

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP**

Wassila Caleiro Abbud

**O princípio da moralidade administrativa: aspectos de controle na atividade
contratual da Administração Pública**

Mestrado em Direito

**São Paulo
2016**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Wassila Caleiro Abbud

**O princípio da moralidade administrativa: aspectos de controle na atividade
contratual da Administração Pública**

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Efetividade do Direito, linha de pesquisa: Efetividade do Direito Público e Limitações da Intervenção Estatal, núcleo de pesquisa em Direito Administrativo, sob a orientação do Professor Doutor Márcio Cammarosano.

São Paulo

2016

Banca Examinadora:

*Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal
de Nível Superior - CAPES/MEC*

Dedico este trabalho ao meu pai Dumit Jorge, cuja memória encontra-se sempre viva; à minha mãe Lívia, incentivadora de meus projetos acadêmicos e de vida; e aos meus irmãos Dumit, Jamile e Marita, cada qual com seu companheirismo que me auxilia na caminhada.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar registro minha gratidão ao professor Dr. Márcio Cammarosano, que generosamente me aceitou como sua orientanda e me guiou com muita serenidade, confiança e rigor científico que só às grandes mentes é peculiar, permitindo que eu pudesse concluir a tarefa que me foi confiada.

Quero agradecer a todos os professores com quem tive a oportunidade de beber na fonte do conhecimento na pessoa de meu primeiro mestre na academia do Direito, o saudoso professor Dr. Clóvis de Carvalho Júnior, que me inspirou a ver com outros olhos o mundo que se descortinava diante de mim.

Não poderia, contudo, deixar de ofertar agradecimento especial às mulheres que abrilhantam a academia jurídica e que tive a honrosa oportunidade de aprender, as professoras Dras. Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Dinorá Adelaide Musetti Grotti.

Cumpre-me, ainda, registrar o incentivo profissional e acadêmico que recebi dos professores André Lemos Jorge e Plínio Lemos Jorge.

Especialmente aos amigos que a PUC/SP me trouxe e que contribuíram direta ou indiretamente através de indicações bibliográficas, congressos, seminários, textos e discussões acadêmicas, agradeço à gentil Beatriz Nimer e à amizade despretensiosa de Juliana Salinas Serrano e Laís Prado Silva.

RESUMO

ABBUD, Wassila Caleiro. **O princípio da moralidade administrativa: aspectos de controle na atividade contratual da Administração Pública**. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

O objetivo do presente trabalho é fazer uma investigação sobre o princípio constitucional da moralidade administrativa. O estudo traçou a linha evolutiva da noção, desde suas origens na doutrina francesa até a sua recepção pela ordem jurídica brasileira. A justificativa para a escolha do tema se dá pela constante observação da ocorrência da corrupção no País, sobretudo na atividade contratual do Estado, onde, por vezes, constata-se o seu exercício a favor de interesses particulares em detrimento do interesse público, confundindo-se a coisa pública como se privada fosse. Observa-se que houve significativo avanço no desenvolvimento das instituições brasileiras, sendo certo que hoje o Brasil está aparelhado por uma estrutura democrática e um arcabouço jurídico capazes de enfrentar o problema. À luz da Constituição Federal de 1988, partiu-se da premissa de que há separação entre ordem moral e jurídica, a fim de garantir a sujeição da atividade administrativa às normas jurídicas – compreendidas de regras e princípios jurídicos. Adotou-se a tese jurídica segundo a qual o princípio da moralidade administrativa não possui conteúdo autônomo, vinculando-se à moral jurídica. Diante disso, o trabalho buscou enfrentar a relação entre atividade contratual da Administração Pública e o controle sob a ótica do princípio da moralidade administrativa, levando-se em conta os graus de ofensividade ao Direito: regras jurídicas, moralidade administrativa e probidade administrativa. Quanto ao aspecto metodológico, utilizou-se a pesquisa qualitativa, com base em documentos históricos, consultas a normas e análise de teóricos que tratam especificamente das questões ligadas à moralidade administrativa, mormente no que tange ao regime jurídico administrativo determinado pela Constituição. Ao final do presente estudo, conclui-se que a moralidade administrativa é um princípio constitucional de grande relevância para o Direito Administrativo e que exerce importante papel no controle da atividade contratual da Administração Pública.

Palavras-chave: Moralidade administrativa; controle da Administração Pública; atividade contratual; contratação pública.

ABSTRACT

ABBUD, Wassila Caleiro. **The principle of administrative morality: control aspects in contractual activity in Public Administration**. 120 p. Dissertation (Master of Laws) – Law School, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

The aim of this dissertation is to investigate the principle of administrative morality according to Brazilian Federal Constitution of 1988. Throughout the research, an evolutionary line of the concept has been outlined, beginning at its origins in legal French doctrine until its reception among Brazilian legal system.

The high occurrence of corruption incidents observed in the country, mainly in State contractual activities – when frequently private interests are privileged at the expense of public welfare – justifies the choice of study object.

Contrastingly, significant improvements were made by Brazilian institutions, meaning that Brazil is nowadays certainly equipped by both a solid democratic structure and a legal system to support and deal with the problem.

From the perspective of the 1988's Constitution, the separation between morality and law was used as a basic assumption in this study, ensuring the subjection of administrative activity to legal standards - comprised of legal rules and principles. Thus, the legal strand adopted in this work is the one that interprets administrative morality as a non-autonomous content, which is closely bound to legal morality.

As a result, this study pursued to address the relationship between contractual activity carried out by Brazilian Public Administration and Control, taking into account the principle of administrative morality, considering different degrees of offence against the law: legal rules, administrative morality and administrative probity. As to the methodological aspect, qualitative research has been carried out, based on historical documents, consultation of norms and analysis of theoretical strands that deal specifically with issues of administrative morality, specially to what refers to the legal regime adopted by the Federal Constitution.

At the end of this research study, it has been drawn the conclusion that the administrative morality principle is one of great relevance for Administrative Law, playing a major role in contractual activity in Public Administration.

Key Words: administrative morality; contractual activity; public control administration.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A NOÇÃO DE MORALIDADE ADMINISTRATIVA	17
1.1. A gênese: origens francesas da noção de moralidade administrativa: controle do desvio de poder (desvio de finalidade) e boa administração	18
1.2 Noção de moralidade administrativa: releitura através de um panorama na ordem jurídica brasileira do pré-Constituição Federal de 1988.....	27
1.3 Decreto n.º 19.398/1930: previsão inaugural da moralidade administrativa como categoria normativa de controle do Estado	33
1.4 Considerações gerais	35
2 A INSERÇÃO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA COMO PRINCÍPIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUAS CONSEQUÊNCIAS	36
2.1 O Princípio constitucional da moralidade administrativa	38
2.1.1 Estado Democrático de Direito e regime jurídico-administrativo.....	42
2.1.2 O controle da Administração Pública	50
2.1.3 Obtemperações a respeito da conceituação do princípio da moralidade administrativa.....	55
2.2 Moralidade administrativa: princípio jurídico e moral juridicizada na doutrina de Márcio Cammarosano.....	61
2.3 Forma qualificada de moralidade administrativa: a probidade administrativa ..	69
2.4 Considerações gerais	73
3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: ASPECTOS DE CONTROLE DA ATIVIDADE CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	75
3.1 Atividade contratual da Administração Pública	77
3.1.1. Breve esboço histórico: origens da atividade contratual e a figura do contrato administrativo.....	77

3.1.2. Atividade contratual da Administração Pública na ordem jurídica brasileira	82
3.2 O Decreto n.º 19.398/1930: primeiros casos de controle dos contratos administrativos por violação à moralidade administrativa	90
3.2.1 Decreto n.º 19.912/1931	92
3.2.2 Decreto n.º 19.843/1931	93
3.2.3 Decreto n.º 21.606/1932	95
3.2.4 Decreto n.º 24.212/1934	96
3.2.5 Decreto n.º 24.326/1934	97
3.2.6 Considerações a respeito dos contratos submetido a controle sob a égide do Decreto n.º 19.398/1930	98
3.3 Controle da atividade contratual da Administração Pública sob a ótica do princípio constitucional da moralidade administrativa	98
3.4 Atividade contratual da Administração Pública: os graus de ofensividade à ordem jurídica sob a perspectiva do princípio constitucional da moralidade administrativa	100
3.4.1. Primeiro grau: ofensa ao Direito e controle da legalidade da atividade contratual da Administração Pública.....	102
3.4.2 Segundo grau: ofensa ao princípio da moralidade administrativa e controle na atividade contratual da Administração Pública (art. 37, caput e art. 5º, LXXIII)	105
3.4.3 Terceiro grau: ofensa à probidade administrativa e controle da atividade contratual mediante a Lei n.º 8.429/1993 (Lei de Improbidade)	108
3.5 Considerações gerais	113
CONCLUSÃO.....	115
REFERÊNCIAS.....	117

INTRODUÇÃO

O problema da corrupção não é fato novo no Brasil, sendo comum atribuir suas raízes à formação cultural brasileira, decorrente de uma “herança colonial portuguesa” que propiciou o surgimento de uma sociedade patriarcal, baseada nas relações de interesses pessoais em detrimento do interesse de coletividade, que confundia a coisa pública como se privada fosse.¹ Se, de um lado, a história explica tal herança, de outro não mais a justifica. Passados mais de 500 anos, o Brasil desenvolveu suas instituições e, apesar de avanços permeados de retrocessos, certo é que hoje existe uma estrutura democrática e um arcabouço jurídico passível de enfrentar o problema.

Em sentido genérico, corrupção é termo que comporta várias acepções. Historicamente, relaciona-se à ideia de abuso de poder, desvio de finalidades públicas ou utilização para fins particulares. Pode-se ainda relacionar a ideia à participação do Estado e à atuação de agentes públicos, no âmbito do Direito Administrativo, enquanto no âmbito do Direito Penal a ideia pode ser associada a condutas criminosas.

A pesquisa aborda o problema da corrupção no campo do Direito Administrativo, mais especificamente, sob a ótica do princípio da moralidade administrativa no controle da atividade contratual do Estado. O Direito Administrativo cumpre uma função importante na prevenção de atos de corrupção na esfera administrativa, como, por exemplo, através da observância do princípio da legalidade em procedimentos administrativos; na correta execução de despesas públicas; no exercício da discricionariedade administrativa; na fiscalização de contratos públicos e concessão de serviços públicos.²

De acordo com o relatório de 2014 do organismo internacional Transparência Internacional, que mede o nível de corrupção no setor público de cento e setenta e cinco países e territórios, o Brasil ocupa hoje a 69ª posição da colocação no *ranking* dos países mais corruptos, com índice 43 (numa escala de 00 a 100, onde o menos

¹Algumas obras debruçaram-se sobre esta formação brasileira, a fim de buscar a identidade nacional, e para citar algumas: Casa Grande e Senzala (Gilberto Freyre); Raízes do Brasil (Sérgio Buarque de Holanda); Formação do Brasil contemporâneo (Caio Prado Júnior), Coronelismo, enxada e voto (Vitor Nunes Leal); Formação econômica do Brasil (Celso Furtado); Os donos do poder (Raymundo Faoro), dentre outros.

²Confira-se a respeito do tema da corrupção no Brasil, o estudo: FURTADO, Lucas Rocha. *Raízes da corrupção no Brasil: estudo de casos e lições para o futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

corrupto aproxima-se da centena), ao lado de países como Bulgária, Grécia, Itália, Romênia, Senegal e Suazilândia.³

A corrupção encontra-se imbricada no âmbito da atividade contratual da Administração Pública, e é preocupação de ordem internacional a sua erradicação. O problema não envolve somente a reprovação das condutas que violam o interesse público da sociedade, mas também os efeitos econômicos negativos que fraudes e desvios promovem: impedem que a Administração Pública possa aplicar adequadamente os recursos públicos na promoção da saúde e educação e o aperfeiçoamento das estruturas administrativas para a promoção de adequados e eficientes serviços públicos. Em outras palavras, a corrupção prejudica toda a sociedade.

A promulgação da Constituição da República de 1988 promoveu no país a redemocratização e a constitucionalização⁴ de valores a serem observados na nova ordem, notadamente quanto aos novos paradigmas a serem seguidos pelo Estado no exercício de sua função como atividade administrativa. Por força dos princípios elencados no artigo 37, *caput*, busca-se consolidar uma Administração Pública

³Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2014>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

⁴A referência que se faz ao termo “constitucionalizado” ou “constitucionalização” remete àquela ideia cujos traços são bem identificados pela doutrina de Maria Sylvania Zanella Di Pietro. A chamada “constitucionalização do direito” traz ínsita uma ideia básica de ampliação do sentido das leis sob o ponto de vista de seu aspecto formal e material. Na medida em que os princípios e valores estão previstos implícita ou explicitamente pelo ordenamento jurídico brasileiro, tais como os da razoabilidade, moralidade, interesse público, o sentido da legalidade cresce, reduzindo-se a discricionariedade. As origens da constitucionalização do direito remontam à promulgação da Fundamental da República Federal da Alemanha, de 08.05.1949, que preceituava em seu artigo 30, § 3º que “o poder legislativo está vinculado à ordem constitucional; os poderes executivo e judicial obedecem à lei e ao direito”; e proclamava os direitos fundamentais no artigo 1º, a serem observados pelos poderes executivo, legislativo e judiciário, elencando dentre eles a intangibilidade da dignidade do homem; a inviolabilidade e inalienabilidade dos direitos do homem como fundamento da comunidade, da paz, e da justiça do mundo. Semelhantes normas foram observadas nas constituições Espanhola (1978) e Portuguesa (1976), e na jurisprudência da França, que adotou entendimento no sentido de que princípios com valor constitucional prevalecem sobre a lei, a fim de possibilitar o controle jurisdicional. No direito brasileiro, observa-se o fenômeno especialmente a partir da Constituição de 1934. Em 1988 a constitucionalização do direito administrativo produziu reflexos intensos sobre o princípio da legalidade e da discricionariedade, uma vez que a constitucionalização destes valores e princípios passou a orientar a atuação dos três Poderes Estatais. Ampliou-se o sentido da lei: o que se objetiva é a obediência a todos os valores e princípios que estão na base do ordenamento jurídico e que imprimem conteúdo material à lei. A função administrativa a cargo da Administração Pública fica submetida não mais apenas à lei em sentido formal, mas a todos os princípios que são consagrados na Constituição – “toda atividade estatal está submetida à lei e ao direito”. Maria Sylvania ainda aponta que a constitucionalização propiciou o aumento do controle judicial dos atos da Administração Pública. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Do princípio da legalidade e do controle judicial diante da constitucionalização do direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 175-196).

comprometida com a legalidade, impessoalidade, moralidade administrativa, publicidade e eficiência, combatendo-se as velhas práticas políticas de corrupção e malversação de recursos públicos e contribuindo para a consolidação de um modelo de Administração Pública mais consensual.

Embora na pós-redemocratização do país houvesse um apelo público no discurso de agentes políticos sobre o combate dos velhos vícios como corrupção, o país assistiu, já no primeiro governo democraticamente eleito, ao então presidente Collor de Melo sofrer processo de impedimento, uma vez constatado na estrondosa “CPI do PC” um verdadeiro esquema de corrupção e tráfico de influência política, em que dele participara este presidente, que, ao final, acabou por perder seu mandato e a função pública por 8 anos.⁵ E em meio ao ambiente social e político conturbado em que o país se encontrava, foi sancionada em 02 de junho de 1992 a Lei n.º 8.429 (Lei de Improbidade Administrativa), a responder pelos anseios da sociedade das exigências de moralidade administrativa, probidade e limpidez no trato da *res publica*.

Atualmente o Brasil passa por momentos em que diversos fatos envolvendo corrupção em contratações públicas vieram a lume e têm sido investigados. No ano de 2005, denúncias sobre a existência de um complexo esquema de corrupção

⁵A Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, criada através do Requerimento n. 52/92 e instaurada em 01 de junho de 1992 foi concluída em 23 de agosto de 1992. Relatório Final disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/88802/CPMIPC.pdf?sequence=4>. Acesso em: 07 ago. 2015. O relatório inicia-se narrando o contexto em que houve a instalação da CPI, e merece reprodução o seguinte trecho: “No âmbito da conturbada história política recente, a sociedade brasileira foi embalada, na campanha de 1989, pela promessa de limpidez e probidade, cuja esperança acalentou o sonho de vê-las, por fim, presidir aos destinos dos processos decisórios da Nação. A expectativa de um vento renovador foi largamente comprometida pelos fatos. Esperava-se que, do caos político, econômico e social, o Brasil retomasse, enfim, o caminho de um desenvolvimento ordenado. Inundado por medidas de choque desde 15 de março de 1990, o país viu-se metamorfoseado em imenso laboratório, sob um dilúvio de medidas provisórias – 141 em 1990 – que submeteram a economia e a sociedade a um verdadeiro terremoto conceitual e operacional. O que se queria, após tal tormenta? Reordenamento e desenvolvimento. O que se obteve? Estagnação, recessão e deterioração, não apenas econômica, mas, infelizmente, agora, também moral. Confisco da poupança e brusca alteração das regras de ação e operação financeira [...]. Tomado de assalto, o Estado brasileiro, de indolente, foi transformado em inoperante. A Medida Provisória 150 (Lei 8.28/1990) realizou uma reforma administrativa que abriu profundas fissuras na estrutura do Estado e em seu corpo funcional. Se o arejamento e a modernização são exigências inadiáveis do Estado brasileiro, o resultado em 1990, 91 e 92 foi medíocre. Sucessivas alterações da reforma parecem encaminhar-se novamente para a consagração da troca de favores e da proteção dos apaniguados. Sucessivos atos administrativos, rotulados de reforma, acabaram por ferir de morte o que de melhor se construiu para o efetivo desempenho do controle interno do Poder Executivo. O serviço público foi colocado indiscriminadamente sob suspeita, e sobre o funcionário suspendeu-se a espada de Dâmocles da disponibilidade, cujos efeitos perniciosos, antes de trazer economia e eficácia, trouxeram medo, angústia, recuo e insegurança. Ao servidor em *sursis* pediu-se dedicação e sacrifício, sem oferecer motivação e recompensa. A realidade objetivamente vivida, até hoje, clama ainda pelos resultados anunciados e não alcançados”.

envolvendo atos de improbidade administrativa e malversação de recursos públicos deram ensejo à instauração da “CPI do Mensalão”. Em virtude do envolvimento de agentes públicos, o Supremo Tribunal Federal investigou (Inquérito 2245⁶) e posteriormente condenou 38 das pessoas por crime contra a Administração Pública (Ação Penal 470⁷). Este julgamento tornou-se emblemático e trouxe à pauta do dia o combate à corrupção na esfera pública brasileira, fruto, é verdade, do fortalecimento das instituições democráticas, dos esforços de combate à corrupção através de mecanismos de controles internos da Administração e do controle jurisdicional.

Mais recentemente, quando da conclusão desta pesquisa, o país viu-se diante da deflagração de uma investigação, envolvendo agentes públicos e particulares na prática de atos de corrupção e desvio de recursos públicos na sociedade de economia mista – Petrobrás. Os fatos que até então vieram à tona (Operação Lava a Jato) dão conta de graves atos de corrupção de proporções até então desconhecidas, gerando na sociedade brasileira um forte sentimento de descrença e descrédito nas instituições públicas – sentimento este agravado por conta da crise político-econômica em que o país se encontra absorto (em que pesem os esforços do governo em ampliar o arcabouço jurídico de proteção do Estado contra a corrupção, como o “Pacote Anticorrupção”⁸).

Neste contexto, mais que nunca se faz necessário debruçar-se sobre o estudo do princípio constitucional da moralidade administrativa. A doutrina brasileira empenha-se em construir critérios que possam melhor delinear o conteúdo deste princípio e com isso imprimir maior segurança jurídica em sua aplicabilidade. Cientes de que somente a Constituição Federal pode auxiliar na melhor interpretação deste princípio, relacionar a sua aplicabilidade ao controle da atividade de contratação da Administração Pública contribui para o fortalecimento do exercício desta função estatal, com vistas à concretização e efetivação de direitos e interesses públicos, buscando-se coibir práticas desonestas e ilegais.

⁶ Cronologia dos principais fatos da tramitação do Inquérito 2245 até o recebimento da denúncia. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortallInternacionalNoticias&idConteudo=214544>. Acesso em: 08 ago. 2015.

⁷Inteiro teor do acórdão disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3678648>. Acesso em: 08 ago. 2015.

⁸Informações disponíveis em: <http://www.brasil.gov.br/governo/2015/03/confira-os-pontos-abordados-pelo-pacote-anticorrupcao>. Acesso em: 09 ago. 2015.

Diante disto, a problemática deste trabalho consiste em relacionar o princípio da moralidade administrativa e a atividade contratual do Estado pela Administração Pública. Embora haja quem persiste na fatalidade do discurso de que a corrupção é institucionalizada no país desde a sua colonização, o presente trabalho pretende lançar olhares para o futuro, na crença da necessidade de se resguardar a lisura nas contratações públicas através dos mecanismos legais de proteção à moralidade administrativa, assegurando-se, assim, a construção de uma sociedade justa e igualitária, que constitui um dos objetivos da República Democrática Brasileira, consoante artigo 3º da Constituição.

O primeiro capítulo traça o panorama das origens da formação do conceito de moralidade administrativa pela doutrina francesa, ressaltando-se os principais pontos que posteriormente tiveram reflexos no conceito recepcionado pela doutrina brasileira. Percorreram-se todas as Constituições brasileiras desde 1824, a fim de identificar normas que pudessem ter conteúdo que se assemelhasse – ou não – ao do conceito de moralidade administrativa, e identificou-se a primeira norma brasileira de equivalência constitucional a tratar do tema de controle de contratos da Administração Pública – o Decreto n.º 19.398/1930.

O Capítulo II tratou da inserção do conceito da moralidade administrativa no Brasil como um princípio constitucional, através da Constituição Federal de 1988 e das consequências que esta inserção trouxe na ordem jurídica brasileira, tais como a submissão da Administração Pública a um regime jurídico administrativo comprometido com as finalidades de um Estado Democrático de Direito. Abordou-se também diversos posicionamentos da doutrina brasileira em relação ao conteúdo do princípio, assinalando a opção adotada no trabalho daquela concepção desenvolvida por Márcio Cammarosano. Ao final, como consequência da inserção, discorreu-se sobre a incidência do princípio da moralidade administrativa no controle da atividade contratual da Administração Pública.

Adiante, o Capítulo III detém-se nos aspectos de controle da atividade contratual da Administração Pública, apresentando primeiramente o que se entende por atividade contratual administrativa na ordem constitucional vigente. Demonstra de que forma o Decreto n.º 19.398/1930 foi pioneiro na ordem jurídica brasileira, tendo contribuído no controle da atividade contratual do Estado sob a ótica da moralidade administrativa, cujo conteúdo à época mais se aproximou daquele de formulação

francesa, passando-se à análise de alguns decretos anulatórios de contratos administrativos e outras outorgas da Administração Pública federal.

Na sequência, traça-se um panorama do controle da atividade contratual da Administração Pública sob a ótica do princípio da moralidade administrativa. Nesta perspectiva, apresenta-se a relação entre a atividade contratual da Administração Pública nos termos da Lei n.º 8.666.1993 e os três graus de ofensividade à ordem jurídica, que são decorrência da adoção da tese do princípio da moralidade administrativa cujo conteúdo compõe-se de normas de “moral jurídica” e que são compreendidos como: (i) ofensividade ao Direito e controle da legalidade; (ii) ofensa ao princípio da moralidade administrativa e controle nos termos do art. 37, *caput*, e art. 5º, LXXIII; e (iii) ofensa à probidade administrativa e controle mediante a Lei n.º 8.429/1993.

Conclui-se ao final que o princípio da moralidade administrativa foi recepcionado na ordem jurídica brasileira pioneiramente em 1930, através do Decreto n.º 19.398 (de equivalência constitucional), sendo utilizado como um instrumento de controle de contratos administrativos e outras outorgas firmados até então. Ainda, a partir de sua inserção na Carta Constitucional de 1988, o princípio da moralidade administrativa somente pode ser compreendido nos termos dados pela Constituição, que é o regime jurídico administrativo estabelecido pelo Estado Democrático de Direito e pela República. Em decorrência disto, a tese de que o princípio da moralidade administrativa deve possuir um conteúdo vinculado à moral jurídica, compreendida como aqueles valores recepcionados pelo Direito, deverá prevalecer.

