utilização dos recursos do Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano caberá a um Conselho de que participarão, necessariamente, o Ministério Público e representantes da comunidade, na forma a ser estabelecida em lei.

O relator, Ministro Marco Aurélio, restou vencido e, no seu voto, entendeu que deveria ser julgado procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo, em razão da supressão da regra de iniciativa prevista na Constituição. Ainda, argumentou que o papel atribuído ao Ministério Público no aludido Conselho não seria compatível com o princípio da separação de poderes.

Por sua vez, o Ministro Alexandre de Moraes, redator do acórdão, expôs que a Constituição Federal ampliou, de forma exemplificativa, as funções do Ministério Público, no que se refere ao campo cível, como “*fiscal dos demais Poderes Públicos e defensor da legalidade e moralidade administrativa*”. Apesar disso, a moralidade administrativa foi referida apenas neste trecho como conceito jurídico indeterminado, sem que tenham sido delineados requisitos objetivos e técnicos que a definiriam.

Somente em outra oportunidade foi feita referência à moralidade administrativa, também de maneira genérica, na transcrição do art. 25 da Lei Orgânica do Ministério Público, que prevê que incumbe ao Ministério Público promover o inquérito civil e ação civil pública para anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos “*à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem*”.

Assim, o Ministro Alexandre de Moraes, redator do acórdão, entendeu pela constitucionalidade do art. 129, IX, da lei impugnada. Assim, o Tribunal Supremo, por maioria⁹⁸, admitiu a compatibilidade entre as atribuições do Ministério Público e o funcionamento do Conselho Superior do FECAM e julgou o pedido parcialmente procedente, para atribuir interpretação conforme à Constituição ao dispositivo impugnado, delimitando que ele trata apenas da participação facultativa de membro do Ministério Público, para exercício de atribuições ministeriais, mediante designação do Procurador-Geral de Justiça e sem o recebimento de remuneração adicional.

⁹⁸ Supremo Tribunal Federal. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur438765/false>.

Também este acórdão, pois, não traz qualquer contribuição para a identificação de um estado ideal de coisas autónomo relacionado ao princípio da moralidade administrativa.

3.2.10 Recurso Extraordinário nº 719.870

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no qual se discute o Tema 670 da Repercussão Geral: “*Nulidade de acórdão, proferido em controle abstrato de constitucionalidade estadual, por falta de fundamentação quanto à compatibilidade dos cargos em comissão, criados por lei municipal, com as atribuições de direção, chefia e assessoramento*”. Na origem, tem-se Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada em face de dispositivos das Leis nºs 1.519/1993, 2.032/2001, 2.079/2001, 2.186/2003 e 2.604/2008, todas do Município de Além Paraíba, tendo tais normas criado 114 cargos públicos, supostamente de provimento em comissão.

Pelo que se extrai do voto do relator, Ministro Marco Aurélio, que restou vencido, foi reconhecida a violação ao inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, pelo fato de o Tribunal de Justiça, mesmo protocolados embargos de declaração, ter deixado de se manifestar sobre a falta de razoabilidade da Lei presentes o número de cargos e funções de confiança – 114 – e a população do Município – estimada, no ano de 2007, em 33.495 habitantes. Não houve qualquer alusão ao princípio da moralidade administrativa nem na fundamentação do voto do Ministro relator, nem mesmo na ementa do acórdão.

Vale ressaltar que o Tribunal, por maioria, apreciando o tema 670 da Repercussão Geral, deu provimento ao recurso extraordinário, em maior extensão, para que os autos retornassem ao Tribunal de origem, para re julgamento dos Embargos de Declaração, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, redator para o acórdão⁹⁹.

Nesse contexto, o Ministro Alexandre de Moraes, redator para o acórdão, de forma mais ampla, alegou, além da necessidade de se pronunciar sobre a razoabilidade quanto à criação dos cargos em comissão – mais especificamente, a proporção entre o número de cargos e a população do Município –, que o Tribunal também deveria avaliar a constitucionalidade dos cargos a partir do exame de suas atribuições.

Fato é que, especificamente no que tange ao princípio da moralidade administrativa, este só foi referido de forma acessória pelo Ministro Alexandre de Moraes, redator para o acórdão, na transcrição de julgado de ação direta de inconstitucionalidade na qual se questionou a constitucionalidade de diversos cargos em comissão. Na hipótese, pela ementa, compreende-se que foi reconhecido o descumprimento dos artigos 37, incisos II e V da Constituição da República e dos princípios da proporcionalidade e da moralidade administrativa, nos seguintes termos: “*A criação de 28.177 cargos, sendo 79 de natureza*

⁹⁹ Supremo Tribunal Federal. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur434963/false>.

especial e 28.098 em comissão, não tem respaldo no princípio da moralidade administrativa, pressuposto de legitimação e validade constitucional dos atos estatais”.

Apesar de tal trecho ter sido destacado na transcrição do julgado no voto do Ministro Alexandre de Moraes, redator para o acórdão, não é possível depreender dele qualquer conceituação acerca do princípio da moralidade administrativa, que foi colocado apenas como reforço argumentativo, desprovido de qualquer procedimento racional de justificação.

3.2.11 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.178

A ação direta de inconstitucionalidade nº 4.178¹⁰⁰, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, foi proposta buscando ver declarada a inconstitucionalidade do artigo 16, incisos II, III, V, VIII, IX e X, da Lei nº 13.136, de 21 de julho de 1997, do Estado de Goiás, que prevê critérios ordenados de valoração de títulos em certame para ingresso e remoção no serviço notarial e de registro.

Isso porque, ao dispor que do edital constarão, em ordem, critérios de valoração dos títulos, dentro os quais, a atribuição de títulos por experiência anterior na área notarial ou de registro, o dispositivo vulneraria a igualdade entre os candidatos, violando, portanto, o artigo 5º, I, da Constituição Federal.

O relator, Ministro Gilmar Mendes, consignou que a ação direta de inconstitucionalidade em referência tem como objeto normas de teor semelhante ao das ações diretas de inconstitucionalidade nº 3.522, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, e nº 3.580, da sua relatoria. Assim, foram transcritas as ementas dos referidos julgados, contudo, não foi possível identificar em ambos os julgamentos, apesar da alegada semelhança das normas impugnadas, qualquer menção ao princípio da moralidade administrativa, ao contrário da ementa da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.178, na qual há expressa menção à ofensa, em bloco, “aos princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade administrativa”.