1 A NOÇÃO DE MORALIDADE ADMINISTRATIVA

A noção de moralidade administrativa é um contributo da doutrina francesa, elaborada nos primórdios do século XX, formulada por Maurice Hauriou. Não passava de uma ideia, uma realidade abstrata e não propriamente uma categoria jurídica, que ao final acabou não prosperando, em detrimento do instituto do desvio de poder francês, com a finalidade de controle de atos da Administração Pública.

No Brasil, a noção de moralidade administrativa foi positivada pela primeira vez em 1930, em norma de equivalência jurídico-constitucional, com a finalidade específica de controle de contratos da Administração Pública, anulando aqueles que viessem a violá-la.

Décadas mais tarde, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 inaugura-se uma nova ordem jurídica, em que a Administração Pública encontra-se comprometida com o interesse público de um Estado Democrático de Direito. Com isso, a moralidade administrativa é elevada à categoria de princípio constitucional de estrita observância. Desta maneira, este trabalho adotará o termo “noção de moralidade administrativa” para quando se referir ao conceito a partir de sua formulação até ao período que antecede a promulgação da Constituição da República; e reservará a expressão “princípio (constitucional) da moralidade administrativa” ou “moralidade administrativa constitucionalizada” para se referir ao conteúdo juridicizado a partir de 1988.

Cumprir verificar e compreender como se deu a formação da noção de moralidade administrativa, através de uma breve abordagem de conteúdo histórico da doutrina francesa. Quanto à recepção da noção da moralidade administrativa na ordem jurídica brasileira, necessário foi percorrer as normas das Constituições, desde a outorgada de 1824 até a atual Constituição da República promulgada em 1988. Também será abordada a norma de 1930, que foi utilizada para controle de contratos da Administração Pública.

1.1. A gênese: origens francesas da noção de moralidade administrativa: controle do desvio de poder (desvio de finalidade) e boa administração

É sabido que a origem do Direito Administrativo enquanto disciplina autônoma tem origens na França de fins do século XVIII e início do século XIX. Neste momento, consolida-se um modelo político de Estado de Direito de cunho liberal. Para que se compreendam os postulados e noções da nova disciplina, algumas considerações devem ser feitas a respeito das características deste novo modelo de Estado, que surge imbricado de teorias políticas, para que se justifique rechaçar o poder do príncipe, característica marcante do Estado Absolutista.

A ideia de Estado e Constituição encontra-se intimamente relacionada.⁹ Por Estado, compreende-se determinada sociedade política com características que lhe são peculiares e bem definidas. Em fins do século XVIII, o Estado era patrimônio do soberano absoluto, cuja vontade era comunicada a partir da lei escrita em detrimento

⁹ “Data da Antiguidade a percepção de que, entre as leis, algumas há que organizam o próprio poder. São leis que fixam seus órgãos, estabelecem suas atribuições, numa palavra, definem a sua Constituição. Na célebre obra de Aristóteles, A política, está clara esta distinção entre leis constitucionais e leis outras, comuns ou ordinárias. Tal distinção, porém, somente veio a ser valorizada no século XVIII, na Europa ocidental. E isto ocorreu com o propósito de limitar o poder, afirmando a existência de leis que seriam a ele anteriores e superiores; é daí em diante que o termo ‘Constituição’ passou a ser empregado para designar o corpo de regras que definem a organização fundamental do Estado. [...] A Constituição escrita apresenta como novidade fundamental essa crença na possibilidade de, pondo-se de parte a organização costumeira do Estado, dar-se ao mesmo tempo uma estrutura racional inspirada num sistema preconcebido. Ora, essa crença, se pode ter apontado cá ou lá anteriormente, só se difundiu e ganhou o público na segunda metade do século XVIII, triunfando com a Revolução de 1789. A ideia de constituição escrita, instrumento de institucionalização política, não foi inventada por algum doutrinador imaginoso; é uma criação coletiva apoiada em precedentes históricos e doutrinários”. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 31-32).

Em complementação, Mario Losano pontua que, com a promulgação das constituições escritas surge também um direito constitucional, sendo possível extrair cinco matérias que em diferentes períodos históricos de dada sociedade podem ser consideradas de conteúdo constitucional, a saber – normas referentes à estrutura do Estado e direitos e deveres de quem detém cargos públicos; normas referentes a direitos políticos e elegibilidade; forma de separação e distribuição dos Poderes; normas sobre liberdades individuais e por fim, regras sobre técnicas para modificação do texto constitucional. E finaliza: “no direito constitucional, portanto, a interpretação das normas é muito importante. No entanto, a matéria constitucional é aquela que, por sua natureza, mais se subtrai às regras interpretativas elaboradas pela jurisprudência, ao mesmo tempo em que, entre as matérias jurídicas, é a que exige a mais intensa atividade interpretativa para poder ser aplicada. Em nenhum outro campo como no constitucional são objeto de interpretação normas por si sós tão claras, mas em contraste com as exigências históricas de um determinado momento. Além disso, os critérios tradicionais de interpretação se revelam inúteis diante das obscuridades verbais que são fruto dos compromissos obtidos entre partidos contrários, cada um dos quais empenhado em eliminar a obscuridade no sentido que mais lhe convém, tão logo tenha poder político para impor tal interpretação”. (LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus*. Trad. Marcela Varejão; rev. trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 87-88).

do costume. Com o declínio do Estado Absoluto, a vontade do soberano será suplantada pela vontade do povo, verdadeiro depositário do poder supremo, legitimado através da constituição escrita:

no decorrer da evolução histórica, a constituição apresentou-se, portanto, como uma lei escrita promulgada de forma particularmente solene para determinar os direitos dos cidadãos e a organização do Estado”.¹⁰

Este movimento que se verificou na Europa pós-Revolução Francesa, que visava limitar o poder absoluto de um soberano com uma constituição ficou conhecido como “constitucionalismo”, cujas origens remontam à Inglaterra (Magna Carta de 1215 e Bill of Rights de 1689), verificando-se a sujeição do rei à lei (*rule of law*). O poder do soberano agora subdivide-se em Executivo, Legislativo e Judiciário, e são garantidos os direitos dos cidadãos frente ao arbítrio do soberano. A constituição é o instrumento por meio do qual se busca a garantia de que o poder do soberano restará limitado de modo a impedir os abusos. Primeiramente se verifica em 1787 a Constituição dos Estados Unidos da América e, posteriormente, a Constituição Francesa de 1791, que fora precedida pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão¹¹.

¹⁰LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus*. Trad. Marcela Varejão; rev. trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 74.

¹¹ “O estudo da história leva a considerar a Declaração dos Direitos do Homem como o ponto de partida de uma futura evolução, que culminará na passagem dos direitos individuais aos sociais. Ao contrário, para a Assembleia nacional, aquela declaração constituía uma barreira intransponível: a revolução podia chegar até ali, e não ir além. O artigo 2 da declaração, colocado como premissa da constituição de 1791, indica os fundamentos do Estado burguês: ‘A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Tais direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão’. Sobre essas bases a burguesia francesa buscava um acordo com a monarquia para realizar um Estado segundo o modelo inglês. Para alcançar este objetivo, teve de interromper o processo revolucionário: ocupou os cargos administrativos e instituiu uma ‘milícia burguesa’ sem nela incluir os representantes do quarto Estado (ao contrário, em Lyon a milícia entrou em choque com os operários”. É igualmente significativa a polêmica sobre a elegibilidade ativa e passiva: os projetos da Assembleia excluíam de ambas os cidadãos que não atingissem uma certa renda. Esse critério seletivo foi aceito e aos democratas só restou o protesto: [...]. A aprovação do requisito censitário relegou assim a burguesia a posições mais retrógradas que as de Luís XVI: enquanto este indicara os Estados gerais com um sufrágio quase universal, a Assembleia reconheceu direitos eleitorais a pouco mais de 4 milhões de pessoas num universo de 26 milhões de franceses. [...]. Eis o resumo de todo o projeto político que a constituição de 1791 conseguiu exprimir, mas não realizar: o breve domínio da burguesia comercial girondina terminou já em 1792 com a convocação da Convenção Nacional, da qual nasceu a constituição de 1793. Na declaração que a antecede, figura como novo direito natural precisamente aquela igualdade que Barnave e os girondinos temiam. A história constitucional da França e da Europa havia começado”. (LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus*. Trad. Marcela Varejão; rev. trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 81-82).

Neste contexto de constitucionalismo é que surge no âmbito do Direito Público o Direito Administrativo na Europa continental. Mario Losano aponta duas explicações para a gênese da nova disciplina. Uma tese defendia que o Direito Administrativo sempre existira, embora não como ciência.¹² E a segunda tese que prevalecera era a de que o Direito Administrativo da Europa continental somente pôde se criar no contexto da Revolução Francesa, sendo utilizado como instrumento de defesa contra a classe de nobres, de quem o Estado burguês tomara o poder, bem como contra a classe popular, inicialmente aliada no decorrer da revolução e que depois fora reprimida. Pois tais motivos, diz-se que o cidadão do Estado burguês não tem direito subjetivo, tal como no Direito Privado, e sim um interesse juridicamente tutelado, e está em posição de subordinação perante o Estado, fazendo do Direito Administrativo um instrumento para a gestão centralizada por parte de quem detém o poder político.¹³

O Estado constitucional moderno, ou Estado de Direito Liberal, pretende impedir o abuso de poder através de sua limitação. Norberto Bobbio aponta três teorias que justificaram a limitação do poder estatal. A primeira corresponde à teoria dos direitos naturais (jusnaturalismo), segundo a qual o Estado possui uma limitação externa além do direito positivo decorrente da vontade do príncipe, que é o direito não proposto por vontade alguma, mas pertencente a todos os indivíduos, intrínseca à natureza do homem – são os direitos naturais dos indivíduos, que devem ser respeitados pelo Estado, assegurando aos cidadãos o seu livre exercício, não os violando. O Estado Liberal, portanto, corresponde originariamente àquele modelo em que os direitos naturais individuais são reconhecidos. A segunda teoria apontada por Bobbio é a da separação de poderes, segundo a qual a massa do poder estatal não pode estar concentrada nas mãos de uma só pessoa e as diferentes funções estatais sejam distribuídas a órgãos distintos.¹⁴ Esta teoria cumpre ainda uma função

¹² Dentre nós, Maria Sylvia Zanella Di Pietro pontua que o direito administrativo enquanto ramo autônomo surgiria somente no final do século XVIII e início do século XIX e reconhece que “isto não significa, contudo, que inexistissem anteriormente normas que hoje comporiam este ramo do direito, pois onde quer que exista o Estado, existem órgãos encarregados do exercício de funções administrativas. O que ocorre é que tais normas se enquadravam no *jus civile*, da mesma forma que nele se inseriam as demais, hoje pertencentes a outros ramos do direito.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de direito administrativo brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 05, jan./fev./mar., 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 08 out 2011.

¹³ LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus*. Trad. Marcela Varejão; rev. trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 92-94.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 24-27.

finalística: a de garantir o direito de resistência dos indivíduos, transformando o direito de resistência de direito natural em direito positivo:

Dois dos principais efeitos da separação de poderes são: a) separação do poder legislativo do poder executivo; b) separação do poder judiciário do poder executivo. Numa palavra, seria possível dizer que a separação dos poderes visa ao isolamento do poder executivo. Por meio do primeiro efeito obtém-se que o poder executivo não pode substituir o poder legislativo e, portanto, é colocado na condição de não poder abusar do próprio poder ou, pelo menos, de poder fazê-lo muito raramente. Por meio do segundo efeito obtém-se que, frente ao abuso do poder executivo, o cidadão tem a possibilidade de recorrer ao poder judiciário para a eliminação do abuso, ou seja, não somente de não obedecer à ordem injusta, mas também de conseguir anulá-la. Se isso acontece, o direito de resistência não é mais uma aventura arriscada fora do direito positivo, mas um direito garantido no âmbito do ordenamento jurídico. O estado no qual o direito de resistência não é mais um direito natural não protegido, mas um direito positivo protegido, chama-se geralmente de 'estado de Direito', entendendo-se com essa expressão que os próprios órgãos supremos do Estado estão submetidos ao direito positivo (e não somente ao direito natural).¹⁵

A terceira e última das teorias apontadas por Bobbio como aquelas que justificaram a limitação do poder estatal é a da soberania popular ou da democracia, segundo a qual o poder é contido através da participação de todos os cidadãos. Não se trata propriamente de limitá-lo e sim de uma mudança incondicional de seu titular: do príncipe para o povo. Parte-se da premissa de que o poder fundamentado no consenso popular não comete abusos, uma vez que o povo não o exerce contra si mesmo.¹⁶

Compreendido o contexto de justificação deste novo modelo, em que a principal preocupação girava em torno da ideia de limitação do poder estatal, desenvolve-se a disciplina do Direito Administrativo, orientada a partir de quatro princípios essenciais: a) o princípio da separação de poderes, em virtude do qual há separação das autoridades administrativa e judiciária, a fim de que se determine quais matérias serão submetidas a julgamento em determinado tipo de tribunal (Conselho de Estado ou Poder Judiciário); b) o reconhecimento da prerrogativa da Administração em emitir unilateralmente atos jurídicos que criam obrigações para o particular, independente

¹⁵BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 36.

¹⁶Ibidem, p. 26.

de sua concordância, as chamadas *decisões executórias*; c) o princípio da legalidade¹⁷; d) princípio da responsabilidade do poder público em reparar os danos causados aos particulares.

O Conselho de Estado francês é protagonista na elaboração do Direito Administrativo, pois de suas decisões é que a disciplina do Direito Administrativo vai se construindo paulatinamente. Atribuíram-lhe inicialmente funções administrativas, a fim de dissociá-las e resguardá-las das funções judiciárias. Não poderia o Judiciário perturbar os “corpos administrativos” ou então chamar a si os administradores por motivo de suas funções; este era o texto do artigo 13 da Lei de 16-24 de agosto de 1790. Mas é somente em 1872 que o Conselho passa a exercer verdadeiramente a função jurisdicional, uma vez que lhe foram conferidas autonomia e independência em suas decisões. Várias noções foram construídas, a fim de conferir critérios e princípios autônomos distintos daqueles adotados pelo Código Civil, distinguindo as matérias de competência da jurisdição administrativa em face da jurisdição comum (onde se submetiam os conflitos de natureza civil).

Neste ambiente se desenvolve a noção de moralidade administrativa, ideia atribuída a Maurice Hauriou, que fora juiz do Conselho de Estado da França ao lado de Édouard Laferrière e Léon Duguit. No entanto, a primeira vez que fará referência à ideia de moralidade administrativa não será através da interpretação de textos legais levada a efeito pela jurisdição administrativa, e sim em uma publicação de 1903 sobre “A declaração da vontade no direito administrativo francês”. Faz-se esta ressalva pois é constante a doutrina administrativista brasileira referir-se à formulação da ideia de moralidade administrativa a partir do acórdão do julgado de 1927 (Caso Gomel¹⁸),

¹⁷Maria Sylvia Zanella Di Pietro anota que o princípio da legalidade no direito administrativo francês significa falar também na força obrigatória das decisões do Conselho de Estado, uma vez que a jurisprudência adotada pela jurisdição administrativa se transformou aos poucos na principal fonte do direito administrativo (DI PIETRO, Maria Sylvia. O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da common law. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público, n. 08, nov./dez. 2006. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 03 out. 2014).

¹⁸ “No caso ‘Gomel’ deu-se que em Paris, diante de um pedido para edificar em volta de uma pequena praça (Place Beauvau), se rejeitou a demanda, porque a construção projetada traria prejuízo à dita praça enquanto monumento. Uma tal qualificação dada à praça era exata? O *Conseil* respondeu negativamente à questão, anulando a decisão administrativa: os fatos (a praça tal qual existe) não eram de natureza a justificar a decisão. O *Conseil* – diz Chapus – foi ao extremo do que implique o controle da qualificação jurídica dos fatos, e, a partir dali, passou a adentrar plenamente o controle dos fatos, sendo o *arrêt* “Gomel” o maior passo dado no sentido de um melhor controle da legalidade da ação administrativa, o mais notável do ponto de vista de princípios, o mais importante na prática, em função da frequente necessidade de controlar a qualificação jurídica dos fatos e da frequência de erros cometidos pelas autoridades administrativas. [...]”. (GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade*

citado pelo português Antônio José Brandão no clássico artigo “Moralidade Administrativa”¹⁹.

Voltando ao estudo de 1903, Hauriou buscou relacionar a teoria da declaração da vontade do Código Civil alemão (BGB 1900) à teoria dos atos jurídicos administrativos desenvolvida na França para enfrentar o problema do desvio de poder. Tratava-se, sobretudo, de elaborar uma teoria que pudesse enfrentar o problema de controle da ação discricionária da Administração que não poderia ser submetido ao Judiciário, em virtude da separação de poderes. Constrói-se a ideia para o fim de que a ação discricionária do administrador pudesse se submeter ao controle da jurisdição contenciosa administrativa, ato este que estivesse em conformidade da lei e viciado na causa. Com isso, ampliava-se o controle dos atos administrativos para além do campo da legalidade, a fim de evitar abusos cometidos pelos administradores públicos.

Hauriou explicava neste estudo que

Desvio de poder é o fato de uma autoridade administrativa usar de seus poderes em conformidade com a letra da lei, mas em objetivo outro que não aquele em vista do qual eles lhe foram conferidos. Tal definição mostra que, por essa abertura, o Conselho de Estado anula os atos cuja causa seja ilícita ou que tenham uma falsa causa.²⁰

E para que fosse a causa do ato declarada como falsa ou ilícita, a jurisprudência do Conselho do Estado recorria à noção de boa administração:

O que é então essa “boa administração”? É uma noção puramente objetiva, que se dá ao juiz administrativo apreciar soberanamente, a partir das circunstâncias, do meio, do momento, ela é o equivalente da noção comum de boa-fé no comércio jurídico privado à qual se refere o legislador alemão. **O Conselho de Estado parte da ideia de que a Administração está vinculada por uma certa moralidade objetiva; ela tem uma função a cumprir, e quando os motivos que a impulsionaram não são conformes aos fins gerais dessa função, o Conselho de Estado os declara ilícitos.** Ora, se concebe como esses “fins gerais da função” são elementos concretos, objetivos, que o juiz recolhe na constatação dos fatos. Notemos, de passagem, que

administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 120-121).

¹⁹BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.25, p. 454- 467, jul./set. 1951.

²⁰HAURIOU, Maurice. *La déclaration de volonté dans le Droit Administratif Français*. *Révue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, v.3, 1903, p.575-6, *apud* BARBOZA, Márcia Noll. *O princípio da moralidade administrativa*: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 90.

o Conselho de Estado está melhor colocado que qualquer outro para delinear essa moralidade, pois que é ele mesmo o conselho administrativo mais elevado e mais esclarecido [grifo do autor].²¹

Desta maneira, valendo-se da teoria da declaração da vontade e da boa-fé do BGB alemão, Hauriou esboça a noção de moralidade administrativa como vinculada à ideia de boa administração, solução que passa a conferir um critério objetivo da avaliação da causa do ato, e, portanto, passível de controle via Conselho de Estado.

Hauriou, para quem o poder público estava subordinado à ideia de serviço público²², menciona em suas obras subsequentes a referência à moralidade administrativa, sempre associada ao controle do desvio de poder. Em “Précis de Droit Administratif et de Droit Public”, assinala que a subordinação do poder administrativo à ideia ao bem do serviço ultrapassa a noção de legalidade, e com isso permite restringir o poder administrativo no que há de mais discricionário, a saber: os móveis (motivos) de agir. A moralidade administrativa seria o “espírito da lei”, e o desvio de poder seria um caso particular de violação da lei (especificamente, do “espírito da lei”). E prossegue na lição, afirmando que

a instituição do excesso de poder, com base na qual são anulados muitos atos administrativos, é fundada tanto na noção de moralidade como na noção de legalidade, de sorte que a Administração está vinculada em certa medida pela moral jurídica, particularmente no que concerne ao desvio de poder.²³

Com supedâneo no texto original de “Précis Élémentaire de Droit Administratif”, publicado em 1938, Márcia Noll Barbosa aponta que Hauriou uma vez mais se vale da noção para abordar o desvio de poder. O uso do poder deveria ser feito com base em motivos e objetivos de acordo com a finalidade que lhe foi conferida, em

²¹ HAURIU, Maurice. *La déclaration de volonté dans le Droit Administratif Français*. Revue Trimestrielle de Droit Civil, Paris, v.3, 1903, p.575-6, *apud* BARBOZA, Márcia Noll. *O princípio da moralidade administrativa: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 90.

²² BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.25, p. 454- 467, jul./set. 1951, p. 458.

²³ HAURIU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. 11. ed. Paris, Sirey, 1927, p. 419-410, *apud* BARBOZA, Márcia Noll. *O princípio da moralidade administrativa: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 92-93.

consonância com a “moral administrativa”. O desvio de poder viola o dever de a administração agir de boa-fé, o que faz parte de sua moralidade.

Esta ideia de fins gerais de função da Administração Pública é um dos pressupostos do pensamento de Hauriou. José Guilherme Giacomuzzi, a respeito do tema, apresenta um completo estudo e explica que o administrativista se filiava ao pensamento antiformalista, ou seja, repudiava a lei como forma e sem conteúdo concreto da vida social; não se contentava com a visão monista de que a fonte do Direito é única e provém do Estado. Adotava ele raciocínio pautado pela teoria institucionalista: a Administração Pública possuía uma natureza institucional, ou seja, era constituída nos moldes de uma obra ou empresa, visando realizar e permanecer juridicamente no meio social. Para fins de realização, estabelece um poder, dotado de órgãos de poder regulamentados mediante procedimentos. E nesta esteira, membros do grupo social interessado na ideia de obra a realizar (ideia-diretriz da empresa) produzem manifestações sob a direção destes mesmos órgãos de poder. Contudo, a ideia de obra a realizar não se confundia com função do Estado. E a importância desta teoria está no fato de que Hauriou pôde então conceber a ideia de que a moralidade objetiva da Administração – moralidade administrativa – possui ideia própria e, por consequência, uma moral própria, relacionada à instituição “Administração Pública”, ao contrário da moral interna, que se volta ao indivíduo.²⁴

Ao longo do século XX a jurisprudência e doutrina administrativista francesa abandona a ideia de moralidade administrativa, mencionando o desvio de poder tão somente sob a ótica da legalidade. E os motivos pelos quais isto se deu, segundo José Guilherme Giacomuzzi foi que a moralidade administrativa:

Foi “engolfada” pelo instituto do desvio de poder e encontra-se embebida no controle *interno* da legalidade, algo que – vale lembrar – Welter já indiretamente vaticinava. Legalidade, dizia ele, “entendido no senso largo da palavra”. É, com efeito, no exame da legalidade administrativa que hoje se faz menção *en passant* – mais que nunca

²⁴Uma das características essenciais do regime administrativo é a existência de uma vasta empresa administrativa que, por sua centralização, sua hierarquia, sua burocracia, é um dos elementos mais resistentes do edifício da vida pública. Essa empresa administrativa é, em primeiro lugar, uma organização da máquina administrativa complicada, com um numeroso pessoal dirigente de administradores e funcionários, com a população sujeitada de administrados que não é outra coisa senão aquela de sujeitos do Estado; mas, além disso, essa organização é uma instituição [...]”. (HAURIU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 11. ed., Paris, Recueil Sirey, 1927, p. 41, *apud* GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 97-99 e 105).

se justifica a expressão – sobre a moralidade administrativa.²⁵ [grifo do autor]

O administrativista português Marcelo Caetano põe a lume a questão da moralidade administrativa na doutrina francesa quando aborda os vícios e sanções decorrentes da ilegalidade do ato administrativo. Partindo ele do pressuposto de que é da lei que decorre a força que vincula e obriga o ato administrativo, tem-se que o objeto do ato é certo e legal, a fim de produzir efeitos jurídicos em determinado caso concreto precisamente caracterizado pela lei em sentido amplo. No caso do exercício de poderes discricionários, a Administração Pública encontrar-se-ia exclusivamente vinculada ao respeito do “fim” para cuja realização foram conferidos, sendo que a ilegalidade dos atos discricionários em que não haja sido respeitado o fim legal destes caracteriza o desvio de poder²⁶ (*detournement de pouvoir*). E prossegue em sua lição, sintetizando a noção francesa de moralidade administrativa:

Foi o escritor francês Maurice de Hauriou quem sustentou que a observância das regras de competência, de forma e de respeito do fim dos atos administrativos, não fora resultante de exigências da lei e sim das diretrizes subjetivas do próprio Poder administrativo, dimanadas da hierarquia para conseguir um uso razoável da autoridade e uma boa administração. Através da prática da Administração se teria progressivamente definido essa moralidade administrativa anterior às leis do Estado e que no contencioso francês opõe o recurso por excesso de poder ao que é aberto para violação da lei e dos direitos adquiridos. Hauriou aplicava nesta teoria as suas ideias individualistas acerca da criação do Direito a partir da ação do Poder. Esse Direito criado pelo Poder só subsequentemente seria objetivado pela adesão das consciências. O desvio de poder seria assim fruto do autocontrole da Administração, exercido no domínio dos motivos, domínio que por sua natureza escaparia ao Direito objetivo e seria inspirado por essas normas internas de moralidade ou boa administração que a hierarquia

²⁵ GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 118-119.