Assim, nas ementas das ações diretas de inconstitucionalidade nº 3.522 e nº 3.580, foi consignado que as referidas normas impugnadas conflitariam com os princípios constitucionais da igualdade e da isonomia, respectivamente.

Nesse contexto, a ação direta de inconstitucionalidade em referência, em 20 de outubro de 2020, teve o mérito julgado pelo Tribunal Pleno do STF, tendo sido, por maioria, confirmada a medida cautelar anteriormente deferida pelo Plenário, para conferir interpretação conforme à Constituição aos dispositivos, a fim de que os títulos deles constantes sejam utilizados apenas para os concursos de remoção e sejam considerados apenas os adquiridos a partir do ingresso do candidato no serviço notarial e de registro. Especificamente em relação ao inciso V do artigo 16 da Lei 13.136/1997, foi determinado que a

¹⁰⁰ Supremo Tribunal Federal. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436457/false>.

aprovação anterior em concurso de ingresso no serviço notarial ou registral não deve ter valor superior nem igual ao de aprovação em concurso de cargo de carreira jurídica.

Não se encontrou no acórdão, assim, qualquer menção ao princípio da moralidade administrativa, razão pela qual, embora tenha sido mencionada na ementa, de passagem, suposta ofensa aos princípios da “*isonomia, impessoalidade e moralidade administrativa*”, fato é que apenas o princípio da isonomia foi efetivamente fundamentado pelos julgadores.

3.2.12 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.889

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta contra a Emenda Constitucional nº 41/2003, na qual o autor sustenta a “*inconstitucionalidade formal das normas impugnadas por contrariedade aos “princípios da moralidade, da ética, da democracia, da representação popular – art. 1º, parágrafo único da CF/88, da boa-fé, da segurança jurídica, do devido processo legislativo”*”, em razão da condenação de sete deputados federais pelo crime tipificado no art. 317 do Código Penal.

No acórdão proferido pelo Tribunal Pleno, por unanimidade, foi julgado improcedente o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade, por entender que, mesmo se desconsiderados os votos dos sete parlamentares condenados na ação penal, a Emenda Constitucional nº 41 teria sido aprovada em dois turnos com três quintos dos votos em cada Casa do Congresso Nacional, em atendimento ao quórum exigido pela Constituição da República.

Analisando-se o acórdão proferido em 11 de novembro de 2020¹⁰¹, sob a relatoria da Ministra Carmen Lúcia, especificamente quanto ao mérito da alegada inconstitucionalidade forma da Emenda Constitucional nº 41/2003, em uma primeira análise, argumenta-se que o devido processo constituinte reformador ter como restrições não somente o disposto no art. 60 da Constituição, como também os princípios que legitimam a atuação das Casas congressuais brasileiras.

Neste ponto, a relatora destacou que se inclui no procedimento de elaboração da Emenda Constitucional, a observância dos princípios da moralidade e da probidade. Sobre o tema, colaciona doutrina de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, que dispõe que os referidos princípios são voltados a “*impedir que os dispositivos constitucionais sejam objeto de alteração através do exercício de um poder constituinte derivado distanciado das fontes de legitimidade situadas nos fóruns de uma esfera pública que não se reduz ao Estado*” (Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 385).

Embora se verifique uma preocupação da Ministra relatora em balizar a concretização do devido processo legislativo, não é possível extrair da referência doutrinária a conceituação específica do princípio da moralidade administrativa, visto que o autor se referiu

¹⁰¹ Supremo Tribunal Federal. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur437049/false>.

genérica e amplamente ao princípio da moralidade, e em conjunto ao princípio da probidade, sem diferenciá-los conceitualmente.

Ademais, ainda na fundamentação do acórdão, a Ministra Relatora argumenta que “o vício de corrupção da vontade do parlamentar e seu compromisso com o interesse público ofende o devido processo legislativo por contrariar o princípio da representação democrática e a moralidade que deve, obrigatoriamente, nortear a produção de normas jurídicas, a ensejar, quando demonstrada a prevalência de interesses individuais, a inconstitucionalidade da norma produzida em desacordo com os parâmetros constitucionais”.

Não se olvida a ênfase dada ao princípio da moralidade como norteadora do devido processo legislativo, contudo, não é possível extrair do acórdão um conceito específico do princípio da moralidade administrativa. Até mesmo a própria moralidade não foi devidamente conceituada, visto que se limitou a ser atrelada ao princípio da probidade.

3.2.13 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.888

Trata-se, aqui, da mesma matéria analisada nos itens 3.2.11 e 3.2.13, sendo discutida a inconstitucionalidade formal da Emenda Constitucional nº 41/2003. O autor argumenta que “a apreciação, a compreensão e o julgamento da presente ADI, deverá ser dirimida à luz de vício insanável de decoro parlamentar, vedado expressamente no artigo 55, § 1º, da Constituição (...) com efeitos colaterais corrosivos tais como o malferimento da (a) soberania popular; (b) cidadania; (c) conceito de representatividade popular; (d) moralidade administrativa; (e) probidade administrativa”.

No acórdão, proferido em 11 de novembro de 2020¹⁰², sob a relatoria da Ministra Carmen Lúcia, o Tribunal, por unanimidade, não conheceu da ação quanto à inconstitucionalidade material das normas previstas nos artigos 1º e 4º da Emenda Constitucional nº 41/2003, e julgou improcedente o pedido de inconstitucionalidade formal da referida Emenda.

No que tange especificamente à análise da alegada inconstitucionalidade material da Emenda Constitucional nº 41/2003, a fundamentação foi exatamente à mesma da ação direta de inconstitucionalidade 4.889, no sentido de que o devido processo constituinte reformador deve observar, além das restrições do art. 60 da Constituição, os princípios constitucionais.

Foi, também, citada a doutrina de Marcel Andrade Cattoni de Oliveira, tendo sido apenas mencionado que o princípio da moralidade, em conjunto ao da probidade, deve ser observado no procedimento de elaboração de emenda constitucional, a fim de impedir a alteração dos dispositivos constitucionais através de um poder constituinte derivado distanciado das fontes de legitimidade.

¹⁰² Supremo Tribunal Federal. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur437048/false>.

Tendo em vista que foram reproduzidos, *ipsis litteris*, os mesmos fundamentos consignados no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 4.889, não se inovou, aqui, na almejada conceituação princípio da moralidade administrativa.

3.2.14 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.887

Trata-se, aqui, da mesma matéria analisada nos itens 3.2.11 e 3.2.12, qual seja, a inconstitucionalidade formal da Emenda Constitucional nº 41/2003, além da Emenda 47/2005. O autor argumenta que a inconstitucionalidade forma estaria evidenciada em razão da afronta ao princípio da moralidade, “*tendo em vista que teria restado maculada a essência do voto e o conceito de representatividade popular*”.

No acórdão proferido também em 11/11/2020¹⁰³, sob a Relatoria da Ministra Carmen Lúcia, o Tribunal, por unanimidade, julgou prejudicado o pedido formulado quanto à declaração de inconstitucionalidade das normas postas nos incisos I e II do § 7º do art. 40 da Constituição da República e improcedente o pedido para reconhecer válidas as Emendas Constitucionais 41/2003 e 47/2005.

No que se refere ao mérito da alegada inconstitucionalidade formal das Emendas Constitucionais 41/2003 e 47/20, tendo em vista que foram reproduzidos, *ipsis litteris*, os mesmos fundamentos consignados no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 4.889, não houve qualquer avanço na conceituação princípio da moralidade administrativa.

3.2.15 Embargos de Divergência em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.217.439

Assim como no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.292.905, a ser analisado no item 3.2.17, os Embargos de Divergência em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.217.439 têm como matéria em julgamento a questão referente à fixação de subsídios do Executivo Municipal.

Inclusive, o item 1 da ementa destes Embargos de Divergência foi reproduzida naquele Agravo Regimental, tendo sido consignado que a remuneração de quaisquer agentes políticos, em face do princípio da moralidade administrativa e do disposto no art. 29, V e VI, da Constituição Federal, deve obedecer às regras da anterioridade da legislatura para sua fixação.

Apesar de o voto, de relatoria do Ministro Edson Fachin, ter consignado, em *obiter dictum*, que é pacificado na Segunda Turma o entendimento de que a remuneração de quaisquer agentes políticos, em face do princípio da moralidade administrativa e do disposto no art. 29, V e VI, da Constituição Federal, deve obedecer às regras da anterioridade da legislatura para sua fixação, os acórdãos colacionados como paradigmas mencionam, apenas, o princípio da anterioridade como fundamento para a obrigatoriedade da

¹⁰³ Supremo Tribunal Federal. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur437047/false>.

fixação da remuneração ser feita na legislatura anterior para vigorar apenas na subsequente.

Dessa forma, o Tribunal Pleno, por unanimidade¹⁰⁴, acolheu os embargos de divergência para dar provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, a fim de julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade, declarando-se inconstitucional a Lei nº 5.616, sem que haja qualquer contribuição à conceituação do princípio da moralidade administrativa.

3.2.16 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.482

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.482 foi proposta em face do art. 12, *caput*, da Lei nº 13.116/2015 (“Lei Geral das Antenas”), que estabelece normas gerais para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações. O dispositivo prevê que “*não será exigida contraprestação em razão do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo*”.

Dada a complexidade do tema, ao adentrar ao mérito da alegação de inconstitucionalidade material, o relator, Ministro Gilmar Mendes, dedicou um breve capítulo para sustentar a observância “*aos princípios constitucionais da eficiência e da moralidade administrativa*”, tendo, por fim, o Tribunal concluído, por maioria, pelo julgamento de improcedência da ação direta em referência¹⁰⁵.

Ao analisar especificamente a alegação de violação ao princípio da moralidade administrativa, o Relator argumenta que o art. 12 observaria o dever de impessoalidade e, sem aprofundar, transcreve lição da Ministra Carmen Lúcia: “*A moralidade administrativa desempenha, então, um papel preponderante e diretivo na garantia dos direitos subjetivos dos administrativos no exercício do poder manifestado pela função administrativo*”.

Assim, o princípio da moralidade administrativa foi empreendido em uma leitura alargada e imprecisa, vinculada ao princípio da impessoalidade, de modo que, pelo fato de o artigo impugnado supostamente não beneficiar terceiros que desempenham atividades lucrativas, em prejuízo dos delegatários de serviços públicos, não haveria ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

O Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, afastou a imputação de imoralidade administrativa, sob o argumento de que o art. 12, em momento algum, retirou receita pública dos estados e municípios, pois não há previsão constitucional nem legal da referida receita pública. Ademais, consignou que seria meramente hipotética a alegação de que essa causa beneficiaria terceiros que desempenham atividades lucrativas. Conclui, então, argumentando que não se pode dizer que houve “*desvio de finalidade, até quebra de impessoalidade, ou, como a ação aponta, imoralidade administrativa, para que*

¹⁰⁴ Supremo Tribunal Federal. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur437504/false>.

¹⁰⁵ Supremo Tribunal Federal. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446745/false>.

houvesse benefício de terceiros”, vinculando o princípio da moralidade administrativa a diversos princípios, sem delimitá-lo.

A Ministra Carmen Lúcia dedicou um capítulo para tratar, conjuntamente, da alegação de violação aos princípios *“da moralidade, da impessoalidade e da eficiência na administração pública”*. Apesar de analisar os dois princípios em conjunto, inicialmente foi feita menção à lição de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o princípio da moralidade administrativa, que impõe à Administração Pública o dever de desenvolver suas atividades com atenção aos preceitos éticos, sendo vedado *“qualquer comportamento astucioso, evadido de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos”* (Curso de Direito Administrativo. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009. pp. 119-120).

Apesar da inicial distinção, a Ministra Carmen Lúcia sugeriu, então, que fossem compreendidos os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa em conjunto, *“a partir de um dever de lealdade nas relações internas e externas da Administração Pública em conjunto com o dever de adotar comportamento íntegros e probos”*, concluindo que não há elementos nos autos que comprovem as referidas violações em conjunto.

Também nesse caso, portanto, todas as iniciativas de delimitação do conceito de moralidade administrativa resultaram na adoção de conceitos jurídicos indeterminados ou de estados ideais de coisas vinculados diretamente a outros princípios.