²⁶ “Poderemos assim definir o desvio de poder como sendo o vício que afeta o ato administrativo praticado no exercício de poderes discricionários quando estes hajam sido usados pelo órgão competente com fim diverso daquele para que a lei os conferiu. Como se vê, trata-se de um vício que apenas pode surgir com o exercício de poderes discricionários. E a razão é fácil de entender. Aproveitando a imagem já usada: quando a Administração exerce poderes vinculados, é como se fosse um viajante com itinerário marcado, que não tem mais do que ir seguindo as etapas deste para chegar na altura própria ao seu destino; mas se está no exercício de poderes discricionários, o legislador apenas lhe marca o destino, o fim que deve atingir: - Assegure a ordem pública! Defenda a saúde pública! Garanta o abastecimento público! – deixando ao critério de quem tem de agir a escolha dos meios ou processos de o conseguir por qualquer dos itinerários possíveis para chegar ao ponto de destino. De forma que tudo é legal nessa opção, contanto que o fim marcado pela lei seja atingido. [...] O desvio de poder, portanto, é uma espécie de ilegalidade, e não, como alguns pensam, mera imoralidade administrativa”. (CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.176-177).

define e deve fazer e observar. Esta doutrina, porém, está abandonada, sendo hoje mais seguida a opinião de que amoralidade se acha acutelada pela lei nos termos por esta estabelecidos.²⁷

Desta breve exposição da ideia inicial concebida por Maurice Hauriou, pode-se apresentar uma conclusão, para que se mantenha fidelidade em relação àquelas que ao final desta dissertação se pretende chegar. Dito isto, não há que se falar que da noção originária de moralidade administrativa possa se extrair qualquer sentido que justifique atribuir à noção um conteúdo moral comum. Em verdade, há em sua gênese um verdadeiro esforço em conferir critérios objetivos extraídos da legalidade administrativa e discricionariedade do agir, que devem estar de acordo com a realização da função do poder administrativo, a qual, segundo a concepção de Hauriou, era a subordinação à ideia de serviço público. Em conclusão, a noção de moralidade administrativa nasce sob o signo de controle de legalidade administrativa dos atos discricionários da Administração, possibilitando ao órgão jurisdicional a anulação de atos que não estivessem de acordo com a finalidade legal²⁸.

1.2 Noção de moralidade administrativa: releitura através de um panorama na ordem jurídica brasileira do pré-Constituição Federal de 1988

A ideia de submeter o Estado e seus agentes a instrumentos de controle no exercício de sua atividade é anterior ao surgimento da noção de moralidade administrativa no ordenamento jurídico constitucional brasileiro. É possível identificar diversos dispositivos que aludem de maneira expressa ou implícita a conceitos legais que visam sobretudo coibir práticas de atos de corrupção basicamente por meio do Direito Penal e, em algumas Constituições, já sendo causa de perda de direitos políticos. O objetivo neste tópico é trazer à colação alguns destes dispositivos, sem

²⁷ CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.177-178.

²⁸ De insuperável clareza a conclusão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “a realidade é que a ideia de moralidade administrativa nasceu vinculada à de desvio de poder, pois se entendia que em ambas as hipóteses a Administração Pública se utiliza de meios lícitos para atingir finalidade metajurídica irregular. A imoralidade estaria na intenção do agente. Essa a razão pela qual muitos autores entendem que a imoralidade se reduz a uma das hipóteses de ilegalidade que pode atingir os atos administrativos, ou seja, a ilegalidade quanto aos fins (desvio de poder).” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 169).

que isso signifique que se está a aproximar tais conceitos da noção de moralidade administrativa.

Dito isto, a outorgada Constituição do Império de 1824 estabeleceu regras para o provimento de cargos que, na atualidade, apresentam semelhanças com o que se denomina cargo público. Também estabeleceu parâmetros de controle para o exercício de funções públicas e para o controle do exercício de funções exercidas pela classe política, no âmbito de responsabilidade. Identificam-se também normas que faziam referências a padrões morais de comportamento, fato perfeitamente compreensível dado o contexto da época: o Brasil de então possuía um modelo de estado monárquico não secular, orgânico e constitucionalmente vinculado à Igreja Católica.

Em primeiro lugar, para que o considerado cidadão pudesse ser eleito membro do Conselho Geral da Província (algo que poderia equivaler hoje ao que se conhece como estado), já lhes eram exigidas como qualidades necessárias a “probidade e decente subsistência” (art. 75). No que diz respeito ao controle e responsabilização, a Constituição Imperial conferiu poderes extraordinários ao imperador, chefe do Poder Executivo e a quem se incumbia o exercício do Poder Moderador, tornando-o figura “inviolável e sagrada” para quaisquer fins, vez que não estava sujeito a responsabilidade alguma (art. 99). Já aos Ministros de Estado, estes seriam responsabilizados por “peita, suborno ou concussão”; “abuso de poder”, por inobservância à lei, e, “qualquer ato de dissipação dos bens públicos”.²⁹

Outro ponto digno de nota é a previsão de responsabilização dos juízes de Direito e oficiais de justiça por abusos de poder e prevaricação cometidos no exercício de seus empregos (responsabilidade disciplinada por lei complementar, conforme art. 156). E por fim, e não menos importante, o art. 157 permite o controle destes por meio de ação popular, nos casos de corrupção – suborno, peita, e peculato, a ser intentado por qualquer cidadão no prazo de um ano.

Parece então que pela primeira vez em sede de Carta Constitucional, a probidade foi utilizada como critério para eleição em cargo de *status* público, e atos de corrupção, de suborno ou concussão, abuso de poder, ilegalidade e dissipação dos

²⁹Art. 133. Os Ministros de Estado serão responsáveis: I. Por traição. II. Por peita, suborno ou concussão. III. Por abuso do Poder. IV. Pela falta de observância da Lei. V. Pelo que obrarem contra a Liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos. VI. Por qualquer dissipação dos bens públicos.

bens públicos foram utilizados como critérios distintos para responsabilização de Ministros de Estado. No caso dos juízes de Direito e oficiais de justiça, seus atos estavam submetidos a controle mediante a interposição de ação popular nos casos de suborno ou concussão.

Com a promulgação da Constituição Republicana de 1891, passou-se expressamente a considerar como crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentassem contra a “probidade da administração e a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos”, conforme art. 54, inc. 5º e 6º. Há pela primeira vez a menção ao controle de responsabilidade tendo em vista atos que firmam a probidade da administração, mantendo-se o cuidado com dinheiro público. Das previsões anteriormente previstas na Carta Imperial, apenas se mantém o requisito de “capacidade moral” para o exercício dos direitos políticos pelos cidadãos.³⁰

A Constituição Federal de 1934 é festejada como sendo uma das constituições mais bem-elaboradas e democráticas. De fato, já de saída, os constituintes declaram que estão reunidos para a organização de um “regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico”. A Carta mantém a previsão de crimes de responsabilidade do Presidente da República por atos que atentem contra a “probidade da administração; a guarda ou emprego legal dos dinheiros públicos e as leis orçamentárias” (art. 57, alíneas *f, g, h*). O mesmo se aplica aos Ministros de Estado, sujeitos a responsabilização pelas referidas alíneas (art. 61). Traz ainda a proibição expressa aos deputados, desde que diplomados, que firmem contratos com a Administração Pública federal, estadual ou municipal, e desde que empossados, a proibição de serem diretores, proprietários ou sócios de empresa beneficiada com privilégio, isenção ou favor, em virtude de contrato com a Administração Pública.³¹ Importante constar que no capítulo II sobre “Direitos e Garantias Fundamentais”, permite-se “a quem quer que seja representar, mediante

³⁰Art. 71 - Os direitos de cidadão brasileiro só se suspendem ou se perdem nos casos aqui particularizados. § 1º - Suspendem-se: a) por incapacidade física ou moral.

³¹Art. 33 - Nenhum Deputado, desde a expedição do diploma, poderá: 1) celebrar contrato com a Administração Pública federal, estadual ou municipal. 2) aceitar ou exercer cargo, comissão ou emprego público remunerados, salvas as exceções previstas neste artigo e no art. 62. § 1º - Desde que seja empossado, nenhum Deputado poderá: 1) ser diretor, proprietário ou sócio de empresa beneficiada com privilégio, isenção ou favor, em virtude de contrato com a Administração Pública; 2) ocupar cargo público, de que seja demissível ad nutum; 3) acumular um mandato com outro de caráter legislativo, federal, estadual ou municipal; 4) patrocinar causas contra a União, os Estados ou Municípios [...].

petição, aos Poderes Públicos, *denunciar abusos das autoridades* e promover-lhes a responsabilidade”, conforme norma do art. 113, inc. 10.

Importante anotar que a Constituição de 1934 trouxe normas para o controle de funções de funcionários públicos, prevendo a perda do cargo para aqueles que se valessem de sua autoridade em favor de partido político ou para exercer pressão partidária sobre seus subordinados, “quando provado o abuso, em processo judiciário”³². E ainda, eram responsáveis solidariamente com as fazendas públicas “por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos”³³. Fazem-se presentes, então, normas a disciplinar a atuação dos funcionários públicos de modo a não incorrerem em abuso de autoridade e má gestão do dinheiro público, inclusive a título de culpa.

A outorgada Constituição de 1937 rompe com a tradição liberal das constituições anteriores, instituindo um modelo inspirado nos estados totalitários então vigentes de inspiração “fascista”, com tendência fortemente centralizadora do ponto de vista político-administrativo. Não houve inovações a respeito da matéria de que ora se trata, mantendo-se a proibição inaugurada na Constituição de 1934, no sentido de os membros do Parlamento Nacional (Poder Legislativo, composto por duas câmaras – Câmara dos Deputados e Conselho Federal) celebrarem contrato com a administração pública federal, estadual ou municipal. Manteve-se também a proibição de serem sócios ou proprietários de empresas que gozassem de favores, privilégios, isenções, garantias de rendimento ou subsídios do poder público, incluindo-se dentre estas as *empresas concessionárias de serviço público*.³⁴ Os crimes de responsabilidade do Presidente da República vieram previstos na norma do artigo 85, alínea *d*, responsabilizando-se este pelos atos atentatórios contra a “probidade

³²Art. 170 - O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor: 9º) o funcionário que se valer da sua autoridade em favor de Partido Político, ou exercer pressão partidária sobre os seus subordinados, será punido com a perda do cargo, quando provado o abuso, em processo judiciário.

³³Art. 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

³⁴Art. 44 - Aos membros do Parlamento nacional é vedado: a) celebrar contrato com a Administração Pública federal, estadual ou municipal; b) aceitar ou exercer cargo, comissão ou emprego público remunerado, salvo missão diplomática de caráter extraordinário; c) exercer qualquer lugar de administração ou consulta ou ser proprietário ou sócio de empresa concessionária de serviços públicos, ou de sociedade, empresa ou companhia que goze de favores, privilégios, isenções, garantias de rendimento ou subsídios do poder público; d) ocupar cargo público de que seja demissível ad nutum ; e) patrocinar causas contra a União, os Estados ou Municípios [...].

administrativa e a guarda e emprego dos dinheiros públicos”. Para os funcionários públicos mantém-se apenas a responsabilidade solidária com a fazenda pública pelos prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos (art. 158). Para a defesa do Estado, na hipótese de o Presidente da República declarar estado de emergência, foi-lhe facultado decretar a suspensão de direitos e garantias constitucionais atribuídas à propriedade e à liberdade de pessoas físicas ou jurídicas, com a finalidade de “salvaguardar os interesses materiais e morais do Estado” (art. 166, § 2º).

Com o fim do Estado Novo e da Era Vargas, restabelece-se a condição democrática, com a promulgação da Constituição de 1946. A Carta mantém a proibição de deputados e senadores celebrarem contratos ou exercerem comissão ou emprego remunerado com pessoa jurídica de Direito público, autarquias ou sociedade de economia mista, “salvo quando o contrato obedecer a normas uniformes”, bem como serem proprietários de empresas que celebraram contrato com pessoa jurídica de Direito público.³⁵ Mantém-se ainda a previsão de crimes de responsabilidade do Presidente da República no caso de atos atentatórios à “probidade na administração”.³⁶ Além disso, o diploma restabeleceu como direito e garantia fundamental de qualquer cidadão, enquanto parte legítima, o ato de pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista (art. 141, § 38º).

A Constituição de 1967, sob a égide de um regime militar autoritário, manteve a proibição de os deputados e senadores em exercício firmarem contratos, exercerem

³⁵Art. 48 - Os Deputados e Senadores não poderão: I - desde a expedição do diploma: a) celebrar contrato com pessoa jurídica de direito público, entidade autárquica ou sociedade de economia mista, salvo quando o contrato obedecer a normas uniformes; b) aceitar nem exercer comissão ou emprego remunerado de pessoa jurídica de direito público, entidade autárquica, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público; II - desde a posse: a) ser proprietário ou diretor de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada; b) ocupar cargo público do qual possa ser demitido ad nutum; c) exercer outro mandato legislativo, seja federal, estadual ou municipal; d) patrocinar causa contra pessoa jurídica de direito público.

³⁶Art. 89 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição federal e, especialmente, contra: I - a existência da União; II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos Poderes constitucionais dos Estados; III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV - a segurança interna do País; V - a probidade na administração; VI - a lei orçamentária; VII - a guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos; VIII - o cumprimento das decisões judiciais. Parágrafo único - Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

cargos ou serem proprietários de empresas que firmaram contrato com pessoa jurídica de Direito público sob pena de mandato parlamentar³⁷, ficando os crimes de responsabilidade do Presidente da República e Ministros de Estados previstos nos artigos 84 e 88. Observa-se também que a Constituição, nos casos de inelegibilidade, passou a determinar que lei complementar poderia vir posteriormente a estabelecer outras hipóteses que não aquelas elencadas já na carta constitucional, tendo em vista a necessidade de preservação da “probidade administrativa” (art. 148, inc. II). Ainda, a constituição expressamente previu o direito de todo cidadão como parte legítima a propor ação popular para anulação de atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas (art. 150, § 31º).

Eis o panorama geral da ordem constitucional brasileira. De maneira geral, há previsão de responsabilização de agentes públicos e políticos por crimes de concussão, suborno ou abuso de poder. A partir de 1891 vislumbram-se diversas previsões, instituindo-se o dever de “probidade na administração” e a “proteção ao patrimônio e dinheiro públicos”. Nesta etapa da dissertação não se pode ainda concluir se a ideia de probidade e a responsabilidade pelo uso e guarda da *res publica* até então vistas vinculam-se ao sentido contemporâneo atribuído ao controle da Administração pelo princípio da moralidade administrativa à luz do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988. Deste modo, não se pode concordar com a certeza de que o princípio constitucional da moralidade administrativa hoje juridicizado sempre esteve imanente ao sistema jurídico pátrio, salvo por uma isolada normativa do Poder Executivo, pouco abordada pela doutrina e que se reporta de essencialidade para a discussão da moralidade administrativa enquanto instrumento de controle de contratos públicos pela Administração Pública: o Decreto n.º 19.398 de 11 de novembro de 1930.

³⁷Art. 36 - Os Deputados e Senadores não poderão: I - desde a expedição do diploma: a) firmar ou manter contrato com pessoa de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes, b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado nas entidades referidas na letra anterior; II - desde a posse: a) ser proprietários ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público ou nela exercer função remunerada; b.) ocupar cargo, função ou emprego, de que demissível *ad nutum*, nas entidades referidas na alínea a do n.º I; c) exercer outro cargo eletivo, seja federal, estadual ou municipal; d) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere a alínea a do artigo n.º I

1.3 Decreto n.º 19.398/1930: previsão inaugural da moralidade administrativa como categoria normativa de controle do Estado

Conforme acima demonstrado, enquanto as cartas constitucionais brasileiras se preocuparam por diversas vezes com a proteção ao “binômio” *probidade da [ou na] Administração e guarda e emprego do dinheiro público* para fins de controle dos agentes do Estado, a noção de moralidade administrativa surge pela primeira vez na ordem jurídica brasileira em um decreto executivo de “equivalência constitucional”³⁸, cuja previsão expressa cumpre fins de controle de contratos da Administração Pública.

O decreto foi publicado em meio a uma ruptura de ordem constitucional e foi o instrumento legal utilizado para fins de legitimação de um novo modelo de Estado. A título de contextualização histórica, em fins da década de 1920 e início dos anos de 1930, o mundo passava por diversas mudanças, e o Brasil viu-se diante de uma revolução que possibilitou a efetiva construção de uma sociedade industrial, voltada ao desenvolvimento nacional em detrimento da sociedade oligárquica, resquício de nossa estrutura colonial agrária.

Com a vitória da “Revolução de 1930”, Getúlio Vargas toma posse na Presidência da República³⁹. Institui-se um governo provisório, cujo grupo político que ascende ao poder logra “trocar as pedras no tabuleiro, em profundidade”⁴⁰, estabelecendo a ruptura da denominada República Velha (1889-1930), que fora marcada pela tendência interna de um “governo decorativo na teoria e vítima *dos assaltos particularistas* [grifo nosso]”⁴¹. De forma predominante, eram os interesses do poder concentrado por uma elite oligárquica, privilegiados e perpetuados através de uma política socioeconômica baseada no clientelismo (gênero da espécie do chamado “coronelismo”), em que prevalecia a “troca de favores” – entre cidadãos locais e os “coronéis”, bem como entre os “coronéis” e o chefe político do Estado – e, por consequência, entre Estados e a União. Em termos atuais, a utilização da esfera pública estatal para a obtenção de vantagens e benefícios de determinada classe

³⁸Conforme citado em: TÁCITO, Caio. Moralidade Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. 218: 1-10. Rio de Janeiro, out/dez 1999.

³⁹Confira-se, a respeito: FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 13. ed. São Paulo: Edusp, 2008, p. 243-394.

⁴⁰FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Edição comemorativa 50 anos. São Paulo: Globo, 2013, p. 607.

⁴¹Ibidem, p. 607.

social em detrimento de outras. O historiador Boris Fausto aponta que a manutenção desta relação era resultado direto “da desigualdade social, da impossibilidade de os cidadãos efetivarem seus direitos, da precariedade ou inexistência de serviços assistenciais do Estado, da inexistência de uma carreira no serviço público”⁴².

Neste contexto foi que o Decreto 19.398/1930 veio a servir de instrumento de legitimação de uma nova ordem, sendo necessário, para tanto, romper com as instituições da antiga República: dissolveram-se o Congresso Nacional, Assembleias Estaduais e Câmaras ou assembleias municipais (art. 2º) e as garantias constitucionais foram suspensas, e os atos do Governo Provisório não seriam objeto de apreciação judicial (art. 5º). Assim, o Governo Provisório traz para si a competência para exercer em conjunto as funções e atribuições tanto do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo, exercendo-as de forma “discricionária e em toda a sua plenitude” (art. 1º).

A grande novidade na ordem jurídica brasileira é justamente a instituição de controle dos contratos da Administração Pública, a ser exercido de forma discricionária, anulando-se aqueles contratos que não viessem a atender a dois critérios estabelecidos pelo novo Governo – o interesse público e a moralidade administrativa:

Art. 7º Continuam em inteiro vigor, na forma das leis aplicáveis, as obrigações e os direitos resultantes de contratos, de concessões ou outras outorgas, com a União, os Estados, os municípios, o Distrito Federal e o Território do Acre, salvo os que, submetidos a revisão, contravenham ao interesse público e à moralidade administrativa. [grifo nosso]

Com base no artigo 7º do Decreto n.º 19.398/1930, o Governo Provisório submeteu inúmeros contratos de concessão ou outras outorgas à revisão, sendo que alguns deles foram anulados ou revogados por violação à moralidade administrativa e ao interesse público. Assim, parece que a moralidade administrativa inserida na norma de 1930, de equivalência constitucional, em um primeiro momento serviu de instrumento de controle de contratos da Administração e não como um princípio norteador da atividade da Administração Pública; em última análise, foi utilizado para atender aos interesses de uma nova ordem instituída, que, ao buscar romper com uma

⁴²FAUSTO, Boris, op. cit. p. 263.

ordem clientelista, valeu-se do conceito de moralidade administrativa e de interesse público para atingir o seu intento, ao menos no que diz respeito a estes contratos.

1.4 Considerações gerais

A probidade da [ou na] administração e a preocupação quanto ao emprego e guarda do dinheiro público foram os motes condutores das Cartas Constitucionais precedentes à de 1988. Percebe-se que as normas constitucionais mais se preocuparam com a proteção da probidade administrativa e da *res publica*, por meio de normas que mais se aproximaram de normas penais e de responsabilidade, do que propriamente com a proteção da noção de moralidade administrativa, nos termos concebidos à época pela doutrina francesa.

Não se pode concordar totalmente com a afirmação de que a moralidade administrativa será recepcionada na ordem jurídica apenas com a Constituição Federal de 1988. Isto porque o Decreto n.º 19.398/1930, norma de equivalência constitucional, inseriu em seu texto a “moralidade administrativa”, de modo que, ao lado do “interesse público”, fosse utilizada para fins de revisão e controle dos contratos de concessão e outras outorgas firmados até então.

2 A INSERÇÃO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA COMO PRINCÍPIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A inserção da moralidade administrativa pela Constituição de 1988 como princípio jurídico traduz-se em inovação na ordem jurídica e não deixa dúvidas de que a partir de então se inauguram as bases para uma nova prática institucional voltada à atividade da Administração Pública. Com isto, surge o desafio do teórico do direito em fornecer os meios de entendimento adequado para este “material jurídico inédito”, uma vez que

a entrada em vigor de uma nova Constituição no Brasil trouxe consigo a exigência de renovação também no plano doutrinário do direito no nosso país, já que a partir de agora se entende haver definitivamente modificado a demarcação do espaço em que se desenvolve a atividade jurídica.⁴³

A doutrina de pós 1988 volta-se ao estudo da moralidade administrativa, com o objetivo de estabelecer um critério que ofereça a certeza de seu conteúdo jurídico: o que é a moralidade administrativa e o que a compõe. Quanto à sua função, restou claro que a moralidade administrativa foi concebida e utilizada com finalidade de controle da Administração Pública⁴⁴, inclusive desde a sua primeira inserção no ordenamento jurídico brasileiro – controle dos contratos da administração previsto na norma do Decreto n.º 19.398/1930.

A Carta de 1988 no artigo 5º, inciso LXXIII e no capítulo VII da Administração Pública alça a moralidade administrativa ao plano de princípio constitucional, colocando-a ao nível da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência:

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 anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que

⁴³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 137.

⁴⁴ “Adiante-se que a ideia de moralidade administrativa rendeu frutos, com outro nome, enquanto desenvolvimento de sua causa final: controle da Administração Pública. Em relação às causas formal e matéria (leia-se: o que é e o que a compõe) a discussão permanece e, ao que entendo, não será solucionada, ao menos em pretensões absolutas”. (GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 106).

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 [...].

Ainda, registre-se a norma do §4º do art. 37, dispondo que

os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento do erário, na forma e gradação, previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

E no capítulo dos direitos políticos, mais especificamente no §9º do artigo 14, resguardam-se a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato (ou seja, relacionado à moralidade administrativa nos termos do artigo 37), colocando-as como condição para que o cidadão possa exercer seu direito político de se eleger e permanecer no mandato, estabelecendo que “a lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cassação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato”. Por fim, há previsão do art. 85, dispondo serem crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e a “probidade na administração” (inc. V).⁴⁵

Por certo que a condição de moralidade administrativa enquanto princípio desempenha importante função no Direito, e por princípio aqui se entende, consoante lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, como mandamento nuclear de um sistema e dele alicerce;

uma disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido autônomo.⁴⁶

⁴⁵ A probidade e improbidade administrativa serão tratadas adiante, no tópico 2.3.

⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 54.

Anote-se também a distinção que Robert Alexy faz entre regras e princípios, a fim de fazer uma utilização sistemática desta distinção no âmbito de sua teoria dos direitos fundamentais. Regras e princípios são reunidos sob o conceito de norma, pois ambos prescrevem o que deve ser, seja por meio

A questão que se coloca é que a partir da Carta da República, a moralidade administrativa é juridicizada no Direito positivo, na qualidade de princípio constitucional. Antes disso, a moralidade administrativa não passava de uma ideia, apesar de todo o empenho doutrinário com o fim de apresentar as linhas gerais da noção. Mesmo para Hauriou, a moralidade administrativa apresentava-se mais como uma realidade abstrata e não como uma categoria jurídica. Portanto, para tratar da moralidade antes da Constituição de 1988, adotar-se-á apenas o termo “noção de moralidade administrativa”, deixando-se a expressão “princípio da moralidade administrativa” para se referir tão somente àquele inserto pela ordem constitucional.

2.1 O Princípio constitucional da moralidade administrativa

A par da preexistência da noção de moralidade formulada pela doutrina francesa, remetida ao desvio de poder (ou finalidade) do ato, e à função de controle da Administração Pública no sentido de boa administração, o tema suscitou no Brasil, após 1988, ampla discussão.⁴⁷

de expressões deontológicas básicas do dever, da permissão ou da proibição e constituem razões para juízos concretos do dever-ser. Desta forma, “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. São mandamentos de otimização, cuja característica consiste na possibilidade de serem satisfeitos em graus variados e de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, esta última com âmbito determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 85-91).

⁴⁷ “A moralidade administrativa se definia, segundo a compreensão da nossa doutrina, no período anterior a 1988, conforme segue: observância de uma moral jurídica extraída da disciplina interna da Administração Pública, com conteúdo determinado essencialmente pela ideia de função administrativa (a implementação do bem comum), da qual se origina a noção de boa administração, devendo essa observância ser fiscalizada no terreno da discricionariedade administrativa, especialmente, mas não só, no caso do desvio de poder. As lições que conduzem essa síntese, ora referidas, são, a nosso ver, as que maior influência exerceram sobre a compreensão e o desenvolvimento do princípio da moralidade administrativa pela comunidade jurídica brasileira antes da edição da Constituição de 1988 [...]. Tais lições, sempre no rumo dado pela vertente francesa, formam a tradição de sentido na qual emerge o princípio da moralidade administrativa a partir da nova Carta (art. 37, *caput*), ou seja, o contexto em que se produz o sentido da disposição inserta na Constituição”. BARBOZA, Márcia Noll. *O princípio da moralidade administrativa: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 107).

Sobre a recepção do princípio na ordem jurídica, há quem defenda que a inserção da moralidade administrativa na Constituição da República deveu-se ao momento histórico pelo qual o país passava, de transição de um regime autoritário para um regime democrático: justificava-se a adoção da palavra “moralidade”, que, de maneira geral, aos olhos do cidadão, carrega ínsita a ideia de “justiça para além da lei”.⁴⁸ Outros estavam convencidos da ideia de que o Direito se conecta com a Moral, motivo pelo qual normas de Direito público, e em especial normas de Direito Administrativo deveriam estar identificadas com preceitos morais.⁴⁹

E isto tem justificação a se ver pelo estado de coisas que se encontrava na Administração Pública antes da redemocratização, o que Geraldo Ataliba bem descreve em linhas que merecem fiel transcrição:

Delegavam-se abusivamente faculdades normativas inaugurais a toda sorte de órgãos e funcionários. Não sabia o administrado donde viriam os próximos constrangimentos. Os deveres se multiplicavam. Os comandos se contradiziam, se superpunham, somavam-se. O administrado se sentia inseguro, indefeso. A multiplicidade o surpreendia. Desaparecia toda veleidade de participação. Não havia sequer aparência de lealdade do Estado no fazê-lo saber do que se tramava, que se lhe pretendia, que se lhe ia exigir. Neste clima, desaparecia qualquer ideia de Direito. Não se podia falar em sistema. Não cabia cogitar de coerência. Muita vez o administrado só tomava

⁴⁸ “O país saía de um regime autoritário de mais de 20 anos. Nesse diapasão, podemos, sem dúvida, dizer que a Constituição brasileira de 1988 refletiu, no seu texto, muitas das aspirações democráticas modernas. Devia ser assim. Olhos no passado recente de menosprezo e desrespeito, por parte do Estado, a direitos do cidadão, inequivocamente pretendeu o legislador constituinte romper com o modelo autoritário posto até então, e nesse afã fez consagrar, no seu art. 5º, inúmeros direitos fundamentais, já tendo referido artigo sido apontado como o ponto alto e mais libertário da Constituição Federal vigente. [...] Com efeito, da análise dos projetos de lei, em todas – não há uma única exceção – as Comissões e Subcomissões do Congresso Constituinte que trataram dos direitos e garantias individuais, depois formadoras do art. 5º da CF de 1988, dá-se conta de que a moralidade administrativa esteve sempre presente nos projetos de texto constitucional levados a debate e, ao que se tem notícia, jamais foi contestada sua inclusão [...]”. (GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 142-143).

Também no mesmo sentido: “Moralidade, de um lado, é vocábulo que traz uma plurissignificação incontestável, cuja causa se encontra no seu uso tanto frequente quanto amplíssimo em incontáveis campos das ciências sociais e humanas, inclusive na ciência jurídica”. (MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. In MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 160).

⁴⁹ “O princípio constitucional da moralidade administrativa constitui o ponto de contato entre o Direito Administrativo e a Moral – ‘uma via de comunicação do Direito com a Moral’. [...] Depois que Dworkin negou a separação entre o Direito e a Moral – tese central do positivismo, e demonstrou que, na prática dos Tribunais, não é tão clara nem tão rígida a distinção entre um e outra, consagrou-se, na atual fase pós-positivista do Estado de Direito, o neo-jusnaturalismo que propiciou a inserção nos textos constitucionais dos princípios do Direito, dentre os quais o da moralidade administrativa, como sucedeu na Carta Política Brasileira de 1988”. (MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 111).

conhecimento de uma pretensão administrativa ao ser punido por violação de um preceito de cuja existência nem sequer tinha possibilidade de desconfiar. [...] A única certeza, neste clima destruidor, era a do agigantamento do arbítrio, desenvoltura da prepotência, animação da desigualdade, da corrupção, da concessão, do peculato. Nessa balbúrdia, a crítica, a colaboração, não cabiam. A deslealdade da autoridade, acostumada à impunidade, se fez regra. Desapareceu a legalidade, olvidou-se a relação de administração. Desvaneceu-se o espírito republicano.⁵⁰

Some-se a isto o fato de que nas Constituições precedentes, conforme se demonstrou, é recorrente a existência de dispositivos de controle da atividade administrativa, consubstanciados no resguardo da coisa pública (guarda e emprego de dinheiros públicos) e na proteção à probidade na Administração.

Diante do que se descreveu, compreende-se que, com a constitucionalização da moralidade administrativa, não seria difícil deixar-se levar pelo apelo subjetivista que o termo carrega, no sentido de pretender impingir à Administração Pública um exercício de função pautado pela ideia de Justiça e de *moralização* no trato da coisa pública, de “combate à corrupção”, sobretudo quando se estabelece uma ordem democrática que tem por finalidade transformar a atividade administrativa em prol dos direitos dos cidadãos e atendimento dos interesses públicos.

Ao perscrutar sobre as razões por que muitas vezes falta rigor científico no tratamento da moralidade administrativa, Márcio Cammarosano aponta com muita atualidade que

as denúncias de desvios éticos e mesmo de corrupção, muitas delas comprovadas, e a sensação de impunidade, de morosidade dos processos e da suposta ausência de suficientes soluções jurídico-normativas, têm contribuído, não raras vezes, para o desalento e para a revolta. Esse sentimento de revolta é propício a considerações emocionais, na busca de caminhos que se supõem mais adequados a extirpar o mal pela raiz.⁵¹

A doutrina viu-se diante da dificuldade de estabelecer uma conceituação para o princípio da moralidade administrativa. E esta dificuldade teórica somente pode ser compreendida quando se parte do pressuposto, apontado por Celso Antônio Bandeira

⁵⁰ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 23.

⁵¹ CAMMAROSANO, Márcio. Moralidade administrativa, In: DALLARI, Adilson; NASCIMENTO, Carlos Valder; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 265-257.

de Mello, de que conceitos jurídicos são classificações ou sistematizações de termos que relacionam as normas, que são utilizados pelos juristas para identificar situações semelhantes quanto ao regime a que se submetem. Desta forma,

cada conceito é um conjunto. O critério de inclusão ou de exclusão de alguma realidade para formar o conjunto (o conceito) muitas vezes é, de antemão, construído pelo direito positivo, ao passo que, outras vezes não há esta prévia aglutinação de componentes. Quando é outorgado pelo próprio direito positivo, o estudioso já encontra pronta, organizada previamente, uma relação de situações que o direito unificou ao eleger, por antecipação, os fatores que ditam a intrusão de tais ou quais realidades jurídicas, de tais ou quais “fatos”, dentro do conjunto (conceito).⁵²

Por vezes, o Direito não determina por antecipação quais são os fatores, realidades jurídicas ou fatos que integrarão dado conceito jurídico. Caberá então ao jurista cumprir o papel de promover a construção deste conceito jurídico, através de um processo lógico de formação dos conceitos que não foram previamente elaborados pela lei, processo este que terá como referenciais e por base traços do Direito positivo. Em virtude disto, haverá certa liberdade na composição deste conceito, pois cada doutrinador poderá valer-se, dentro deste universo possível de referenciais do Direito positivo, de determinada aglutinação de elementos para a formulação deste conceito (pontos de referência convencionais), decorrendo disto a possibilidade de existirem as divergências.

Em outras palavras, conceito constitui-se numa delimitação de objetos de pensamento sintetizados sob um signo: a palavra, cuja utilidade reside na estratificação de um ponto de referibilidade de efeitos de direito.⁵³ Assim, Celso Antônio Bandeira de Mello pontua que

os dissídios doutrinários ocorrentes travar-se-ão dentro de uma área limitada porque há alguns pontos de referência que circunscrevem de algum modo o campo aonde vão se ferir as controvérsias. [...] ao procurarem formular um conceito, os doutrinadores estão cingidos aos dados do próprio direito positivo, portanto, aos efeitos de direito previstos nas regras contidas no interior do sistema jurídico que procuram conhecer.⁵⁴

⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 381.

⁵³ *Ibidem*, p. 381-382.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 382-383.

E prossegue:

Como se nota, há sempre uma área de coincidência. Nem poderia ser de outro modo. Sendo as palavras rótulos convencionais, o uso que se faz é a partir de algum ponto convencionado em algum momento histórico. Ao depois, vai se afastando dele por razões múltiplas. As mutações do direito positivo, as diferenças entre os vários países, a crítica doutrinária feita no afã de aperfeiçoar estas sistematizações que são os conceitos, as divergências entre os autores, vão determinando a gradativa perda de univocidade de um conceito originalmente estável ou relativamente estável em sua significação. [...] vale notar que a pacificação doutrinária ou jurisprudencial – quando ocorra – em torno de um conceito, não significa, de modo algum, que este sucesso se deva ao fato de ter sido encontrado o conceito “verdadeiro”, “o certo”. Em verdade, dado o caráter *convencional* do conceito, terá havido simplesmente a imposição ou a difusão maior dele, em face do prestígio de quem o propôs ou, afinal, por qualquer outra razão que haja contribuído para a adoção daquele padrão, daquele “modelo” representativo de um conjunto de elementos arrecadados nas indicações do direito positivo. (grifos do autor)⁵⁵

Em todo o caso, parece que apresentar um conceito de moralidade administrativa somente será possível se se levar em consideração os vetores, fundamentos do poder político e da ordem constitucional de 1988, pois é dentro desta estrutura que seu conteúdo e significação estarão previamente determinados.⁵⁶ Em outras palavras: a formulação de um conteúdo jurídico da moralidade administrativa somente será possível se compreendida dentro dos moldes do Estado Democrático de Direito e do regime jurídico administrativo instituído pela Constituição Federal de 1988, cujos traços característicos se passa a delinear.

2.1.1 Estado Democrático de Direito e regime jurídico-administrativo

A Constituição de 1988 dedica especial atenção à Administração Pública, atribuindo as funções e determinando sua forma de organização e de atuação, de maneira que esta atenda aos fins do regime democrático instituído – a atividade

⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 384.

⁵⁶ “A compreensão de toda e qualquer instituição de direito público, positivamente adotada por um povo, depende da prévia percepção dos princípios fundamentais postos na sua base por esse mesmo povo, na sua manifestação política mais plena: a Constituição”. (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 17).

administrativa é pautada na observância de princípios constitucionais expressos: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (*caput* do art. 37).

Toda a atividade da Administração Pública encontra legitimação no Estado de Direito brasileiro, cujo regime republicano e democrático está submetido às normas constitucionais e jurídicas que na Constituição encontram seu fundamento de validade. Tal modelo cumpre importante função de garantir os interesses públicos e direitos fundamentais dos cidadãos, uma vez que é em nome deles que o poder é exercido (parágrafo único do art. 1º). Conforme o preâmbulo constitucional, a instituição de um Estado Democrático de Direito tem por destinação assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. E o objetivo maior da democracia brasileira constitui-se com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), que abre

perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.⁵⁷

República, consoante lição de Geraldo Ataliba, é a expressão concreta em que o Estado de Direito⁵⁸ plasmou suas instituições; é a consagração de um regime político em que os agentes públicos dotados de funções políticas (executivas ou legislativas), exercem-nas representando o povo e em seu nome, estruturando-se o Estado brasileiro na ideia de governo sujeito à lei emanada do órgão de representação popular. Em decorrência disto, a eletividade, a periodicidade dos mandatos e a responsabilidade são os elementos que a caracterizam. Ataliba confere ao ideal

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 122.b

⁵⁸ Valendo-se das lições de Santi Romano, Geraldo Ataliba enumera algumas características pelas quais se pode identificar um modelo de Estado de Direito: “a) o Estado se submete à jurisdição; b) a jurisdição deve aplicar a lei preexistente; c) a jurisdição seja exercida por uma magistratura imparcial (obviamente, independente), cercada de todas as garantias; d) o Estado a ela se submeta como qualquer *pars*, chamada a juízo em igualdade de condições com a outra *pars*. [...] Tal concepção corresponde ao princípio *rule of law* – governo da lei, e não dos homens – que inspirou o direito constitucional anglo-saxão na longa e árdua luta pela supremacia do Direito e superação do arbítrio”. (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 120).

republicano importância de relevo no sistema jurídico brasileiro, pois influi de maneira decisiva na interpretação dos dogmas, princípios e regras constitucionais.⁵⁹

A noção de responsabilidade, portanto, permeia o ideário republicano, estando os agentes públicos sujeitos à responsabilização por seus atos, em contrapartida dos poderes em que são investidos em razão da representação da soberania popular e em decorrência lógica da situação de administradores da coisa alheia, pública (*res publica*). E estarão sujeitos à responsabilidade tanto na esfera política, penal ou civil: o conteúdo dos mandatos e a natureza das funções determinam os regimes jurídicos das sanções aplicáveis aos casos de excesso de mandato, desvio de função, prevaricação ou corrupção.⁶⁰

Neste contexto, a atividade estatal está intimamente vinculada ao princípio da legalidade, consagrado pelo *caput* do artigo 37, e também pelo artigo 5º, inciso II, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O princípio da legalidade consagra o propósito de submeter os exercentes do poder em concreto a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Assim, à Administração, por força da legalidade, só cabe agir segundo a lei, nunca contra a lei ou acima dela. Leciona Celso Antônio Bandeira de Mello que o princípio da legalidade no Brasil significa submeter-se às determinações legais e prover interesses públicos caracterizados em lei. Quanto à atividade administrativa em si mesma considerada, consiste na própria consecução da finalidade pública, produzindo decisões e comportamentos em conformidade com a lei.⁶¹

⁵⁹ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*, 3ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 16-33.

⁶⁰ “A diferença de atribuições e funções explica a diversidade dos tipos de responsabilidade a que são sujeitos esses diversos mandatários. A distinção, fundada na tripartição do poder, entre participar da formulação de preceitos gerais e abstratos, ou exercitar as demais funções parlamentares, e decidir casos concretos, ou aplicar individualmente os preceitos gerais, é que evidencia o regime contrastante de responsabilidade. Deveras, o conteúdo dos mandatos e a natureza das funções ditam os regimes jurídicos das sanções aplicáveis aos casos de excesso de mandato, desvio de função, prevaricação ou corrupção. [...] A infidelidade aos compromissos assumidos ou excessos, desmandos, abusos”. (ATALIBA, Geraldo, opus cit, p. 69).

⁶¹ “Pode ocorrer que o princípio em causa não desempenhe tão transcendente papel efetivo em outros sistemas jurídicos, mas no Direito brasileiro é, por sem dúvida, princípio de fulgurante importância. Cabe-lhe não apenas o caráter de preceito impositivo, mas também o de esteio para contenção de intemperanças estatais. Por isto, o conteúdo estimativo vazado nos preceitos constitucionais referidos ultrapassa até mesmo o rigor de suas claríssimas letras, para assumir a função de tônica do sistema, vetor axiológico que deve iluminar a análise e a inteligência de quaisquer regras editadas pelo Estado”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 353).

Outros princípios e garantias que decorrem da legalidade também condicionam a atividade administrativa, tais como o princípio do devido processo legal (art. 5º LIV) e do contraditório em processos administrativos (art. 5º, LV); o direito à informação (art. 5º, inc. XXXIII); mandado de injunção (art. 5º, LXXI); ação popular (art. 5º, LXXIII); *habeas data* (art. 5º, LXXII); direito de o cidadão denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas (art. 74, § 2º); e o princípio da publicidade (*caput* do art. 37), no qual se encontra implícita a exigência de motivação de todas as decisões administrativas.

De todo modo, o que cumpre assentar é que os princípios constitucionais assumem importante função delimitadora da atividade estatal. Em conjunto, formam um sistema coerente e lógico de regras a se aplicar na Administração Pública, conferindo-lhe identidade própria, estabelecendo o regime jurídico-administrativo⁶² – em outras palavras, as estruturas normativas que se referem à Administração Pública⁶³.

Os princípios peculiares do Direito Administrativo formam em sua unidade sistemática o regime administrativo, delimitando ao jurista em todas as hipóteses o sistema de princípios e regras aplicáveis. Conforme adverte Celso Antônio Bandeira de Mello,

não há como formular adequadamente um conceito jurídico fora deste rigor metodológico. Com efeito, se o conceito formulado não se cinge rigorosamente ao propósito de captar um determinado regime – cuja composição admite apenas as normas editadas pelo Direito Positivo e os princípios acolhidos na sistemática dele – será desconforme com sua própria razão de ser (identificação da disciplina que preside um dado instituto).⁶⁴

⁶² “A expressão regime jurídico da Administração Pública é utilizada para designar, em sentido amplo, os regimes de direito público e de direito privado a que pode submeter-se a Administração Pública. Já a expressão regime jurídico-administrativo é reservada tão-somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa. Basicamente, pode-se dizer que o regime administrativo resume-se a duas palavras, apenas: prerrogativas e sujeições”. (DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 24 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, 61).

⁶³ Por função administrativa, adota-se o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que a define como aquela “função em que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce, na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 36).

⁶⁴ *Ibidem*, p. 91.

Compreende-se a importância de apresentar em linhas gerais os principais princípios que regulam o regime administrativo. Certo que o rol de princípios abordados não é exauriente; é preciso ter em consideração que a ordem jurídico-constitucional, de forma sistemática, conformará a atividade do Estado nos casos em que não houver previsão expressa.

Ainda assim, os autores não divergem muito quanto ao conteúdo do regime administrativo. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o regime jurídico-administrativo resume-se a duas palavras: prerrogativas e sujeições. Para garantir a liberdade dos cidadãos, a Administração Pública está sujeita ao princípio da legalidade (observância da lei e do Direito, incluindo princípios e valores previstos na Constituição). De outro lado, para assegurar a consecução de finalidades públicas à Administração, é conferido um regime de prerrogativas. E estas prerrogativas encontram-se expressas sobretudo na forma de princípios fundamentais: princípio da legalidade e princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.⁶⁵ Neste sentido, a defesa do interesse público corresponde ao próprio fim do Estado, que deve defender a coletividade, cuja atuação deve ser no sentido de favorecer o bem-estar social. Para esse fim, tem que fazer prevalecer o interesse público em detrimento do individual, nas hipóteses agasalhadas pelo ordenamento jurídico. E assim, negar a existência do princípio da supremacia do interesse público é negar o próprio papel do Estado⁶⁶.

Adotando-se o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, tem-se que o regime jurídico-administrativo se encontra delineado em função de dois princípios fundamentais: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos. Se é no interesse público que se encontra a finalidade do Estado bem como a conformação do regime jurídico-administrativo, todos previstos no ordenamento jurídico, necessário é posicionar-se quanto ao que por interesse público se entende.

Em breves linhas, remontam as origens da noção de interesse público positivado pelo constitucionalismo ao ideário liberalista da pós-Revolução Francesa. Vinculava-se aos direitos fundamentais do Estado Liberal, compreendendo-se o respeito ao interesse público como o pleno exercício das liberdades individuais,

⁶⁵ Confira-se a respeito: DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 24 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 60-98.

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 248-249.

sobretudo na esfera econômica (propriedade particular). Não havia bem comum como algo definido pelo Estado – pelo contrário, o Estado deveria minimamente interferir na esfera dos direitos individuais, delimitados pela lei.⁶⁷ Tal como outros institutos de Direito Administrativo, na medida que o Estado evolui, seu conceito apresenta outra conotação. Com o posterior advento do Estado Social, esta perspectiva individualista irá ceder lugar à ideia de bem comum, voltado à realização de fins coletivos: “o interesse público perde o caráter utilitário adquirido com o liberalismo e volta a revestir-se de aspectos axiológicos. A nova preocupação revela preocupação com a dignidade do ser humano”⁶⁸; e a interpretação do que vem a ser interesse público deve estar adstrita aos quadrantes do Estado Social e Democrático de Direito.

A concepção contemporânea no Direito Administrativo encontra perfeita definição no pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o interesse público não se confunde com a somatória dos interesses individualmente considerados, mas sim com a uma função qualificada dos interesses da parte, onde

o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses de cada indivíduo enquanto participe da sociedade (entificada juridicamente no Estado, nisto se abrindo também o depósito intertemporal destes mesmos interesses. [...] Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.⁶⁹

Decorre então que, de outro lado, o interesse público não corresponde ao interesse do Estado, necessariamente, uma vez que, enquanto pessoa jurídica,

⁶⁷ “Neste sentido, pode-se inferir que no período pós-revolucionário vigia na França uma perspectiva individualista de interesse público, de bem comum, ou até mesmo, de felicidade. [...] O individualismo [enquanto visão de homem, com repercussões para a vida social, política e econômica] originado na confluência das correntes iluministas europeias, representa uma visão atomizada da vida social, na qual o homem é compreendido como um ser ilhado e desconectado dos demais, cuja existência se esgota em si mesma. [...] O bem comum, para a ótica individualista, reduz-se à proteção eficaz dos direitos e interesses individuais, e a isso se resume a atuação do Estado. E o Direito tem como função primordial apenas permitir e garantir o desenvolvimento autônomo dos próprios interesses pessoais, o que leva a uma contraposição entre indivíduo e Estado, concebendo-se a Administração Pública como uma ameaça à liberdade individual que deve ser controlada e restringida para assim ser propiciada a felicidade do povo e da nação”. GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, 34-35).

⁶⁸DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.238.