3.2.17 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.337

A ação direta de inconstitucionalidade 5.337 tem por objeto os parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 12-A da Lei 12.587/2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana e possibilitam a transferência da outorga da exploração de serviços de táxi a terceiros e aos sucessores do autorizatário.

De acordo com Relator Ministro Luiz Fux, deve ser reconhecida a inconstitucionalidade material dos dispositivos, por representarem distinção entre administrados incompatível com os princípios da moralidade, isonomia e impessoalidade públicos, além de atentarem contra o princípio da eficiência administrativa.

Ao analisar a inconstitucionalidade material do artigo 12-A da Lei de Mobilidade, o Ministro Relator consigna que as outorgas de serviços de taxi foram transformadas em mercadoria, e que tal escolha normativo-gerencial passaria ao largo do que dispõe o art. 37, *caput*, da Constituição. Assim, argumenta que, na hipótese, mesmo que seja inaplicável a regra constitucional da licitação, incidem, em bloco, os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade, economia e eficiência.

Nessa perspectiva, expõe que a livre transferibilidade dos instrumentos de outorga é violadora dos princípios da moralidade, eficiência, isonomia e impessoalidade em pelo menos quatro aspectos distintos: (i) oportuniza aos detentores auferir proveitos

desproporcionais na venda da outorga a terceiros, em ofensa à vedação do enriquecimento sem causa; (ii) contribui para a concentração no mercado e para a especulação econômica; (iii) aumentam-se os incentivos para que a categoria profissional exerça influência política sobre os reguladores para evitar a entrada de novos taxistas no mercado; (iv) age em favor da precarização das condições de trabalho dos taxistas não detentores das outorgas.

Com isso, o acórdão¹⁰⁶ apenas se limita a consignar, em bloco, que as exigências de moralidade e demais princípios se aplicam ao serviço de táxi, sem delimitar de que forma cada princípio elencado contribui para a inconstitucionalidade material dos parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 12-A da Lei nº 12.587/2012, a qual foi declarada pelo Tribunal Pleno, por maioria.

3.2.18 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.292.905

Na origem, trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, requerida pela Ordem dos Advogados do Brasil Seccional de Mato Grosso do Sul, contra a Lei Municipal nº 2.123/2017, que tratava da Revisão monetária dos subsídios dos agentes políticos do Município de Paranaíba (MS), à semelhança da matéria discutida nos Embargos de Divergência em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.217.439 (item 3.2.14).

A inconstitucionalidade foi sustentada em razão da violação à regra contida no art. 19 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, ao art. 29 da Constituição Federal e aos artigos 23 e 95, da Lei Orgânica Municipal, além da ofensa aos princípios da legalidade, anterioridade, impessoalidade e moralidade administrativa, que vedariam a fixação ou alteração da remuneração durante a legislatura.

O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul acolheu o pleito inicial com a declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada, razão pela qual foi interposto recurso extraordinário pelo Município de Paranaíba/MS, que teve seguimento negado e, após a interposição de agravo, foi encaminhado ao Supremo Tribunal Federal.

Assim, em 26 de novembro de 2020, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin, foi proferida decisão monocrática que negou provimento ao recurso, por entender que a jurisprudência da Corte Suprema é pacífica no sentido de que, *“por força dos arts. 29, V e VI, 37, caput e X e 39, § 4º, da Constituição da República, o reajuste dos subsídios dos agentes políticos do Poder Executivo Municipal - Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários Municipais - deve ser feito para a legislatura subsequente, com observância obrigatória ao princípio da anterioridade.”*

Foi, então, interposto o agravo regimental em recurso extraordinário com agravo em análise, tendo sido consignado na ementa do recurso que *“A remuneração de quaisquer agentes políticos (Prefeito, Vice-Prefeito, Vereador e Secretários Municipais), em face do*

¹⁰⁶ Supremo Tribunal Federal. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443030/false>.

princípio da moralidade administrativa e do disposto no art. 29, V e VI, da Constituição Federal, deve obedecer às regras da anterioridade da legislatura para sua fixação (art. 37, X e XI, CF)."

Porém, na fundamentação do voto ora analisado¹⁰⁷, em 8 de novembro de 2021, o Ministro Relator Edson Fachin condicionou o reajuste dos subsídios dos agentes políticos do Poder Executivo Municipal para a legislatura subsequente, em razão da observância obrigatória do princípio da anterioridade. Para tanto, destacou julgado unânime proferido pelo Plenário no RE 1236916, no qual também foi consignada a obrigatoriedade de observância do princípio da anterioridade para a fixação da remuneração para a legislatura subsequente, sem que tenha sido feita referência ao conceito de moralidade administrativa.

Vale ressaltar que ainda foi transcrita à ementa dos embargos de divergência no RE 1.217.439, também de relatoria do Ministro Edson Fachin, em que restou reconhecido que *"a remuneração de quaisquer agentes políticos (Prefeito, Vice-Prefeito, Vereador e Secretários Municipais), em face do princípio da moralidade administrativa e do disposto no art. 29, V e VI, da Constituição Federal, deve obedecer às regras da anterioridade da legislatura para sua fixação (art. 37, X e XI, CF)"*.

Dessa forma, embora nos embargos de divergência no RE 1.217.439 o princípio da moralidade administrativa tenha sido utilizado, em conjunto às regras da anterioridade, como fundamento para a declaração de inconstitucionalidade da lei municipal, o acórdão do agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.292.905, ora analisado, limitou-se a transcrever o caso aludido, sem distinguir, ainda que minimamente, o princípio da moralidade administrativa do princípio da anterioridade – *ratio decidendi* –, tendo feito referência ao princípio da moralidade administrativa apenas na ementa.

3.2.19 Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 1.430

Trata-se de agravo regimental na suspensão de liminar, que teve seguimento negado, e objetivava sustar os efeitos da decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça exarada nos autos da Ação Penal 976/DF, na qual foi prorrogado, por unanimidade, pelo prazo de um ano, o afastamento do autor do cargo de Governador do Estado do Rio de Janeiro, bem como proibido seu ingresso nas dependências da sede governamental, e de se comunicar com funcionários e utilizar seus serviços.