⁶⁹BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 61-62.

poderá também ter interesses particulares e individuais, de maneira que, à similitude de como ocorre com os interesses particularistas dos indivíduos, não corresponderá ao interesse público. Celso Antônio Bandeira de Mello, valendo-se da doutrina italiana, propõe a distinção entre “interesses públicos primários” e “interesses secundários”, segundo a qual os interesses relativos aos indivíduos particularmente considerados, e também os interesses particulares do Estado não são interesses públicos propriamente ditos, mas sim “interesses secundários”. O interesse primário – interesse público propriamente dito – corresponde sempre “à razão última de existir própria das pessoas governamentais em geral”, àquele plexo de interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade. Decorre do conceito jurídico de interesse público que diversos são os interesses que podem ser qualificáveis como públicos; no entanto, somente à Constituição é dado reconhecer, incluir e delimitar no sistema normativo qual interesse dispor-se-á como interesse público legitimamente primário.⁷⁰

Uma vez que se encontra delimitada a noção de interesse público, retomam-se os traços do regime jurídico-administrativo: os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses privados.

Primeiro, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado deve ser sempre compreendido como a supremacia do interesse público primário. Exige da Administração Pública comportamentos que atendam às necessidades emergentes da vida em comunidade e não aos interesses dos entes que exercem a função administrativa, interesses estes que são secundários e só podem ser atendidos quando não conflitem com os interesses da coletividade⁷¹. Em decorrência da posição privilegiada de supremacia, a ordem jurídica confere alguns “privilégios”, a fim de assegurar a proteção do interesse público. Entretanto, tais privilégios encontram-se conformados ao exercício da função administrativa, na medida em que a Administração Pública está investida no dever de satisfazer finalidades em prol do interesse público primário, motivo pelo qual deve cumprir sempre com “poderes-deveres”. Portanto, somente possui posição de supremacia na extensão e postura atribuída pela ordem jurídica. Citem-se dentre estes privilégios: Administração Pública

⁷⁰BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 65-68.

⁷¹DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 265.

goza de presunção de veracidade e legitimidade de seus atos; beneficia-se de prazos maiores para a intervenção nos processos judiciais; tem prazos especiais para prescrição das ações em que o Poder Público é parte; constitui terceiros em obrigações por meio de atos unilaterais que podem implicar em modificar unilateralmente relações estabelecidas. Ainda, pode a Administração constituir terceiros em direitos e obrigações, através dos chamados atos unilaterais, que trazem consigo as características de exigibilidade, decorrente de previsão legal de sanções ou providências indiretas que obriguem o administrado, bem como autoexecutoriedade de seus atos (que dependerá de prévia lei expressa ou quando houver necessidade de providência urgente a ser tomada, sob risco de perecimento de interesse público). Uma segunda expressão do interesse público na esfera administrativa é o chamado princípio da autotutela, que se traduz na possibilidade de a Administração revogar seus próprios atos eivados de inconveniência, além de inoportunos. De outro lado, traduz-se no dever de anular ou convalidar atos inválidos que haja praticado.⁷²

O segundo princípio que Celso Antônio Bandeira de Mello aponta como norteador do regime administrativo é o da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos. Por este princípio, entende-se que todos os interesses que pela ordem jurídica são qualificáveis como públicos não estão sujeitos à livre disposição da vontade da Administração, que está obrigada a cuidar deles nos termos da finalidade a que estão adstritos. E os termos destas finalidades estão predeterminados formalmente pela lei, sujeitos aos seguintes princípios: da legalidade (e suas decorrências: finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação e responsabilização do Estado); da continuidade do serviço público; do controle administrativo (tutela); da isonomia em face da Administração; da publicidade; da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesse público; e, por fim, sujeitos ao controle jurisdicional dos atos administrativos.⁷³

Não se passará à análise detalhada de todos os princípios acima expostos; para o escopo deste trabalho, basta a compreensão de que a Administração Pública se sujeita a um regime em que os interesses públicos primários encontram-se

⁷²BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 71-71.

⁷³ Ibidem, p. 76-89.

resguardados em posição de supremacia frente aos particulares (interesses secundários), não sendo admitido à Administração deles dispor a seu próprio alvedrio.

Como bem sintetizaram Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem:

A doutrina jusadministrativista contemporânea, ao sustentar a existência e aplicabilidade do princípio da supremacia do interesse público no ordenamento jurídico pátrio, nada mais faz do que evidenciar a imperatividade na observância dos mandamentos constitucionais e jurídicos em geral na atividade do Estado, conferindo prevalência e respeito ao conteúdo das normas jurídicas em detrimento de interesses egoísticos que se encontrem em dissonância com os anseios dos indivíduos enquanto partícipes da coletividade.⁷⁴

Consoante se vê, o regime administrativo conforma um plexo de princípios que são predeterminados constitucionalmente. Diante destes princípios consagrados pelo Estado Democrático de Direito e que conformam o regime jurídico-administrativo, delineiam-se as linhas mestras para a compreensão dos institutos de Direito Administrativo, que se sujeitam aos limites impostos pela Constituição. Diante disto, o trabalho busca traçar o conteúdo do princípio da moralidade administrativa compreendendo-o antes de tudo sob esta moldura constitucional.

2.1.2 O controle da Administração Pública

O princípio da legalidade e o controle judicial a que se submete a Administração Pública são resultados de uma das maiores conquistas da evolução do Estado de Direito. Em contrapartida às prerrogativas que lhe são conferidas, a Administração Pública deve observância à ordem legal, a fim de que possa, no exercício de sua função, atingir as finalidades públicas a que se destina. Ressalte-se que, ao se falar em Administração Pública, aqui se lhe atribui o sentido restrito do termo, compreendendo órgãos administrativos a que se incumbe executar as funções administrativas.

⁷⁴ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 43.

Por função administrativa, a ser exercida para a concretização de interesses públicos primários, entende-se como sendo

a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.⁷⁵

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o controle da Administração Pública pode ser definido como “o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico”.⁷⁶ Já para Hely Lopes Meirelles, controle é a “faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”.⁷⁷

De toda forma, entende-se que o controle das atividades da Administração Pública é decorrência da adoção do regime republicano e democrático do Estado brasileiro, uma vez que “regime republicano é regime de responsabilidade”⁷⁸, no qual o poder público é exercido em razão da representação da soberania popular e os agentes investidos em uma função pública são mandatários do povo e administradores da coisa pública. A responsabilidade a que se submetem estão cingidas ao conteúdo dos mandatos e à natureza das funções, que ditarão os regimes jurídicos das sanções aplicáveis em face de excesso de mandato, desvio de função ou corrupção.⁷⁹

Assim, o controle da Administração Pública é mecanismo essencial para que os cidadãos se assegurem que as instituições tenham sua atuação voltada à consecução das finalidades públicas e ao atendimento dos interesses primários, buscando imprimir maior transparência no exercício do poder estatal. A relação entre controle e corrupção (na acepção ampla do termo) encontra-se, portanto, intimamente

⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 36.

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*, 24 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 736.

⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.663.

⁷⁸ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*, 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p.67.

⁷⁹ *Ibidem*, p.69.

imbricada. Quanto mais efetivos os meios de controle sobre a Administração, menor as práticas lesivas à coisa pública.

Na própria etimologia da palavra Administração, a ideia de cumprimento de ordens a favor de outrem encontra-se presente. Segundo Ruy Cirne Lima,

conjugam-se, na palavra administração, de um lado, o prefixo “ad”, a implicar aqui na ação, à qual é aposto, adequação ou tendência a um fim; e, de outro lado, o tema “min”, da raiz “mi”, indicativo de diminuição e, comparativamente, de subordinação ou subalternidade, do qual procedem as vozes “minor” e “minister”. [...] Em todas as épocas, é elementar, no conceito da administração, a ideia de adequação ou tendência a um fim. De outra parte, essa fidelidade a um fim é própria daqueles que cumprem ordens alheias, como o inferior (“minor”) e o criado (“minister”) já que, para estes, ater-se ao fim designado, não é simplesmente faculdade, sensível a razões de oportunidade ou conveniência – é dever.⁸⁰[grifo nosso]

Evidentemente que a Administração Pública, no exercício de suas funções, estará sujeita à fiscalização e responsabilização no trato da coisa pública (*res publica*), a fim de que se evite o desvirtuamento da ação estatal que venha a contravir interesses públicos ou, uma vez que houve ofensa a tais finalidades, que sejam reprimidas. De nada valeria a submissão do Estado ao princípio da legalidade se não houvesse meios de assegurar o seu cumprimento na prática inerente, portanto, ao exercício da função, a correspondente fiscalização da atividade administrativa, consistente nos “meios que se preordenam no sentido de impor à Administração o respeito à lei, quando sua conduta contrasta com esse dever, ao qual se adiciona o dever de boa administração, que fica também sob a vigilância dos sistemas de controle”.⁸¹

Desta maneira, vê-se que o controle tem por finalidade assegurar a atuação administrativa pautada pelas normas jurídicas impostas pelo ordenamento jurídico, sobretudo pelos princípios que norteiam a Administração Pública que se encontram esculpidos no *caput* do artigo 37: legalidade, moralidade administrativa, impessoalidade, publicidade e eficiência.

A doutrina administrativista brasileira desenvolveu diversas tipologias de controle, com diferentes critérios. Por critérios meramente didáticos, adota-se aquele

⁸⁰ CIRNE LIMA, Ruy. *A relação jurídica no direito administrativo*. Porto Alegre: [s.n.], 1952, p. 25-26.

⁸¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p.763.

que leva em consideração o agente controlador. O controle será dito interno quando for exercido pela Administração sobre seus órgãos ou entidades da Administração indireta; se exercido por outro órgão, ente ou instituição exterior à sua estrutura, será qualificado como controle externo, tais como aqueles realizados por instituições políticas, técnicas ou precipuamente jurídicas.

A respeito desta qualificação – controle interno e externo – Odete Medauar expõe de maneira didática as modalidades que poderão se revestir o controle sobre a Administração. Em primeiro lugar, quanto ao aspecto em que incide, o controle pode ser três formas: controle de legalidade, visando à legalidade geral ou à legalidade financeira; controle de mérito e, por fim, controle da “boa administração”, que visa aspectos de eficiência, produtividade e gestão. Quanto ao momento em que se exerce, o controle poderá ser prévio, realizando-se antes da eficácia da medida ou decisão; concomitante, quando for feito durante a realização da medida ou ato; e por fim, controle *a posteriori*, quando realizado após a edição do ato ou adoção da medida. Na sequência, quanto à amplitude do controle, poderá ser do ato ou da atividade. Por fim, levando-se em consideração o modo de desencadear, poderá ser controle de ofício, por provocação ou compulsório, que se realiza necessariamente no momento oportuno, em atendimento a normas que o disciplinam.⁸²

Dito isto, é possível identificar no âmbito da Constituição tais modalidades de controle. Quanto aos órgãos que o exerce, o controle pode ser administrativo, legislativo e jurisdicional.

O controle administrativo é aquele que a Administração Pública, em sentido amplo, exerce sobre sua própria atuação, apreciando aspectos de legalidade e de mérito. É também denominado controle interno e decorre do artigo 74 da Carta Constitucional, que determina à Administração (bem como aos Poderes Legislativo e Judiciário) que mantenha um sistema de controle interno para fins de: I – avaliar o cumprimento de metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira, patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III – exercer o controle das

⁸² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 406-407.

operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV – apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. Na esfera federal o controle administrativo é denominado “supervisão ministerial”, regido pelo Decreto-lei n. 200/1967, e abrange os órgãos da Administração Direita ou centralizada e as pessoas jurídicas que integram a Administração Indireta ou descentralizada.⁸³

O controle legislativo é aquele que o Poder Legislativo exerce sobre a Administração Pública e se limita às hipóteses previstas na Constituição Federal, pois se trata de interferência de um Poder nas atribuições de outro Poder. Abrange o controle político, o qual irá apreciar decisões administrativas sob o aspecto político.⁸⁴

Já o controle financeiro encontra-se disciplinado nos artigos 70 a 75 da Constituição que atribui, no art. 70, ao Congresso Nacional, o exercício da fiscalização financeira e orçamentária da União e prevê que o Legislativo será auxiliado, no desempenho destas atribuições, pelo Tribunal de Contas, consoante dispõe o art. 71 da Carta Constitucional. Quanto ao controle financeiro, importante trazer à baila que, dentre suas atribuições encontra-se a de julgamento de contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos que cabem à administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas pelo Poder Público federal, e as contas de que resulte prejuízo ao erário público. O Tribunal de Contas não exerce função jurisdicional, apenas exerce o julgamento técnico de contas. Neste sentido, é lícito assinar prazos a órgãos ou entidades para providências necessárias para a correção de ilegalidades e irregularidades. No que diz respeito a contratos, caso o Tribunal de Contas venha a constatar irregularidade no instrumento contratual ou no processo de sua formação, deve representar ao Congresso Nacional,

⁸³ “O controle sobre os órgãos da Administração Direita é um controle interno e decorre do poder de autotutela que permite à Administração Pública rever os próprios atos quando ilegais, inoportunos ou inconvenientes. Este poder é amplamente reconhecido pelo Poder Judiciário em cujo âmbito foram formuladas as Súmulas n. 346 e 473, pelo STF; nos termos da primeira, “a Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”; e, em conformidade com a segunda, “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. [...] O controle sobre as entidades da Administração Indireta, também chamado de tutela, é um controle externo que só pode ser exercido nos limites estabelecidos em lei, sob pena de ofender a autonomia que lhes é assegurada pela lei que as instituiu. Esses limites dizem respeito aos órgãos encarregados do controle, aos atos de controle possíveis e aos aspectos sujeitos ao controle”. (DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*, 24 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 738.).

⁸⁴ Confira-se, a respeito: DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*, 24 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 750-752.

que deverá sustar o contrato, se for o caso. Mas não lhe é permitido sustar execução de quaisquer contratos.⁸⁵

Por fim, tem-se que o controle de legalidade leva em consideração a necessidade de se resguardar o Direito, sendo seu fundamento constitucional o artigo 5º, inc. XXXV, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, o que será melhor abordado no capítulo 3, ao tratar dos graus de ofensividade à ordem jurídica.

2.1.3 Obtemperações a respeito da conceituação do princípio da moralidade administrativa

Considerando-se as premissas acima, é possível concluir que, independentemente de seu conteúdo, a moralidade administrativa constitucionalizada é um princípio jurídico. À Constituição não é dado prescrever senão normas jurídicas e não morais, decorrendo disto que a moralidade administrativa se refere a uma moral jurídica e, como tal, referida ao Direito, à juridicidade.

Parte-se da premissa de que o conteúdo da moralidade administrativa do artigo 37, *caput* e do art. 5º, inc. LXXIII da Constituição Federal é o mesmo, pelos motivos que no próximo tópico serão expostos.

A doutrina brasileira ainda se divide ao tratar da atribuição de conteúdo jurídico ao princípio⁸⁶. Alguns traços distintivos são possíveis de serem delineados, a fim de identificar dentre os diversos posicionamentos algumas tendências doutrinárias. Opta-se por constatar este fato sem, contudo, adotar teses de correntes doutrinárias, vez

⁸⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p.770-771.

⁸⁶ Marcelo Figueiredo identifica três fases no desenvolvimento do tema da moralidade administrativa pela doutrina brasileira. A primeira fase decorre da noção de moralidade administrativa recepcionada pela doutrina, nos termos em que a concebiam Hauriou e Ripert, ou seja: a moralidade constitui elemento interno da legalidade (conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração Pública). A segunda fase corresponde a uma abordagem com maior profundidade sobre os motivos de fato e finalidades dos atos administrativos discricionários, cuja tônica envolve a atividade de controle da administração pública, com apoio teórico das teorias dos motivos determinantes e do desvio de poder. Por fim, a terceira fase de desenvolvimento dos estudos aborda a moralidade administrativa já como princípio constitucional sob a ótica da Constituição Federal de 1988, contemplando-a como um direito público subjetivo. (FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 86-87).

que em maior ou menor grau cada autor dá maior destaque a um ou outro aspecto do conteúdo da moralidade administrativa. Neste sentido, registre-se apenas o que a doutrina mais gabaritada aponta sobre tais teses:

As diversas conceituações de moralidade administrativa, na doutrina brasileira, como já visto, relacionam o conteúdo do princípio da moralidade administrativa ora com a teoria do desvio de poder, ora com a moral interna da Administração, ora com o dever de boa administração, ora com pautas éticas da atuação dos agentes públicos⁸⁷.

Boa parte da doutrina brasileira que tem examinado a matéria acaba, mesmo sem aceitar expressamente, ou por vincular a moralidade ao desvio de finalidade – ponto de chegada necessário se firmada a ênfase no seu aspecto subjetivo – ou termina por estender a moralidade a uma zona já abarcada pela legalidade (controle dos motivos e objeto do ato), ou finda por preencher a moralidade com outros princípios jurídicos ou conceitos vagos, tais como razoabilidade, interesse público e proporcionalidade⁸⁸.

Por fim, registre-se que José Roberto Pimenta Oliveira, com clareza ímpar, aponta duas correntes doutrinárias: uma que vincula o princípio à observância de pautas morais sociais vigentes em determinado tempo e local, variando em maior ou menor grau entre aqueles que não se afastam totalmente do Direito. A segunda corrente, vinculada ao ordenamento jurídico, subdivide-se em duas tendências: uma em que a moralidade administrativa no ordenamento jurídico significa a erradicação constitucional do desvio da finalidade na atividade administrativa; e outra, em que a moralidade administrativa constitucional significa a irradiação constitucional dos princípios e regras de conteúdo moral na atividade administrativa.⁸⁹

De todo modo, cada uma destas tendências doutrinárias tem por ponto de partida a noção formulada por Hauriou. Inicialmente, muito contribuiu à doutrina pátria o trabalho de Hely Lopes Meirelles, que, influenciado pelo artigo de Antônio José Brandão⁹⁰, ajudou a difundir o conceito segundo o qual a moralidade administrativa não se trata de moral comum e sim moral jurídica, entendida como o conjunto de

⁸⁷ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p.117.

⁸⁸ GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 148.

⁸⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 162-171.

⁹⁰ BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.25, p. 454- 467, jul./set. 1951.

regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração, conforme ideia de Hauriou. Para o administrativista, com a inserção do art. 37, *caput* restou expresso o que já anteriormente sustentava, no sentido de ser a moralidade administrativa “pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública”, e assim, “juntamente com a legalidade e finalidade, além da sua adequação aos demais princípios, constituem pressuposto de validade sem os quais toda a atividade pública será ilegítima⁹¹.

Menção há de se fazer a Manoel Oliveira Franco Sobrinho, que em grandioso estudo publicado em 1974 já defendia o controle judicial da moralidade dos atos da Administração. Desenvolveu seu estudo partindo da premissa de que direito e moral estão vinculados, constituindo a moralidade uma moral jurídica, um dever de boa administração⁹².

O constitucionalista José Afonso da Silva aponta que a moralidade administrativa enquanto princípio revela que a Constituição quer que seja a imoralidade administrativa em si fundamento de nulidade de ato viciado, por força do art. 5º, LXXIII e que subjaz ao princípio o conteúdo de moralidade jurídica. Vale-se expressamente da definição de Maurice de Hauriou, extraída de lições de Hely Lopes Meirelles, em que a moralidade administrativa deve ser compreendida como “o conjunto de regras extraídas da disciplina interior da Administração”.⁹³ Celso Antônio Bandeira de Mello, em breves linhas, identifica o princípio da moralidade administrativa como um “reforço ao princípio da legalidade”, obrigando a Administração e seus agentes a atuar em conformidade com princípios éticos, compreendendo-se em seu âmbito os princípios da legalidade e da boa-fé.⁹⁴

Dentre os que propugnam a autonomia do princípio constitucional da moralidade, Juarez Freitas entende que o princípio, no campo das relações da Administração, deve ser compreendido como os padrões éticos de determinada

⁹¹MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.89.

⁹²FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

⁹³SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 467

⁹⁴BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 122-123.

sociedade. E é em face do “quadro sombrio das mazelas administrativas” que a autonomia do princípio se justifica.⁹⁵

Para Germana de Oliveira Moraes, o princípio da moralidade administrativa está associado finalisticamente à prossecução do interesse público, em razão do qual se atribui a competência administrativa, obrigando a que os agentes públicos tenham sua conduta pautada pela ética, impessoalidade e publicidade, vinculando-se ainda aos valores de confiança, honestidade, lealdade e respeito aos valores culturais predominantes em determinada sociedade, que correspondem às dimensões da boa-fé (tutela da confiança); probidade administrativa (deveres de honestidade e de lealdade); razoabilidade.⁹⁶

Adotando como premissa a moral referida à moral crítica kantiana e não à moral comum⁹⁷, Márcia Noll Barbosa define a moralidade administrativa como um “super princípio” que corresponde à conformidade com a noção de função administrativa. Tal como se apresenta na Constituição, é dotado de certa autonomia, vez que se encontra disposto no *caput* do art. 37 ao lado de outros princípios, além de constituir causa autônoma para o ajuizamento de ação popular quando de sua violação, consoante art. 5º inc. LXXIII. Não se trata de autonomia plena, pois o princípio está vinculado à exigência de conformidade à ideia de função administrativa, e veicula “o conjunto de valores e princípios que se tornaram indisponíveis no regime jurídico administrativo

⁹⁵ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 74-76.

⁹⁶ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p.119-120.

⁹⁷ “Moral convencional, comum ou positiva são expressões que designam o fenômeno social consistente na existência/observância de um conjunto de normas de comportamento baseadas em juízos comuns ou preponderantes sobre o que é bom ou mau, certo ou errado, justo ou injusto. Moral crítica, por sua vez, é a locução que designa a instância crítica da práxis humana, da práxis verificada nas instituições humanas, como o direito e o Estado. [...] Pode-se desde logo notar, com certeza, que a moral crítica é a única que se fundamenta racional e suficientemente. A moral convencional se acha condicionada, muitas vezes, por elementos religiosos, mesmo nas sociedades secularizadas, processando-se de maneira bastante irrefletida e correspondendo, de certo modo, à concepção ética do emotivismo. [...] Assim é que o direito, considerado o nível de racionalidade que atingiu no moderno mundo ocidental, se vinculado está à moral – de maneira, cabe explicitar, a incluir a moralidade como critério de validade -, o está à moral crítica e não à moral convencional. Evidente que a moral crítica, como instância normativo-crítica das instituições humanas, submete ao seu crivo o direito. Resta saber se o direito, ele próprio, se remete e se vincula à moral crítica. Em outras palavras, se são as teorias ético-políticas, e só elas, que estão a determinar ao direito que respeite a moral ou se há no próprio direito qualquer coisa que lhe determine essa observância”. (BARBOZA, Márcia Noll. *O princípio da moralidade administrativa: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 53-56).

ao longo da formação da noção de Estado Social e Democrático de Direito”⁹⁸. Seu conteúdo não corresponde à soma dos conteúdos dos demais princípios, pois carrega em seu núcleo o mandado de honestidade,

próprio da noção de moralidade num ambiente ressentido pela corrupção. [...] o princípio da moralidade, expressando exigência de conformidade à ideia de função administrativa e cobrando, via de consequência, um comportamento ético do administrador, mantém aberta a argumentação jurídica para a argumentação moral, *i.e.*, para a moral crítica.⁹⁹

Na defesa de que a moralidade administrativa está vinculada ao cumprimento da moral social pela Administração Pública está Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰⁰. Para a administrativista, a moral social remete ao “conjunto de exigências morais de comportamento, de costumes, que a sociedade dirige a seus membros, em cada momento, com referência ao bem social”. Há *standards*, modelos ou ideias de valor e pautas de condutas; por isso

a moralidade administrativa exige do administrador público comportamentos compatíveis com o interesse público que lhe cumpre exigir, voltados para os ideais ou valores presentes no grupo social e que estão expressos, agora, de forma muito nítida no preâmbulo da Constituição.¹⁰¹

Neste passo, a moralidade administrativa tem utilidade na medida em que diz respeito aos meios de ação escolhidos pela Administração Pública, a qual deve ser identificada no efeito jurídico imediato do ato produzido, que é a expressão do meio de atuação administrativa para o atingimento de suas finalidades. Rechaça que a moralidade administrativa esteja localizada na finalidade, tendo em vista a dificuldade em penetrar na intenção do agente: se um ato contrariar o senso comum (moral social) de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à ética das instituições, restará imoral.

⁹⁸ BARBOZA, Márcia Noll. *O princípio da moralidade administrativa: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 122.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 123-124.

¹⁰⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 163-189.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 174.

Desenvolvendo sua tese a respeito do princípio, aponta José Guilherme Giacomuzzi que a moralidade administrativa do artigo 5º, inciso LXXIII possui conteúdo distinto da moralidade esculpida pelo *caput* do art. 37. A moralidade administrativa do art. 5º encontra-se capitulada nas garantias individuais e veicula um bem jurídico protegido ou o objeto do processo da ação popular: é a constitucionalização de uma noção antiga, vinculada à legalidade substancial do ato administrativo. O conteúdo da moralidade administrativa remete à própria Lei de Ação Popular, especificamente nas alíneas “c”, “d” e “e” do art. 2º. Já a moralidade do art. 37 veicula um princípio jurídico, portanto, uma norma que se integra ao sistema, cuja função é a de veicular a boa-fé objetiva aplicada ao Direito público (administrativo) e o dever de probidade administrativa.¹⁰²

Muitos ainda são os juristas de escol que se dedicaram ao estudo da moralidade e que contribuíram para o desenvolvimento da doutrina. Diogo Figueiredo de Moreira Neto defende a autonomização da moralidade administrativa e amplia a moralidade não só ao desvio de poder, mas ao exame dos motivos e do objeto do ato. A ideia central é a do dever de boa administração, “um imperativo moral do administrador público, cuja violação, embora possa escapar às malhas da legalidade, pode prender-se nas da licitude”. E por fim: “há uma medida de exercício para o bom administrador, que satisfaz a seu dever moral interno, enquanto agente público, evidenciada, em todo caso, sua análise das relações entre motivo, objeto e finalidade dos atos administrativos, bem como dos contratos e dos atos administrativos complexos”.¹⁰³ Cite-se Fábio Medina Osório, que procurou imprimir à moralidade administrativa um conteúdo mais objetivo, vinculando a moralidade ao desvio de finalidade, propondo que na base da moralidade administrativa estariam os conceitos da razoabilidade, interesse público e moralidade. Finalmente, constituíram contribuição importante ao estudo do tema os ensinamentos de Caio Tácito, para quem a moralidade é uma advertência do substrato social, irradiada através da ação administrativa.¹⁰⁴

¹⁰² GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 191-194.

¹⁰³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 190, p.1-44, out./dez. 1992. In: GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 149.

¹⁰⁴ GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 154-157.

Demonstrou-se até aqui que foram diversas as concepções de moralidade administrativa desenvolvidas pela doutrina brasileira a partir da noção originária francesa. Vislumbrou-se certa tendência em vinculá-la a padrões éticos vigentes em dada sociedade; a adoção de seu conteúdo com a noção clássica de Hauriou; com a teoria do desvio do poder; com a ordem moral interna da Administração. Há também posições a defender um maior ou menor grau de autonomia conferido ao princípio, vinculando-o a outros princípios constitucionais ou dissociando-o deles.

Contudo, a diversidade de posicionamentos não houve por solucionar a problemática de aplicação do princípio. Pelo contrário, a divergência persistiu nos tribunais¹⁰⁵, faltando um critério que possa dirimir as dúvidas e propiciar certeza e segurança em sua aplicação.

A par dos diferentes enfoques que sejam dados ao estudo do conteúdo do princípio, certo é que, de maneira geral, é possível desde já estabelecer que os autores não discordam quanto ao fato de a moralidade jurídica ser um princípio jurídico dotado de efetividade, de modo a orientar a Administração Pública na consecução de suas finalidades públicas, submetidas àqueles princípios do Estado Democrático de Direito e ao regime jurídico-administrativo.

2.2 Moralidade administrativa: princípio jurídico e moral juridicizada na doutrina de Márcio Cammarosano

Diante da divergência das teses que se apresentam em relação ao conteúdo do princípio da moralidade administrativa, compreende-se que há necessidade de se adotar aquela que propugna preliminarmente a separação entre ordem moral e jurídica, garantindo-se assim a positividade do Direito. À luz da Constituição de 1988, a atividade administrativa sujeita-se inexoravelmente às normas jurídicas,

¹⁰⁵ “A jurisprudência brasileira, mormente depois do aparecimento constitucional da moralidade administrativa, tem a ela feito menção justamente quando aborda o instituto do desvio de poder (também aludindo à possibilidade do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa), deixando claro, em muitos casos, que ainda se apegava às suas origens de controle dos móveis (internos) do agir administrativo” (GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 148-185).

consubstanciadas em princípios e regras que decorrem da adoção do modelo de Estado Democrático de Direito e do regime jurídico administrativo.

Neste sentido, Marcelo Caetano já asseverou que

No Direito Administrativo, como em qualquer outro ramo de Direito, a Moral só vale na medida em que, sendo recebida pela norma jurídica e como conteúdo desta, passe a beneficiar da sanção peculiar da ordem jurídica em lugar de ficar limitada às sanções peculiares (reprovação de consciências).¹⁰⁶

Assim é que a tese de doutoramento apresentada por Márcio Cammarosano em 1997, posteriormente publicada sob o título de “O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa”¹⁰⁷ delinea a moralidade administrativa referida ao próprio Direito, o que até então não fora objeto de estudos específicos.

A construção da tese tem como premissas a separação entre ordem jurídica e ordem moral¹⁰⁸ e a constituição do primado da segurança jurídica enquanto um dos postulados fundamentais do Estado Democrático de Direito. A segurança jurídica, atinente à predeterminação formal de suas normas, impede, de modo absoluto, que se permaneça sustentando que o conteúdo da moralidade administrativa esteja vinculado a exigências da moral comum ou exigências indeterminadas decorrentes do caráter institucional da Administração, as quais, subvertendo a ordem principiológica do sistema constitucional, seriam juridicizadas pela moralidade administrativa. Dito de

¹⁰⁶ CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 178.

¹⁰⁷ CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

¹⁰⁸ A respeito da separação entre Direito e Moral, José Roberto Pimenta de Oliveira bem colocou ao afirmar que “a consagração da moralidade administrativa na Constituição Federal, mesmo que promulgada em tempos de crise do positivismo legalista típico do Século XIX e primeira metade do Século XX, não implicou no desaparecimento das fronteiras existentes entre moral e direito. Mesmo que se reconheça que a interpretação constitucional está balizada pelos princípios da supremacia da Constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais, materializando-se a ordem constitucional um sistema normativo aberto de índole axiológica, a constitucionalização das bases do Direito Administrativo não autoriza conclusão no sentido de perda da identidade do fenômeno jurídico em face das demais experiências normativas que balizam a conduta do homem e dos agentes públicos na vida social. Essa premissa é fundamental: em tempos de pós-positivismo (superador do positivismo estreito), de Estado Constitucional (superador do Estado Legislativo), da proeminência dos princípios sobre regras (superador do caráter subsidiário dos primeiros), de concepção valorativa do objeto da Ciência do Direito, mantém-se, todavia, a característica da experiência jurídica da bilateralidade atributiva, da qual emanam as notas axiológicas de exigibilidade, heteronomia, coercibilidade e predeterminação formal, como critérios necessários e suficientes da distinção entre Moral e Direito”. (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 167).

outra forma, à moralidade administrativa não é dado o condão de, por si só, juridicizar os preceitos morais, e sim o Direito.

A Constituição da República, ao dispor que a Administração Pública deve obedecer ao princípio da moralidade, ao lado da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, não quis referir-se à moralidade como a qualidade do que é moral enquanto aqueles valores extraídos de regras de comportamento prevalentes em dada sociedade e em determinada fase histórica – “moral comum”. Isto porque a ordem jurídica possui compromisso com o Direito, e não com a moral comum.

Márcio Cammarosano aponta com muita objetividade os motivos pelos quais o sentido, conteúdo e alcance da moralidade administrativa deverão existir perante o Direito. Segundo o administrativista, a moralidade administrativa, se reportada à moral comum, ou seja, “a padrões éticos vigentes em uma sociedade e em dado tempo histórico”, levaria a algumas situações inconciliáveis perante a ordem jurídica. A moral comum em equivalência à norma constitucional e dotada de coercibilidade¹⁰⁹, portanto, superior à lei, não poderia ser revogada senão nos termos da rígida Constituição brasileira. Some-se a isso que a moral comum é por essência dotada de *relatividade*, o que afronta o primado da segurança jurídica, valor fundamental da República brasileira.¹¹⁰

¹⁰⁹ “A coercibilidade pela comunidade jurídica, vale dizer, pelo Estado, segue sendo um dos critérios distintivos por excelência entre o Direito e outros sistemas normativos, como a moral. Mas dizer isso não basta. É certo que as normas jurídicas e somente elas são dotadas de coercibilidade pelo Estado. Mas é preciso saber quais as normas que, violadas, ensejam, caso necessário, coerção, sob pena de ficarmos encerrados no seguinte círculo vicioso: são normas jurídicas as que ensejam coerção, e ensejam coerção às normas jurídicas. Só é possível romper esse círculo vicioso considerando que normas dotadas de coercibilidade – jurídicas, portanto – são aquelas que o Estado edita (ou as que, mesmo não editando diretamente, atribui a mesma força), seja inovando no mundo normativo (criando norma não existente em qualquer ordem normativa), seja reproduzindo, de forma explícita ou implícita, total ou parcialmente, conteúdos normativos de outros sistemas (religiosos, morais, de etiqueta, etc). [...] O direito não se confunde com a Moral (esta ou aquela ordem moral) e nem se confundiria, ainda que num dado instante o próprio Direito determinasse obediência não apenas às normas jurídicas, mas também às normas morais, pois estas não se transformariam em normas jurídicas deixando de existir como normas morais. [...] Consequentemente, num Estado democrático, o princípio da moralidade, conquanto de conteúdo rarefeito, só poderia estar reportado à moral comum, sem ofensa aos valores supremos da liberdade, certeza e segurança jurídica que a ordem constitucional prioriza, se se pudesse afirmar a existência de uma só moral, absoluta, objetivamente identificável.” (CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 41-43).

¹¹⁰ “A tese da relatividade da moral talvez tenha sido sustentada, de forma a mais radical, por Kelsen. Mas parece incensurável sua assertiva de que ‘... em diversas épocas, nos diferentes povos e até no mesmo povo dentro das diferentes categorias, classes e profissões valem sistemas morais muito diferentes e contraditórios entre si’. [...] Que todos querem que seja feita justiça, dúvida não há; que todos querem boas administrações, não se discute; que cumpre erradicar a miséria, parece consenso. Mas como fazer justiça, como avaliar uma administração para que se a tenha como péssima, razoável,

Consoante pensamento de Geraldo Ataliba, o princípio da segurança jurídica, já referido no preâmbulo constitucional, constitui a “chave de abóboda do sistema” e a ele confere unidade e coerência. Não apenas os cidadãos como também os agentes públicos necessitam da certeza de que o Direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos dele não discreparão. Em síntese, é na previsibilidade da ação estatal que a segurança jurídica se expressa.¹¹¹

Como expressão da segurança jurídica, então, decorre o princípio da legalidade, tal como inscrito nas linhas do artigo 5º, inciso II, pelo qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. De fato, é através da predeterminação de lei formal que será dado conhecimento das ações a que todos se sujeitarão, decorrendo da legalidade a previsibilidade das ações estatais e da atividade administrativa: “de fato, lei prévia é a conhecida pelo cidadão antes que tome suas decisões, antes que determine seu comportamento em assuntos que possam sofrer direta ou indireta influência da ação dos poderes públicos”.¹¹²

Decorrem ainda da segurança jurídica o princípio assegurador da estabilidade das relações jurídicas insculpido no art. 5º, inciso XXXVI (a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada), bem como o princípio da jurisdição, de acordo com o qual nem mesmo o legislador pode excluir da apreciação pelo Poder Judiciário qualquer lesão do direito individual praticada pelo Estado, mediante seus agentes, seja a que título for (art. 5º, inciso XXXV).¹¹³

boa ou excelente, ou como erradicar a miséria, a diversidade de juízos é muito mais do que se possa imaginar. Pode haver consenso quanto a alguns fins a serem atingidos, mas quanto aos meios certamente não. Ora, a relatividade dos juízos de valor quando se trata de qualificar dados comportamentos como bons ou maus, justos ou injustos, alimenta dúvidas, gera incertezas que, transportadas para o mundo do direito, produzem insegurança jurídica ainda maior do que aquela que em menor ou maior grau é inerente a qualquer ordem de comportamento humano que se qualifique como jurídica, e que só desaparece de todo com a decisão judicial transitada em julgado. [...] Por outro lado, quando se fala em necessidade de comportamento não apenas legal, mas também ético, esse dever soa tão vago, tão susceptível a opiniões mais divergentes, fonte de tanta insegurança, que o que se nota é uma irreversível tendência para a explicitação de deveres e comportamentos que devem ser considerados antiéticos, passíveis de sanção. É o que se verifica, por exemplo, com os denominados códigos de ética [...].” (CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, p. 27-29).

¹¹¹ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*, 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 180-183.

¹¹² *Ibidem*, p. 183.

¹¹³ “Este conjunto harmônico de princípios é a fiel tradução do significado da segurança jurídica, que tem a sua justificação na circunstância de que não se compreenderia que os cidadãos se reunissem em república, para darem ao Estado a possibilidade de exercitar os poderes que deles mesmos recebeu, usando tais faculdades, instrumentos e meios deslealmente ou surpreendentemente relativamente aos próprios cidadãos. Daí por que entre as mais graves violações dos agentes públicos, principalmente os políticos, estejam o abuso de poder, a deslealdade, a surpresa, a agressão às liberdades públicas. Na verdade, esse conjunto de preceitos que forma a tábua das liberdades públicas

Portanto, diante da relatividade da moral comum e da imperiosidade do princípio da segurança jurídica no sistema constitucional brasileiro, pondera Márcio Cammarosano que nenhuma “aspiração a uma atuação reta, escoreita, honesta e obsequiosa a valores morais” pode servir de fundamento à atividade administrativa senão em virtude do que dispõe o próprio Direito, o qual não possui compromisso com as regras simplesmente morais, por ele não juridicizadas:

Em face do primado da segurança jurídica e da relatividade da moral, o princípio da moralidade administrativa não está relacionado direta e imediatamente a todo e qualquer valor moral suposta ou efetivamente prevalente na sociedade, numa dada época histórica. Está referido, isto sim, a valores morais juridicizados, que informam regras e princípios jurídicos, isto é, preceitos jurídico-normativos, de sorte que está reportado ao próprio Direito, sem que essa assertiva implique reduzir a moralidade administrativa à legalidade em sentido estrito.¹¹⁴

Na construção de um fundamento jurídico à moralidade administrativa, Márcio Cammarosano aponta o equívoco de a doutrina fundamentar o conteúdo do referido princípio em uma ordem moral, pretendendo assim “moralizar” a atividade administrativa frente às práticas espúrias e corruptas de que notoriamente se tem conhecimento, esquecendo-se, contudo, da submissão da Administração Pública ao Direito e ao regime jurídico administrativo, dentro do qual já se encontram insertos valores, uma “moral jurídica”. E vale colacionar na íntegra a passagem em que de maneira clara esta ideia encontra-se demarcada:

Todavia, em que pese o brilho das construções referidas, o que elas refletem é a busca de um fundamento jurídico para melhor conformar a atuação do administrador público, especialmente quando no exercício de competência discricionária, a determinados valores que se supõe prevaletentes na sociedade. Valores como lealdade e boa-fé, veracidade e honestidade. O que refletem é a busca de um fundamento jurídico para melhor conformar a atuação dos agentes públicos ao dever de bem administrar, para interditar-lhes comportamentos ou invalidar atos eivados de má-fé, deslealdade, dolo, fraude, favoritismo, perseguição, comportamentos e atos enfim

do art. 5º só pode ser entendido adequadamente no seu conjunto: uns preceitos apoiam outros, harmonizam-se entre si e completam os demais. O radical que os unifica e lhes dá plenitude de sentido está no caput do art. 5º, dentro do qual a ideia dominante e central é a de segurança jurídica. O espírito comum a todos eles é a informação geral de toda esta tábua de direitos que dá a essência vital informadora não só deste rol, como de todo o próprio sistema, já que foi para proteção desses direitos que se criou a estrutura constitucional e se plasmaram os quadros do Estado de Direito, sob a forma republicana que adotamos.” (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*, 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 178-179).

¹¹⁴ CAMMAROSANO, Márcio. Moralidade administrativa. In: DALLARI, Adilson; NASCIMENTO, Carlos Valder; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 257.

incompatíveis com o escorreito exercício da função administrativa, conceito esse admiravelmente lapidado por Celso Antônio Bandeira de Mello.¹¹⁵

Percebe-se destas linhas que ao administrador público bastaria a observância dos princípios constitucionais que estão adstritos à função administrativa (art. 37), onde já se encontram ínsitos os deveres de atuação em conformidade com a legalidade e finalidades, principalmente sob o regime jurídico-administrativo e que pressupõem, portanto, a lealdade e boa-fé, a consecução das finalidades públicas consubstanciadas nos interesses públicos primários etc. No entanto, em sentido diverso, o que a doutrina faz, segundo Márcio Cammarosano, é interpretar o princípio da moralidade como um fundamento do exercício da atividade, que remete a uma ordem superior, a refletir um ideal utópico de Justiça e, de certa forma, a superar a distinção entre Direito e Moral:

E é no princípio da moralidade administrativa que tantos e tantos autores encontram referido fundamento jurídico, saudando-o como o elo indestrutível entre o Direito e a Moral social, como o instrumento de superação da dicotomia entre o Direito e Ética. E tudo isso como se não pudesse conformar a atuação do administrador público aos valores mencionados, como se não se pudesse exigir-lhe o cumprimento dos deveres assinalados, ou embarçar-lhe os passos ou anular seus atos quando procedesse de forma afrontosa àqueles, senão com supedâneo em preceitos de ordem moral, como se com fundamento apenas no direito posto não se pudesse fazê-lo. Em verdade autores há que, mesmo associando o princípio da moralidade à moral comum, não deixam de reconhecer que a só invocação de outros princípios jurídicos já possibilitaria o controle da Administração com base naquele que se pretende efetuar.¹¹⁶

Ao propugnar que a moralidade administrativa esteja referida ao próprio Direito, não quer Márcio Cammarosano defender a total separação entre Direito e Moral, mas antes, admitir que o próprio Direito é que consagra os valores recolhidos de outras ordens como a moral, ao incorporá-las como direito positivado, conferindo a segurança jurídica que é inerente ao sistema jurídico brasileiro: tem o Direito, portanto, “inevitável conteúdo axiológico”.¹¹⁷

¹¹⁵ CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*, Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 72.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 72-73.

¹¹⁷ Ao sustentarmos que o princípio da moralidade administrativa não nos remete diretamente à moral comum, mas à moral jurídica, isto é, a valores pertinentes, sim, ao comportamento humano, mas àqueles selecionados pelo próprio Direito, e assim institucionalizados, não ignoramos que esses valores estão consubstanciados em normas jurídicas que os expressam mediante conceitos jurídicos

Referir-se à moralidade administrativa implica compreender que não se trata de uma moral comum, e sim daqueles valores que foram juridicizados, ou seja, que foram pelo Direito transformados em regras ou princípios jurídicos. A questão que se coloca é identificar quais são estas regras ou princípios jurídicos:

A moralidade administrativa não pode ser dissociada da legalidade; pelo menos não da legalidade em sentido amplo, entendida esta como a qualidade do que está conforme ou compatível com a ordem jurídica, e não apenas com a lei em sentido restrito. Na fórmula *non omne quod licet honestum est* – nem tudo que é lícito, é honesto, isto é, nem tudo que a lei permite é moralmente aceitável – o Direito e a moral podem ser representados por dois círculos concêntricos, sendo o maior o da Moral. A moralidade administrativa, contudo, não constitui este círculo maior que extrapola o mundo jurídico, não expande o Direito de sorte a torná-lo compreensivo também do que estava em princípio fora dele, para além dele. A moralidade integra o Direito.¹¹⁸

Segundo a concepção de Cammarosano, e que aqui se adota, não há que se admitir que o princípio da moralidade administrativa seja autônomo, vez que integra o Direito. A moral a que se reporta não é senão moral jurídica, porquanto se trata de valores que foram pela ordem jurídica “juridicizados” e assim, informam o direito positivo. São valores como a lealdade, a boa-fé, a veracidade, a honestidade. Estes valores se vinculam com a liberdade e o querer do agente administrativo pois estão eles adstritos ao exercício da função administrativa, o que pressupõe atuar em conformidade não apenas com a legalidade, mas também em conformidade com as finalidades e interesses públicos de um Estado Democrático de Direito e o regime jurídico administrativo; para que se viole a moralidade administrativa, há de estar envolvido o elemento volitivo, a fim de que seu agir viole não apenas a lei, mas também a moralidade administrativa.

Vislumbra-se que o princípio constitucional da moralidade administrativa, nos moldes como incorporada pela Constituição Federal de 1988, nos artigos 37, *caput* e §4º, bem como art. 5º, inc. LXXIII, refere-se a um princípio de conteúdo jurídico, que

indeterminados, retirados do mundo da cultura. E se assim é, a fixação do sentido e alcance desses conceitos, assim como a avaliação das situações de fato para detectar-se quais delas ficam ou não sob a incidência dessas mesmas normas, não é tarefa que se possa fazer voltando-se as costas para os dados que se deve recolher do próprio mundo da cultura e, portanto, do sentimento ou entendimento que prevaleça em dada sociedade e em dado momento histórico”. (CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*, Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 75).

¹¹⁸Ibidem, p. 102.

compreende valores extraídos de uma ordem moral e que foram juridicizados pela ordem jurídica, constituindo assim o princípio da moralidade administrativa.

Em síntese,

a moralidade administrativa tem conteúdo jurídico porque compreende valores juridicizados, e tem sentido a expressão moralidade porque os valores juridicizados foram recolhidos de outra ordem normativa do comportamento humano: a ordem moral. Os aspectos jurídicos e morais se fundem, resultando na moralidade jurídica, que é moralidade administrativa quando reportada à Administração Pública.¹¹⁹

Assim, é somente por meio do Direito que o conteúdo da moralidade administrativa pode vincular o agir da Administração Pública como um todo. A consequência disto é que somente haverá violação da moralidade administrativa se houver lesão ao Direito que caracterize também ofensa ao preceito moral por ele juridicizado.

No mesmo sentido, Carolina Zancaner Zockun defende que, em se tratando de moral jurídica, esta somente existirá dentro do Direito positivo, não se cogitando qualquer força coercitiva aos preceitos e regras de moral comum. Diante disto, é a moralidade administrativa um princípio vinculado de forma intrínseca ao da legalidade, pois é este quem define a substância dos valores que deve se pautar.¹²⁰

Portanto, vê-se que a Constituição, ao inserir o princípio da moralidade administrativa como de estrita observância à Administração Pública, obriga o jurista a observá-lo tal como consagrado na ordem normativa, e não em regras morais não institucionalizadas, por sua intrínseca relatividade que compromete a segurança jurídica necessária à consecução das finalidades estatais.

Entende-se, na esteira de Cammarosano, que a moralidade administrativa não pode possuir um conteúdo jurídico autônomo, estando associada à legalidade em sentido amplo, entendimento perfeitamente compatível com a leitura ditada pelo Estado Democrático de Direito.

¹¹⁹ CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*, Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 113.

¹²⁰ ZOCKUN, Carolina Zancaner. Princípio da moralidade: algumas considerações. In: PIRES, Luís Manoel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 43-44.

2.3 Forma qualificada de moralidade administrativa: a probidade administrativa

Até aqui se ocupou de tratar do princípio da moralidade administrativa. No entanto, há de se resgatar que no capítulo precedente a pesquisa logrou por identificar nas Constituições anteriores à Carta de 1988 diversos dispositivos em que se buscava garantir tanto a “probidade da Administração” quanto a guarda e emprego do patrimônio público sem, contudo, que viesse a esclarecer qual o conteúdo de “probidade”.

Segundo o dicionário Aulete, o vernáculo “probidade” advém de “probo”, latim *probitatis*, e significa qualidade de probo, retidão de caráter, honestidade. Já o vernáculo “probidade administrativa” quer significar conduta honesta e íntegra de funcionários públicos na gestão da coisa pública.¹²¹

Também a Constituição da República dispôs sobre a proteção da probidade administrativa que se traduz em garantia de exercício dos direitos políticos, e a sua violação acarreta perda de função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento do Erário, conforme previsto no §4º do art. 37 (“os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento do erário, na forma e gradação, previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”); no artigo 14, §9º, em que se resguarda a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, colocando-a como condição para que o cidadão possa exercer seu direito político de se eleger e permanecer no mandato e estabelecendo que “a lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cassação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato”. Por fim, há previsão do art. 85, dispondo serem crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e a “probidade na administração” (inc. V).