O óbice formal ao ajuizamento da referida suspensão de liminar foi reconhecido pela Relatora Ministra Rosa Weber em razão de o autor não deter legitimidade passiva *ad causam*, visto que o instituto foi positivado como prerrogativa processual das pessoas jurídicas de direito público interessadas. Mesmo se fosse superado o referido óbice, restou assentado pela Relatora que se observaria, no caso, *periculum in mora inverso*, *"pois, caso deferida esta suspensão de liminar, restabelecendo-se, em relação ao autor, o pleno e efetivo exercício do cargo, cargo de que supostamente se utilizou para a prática"*

¹⁰⁷ Supremo Tribunal Federal. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur442548/false>.

de ilícitos penais em face da Administração Pública, colocar-se-iam em risco o patrimônio público e a moralidade administrativa”.

Assim, no julgamento do agravo regimental na suspensão de liminar¹⁰⁸, a Ministra Relatora Rosa Weber fez apenas referência ao trecho do julgamento da suspensão de liminar em que explicitava o *periculum in mora* inverso sob pena de se colocar em risco, com a suspensão do afastamento do autor do cargo de governador, o patrimônio público e a moralidade administrativa.

Porém, tanto no julgamento do agravo regimental na suspensão de liminar, como no da própria suspensão de liminar, não foi especificado conteúdo autônomo ao princípio da moralidade administrativa. Por fim, o Tribunal Pleno, por unanimidade, não conheceu do agravo regimental.

3.2.20 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.579

A ação direta de inconstitucionalidade nº 6.579 impugna a Lei nº 4.733/2018, do Estado do Amazonas, que dispõe sobre medidas de segurança e apoio aos ex-governadores, mediante a disponibilização de até dez servidores, sem limitação temporal expressa.

Conforme se verifica do acórdão sob a relatoria da Relatora Ministra Rosa Weber¹⁰⁹, primeiramente foi analisada a inconstitucionalidade do benefício vitalício a ex-governadores. Foi, então, aplicado precedente formado na ação direta de inconstitucionalidade nº 5.346/BA, para conferir interpretação conforme à Constituição, haja vista “*a inconstitucionalidade do caráter vitalício da disponibilização de serviços de segurança e motorista estabelecida pela Constituição do Estado da Bahia, por violação dos princípios republicano, da isonomia e da moralidade administrativa*”.

Assim, foi reproduzida a ementa do acórdão proferido na ação direta de inconstitucionalidade nº 5.346/BA, na qual foi reconhecida a inconstitucionalidade de leis estaduais e locais que concedem benefícios semelhantes ao caso em tela a ex-agentes públicos, com fundamento nos princípios republicano, isonômico e da moralidade administrativa, sem que tenha sido feita a delimitação conceitual de cada princípio elencado.

O referido precedente, então, foi aplicado para reconhecer a inconstitucionalidade da disponibilização dos servidores sem prazo certo e razoável e, assim, conferir interpretação conforme à Constituição, no sentido de que tal disponibilização é sempre transitória e limitada ao final do mandato subsequente.

Posteriormente, foi analisada a constitucionalidade do quantitativo de servidores estipulado na lei impugnada. Neste ponto, a Relatora Ministra Rosa Weber limitou-se a alegar

¹⁰⁸ Supremo Tribunal Federal. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur447064/false>.

¹⁰⁹ Supremo Tribunal Federal. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur456008/false>.

que a inconstitucionalidade arguida se reduziria à “*pretensa irrazoabilidade, contrária à moralidade administrativa, que tem como paradigma norma federal que estabelece a disponibilização de dois servidores a menos a ex-presidentes*”.

A partir do referido trecho, entende-se que a Relatora Ministra Rosa Weber vinculou o conceito de moralidade administrativa tanto à observância de parâmetros normativos adotados, como também a um suposto referencial de razoabilidade a ser imposto pelo Poder Legislativo em referência. A partir disso, concluiu que não teria restado demonstrada dita ofensa à razoabilidade e, como consequência, à moralidade, pelo fato de que não haveria critérios suficientes que possibilitariam dizer que um determinado quantitativo é razoável.

Dessa forma, a despeito de a norma federal estabelecer a disponibilização de oito servidores, a Relatora Ministra Rosa Weber, associando o conteúdo da moralidade a um suposto conseqüente lógico da razoabilidade, concluiu pela improcedência da pretensão de reconhecimento da inconstitucionalidade do número máximo de servidores estabelecido na lei estadual.

3.2.21 Recurso Extraordinário nº 677.725

O recurso extraordinário nº 677.725 foi interposto tendo como paradigma a repercussão geral consubstanciada na constitucionalidade da fixação de alíquota da contribuição ao Seguro de Acidente do Trabalho a partir de parâmetros estabelecidos por regulamentação do Conselho Nacional de Previdência Social.

Na origem, tratava-se de mandado de segurança coletivo no qual foi postulada a declaração da ilegalidade do Fator Acidentário de Prevenção (FAP), suspendendo a sua aplicação e seus efeitos e, por conseguinte, mantendo a incidência das alíquotas do SAT/RAT previstas no anexo V do Decreto nº 3.048/99, tendo sido mantida, mesmo após a interposição dos recursos cabíveis, a denegação da ordem, pelo reconhecimento da ausência de afronta ao texto constitucional.

No caso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, apreciando o tema da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “*O Fator Acidentário de Prevenção (FAP), previsto no art. 10 da Lei nº 10.666/2003, nos moldes do regulamento promovido pelo Decreto 3.048/99 (RPS) atende ao princípio da legalidade tributária (art. 150, I, CRFB/88)*”¹¹⁰.

Ao analisar a alegação de violação ao princípio da moralidade administrativa, em razão da supostamente não restar demonstrada a base de dados utilizada para seu cálculo, o Relator Ministro Luiz Fux, limitou-se a afirmar que “*inexiste afronta aos princípios da transparência, da moralidade administrativa e da publicidade, pois o FAP utiliza índices que são de conhecimento de cada contribuinte, que estão a disposição junto à*

¹¹⁰ Supremo Tribunal Federal. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur457636/false>.

Previdência Social, sujeitos à impugnação administrativa com efeito suspensivo nas esferas próprias”, sem que tenha sido conferida qualquer consideração específica sobre o princípio da moralidade administrativa.

3.2.22 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.028

A ação direta de inconstitucionalidade nº 4.028 foi ajuizada contra os artigos 1º, 6º, 7º, 11, 14, 39, 42, 43, 44, 45, 47, 48 e 63 da Lei Complementar nº 1.025, de 07.12.2007, do Estado de São Paulo, que “*Transforma a Comissão de Serviços Públicos de Energia - CSPE em Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo - AR-SESP, dispõe sobre os serviços públicos de saneamento básico e de gás canalizado no Estado, e dá outras providências*”.

Para fundamentar o pedido, o autor postula seja declarada a violação ao princípio da moralidade administrativa, em razão do exercício de poder de polícia administrativa e de execução dos serviços públicos em comento estarem concentrados nas mãos de um mesmo ente, qual seja, o Estado de São Paulo, quando há, também, interesses provenientes dos Municípios paulistas.

No exame de mérito da ação direta de inconstitucionalidade, a Relatora Ministra Rosa Weber concluiu que não assistiria razão ao autor nesse sentido. De acordo com o exposto, a lei atacada se amoldaria ao princípio da moralidade administrativa, pelo fato de que a criação de agências reguladoras consiste na criação de entes independentes do poder central, que visam executar de modo autônomo a atividade de regulação de certas atividades econômicas. Assim, argumentou no sentido de que tais agências são dotadas de um padrão mínimo de independência funcional e organizacional, que lhes confere autonomies decisória, financeira, normativo-técnica e administrativa.

Vale ressaltar que, no acórdão¹¹¹, foi feita referência à manifestação da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, no sentido de que “*o efeito da legislação, dada a característica intrínseca à própria natureza da agência reguladora, isto é, a sua independência, é exatamente o inverso do afirmado pelo Requerente, daí porque a lei atacada amolda-se ao princípio da moralidade pública*”.

Dessa forma, apesar de dedicar um capítulo à alegada violação do princípio da moralidade, o acórdão proferido em 22 de novembro de 2021, pelo qual o Tribunal Pleno, por unanimidade, conheceu da ação direta e julgou improcedente o pedido, nos termos do voto da relatora, acabou por tratar o princípio da moralidade apenas como consequência do princípio da independência, como se a autonomia em relação ao poder político fosse condicionante à observação do princípio da moralidade administrativa.

¹¹¹ Supremo Tribunal Federal. [consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur456707/false>.

CONCLUSÃO

Conforme explicitado anteriormente, o conceito de princípio jurídico adotado para os fins deste trabalho foi aquele proposto por Humberto Ávila¹¹²:

“Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.”

Nesse contexto, indispensável destacar que, após propor o conceito aqui adotado, o referido autor, em sua obra denominada Teoria dos Princípios, empreendeu um breve exercício de análise acerca da natureza da moralidade administrativa, exatamente como proposto neste trabalho.

Nessa oportunidade, o referido autor identificou, na Constituição da República Federativa do Brasil, dispositivos (por exemplo: artigos 1º, 2º, 3º, 5º, *caput* e diversos incisos, 37, 101, 104, 119 e 120) que demonstrariam que ela *“estabeleceu um rigoroso padrão de conduta para o ingresso e para o exercício da função pública, de tal sorte que, inexistindo seriedade, motivação e objetividade, os atos podem ser revistos por mecanismos internos e externos de controle”*¹¹³.

Diante disso, Humberto Ávila afirma que seria necessário *“encontrar casos paradigmáticos que permitam esclarecer o significado da seriedade, da motivação e da objetividade que delimitam a moralidade almejada”*¹¹⁴. E prossegue em sua análise, afirmando o seguinte acerca do referido princípio¹¹⁵:

“Uma autoridade pública deixou escoar o prazo de validade de um concurso público para o preenchimento do cargo de Juiz de Direito Substituto, nomeando somente 33 dos 50 candidatos, depois de conhecidos todos aqueles que haviam sido aprovados, e publicou novo edital para a mesma finalidade. Intimada a esclarecer os motivos da inércia, a autoridade deu a entender que não prorrogou o prazo de validade do concurso porque não queria. Nesse caso, ficaram evidenciados a inércia intencional, o drible a normas imperativas, a malícia despropositada, a falta de postura exemplar e a ausência de motivos sérios. E esses comportamentos são incompatíveis com a seriedade e a veracidade necessárias à promoção da moralidade administrativa.

Um sujeito pede transferência de uma Universidade federal para outra e tem seu pedido deferido, em razão do que realiza a transferência e passa a frequentar o curso durante longo período. Mais tarde, a autoridade administrativa constata que foi desobedecida

¹¹² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 16ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 102. ISBN 978-85-392-0280/5.

¹¹³ IDEM, p. 121.

¹¹⁴ IDEM.

¹¹⁵ IDEM.

uma formalidade, razão por que pretende anular os atos anteriores que permitiram a transferência. Nesse caso ficou demonstrado o não cumprimento de determinada promessa, bem como foi ferida uma expectativa criada pela própria Administração. E esses comportamentos são incompatíveis com a lealdade e a boa-fé, necessárias à promoção da moralidade administrativa.”

Com base na objetiva análise empreendida, o autor conclui que *“como se pode perceber, o princípio da moralidade exige condutas sérias, leais, motivadas e esclarecedoras, mesmo que não previstas em lei”*. E prossegue afirmando que *“constituem, pois, violação ao princípio da moralidade a conduta adotada sem parâmetros objetivos e baseada na vontade individual do agente e o ato praticado sem a consideração a expectativa criada pela Administração”*¹¹⁶.

Em que pese a relevantíssima e inegável contribuição da obra de Humberto Ávila ao estudo dos princípios jurídicos e, de uma forma geral, para a categorização das espécies normativas, a presente dissertação, após as análises realizadas nos capítulos anteriores, não pode deixar de alcançar conclusão divergente, ao menos em relação à moralidade administrativa.

Isso porque, conforme a definição de princípio proposta por Humberto Ávila, acima rememorada, a aplicação de um princípio perpassa, necessariamente, pela *“avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”*.

Ou seja, a existência de um princípio jurídico, a qualificação de determinada norma como princípio jurídico, segundo a definição adotada neste trabalho, pressupõe a identificação de um *“estado de coisas a ser promovido”*.