Desta sorte, atos de improbidade, ou seja, que violam a probidade administrativa, na esteira do que ocorre com a moralidade administrativa, não ensejam apenas invalidade. Acarretam, sim, sanções severas que atingem a esfera de direitos políticos dos cidadãos, como perda e suspensão do mandato ou função pública,

¹²¹ Disponível em: <http://www.aulete.com.br/probidade>. Acesso em: 21 nov. 2015.

indisponibilidade de bens etc. Desta maneira, em que se constitui a (im)probidade administrativa?

Segundo Márcio Cammarosano, a improbidade administrativa constitui-se na “forma qualificada de ilegalidade ou imoralidade. Todavia, a forma qualificada está vinculada à noção de desvio de finalidade, a impossibilita a modalidade culposa do agente”. Ou seja, mais grave que a violação à moralidade, encontra-se a violação à probidade administrativa.¹²²

O constitucionalista José Afonso da Silva, valendo-se da lição de Marcello Caetano, coloca a probidade administrativa nos seguintes termos, que merecem literal transcrição:

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão dos direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de “funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”. O desrespeito a esse dever caracteriza improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem.¹²³

Marcelo de Figueiredo aponta que no cerne da questão da probidade administrativa encontra-se a preocupação constitucional com a “lisura dos negócios públicos, com o desempenho lícito, legítimo, honesto, reto, na condução, direção e desenvolvimento da Administração”.¹²⁴ Aponta ainda que a improbidade gera a violação da moralidade, que por sua vez gera uma sanção, a cominação da imoralidade nas funções estatais.

¹²² “Também entendemos, como Marcelo Figueiredo e José Afonso da Silva que a improbidade é a imoralidade administrativa especialmente qualificada, e que a relação é entre conteúdo e continente, de sorte que toda improbidade constitui ofensa à moralidade administrativa, mas não basta, *ipso facto*, se tenha também como caracterizada aquela. A Constituição não define os comportamentos qualificáveis como improbidade administrativa. É certo, todavia, que implicando sanções das mais severas, a definição dos comportamentos que mereçam referida qualificação cabe à lei, observados os parâmetros semânticos que se deve extrair do próprio sistema constitucional”. (CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*, Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 109).

¹²³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 680.

¹²⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003, p.48.

Por isso mesmo, diante das sanções que a violação à probidade acarreta e por força dos princípios da segurança jurídica e da legalidade (art. 5º, XXXIX), mister se faz que haja previsão legal. Para esta finalidade é que se editou a Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), dispondo sobre as sanções civis aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional. Também restou estabelecidas regras de direito processual em matéria de improbidade administrativa.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 8.429/1992 revogou-se expressamente a Lei n.º 3.164/1957, que, nos termos do artigo 141, §31, “segunda parte” da Constituição de 1946, regulava o sequestro e perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica. As medidas desta lei eram adotadas no âmbito do juízo civil, sem prejuízo da responsabilidade criminal, e podiam ser promovidas tanto pelo Ministério Público quanto por “qualquer pessoa do povo” (art. 1º).

A Lei n.º 3.502/1958, também revogada pela Lei n.º 8.429/1992, estabelecia então quais as hipóteses de enriquecimento ilícito, exigindo prova de que as pessoas envolvidas eram servidores públicos, dirigentes ou empregados de autarquias. Além disso, equiparava todas as hipóteses de enriquecimento ilícito a crimes contra a administração e ao patrimônio público.¹²⁵

¹²⁵ Lei n.º 3.502/1958. Art. 1º O servidor público, ou o dirigente, ou o empregado de autarquia que, por influência ou abuso de cargo ou função, se beneficiar de enriquecimento ilícito ficará sujeito ao sequestro e perda dos respectivos bens ou valores. § 1º A expressão servidor público compreende todas as pessoas que exercem na União, nos Estados, nos Territórios, no Distrito Federal e nos municípios, quaisquer cargos funções ou empregos, civis ou militares, quer sejam eletivos quer de nomeação ou contrato, nos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário. § 2º Equipara-se ao dirigente ou empregado de autarquia, para os fins da presente lei, o dirigente ou empregado de sociedade de economia mista, de fundação instituída pelo Poder Público, de empresa incorporada ao patrimônio público, ou de entidade que receba e aplique contribuições parafiscais.

Art. 2º Constituem casos de enriquecimento ilícito, para os fins desta lei: a) a incorporação ao patrimônio privado, sem as formalidades previstas em leis, regulamentos estatutos ou em normas gerais e sem a indenização correspondente, de bens ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º e seus parágrafos; b) a doação de valores ou bens do patrimônio das entidades mencionadas no art. 1º e seus parágrafos a indivíduos ou instituições privadas, ainda que de fins assistenciais ou educativos, desde que feita sem publicidade e sem autorização prévia do órgão que tenha competência expressa para deliberar a esse respeito; c) o recebimento de dinheiro, de bem móvel ou imóvel, ou de qualquer outra vantagem econômica, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente; d) a percepção de vantagem econômica por meio de alienação de bem móvel ou imóvel, por valor sensivelmente superior ao corrente no mercado ou ao seu valor real; e) a obtenção de vantagem econômica por meio da aquisição de bem móvel ou imóvel por preço sensivelmente inferior ao corrente no mercado ou ao seu valor real; f) a utilização em obras ou serviços de natureza privada de veículos máquinas e materiais de qualquer natureza de propriedade da União, Estado, Município,

Os atos de improbidade administrativa somente podem ser aqueles previstos na Lei n.º 8.429/1992, cuja violação acarretará as sanções previstas na lei, e que possuem natureza civil. A lei delinea três tipos de atos de improbidade: (i) atos de improbidade administrativa que importam o enriquecimento ilícito; (ii) atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; (iii) atos de improbidade administrativa que importam em violação contra os princípios da Administração Pública, elencados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Estas hipóteses encontram-se todas elencadas, respectivamente, nos artigos 9 a 11 da Lei de Improbidade Administrativa, em cujos incisos encontram-se as figuras típicas dos ilícitos. As sanções estão cominadas no artigo 12; tratam-se de sanções de extrema gravidade ao exercício dos direitos dos agentes públicos e àqueles equiparados, e compreendem a uma reparação civil, perda de bens, perda de função pública, suspensão de direitos civis, multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais e creditícios.¹²⁶

Percebe-se, portanto, que em matéria de probidade administrativa, pela gravidade de sua violação à ordem jurídica e à condução da lisura na gestão da coisa pública, sempre houve a preocupação tanto do constituinte quanto do legislador

entidade autárquica, sociedade de economia, mista, fundação de direito público, empresa incorporada ao patrimônio da União ou entidade que receba e aplique contribuições parafiscais e, bem assim, a dos serviços de servidores públicos, ou de empregados e operários de qualquer dessas entidades.

Parágrafo único. Para a caracterização do enriquecimento ilícito, previsto nas letras a, b, c, d, e e f deste artigo, deverá ser feita a prova de que o responsável pela doação (letra b) ou o beneficiário (letras a, c, d, e e f) está incluído entre as pessoas indicadas no art. 1º e seus parágrafos e ainda: 1) no caso da letra b, a de que o doador tem interesse político ou de outra natureza que direta ou indiretamente, possa ser ou haja sido beneficiado pelo seu ato; 2) nos casos das letras c, d e e, a de que o doador (letra c), o adquirente (letra d) ou o alienante (letra e) tem interesse que possa ser atingido ou que tenha sido amparado por despacho, decisão, voto, sentença, deliberação, nomeação, contrato, informação, laudo pericial, medição, declaração, parecer, licença, concessão, tolerância, autorização ou ordem de qualquer natureza, verbal, escrita ou tácita, do beneficiário.

Art. 3º Constitui também enriquecimento ilícito, qualquer dos fatos mencionados nas letras c e e do artigo 2º, quando praticado por quem, em razão de influência política funcional ou pessoal, intervenha junto às pessoas indicadas no art. 1º e seus parágrafos, para delas obter a, prática de algum dos atos funcionais citados em favor de terceiro.

Art. 4º O enriquecimento ilícito definido nos termos desta lei, equipara-se aos crimes contra a administração e o patrimônio público, sujeitando os responsáveis ao processo criminal e à imposição de penas, na forma das leis penais em vigor. Parágrafo único. É igualmente enriquecimento ilícito o que resultar de: a) tolerância ou autorização ou ordem verbal, escrita ou tácita, para a exploração de jogos de azar ou de lenocínio; b) declaração falsa em medição de serviços de construção de estradas ou de obras públicas, executados pelo Poder Público ou por tarefeiros empreiteiros, subempreiteiros ou concessionários; c) declaração falsa sobre quantidade, peso, qualidade ou características de mercadorias ou bens entregues a serviço público, autarquia, sociedade de economia mista, fundação instituída pelo Poder Público, empresa incorporada ao patrimônio público ou entidade que receba e aplique contribuições parafiscais ou de qualquer deles recebidas. [...].

¹²⁶ O tema será melhor abordado no capítulo 3, item 3.4.3 adiante.

ordinário em resguardá-la, de modo que a sua violação implicasse em sérias sanções na esfera da liberdade pessoal do agente público envolvido¹²⁷.

Em síntese, para os fins que o trabalho pretende, falar em probidade administrativa é ter-se em conta que se está a referir a um ato que deve atender à legalidade, à moralidade administrativa qualificada nos termos que a Lei de Improbidade Administrativa prescreve, devido à proteção qualificada que a Constituição lhe reserva, o que se percebe pela gravidade de sanções que a lei reserva aos atos de improbidade administrativa.

2.4 Considerações gerais

A inserção do princípio da moralidade administrativa traduziu-se em inovação na ordem jurídica, uma vez que este princípio passou a ser protegido via propositura de ação popular por qualquer cidadão que tenha conhecimento de ato que viole a moralidade administrativa.

Em que pese a divergência doutrinária suscitada em torno de atribuição ao conteúdo jurídico do princípio, adota-se como mais adequada a posição esposada por Márcio Cammarosano, que admite ser a moralidade administrativa um princípio cujo conteúdo está referido a valores que foram juridicizados pela ordem jurídica, tratando-se, portanto, de uma “moral jurídica”, a fim de se garantir a segurança jurídica, nos termos em que devem os institutos estatais serem compreendidos, à luz do Estado Democrático de Direito e do regime jurídico administrativo.

Diferenciam-se, ainda, a legalidade, moralidade administrativa e a probidade administrativa, a fim de que se possa proceder ao escopo final deste trabalho: em que

¹²⁷ “A proteção à probidade na Administração Pública é preocupação antiga. O direito penal de há muito vem criando tipos delituosos destinados à sua tutela, servindo de eloquentes exemplos o peculato, a concussão, a corrupção passiva, a prevaricação, entre outros tantos, todos puníveis com penas privativas de liberdade. De outra parte, as leis disciplinadoras da atuação dos servidores públicos – os denominados “estatutos funcionais” – da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios sempre foram pródigas em enunciar hipóteses de ilícitos administrativos denominados faltas disciplinares, destinados a preservar a regularidade, a seriedade e a lisura no funcionamento da Administração Pública, cominando-lhes sanções que variam, segundo sua gravidade, da simples advertência à demissão a bem do serviço público. Paralelamente a essas regras de cunho penal ou administrativo sempre se previu e proclamou a responsabilidade civil dos agentes públicos por seus atos ilegítimos, dolosos ou culposos, que causam danos ao erário”. (PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 13).

consiste o controle sob a ótica da moralidade administrativa e, por consequência, da improbidade administrativa, que a difere do controle sob a ótica da mera legalidade?

3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: ASPECTOS DE CONTROLE DA ATIVIDADE CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Entende-se que é a partir da adoção de determinada compreensão do conteúdo do princípio moralidade administrativa que o controle da Administração, sob este aspecto, pode ocorrer. Por este motivo, os capítulos I e II se ocuparam em demonstrar as origens da noção de moralidade administrativa, expondo suas principais linhas até a inserção pela doutrina brasileira, que posteriormente a Constituição passou a juridicizar, transformando moralidade administrativa em princípio jurídico.

A submissão da Administração Pública ao Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, ao regime jurídico administrativo, não oferece maiores dúvidas quanto ao controle da atividade contratual do Estado sob o aspecto do princípio da moralidade administrativa: a questão foi definitivamente pacificada com a Constituição de 1988 e com a submissão da Administração Pública aos princípios insculpidos no *caput* do artigo 37, dentre eles, o da moralidade administrativa.

Nos últimos decênios, observa-se uma Administração Pública que, com a finalidade de cumprir suas funções, utiliza-se cada vez mais dos particulares para realizar obras de infraestrutura e prestação de serviços públicos. Para tanto, houve um incremento da atividade contratual administrativa, onde o Estado busca escolher as melhores propostas para os fins pretendidos, o que se inicia com um procedimento administrativo e culmina com a celebração de contratos da Administração, quer sejam administrativos, quer sejam de direito privado.

Por envolverem vultosas quantias, via de regra, vislumbra-se que a atividade contratual administrativa sempre deu ensejo à atuação desvirtuada daqueles que buscam auferir vantagens pessoais em detrimento do interesse público envolvido, gerando, por vezes, prejuízos irrecuperáveis para o Erário e por consequência, para a sociedade como um todo.

Neste sentido já alertou Joel Menezes Niebuhr que:

A Administração Pública, para cumprir suas funções, atua nos mais variados segmentos [...]. Em que pese isto, ela não é autossuficiente, ela não produz nem realiza, por si só, tudo aquilo de que precisa para dispor para curar do interesse público. Então, ela se vê forçada a interagir, de maneira consensual, com terceiros, para o efeito de

receber deles os préstimos de que necessita, o que é realizado mediante a celebração de variados contratos administrativos. Os contratos administrativos produzem consideráveis benefícios econômicos aos contratados, o que atrai a atenção de corruptos e corruptores, cujos propósitos visam a auferir vantagens pessoais em detrimento da coletividade, para o que se valem dos mais sórdidos expedientes. O resultado disso implica celebração de contratos direcionados, sem competitividade, flagrantemente desvantajosos para a Administração Pública, na medida em que são mais onerosos do que os praticados entre os entes privados, e em que, frequentemente, envolvem objetos de qualidade duvidosa. A corrupção, quase endêmica, especialmente no Brasil, senão em toda a América Latina, é fato que não pode ser relegado a segundo plano. E, diga-se de passagem, entre todas as matérias insertas no Direito Administrativo, a referente a contratos administrativos é a mais suscetível à corrupção, pois nela a Administração é compelida a interagir consensualmente com terceiros, cuja vontade é elemento inarredável para a formação do vínculo e, até mesmo, para a disposição das obrigações a serem criados. Ademais, os contratos administrativos redundam, usualmente, na transferência de vultuoso montante pecuniário aos contratados, terceiros que são estranhos à Administração. Portanto, os contratos se entremostam como o meio mais eficaz de, através de perversões e desvirtuamentos, transferir ilicitamente dinheiro da esfera pública para a privada.¹²⁸

Em outras palavras, a atividade contratual da Administração Pública, se conduzida de forma alheia àquelas garantias que o regime jurídico-administrativo imposto pelo Estado Democrático de Direito, transforma-se em campo fértil para prática da corrupção (em seu termo amplo), justificando-se o controle desta atividade de forma incisiva, quer seja sob a ótica do princípio da legalidade, quer seja sob a ótica do princípio da moralidade administrativa e, conseqüentemente, da probidade administrativa.

Logrou-se demonstrar no Capítulo I, item 1.3, que a moralidade administrativa foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela primeira vez através do Decreto n.º 19.398/1930, de equivalência constitucional, o qual foi pioneiro em estabelecer o controle dos contratos de concessão e outras outorgas até então celebrados sob a ótica da moralidade administrativa.

Assim, antes que se passe à análise dos aspectos referentes ao controle da atividade contratual sob a égide da Constituição da República, cumpre analisar no que consiste a atividade contratual para fins desta pesquisa, bem como analisar alguns

¹²⁸ NIEBUHR, Joel Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p.12-13.

contratos administrativos que foram submetidos ao controle pelo Estado, ainda na década de 1930 do século XX.

3.1 Atividade contratual da Administração Pública

3.1.1. Breve esboço histórico: origens da atividade contratual e a figura do contrato administrativo

A atividade contratual encontra-se no cerne da função administrativa exercida pelo Estado, e por certo, também se submete aos mecanismos de controle. As origens da atividade contratual administrativa remontam à Antiguidade Clássica, contudo, a ideia de associação do particular à realização do interesse público desenvolveu-se somente a partir do século XIX, com o surgimento do Estado de Direito liberal.¹²⁹

A autora portuguesa Maria João Estorninho debruçou-se sobre o estudo das origens da atividade contratual administrativa, que se desenvolveu a partir de três fatores: o predomínio das ideias liberais, de caráter individualista e abstencionista, a penúria financeira da Administração e o caráter aleatório dos empreendimentos.¹³⁰ E apontou dois motivos pelos quais houve o desenvolvimento desta atividade. Primeiro, fala-se em incremento da atividade contratual do Estado devido à necessidade de haver obras e bens de que a Administração ou não conseguia obter por si própria ou que julgava poder obter por preço inferior se os adquirisse através de empreiteiros e fornecedores particulares. Depois, a Administração Pública recorreu-se aos particulares para o desempenho de atividades de prestação de serviços públicos.¹³¹

Muito contribuiu para o desenvolvimento da atividade contratual o movimento científico e tecnológico em curso na Europa do século XIX (Revolução Industrial), que propiciou grandes progressos materiais levando os particulares a assumirem riscos e encargos de certos empreendimentos. Neste contexto é que surgem os contratos de

¹²⁹ Confira-se, a respeito das antigas raízes da atividade contratual administrativa: ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação sustentável*. Coimbra, 2014, nota de rodapé n. 6, p.13-15.

¹³⁰ ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação sustentável*. Coimbra, 2014, p.17.

¹³¹ *Ibidem*, p. 15-16.

concessão de serviços públicos, verificando-se um fenômeno de substituição da Administração Pública pelos particulares, quer seja através de construção de novas infraestruturas (linhas férreas, redes de abastecimento de água, sistema de iluminação pública e de comunicações), quer seja através da prestação de serviços públicos com base nestas infraestruturas. Sob o ponto de vista do concessionário, os contratos de concessão eram tidos como verdadeiro ato constitutivo de direitos; já para a Administração, o contrato de concessão revelava-se como modo de execução de tarefas públicas.¹³²

A atividade contratual da Administração Pública, em termos dogmáticos, acabou por ser suplantada pela ideia em voga na doutrina administrativista, que privilegiava o ato administrativo e o recurso contencioso de anulação. O fato de os contratos de concessão inicialmente serem celebrados como contratos de direito privado colocava entraves à realização do interesse público, uma vez que sua rigidez favorecia os contratantes privados e impediam a sua atualização em favor daqueles interesses. Desenvolve-se então a teoria do contrato administrativo na França, onde a ideia de regime jurídico exorbitante em relação ao Direito Privado

foi concebido precisamente em nome desse mesmo interesse público, e da necessidade de conciliar o consenso subjacente ao contrato e a prossecução do interesse público por parte da Administração, à qual são reconhecidos determinados poderes de autoridade, especialmente no que diz respeito à execução do contrato.¹³³

A edificação dos elementos da teoria do contrato administrativo foi jurisprudencial, assim como a definição do regime jurídico aplicável aos contratos celebrados pela Administração. Fernando Dias Menezes de Almeida analisa a formulação pela doutrina francesa de contrato administrativo e observa que é somente após a existência de posicionamento jurisprudencial que a doutrina passara a discutir a teoria do contrato administrativo.¹³⁴ Atribui-se à Gaston Jèze a consolidação da noção, segundo a qual o contrato administrativo pode ser definido como um procedimento de técnica jurídica posto à disposição dos agentes públicos para assegurar o funcionamento regular e contínuo dos serviços públicos, com objetivo de

¹³² ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação sustentável*. Coimbra, 2014, p. 16-17.

¹³³ *Ibidem*, p.20.

¹³⁴ Confira-se a análise dos julgados do Conselho de Estado na França em: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 127-131.

atender a um interesse público, motivo pelo qual o procedimento técnico especial foi imaginado e pode ser utilizado. Parte sua noção do princípio fundamental, que diz respeito à boa-fé e à palavra dada, o que significa compreender que o fato de a Administração Pública dispor de prerrogativas não pode ser um pretexto para que aja de má-fé ou que não respeite a palavra dada. Os contratos administrativos, neste passo, estão sujeitos a um regime administrativo especial, onde, em linhas gerais: (i) o contratante torna-se um colaborador da administração para o funcionamento do serviço públicos, devendo, por consequência, cumprir suas obrigações segundo regras mais estritas; (ii) o interesse geral do funcionamento regular do serviço público não deve ser comprometido pelo interesse privado do contratante; (iii) o cumprimento das obrigações deve ser tal de forma a não comprometer o funcionamento contínuo e regular do serviço público; (iv) a obrigação não precisa ser extraída de norma expressa de lei ou de cláusula contratual, e sim da noção de serviço público; (v) o atendimento regular e contínuo do serviço público impõe à Administração e ao particular que com ele colaborar certas obrigações, as quais o contrato deve prever e, caso não preveja expressamente certos aspectos, deve o contrato ser interpretado de modo a serem considerados incluídos, ainda que para tanto a remuneração do particular contratante deva ser ratificada, para fins de atendimento do serviço público e ao respeito à boa-fé que deve reger a relação contratual.¹³⁵

No que diz respeito ao regime de execução dos contratos administrativos, Jèze prossegue, abordando aspectos referentes à possibilidade de alteração e rescisão unilateral dos contratos pela Administração, com a contrapartida financeira para a outra parte contratante, e sobre a aplicação da teoria da imprevisão e utilização da cláusula *rebus sic stantibus* e termina por formular mais quatro proposições a reger a matéria: (i) o contratante privado deve cumprir as prestações fixadas contratualmente mesmo ante a superveniência de eventos econômicos excepcionais, imprevisíveis e independente da vontade das partes, que afetem a economia dos contratos; (ii) esta obrigação somente cessara se da situação ocorrer uma impossibilidade matéria absoluta de execução, e nesse caso restar-se-ia configurada força maior; (iii) excetuando a força maior, a interrupção do serviço público pelo contratante privado configura-se falta grave, sujeitando-se a sanções, incluindo-se a indenização ou

¹³⁵ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 142-148.

rescisão do contrato por falta do contratante; (iv) no caso de o contratante cumprir as prestações ante a superveniência de eventos excepcionais, imprevisíveis, terá o direito de exigir que a Administração participe nas perdas do negócio.¹³⁶

Registre-se ainda a contribuição da Alemanha na elaboração de uma teoria dos contratos públicos. Na doutrina alemã, o responsável pela teorização do contrato de Direito Público como uma espécie da categoria geral do contrato foi Laband, com a publicação do Livro *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, em 1876. O administrativista alemão compreendia as relações entre autoridade e particular sob bases paritárias e contratualistas, estendendo ao Direito Público o contrato para fundamentar os atos consensuais. Até então o particular encontrava-se na posição de súdito, e não de parte¹³⁷. Oposto a este pensamento, firmou-se logo uma posição anticontratualista, a qual entendia não ser possível uma atividade contratual entre autoridade e particular, vez que inexistia igualdade entre as partes, por consequência não se podia então haver o instituto jurídico do contrato.

Para Otto Mayer, a compreensão das relações autoridade e particular dava-se sob o enfoque supremacia do Estado: Estado e particular não se igualam. Sua teoria estava inserida em um contexto de Estado Liberal, com a presença de uma Administração repressiva, onde havia uma autoridade concebida para limitar a liberdade individual na legalidade. Sendo assim, havia incompatibilidade entre Direito Público e módulos contratuais do Direito Civil pelo fato de inexistir paridade entre as partes. A inadequação do contrato para a Administração Pública constituía um ponto central, porque o mestre alemão entendia que a consolidação de um verdadeiro Estado de Direito dependia da construção de um direito especificamente público, emancipado do arbítrio do soberano e das formas jusprivatísticas, dominantes no Estado de Polícia: um verdadeiro contrato entre Administração e particular não seria possível porque o Estado não poderia se colocar no mesmo plano do particular; neste contexto, a relação jurídica tomava a forma de um ato administrativo¹³⁸.