No entanto, conforme demonstrado nesta dissertação, os textos normativos existentes no ordenamento jurídico brasileiro não contêm qualquer mínima descrição que viabilize a extração de um conteúdo para o referido princípio ou a identificação de um *“estado de coisas a ser promovido”* por meio da sua aplicação.

Do mesmo modo, a análise da doutrina jurídica existente sobre o tema conduz à conclusão de que as tentativas de densificação do princípio da moralidade administrativa produziram resultados muito próximos, pois todos os juristas que se debruçaram sobre o tema acabaram se socorrendo de outros conceitos jurídicos indeterminados (boa administração, seriedade, comportamentos aceitos pela moral comum, etc) ou de outros princípios conformadores da atividade administrativa (legalidade, juridicidade, isonomia, impessoalidade, finalidade, etc) para tentar estabelecer um conceito de moralidade administrativa.

Por fim, a análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal levam à constatação de que o chamado princípio da moralidade administrativa têm sido utilizado, em processos reais de tomada de decisão, sem que haja um procedimento racional de justificação, sendo o referido princípio utilizado como mero reforço argumentativo, em bloco com outros princípios ou regras que efetivamente incidiam nas

¹¹⁶ IDEM, p. 122.

hipóteses em julgamento, ou de forma absolutamente vaga e imprecisa, sem delimitação suficiente de um estado de coisas autônomo cuja promoção estar-se-ia alcançando nos casos concretos analisados.

Aliás, os dois exemplos utilizados por Humberto Ávila, acima reproduzidos, incorrem exatamente nestes mesmos problemas, na medida em que, no primeiro, a moralidade administrativa foi utilizada apenas em reforço aos princípios da eficiência, impessoalidade, motivação e indisponibilidade do interesse público, que, conforme definições identificadas ao longo deste trabalho, foram evidentemente afrontados no caso da não prorrogação imotivada do concurso público.

Já no segundo exemplo utilizado pelo referido autor, a moralidade administrativa foi utilizada como reforço argumentativo à nítida violação aos princípios da confiança legítima do administrado e da segurança jurídica, dotados de conteúdo autônomo e que vedam a adoção do comportamento contraditório levado a cabo pela administração pública naquela hipótese.

Logo, não tendo sido possível identificar um estado ideal de coisas autônomo que seria alcançado por meio da aplicação do denominado princípio da moralidade administrativa, nem mesmo um procedimento racional de justificação nos casos em que tal princípio foi utilizado em processos reais de tomada de decisão, conclui-se que a moralidade administrativa não pode, com rigor técnico, ser qualificada como princípio jurídico.

E dessa conclusão decorre outra ainda mais relevante, no sentido de que a utilização da moralidade administrativa em processos decisórios não se reveste de mínima controlabilidade, na medida em que não há quaisquer parâmetros definidos que permitam, no caso concreto, ponderar se determinada circunstância afronta ou não a moralidade administrativa.

Assim, seja pela ausência de um estado ideal de coisas autônomo minimamente identificado com o referido princípio, seja em razão da inexistência de um procedimento racional que permeie a utilização da moralidade administrativa em processos reais de tomada de decisão, é possível afirmar que a sua utilização se reveste de extrema subjetividade, permitindo que os tomadores de decisão atuem de forma arbitrária, decidindo, por exemplo, pela anulação de atos administrativos conforme suas convicções pessoais acerca do que seria um ato antiético ou imoral.

Nessas circunstâncias, o uso da moralidade administrativa, como fundamento em processos reais de tomada de decisão, como vem sendo feito pelos tribunais brasileiros, na condição de princípio jurídico, poderá ser considerado irrelevante, quando realizado a título de mero reforço argumentativo, ou discricionário/autoritário, na medida em que desprovido de qualquer procedimento racional que viabilize uma mínima controlabilidade.

Além disso, é possível afirmar que o uso da moralidade administrativa em decisões, ao invés de promover um estado ideal de coisas, atenta diretamente contra a promoção da segurança jurídica, pois deixa os administrados em situação de constante incerteza, sujeitos a verem suas pretensões, administrativas e judiciais, serem decididas com base

em um fundamento de conteúdo totalmente incerto, que será preenchido de forma amplamente subjetiva pela autoridade julgadora.

Não se pretende com isso, repita-se novamente, afirmar que os órgãos julgadores, seja no âmbito administrativo ou judicial, estão impedidos de reconhecer a nulidade de atos administrativos praticados em violação aos padrões vigentes de eticidade e probidade. Muito ao contrário. O que se pretende é somente contribuir para que este tipo de decisão seja proferido com base em fundamentos mais seguros e controláveis, permitindo aos cidadãos e à própria administração pública que pautem suas atitudes e expectativas em padrões mais previsíveis e menos discricionários.

Logo, levando-se em consideração todas essas circunstâncias, parece-nos razoável concluir que a moralidade administrativa melhor se amoldaria à categoria dos denominados sobreprincípios, assim definidos por Paulo de Barros Carvalho¹¹⁷:

“Coloquemos entre parênteses as corriqueiras dissenções ideológicas que separam os juristas em múltiplas direções e meditemos na organização de um conjunto qualquer de valores jurídicos. Há “princípios” e “sobreprincípios”, isto é, normas jurídicas que portam valores importantes e outras que aparecem pela conjunção das primeiras. Vejamos logo um exemplo: a isonomia das pessoas políticas de Direito Constitucional interno tem importante repercussão no setor das imposições tributárias. Não há, contudo, formulação expressa que lhe corresponda no texto do direito positivo. Emerge pelo reconhecimento de outras normas que, tendo a dignidade de princípios, pelo quantum de valor que carregam consigo, fazem dele um “sobreprincípio”. Realiza-se pela atuação de outros princípios. Assim também ocorre com o primado da justiça.”

Ou seja, a moralidade administrativa, na verdade, encerraria uma conjunção de princípios aplicáveis à atividade administrativa no Brasil, como a legalidade, a juridicidade, a proporcionalidade, a eficiência, entre outros, consubstanciando-se, ao fim e ao cabo, em um conglomerado de valores relevantes que devem nortear a administração pública brasileira, mas cuja afirmação de violação, por si só, não deveria ser suficiente para a fundamentação de uma decisão que reconheça a nulidade de atos concretos.

Nesse contexto, parece-nos recomendável, antes de qualquer outra coisa, que o sobreprincípio da moralidade administrativa seja melhor densificado e estruturado, a exemplo do que ocorre com o princípio da boa administração no âmbito do direito português e da União Europeia.

Inicialmente, por meio de diplomas normativos que, à semelhança do “*código de boa conduta administrativa para o pessoal da Comissão Europeia nas suas relações com o público*”, especifiquem minimamente os princípios que devem ser observados e as condutas que devem ser adotadas para fins de atingimento efetivo do estado ideal de coisas preconizado pelo sobreprincípio da moralidade administrativa.

Além disso, assim como ocorre no âmbito da União Europeia, a teor do entendimento adotado nos casos T-193/04 e T-128/051 pelo Tribunal Geral, mostra-se imprescindível

¹¹⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Princípios e Sobreprincípios na Interpretação do Direito*. Direito Tributário em Questão, ed. janeiro/julho 2011. Porto Alegre: 2011, p. 133-148.

sistematizar de forma controlável a utilização do sobreprincípio da moralidade administrativa como fundamento de decisões judiciais, notadamente aquelas voltadas à anulação de atos administrativos.

Não se pretende, com isso, negar a importância do controle judicial de atos administrativos por meio da aplicação de princípios. Principalmente porque, conforme expõe Patrícia Baptista¹¹⁸, *“a partir do reconhecimento de que o Direito é um sistema não só de regras, mas também de princípios igualmente vinculantes, a discricionariedade passou a ser considerada como um espaço de ponderação, reservada àqueles casos difíceis, de concorrência entre princípios”*.

Por outro lado, também não se pretende, como faz Sérgio Guerra¹¹⁹, sustentar que *“se considerado que os conceitos jurídicos indeterminados se inserem no contexto da discricionariedade administrativa (ou discricionariedade técnica), o mérito desses atos administrativos regulatórios não deve ser revisto positivamente pelo Poder Judiciário”*.

O que se conclui através da investigação empreendida nesta dissertação, em síntese, é que a moralidade administrativa, por sua natureza de sobreprincípio, não deveria ser utilizada como fundamento à anulação de atos administrativos, a não ser nas hipóteses em que verificada, identificada e devidamente fundamentada a ocorrência de violações a ao menos uma das regras de natureza procedimental e demais princípios que integram o referido sobreprincípio, o que permitiria que as decisões judiciais se tornassem mais claras, compreensíveis e controláveis, contribuindo para um ambiente de maior segurança jurídica no âmbito da atividade administrativa brasileira.

¹¹⁸ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 92.

¹¹⁹ GUERRA, Sérgio. *Controle judicial de atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 172.

Referências Bibliográficas

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A Ciência Jurídica Administrativa: noções fundamentais*, 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-4905-2.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013. ISBN 978-85-309-4582-4.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 16ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. ISBN 978-85-392-0280/5.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 22ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007. ISBN 978-85-7420-793-3.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 230-231.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. ISBN 978-85-7147-860-2.

BRANDÃO, António José. *Moralidade Administrativa*. Revista de Direito Administrativo, volume 25. Rio de Janeiro: FGV, 1951. ISSN 2238-5177.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed. Coimbra: Almedina.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Princípios e Sobreprincípios na Interpretação do Direito*. Direito Tributário em Questão, ed. janeiro/julho 2011. Porto Alegre: 2011, p. 133-148.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. ISBN 978-85-97-02497-5.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

DE SOUSA, António Francisco. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

DE SOUSA, António Francisco. *Direito Administrativo Europeu*. Porto: Vida Económica, 2016. ISBN 978-989-768-272-8.



DE SOUSA, António Francisco. *Administração Pública e Direito Administrativo*. Porto: Vida Económica, 2016. ISBN 978-989-768-254-4.

FERNANDES, Sophie Perez. *A boa administração nas 'calhas de roda' dos discursos jurídico-constitucionais português e da União – 'Gira, a entreter a razão'...?.* UNIO - EU Law Journal. Vol. 3, Nº 1, janeiro 2017.

FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Curso de direito administrativo*, vol. I. Coimbra: Almedina, 2006.

GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. *In Fundamentos e princípios do direito administrativo*. DI PIETRO, Maria Sylvania e SUNDFELD, Carlos Ari (organizadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. ISBN 978-85-203-4612-9.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa – história de um conceito*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, nº 24, Porto Alegre, 2004. ISSN 0104-6594.2004.

GOMES, Carla Amado. Princípio da boa administração: tendência ou clássico? *In Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 18, n. 73, 2018.

GUERRA, Sérgio. *Controle judicial de atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HANS J. Wolff. BACHOF, Otto. STOBBER, Rolf. *Direito Administrativo*, vol. I. Tradução de António Francisco De Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. ISBN 972-31-1157-8.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 6ª ed. Niterói: Impetus, 2012. ISBN: 978-85-7626-564-1

MARTÍNEZ, Felipe Rodrigues. A moralidade administrativa como direito fundamental. *In Fundamentos e princípios do direito administrativo*. DI PIETRO, Maria Sylvania e SUNDFELD, Carlos Ari (organizadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. ISBN 978-85-203-4612-9.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MEIRO, Ana. *O Princípio Geral da Boa Administração no Código de Procedimento Administrativo português. Pistas de investigação*. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília: vol. 10, nº 2, 2020.

MENDONÇA, Suzana Maria Fernandes. *A boa administração como direito fundamental*. Dissertação de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: 2019.



MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. ISBN 85-7147-536-9.

MORGADO, Cíntia. *Direito à Boa Administração. Recíproca dependência entre direitos fundamentais, organização e procedimento*. Revista de Direito da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, nº 65. Rio de Janeiro: 2010.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. DIAS, José Figueiredo. *Noções fundamentais de direito administrativo*, 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7114-5.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. ISBN 978-85-309-8873-9.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-7152-7.

OTERO, Paulo. *Manual de direito administrativo*, vol. I. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5388-2.

OTERO, Paulo. *Direito do Procedimento Administrativo*, v. I. Coimbra: Almedina, 2016.

REINALDO, Demócrito Ramos. O princípio da moralidade na administração pública. *In Fundamentos e princípios do direito administrativo*. DI PIETRO, Maria Sylvia e SUNDFELD, Carlos Ari (organizadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. ISBN 978-85-203-4612-9.