Após a Primeira Guerra Mundial, a realidade que se sucedeu foi a de uma Administração cada vez mais comprometida com prestação de serviços à

¹³⁶ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 150.

¹³⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 167.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 167-170

comunidade. Neste contexto, o alemão Apelt publicou uma monografia, propondo que o contrato de Direito Público passasse da perspectiva de supremacia/sujeição para ser compreendido como *meio de regulação* de interesses recíprocos. Esta concepção radicou a obrigatoriedade do contrato ao princípio do *pacta sunt servanda* limitado, no Direito Público interno, à cláusula *rebus sic stantibus* para salvaguardar interesses públicos¹³⁹.

No entanto, somente após Segunda Guerra Mundial é que a discussão sobre contrato de Direito Público ganhou impulso, com doutrina favorável à sua admissão, destacando-se a teoria de Ipsen (em obra de 1956), que criou a figura da “Zweistufentheorie” para explicar as relações jurídicas Administração e particulares que comportavam obrigações recíprocas entre as partes: a relação jurídica entre Administração e particulares seria um módulo composto porque instaurada por um ato administrativo unilateral e regulada, nos aspectos ligados ao seu desenvolvimento, por um contrato de Direito Privado. O interesse público estava salvaguardado porque o ato administrativo unilateral tem primazia sobre o contrato de direito privado; tratava-se de um contrato de Direito Privado gravado a um ato administrativo¹⁴⁰.

Ao contrário da doutrina favorável à admissão do contrato de Direito Público, nos anos 1960 Bullinger defendeu que a autoridade administrativa deveria atuar no âmbito da atividade comercial e empresarial segundo as regras do Direito Privado, excluindo nitidamente o recurso ao módulo contratual na atividade de Direito Público (a justificativa se encontrava na exigência própria do Estado de Direito de reforçar o vínculo da Administração Pública à lei)¹⁴¹.

Mais recentemente cabe destaque à “teoria das modulações” de Eduardo García de Enterría, que contribuiu para construção teórica do contrato administrativo, cuja premissa básica é a de que as instituições do Direito Administrativo não precisam ser substancialmente equivalentes àsquelas do Direito Civil e firma um postulado básico:

a presença da Administração Pública implica modulação geral em toda classe de contratos no tocante ao seu procedimento de formação: habilitação prévia, aprovação do contrato, modos de conclusão,

¹³⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 170

¹⁴⁰ Ibidem, p. 171.

¹⁴¹ Ibidem, p. 171.

elaboração das cláusulas contratuais, formação da vontade administrativa.¹⁴²

Ainda tratando das modulações, Enterría distingue as derrogações das normas contratuais comuns das da diferente função que cumpre a noção de ordem pública como limite à licitude dos pactos e as prerrogativas do Poder Público – as chamadas cláusulas exorbitantes, “consectárias do formidável privilégio da decisão unilateral e execução prévia anterior ao conhecimento judicial impondo ao particular contratado o ônus da impugnação judicial”¹⁴³.

Vislumbra-se, portanto, uma teoria do contrato administrativo que veio a delinear o regime jurídico especial que incidia sobre estes contratos, diferenciando-os daqueles contratos de Direito Privado, cujo objetivo era assegurar a prestação de serviços públicos através do contratante colaborador particular. De toda forma, o que cumpre ter em mente é que a atividade contratual administrativa propiciou uma teoria do contrato administrativo, com vistas a permitir um instrumento de efetividade da consecução dos interesses públicos.

3.1.2. Atividade contratual da Administração Pública na ordem jurídica brasileira

A atividade contratual da Administração Pública, ou contratação pública, quer dizer respeito àquela função que o Estado exerce com a finalidade de adquirir bens e promover os serviços públicos. Para tanto, o Estado adota um procedimento, que culminará, em regra, com a celebração de um contrato da Administração.

O Brasil adotou um modelo de contratos administrativos de matriz francesa, em que o critério distintivo utilizado pela doutrina para diferenciá-los dos contratos de direito privado é o das cláusulas exorbitantes. Não se pretende aqui apresentar todas as modalidades de contratos celebrados pela Administração, bastando, para os fins pretendidos pelo trabalho, debruçar-se sobre as principais características inerentes

¹⁴² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 172-173.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 173.

aos contratos administrativos, bem como delinear o regime jurídico incidente na atividade contratual administrativa, vista como um todo.

A ordem jurídica brasileira delimita a atuação da Administração Pública no contexto do Estado Democrático de Direito e à submissão ao regime jurídico administrativo, conforme item 2.1.2 do Capítulo II. No que concerne à atividade contratual, encontra-se igualmente inserida nesta ordem, e deve ser compreendida de forma sistêmica: a atividade contratual é uma realidade jurídica ampla, que compreende o planejamento do que se quer contratar, a seleção da melhor proposta, a celebração do contrato e, por fim, a sua execução e gestão.

A norma constitucional determina que:

Art. 37, XXI: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Esta exigência também se estende às concessões e permissões, que deverão ser precedidas de licitação nos termos do que consigna o artigo 175 da Constituição Federal. Nesta ordem, o artigo 22, inciso XXVII dispõe que compete privativamente à União legislar sobre as normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, “obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III”.

Por sua obrigatoriedade previa a toda e qualquer celebração de contratos, as normas gerais de licitação, vigentes em todo o país, encontram-se dispostas na Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos)¹⁴⁴, bem como na Lei

¹⁴⁴ Atualmente encontra-se em tramitação o Projeto de Lei do Senado n.º 559, de 2013, de autoria da Comissão de Modernização da Lei de Licitações e Contratos. O PLS 559/2013 estabelecerá novas normas gerais de licitações e contratos administrativos no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e revogará a Lei n.º 8.666/1993, a Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002 (que instituiu a modalidade de pregão nas licitações) e os artigos 1 a 47 da Lei n.º 12.462, de 4 de agosto de 2011 (Regime Diferenciado de Contratações – RDC). (Projeto da nova lei de licitações, da Comissão Temporária de modernização da Lei de Licitações e Contratos). Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>. Acesso em: 10 jan. 2016.

n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, que devem ser observadas pelas entidades da Administração Pública para fins de aquisição de bens e serviços comuns. A par disto, a contratação pública também rege-se pela Lei n.º 8.987 de 13 de fevereiro de 1995 no caso de prestação de serviços públicos sob o regime de concessão e permissão, nos moldes do que dispôs o art. 175 da Constituição; Lei n. 11.079 de 30 de dezembro de 2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas); Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 (Regime Diferenciado de Contratações – RDC), etc.

A atividade contratual da administração encontra-se inserida na ideia de processo administrativo, uma vez que é através dele que se estrutura, desenvolve-se e atinge sua finalidade, consistindo em um conjunto de fases, etapas e atos estruturados de forma lógica. Através deste processo a Administração pode identificar sua necessidade e demanda, de maneira a definir o encargo desejado, minimizar seus riscos e selecionar de forma isonômica a pessoa mais apta a satisfazer suas necessidades na consecução das finalidades públicas objeto de um contrato.¹⁴⁵

Para os fins pretendidos neste trabalho, cumpre assinalar que as normas gerais de licitações previstas na Lei n.º 8666/1993 são consideradas de observância obrigatória. A doutrina define licitação como sendo o certame através do qual

as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.¹⁴⁶

E ainda:

É o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.¹⁴⁷

¹⁴⁵ MENDES, Renato Geraldo. *O processo de contratação pública: fases, etapas e atos*. Curitiba: Zênite, 2012, p. 23-25.

¹⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 532.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 534.

A licitação, enquanto um procedimento administrativo, pretende assegurar o negócio mais vantajoso para a Administração, proporcionando aos interessados igualdade de disputa, a fim de promover o desenvolvimento nacional sustentável. Ainda, pretende a proteção dos interesses e recursos públicos, e à obediência às necessidades de probidade administrativa, nos termos do art. 37, *caput* da Constituição.

A Lei n.º 8.666/1993 dispõe sobre as normas gerais que irão reger as licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, subordinando-se ao regime da lei os órgãos da Administração Direita, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, sociedade de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (artigo 1º e parágrafo único). Tais normas consistem em princípios, fundamentos, diretrizes e critérios básicos que as leis que a sucederem deverão obedecer. Há também preceitos que podem ser aplicados em todo o país e, por fim, há a fixação de normas gerais que visam a garantir padrões mínimos de defesa do interesse público concernente àquelas matérias em que tais padrões deveriam estar assegurados em todos o país, sob pena de ditos interesses ficarem à míngua de proteção.¹⁴⁸

A licitação deverá ser conduzida de tal forma a garantir a observância de princípios, tais como o da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento sustentável, devendo ser processada e julgada em conformidade com os princípios da Administração elencados no artigo 37, *caput* da Constituição, bem como o da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos (art. 3º da Lei). Ressalte-se que a lei garantem àqueles que participem da licitação o direito público subjetivo de fiel observância do pertinente procedimento estabelecido pela Lei, sendo este caracterizado como ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública. (art. 4º e parágrafo único da Lei). Disto decorre que os atos decorrentes do procedimento estabelecido na Lei

¹⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 540-541.

encontram-se sujeitos à sindicabilidade jurisdicional, como forma de assegurar a todos os princípios assinalados pela Lei.¹⁴⁹

Para o atendimento às finalidades para as quais foi concebida, a licitação deve atender a pressupostos, que a doutrina aponta ser de três ordens. Primeiro, o pressuposto lógico, que consiste na existência de uma pluralidade de objetos e de uma pluralidade de ofertantes. Em segundo, fala-se do pressuposto jurídico, que é aquele que, diante do fato concreto, a licitação possa se constituir em meio apto para a Administração acudir ao interesse que deve prover. Por fim, o pressuposto fático é aquele que diz respeito à existência de interessados para a disputa da licitação.¹⁵⁰

Em que pese a obrigatoriedade do procedimento licitatório, há de se observar que a Lei n.º 8.666/1993 estabelece exceções, casos em que haverá a dispensa ou inexigibilidade de licitação. Em tais hipóteses, há inviabilidade lógica da ocorrência do certame, seja pelo fato de o objeto pretendido ser singular, sem equivalentes, seja pelo fato de haver apenas um ofertante, um fornecedor exclusivo.

Nos casos de dispensa de licitação, a Lei n.º 8.666/1993 prevê no art. 24 quais são os casos em que a licitação será dispensável; nestas hipóteses a licitação seria possível, no entanto, razões de interesse público se justificam a fim de que não se realize. O rol é taxativo, sendo que somente aqueles previstos no dispositivo da lei são passíveis de dispensa, tais como: nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem (inc. III); nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens,

¹⁴⁹ Compreende-se que, por ser um processo administrativo, há de se ter conta a Lei n.º 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo), que estabelece as diretrizes a serem observadas nos processos administrativos, de observância subsidiária: atuação conforme a lei e o Direito; atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades; atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição; adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

¹⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 551-552.

públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos (inc. IV); quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas (inc. V); para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado (inc. VIII); na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos (inc. XIII), dentre outras.

Os casos de inexigibilidade encontram-se previstos no rol do art. 25 da Lei, e se tratam de casos em que a competitividade resulta inviável, razão pela qual as hipóteses previstas neste dispositivo não são exaustivas¹⁵¹. Estas hipóteses de excludentes de licitação suscitam muita discussão, tendo em vista que por vezes os agentes administrativos valem-se da permissividade da lei para desvirtuar sua aplicabilidade, vindo a beneficiar particulares com a celebração de contratos.

De toda a forma, após a conclusão do procedimento licitatório com seleção da proposta mais vantajosa, a Administração está obrigada a contratar. A menos que por

¹⁵¹ Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou Representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes; II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. § 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. § 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

motivo superveniente, devidamente justificado por razões de interesse público, a Administração poderá revogar a licitação, assegurado previamente o contraditório e a ampla defesa, consoante art. 49 da Lei n.º 8.666/1993.¹⁵²

Embora não haja previsão legal, Celso Antônio Bandeira de Mello defende que no caso de revogação lícita, o licitante vencedor tem o direito de ser indenizado pelas despesas em que incorreu para disputar o certame; no caso de ter sido ilicitamente revogada, terá o licitante o direito a uma indenização que venha a ressarcir-lo não somente das despesas efetuadas para disputar o certame como também pelo que perdeu e deixou de ganhar em decorrência do ato ilícito.¹⁵³

Um segundo aspecto a ser abordando quanto à atividade contratual administrativa trata-se da celebração do contrato administrativo (e conseqüentemente, sua execução e gestão). A Lei n.º 8.666/1993 estabelece o regime jurídico dos contratos administrativos, que se regularão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se lhes, de forma supletiva, princípios da teoria geral dos contratos e disposições de direito privado. Mencione-se o fato de que a lei também cuida de contratos que são regidos pelo direito privado, tais como aqueles de seguro, financiamento, locação em que o Poder Público seja locatário, e demais cujo conteúdo seja regido predominantemente por normas de direito privado (art. 62, §3º da Lei).

Para o trabalho basta ter em conta os chamados contratos administrativos. Hely Lopes Meireles os define como sendo o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração.¹⁵⁴ Tem como peculiaridades a presença da Administração Pública como Poder Público contratante; o que confere prerrogativas no contrato,

¹⁵² Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado. § 1º. A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei. § 2º. A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei. § 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa. § 4º. O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

¹⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 621-622.

¹⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.211.

tanto por força de lei quanto por força das cláusulas exorbitantes, possibilitando a alteração e extinção unilateral do vínculo, ressalvadas as condições do contrato e a eventual garantia dos interesses econômicos do contratado.

Celso Antônio Bandeira de Mello pontua que os contratos administrativos se governam pelos princípios específicos de Direito Administrativo e se submetem às regras da mesma espécie, uma vez que

Tais princípios visam a garantir a satisfação do interesse público de tal modo que assujeitam peculiarmente o vínculo ao cabal cumprimento deste desiderato, o que, de resto, como ao diante se verá, em nada compromete os interesses do particular substanciados no ajuste. Conferem à Administração prerrogativas de supremacia, enquanto instrumentais à realização da finalidade pública e na medida em que o sejam, do mesmo passo em que lhe irrogam sujeições típicas, umas e outras armadas ao propósito de acautelarem o interesse público.¹⁵⁵

Portanto, o contrato administrativo, por estar caracterizado pela consecução de um interesse público de um lado e, de outro, pelo particular que postula suprimento de uma pretensão ao lucro, tem em seu regime a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro, consoante os termos dispostos na Lei n.º 8.666/1993: art. 57, §1º¹⁵⁶; art. 58, §§ 1º e 2º¹⁵⁷; e art. 65, II, d, §§5º e 6º¹⁵⁸. Relembre-se que esta garantia tem

¹⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 634

¹⁵⁶ Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: § 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo: I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração; II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato; III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração; IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei; V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência; VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

¹⁵⁷ Art. 58. § 1º. As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado. § 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

¹⁵⁸ Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: II - por acordo das partes: § 5º. Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso. § 6º. Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

resguardo constitucional, no art. 37, XXI, que garante as condições efetivas das propostas. Além disso, há de se ter em consideração o art. 5º, XXXVI, segundo o qual a “lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

As cláusulas exorbitantes, que qualificam o contrato como administrativo ao conferirem à Administração Pública certas prerrogativas, encontram guarida na própria Lei n.º 8.666/1993, tais como: alteração unilateral do contrato, a fim de adequar o contrato às finalidades públicas (art. 65, I); rescisão unilateral (art. 58, II combinado com os arts. 79, I e 78, inc. I a XII e XVII); fiscalização e aplicação de penalidades (art. 67 e art. 87, respectivamente) e anulação, decorrente de seu poder de autotutela.

Desta forma, importa consignar que a atividade contratual pode ser vista sob dois aspectos: preliminarmente, um procedimento administrativo prévio obrigatório que consiste na contratação pública (licitação), que comporta as exceções previstas em lei (inexigibilidade ou dispensa); depois, pode ser vista em um segundo momento, na celebração do contrato, que culminará no gerenciamento e acompanhamento. Toda esta atividade está sujeita a controle tanto pelo Poder Público contratante, quanto pelo particular contratado, conforme será analisado no tópico 3.4 a seguir.

Antes, analisar-se-á, o controle dos contratos e outras outorgas sob a ótica da moralidade administrativa, nos termos do Decreto n.º 19.398/1930.

3.2 O Decreto n.º 19.398/1930: primeiros casos de controle dos contratos administrativos por violação à moralidade administrativa

A partir da publicação do Decreto n.º 19.398/1930¹⁵⁹, institui-se na ordem jurídica brasileira o controle dos contratos da Administração Pública, a ser exercido de forma discricionária pelo chefe do Poder Executivo (art. 1º), anulando-se aqueles contratos que não viessem a atender a dois critérios estabelecidos: o interesse público e a *moralidade administrativa*:

Art. 7º Continuam em inteiro vigor, na forma das leis aplicáveis, as obrigações e os direitos resultantes de contratos, de concessões ou outras outorgas, com a União, os Estados, os municípios, o Distrito Federal e o Território do Acre, salvo os que, submetidos a revisão,

¹⁵⁹Decreto n.º 19.398, de 11 de novembro de 1930. Diário Oficial da União, Poder Executivo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19398.htm. Acesso em: 14 out. 2015.

contravenham ao interesse público e à moralidade administrativa.
[grifo nosso]

No período compreendido entre 1931 e 1934, encontram-se alguns contratos de concessão ou outras outorgas que foram submetidos à revisão e anulação com base no artigo 7º do Decreto n.º 19.398/1930. De maneira geral, observou-se que o chefe do Poder Executivo, junto com o chefe do órgão responsável pelo contrato, procedia à revisão dos contratos valendo-se do procedimento administrativo que o antecedia, determinando sua anulação através da publicação de um decreto¹⁶⁰. Assim é que se pôde localizar tais revisões contratuais, através de pesquisa em antigas publicações na imprensa oficial.¹⁶¹

Tal qual a noção originária de Hauriou, concebida para fins de controle de atos expedidos no exercício de competência discricionária e que não podiam ser submetidos a controle sob o aspecto de sua legalidade, observa-se que a moralidade administrativa inserida na norma de 1930, de equivalência constitucional, serviu de instrumento de controle *a posteriori* de contratos da Administração e não como um princípio norteador da atividade da Administração Pública, de prévia observância.

Feitos estes esclarecimentos iniciais, passa-se à análise destes decretos anulatórios de contratos administrativos e outras outorgas.

160 Em regra, a competência para revisar e anular os contratos de concessão e outras outorgas era do Poder Executivo, na pessoa do Chefe do Governo Provisório (no caso, Getúlio Vargas). A título de exceção, encontramos o Decreto 19.558 de 03/01/1931, que instituiu comissões de sindicância no Ministério da Marinha, presididas e constituídas por oficiais da reserva e da ativa, respectivamente conferindo-lhe poderes para apurar o controle da moralidade administrativa no âmbito de suas repartições (Decreto n.º 19.558, 03/01/1931, Diário Oficial da União, Poder Executivo. O Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil: Considerando que a finalidade máxima da Revolução é a de restaurar, no país, o império da Justiça; Considerando que, para ser essa finalidade atingida, é indispensável, mesmo nos atos de Justiça Primária, não predomine o espírito pernicioso de facções; Considerando, finalmente, que a reputação de chefes, comandantes e oficiais, pela simples razão de terem combatido as ideias revolucionárias ora triunfantes, não pode nem deve estar à mercê das paixões do momento, Resolve: I, que sejam constituídas três comissões de sindicância no Ministério da Marinha; II, que essas comissões sejam presididas por oficiais gerais da reserva de 1ª classe ou reformados, cujo passado na Marinha constitua um atestado vivo de idoneidade moral, técnica e administrativa; III, que esses oficiais gerais indiquem os oficiais da ativa, da reserva ou reformados necessários à constituição das referidas comissões; IV, que as duas primeiras comissões sejam incumbidas de apurar a parte referente à moralidade administrativa, tendo amplos poderes para examinar nas diretorias, repartições, corpos, navios e estabelecimento, tudo que julgar necessário ao bom desempenho da sua missão, e que a terceira seja incumbida de apurar a parte referente aos abusos de autoridade, com jurisdição sobre toda a Marinha. Rio de Janeiro, 3 de janeiro de 1931, 110º da Independência e 43º da República. Getúlio Vargas. Conrado Heek)

¹⁶¹O trabalho de pesquisa e identificação de tais decretos foi instrumentalizado pela busca em sítios eletrônicos, tendo contribuído decisivamente as informações disponíveis no Portal da Legislação. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/index.php>. Acesso em: 19 out. 2015.

3.2.1 Decreto n.º 19.912/1931¹⁶²

No primeiro caso, o Poder Executivo determinou a anulação de um contrato de cessão por aforamento de um terreno em área portuária para estabelecimento de frigorífico.

Da revisão do processo de contratação, verificou-se, nos fatos, que um particular inicialmente requerera a cessão de um terreno nas proximidades de um porto do Rio Grande para fins de instalação de estabelecimento frigorífico. O pedido fora negado, mediante parecer fundamentado da Inspetoria Federal de Portos, Rios e Canais. O particular recorreu da decisão, tendo-lhe sido autorizada a cessão mediante decreto executivo, com fundamento em lei que permitia a cessão ao governo do Estado do Rio Grande do Sul, a associações pastoris ou empresas frigoríficas, mediante condições de conveniência da Administração Pública (no caso, Ministério da Viação e Obras Públicas) – art. 75, XVIII da Lei 3.232, de 05/01/1931. Por ocasião da assinatura do contrato, constatou-se o falecimento do cessionário, que tornou o decreto de cessão sem efeitos. Posteriormente o filho do particular cessionário falecido, que dele era homônimo, pediu reconsideração da anulação da cessão, uma vez que seria ele o verdadeiro cessionário. Ocorre que o Tribunal de Contas inicialmente negou registro ao termo de contrato, uma vez que contrariava as disposições legais (o cessionário não era industrial ou representante de associação ou empresa; era tão somente firma individual). Posteriormente o próprio Tribunal de Contas reconsiderou a decisão, ordenando o registro do contrato. Mas no dia seguinte ao da assinatura do termo de contrato entre o cessionário e o poder concedente, aquele cedeu a título oneroso e transferiu todo o seu direito e ação decorrentes da concessão a um terceiro, por meio de escritura pública. Apurou-se que este terceiro era funcionário da Inspetoria Federal de Portos, Rios e Canais e que tão logo a recebera, transferira a cessão a uma quarta pessoa, que em ato sucessivo também a transferiu a uma quinta pessoa (parente do funcionário). Além das transferências em desacordo com a legislação e sem autorização governamental, constatou-se que o funcionário admitiu expressamente que houvera interferido e orientado todos os

¹⁶² Decreto 19.912, de 30 de abril de 1934. Publicado originariamente no Diário Oficial da União - Seção 1 - 30/4/1931, Página 6856. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19912-24-abril-1931-519041-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 19 out. 2015.

trâmites pelo qual passou o processo de concessão; declarou-se que toda a série de atos de cessão e transferência são perfeitamente inoperantes, em face da pública administração, deles não decorrendo efeito algum em relação ao Governo

De modo indene de dúvidas, restou constatado que a concessão fora obtida por meio de simulação. Além disso, houve descumprimento de lei, que estabelecia a necessidade de autorização governamental para transferência de cessão. O próprio contrato firmado estava permeado de ilegalidades: sem estabelecimento de prazo e condições predeterminadas para o cumprimento da finalidade da concessão. Diante disto, “restou constatada que pela sequência dos atos e petições juntados, que os interessados iludiram a boa-fé da administração pública, procurando confundi-la”. E por contrair à moralidade administrativa e ao interesse público, o contrato foi anulado.

3.2.2 Decreto n.º 19.843/1931¹⁶³

O segundo caso, um pouco mais complexo, envolve a anulação da concessão para execução de serviços radiotelegráficos e radiotelefônicos que foi outorgado à S.A. Agência Americana.¹⁶⁴

¹⁶³ Decreto n.º 19.843, de 15 de abril de 1931. Publicado originariamente no Diário Oficial da União - Seção 1 - 15/4/1931, Página 5798. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19843-10-abril-1931-519026-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 19 out. 2015.

¹⁶⁴ “O Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, usando da atribuição que lhe confere o art. 1º do decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930, e de acordo com o disposto no art. 7º do mesmo decreto; e considerando que a lei n. 3.296, de 10 de julho de 1917, reservou ao Governo Federal a competência exclusiva para execução de serviços de radiotelegrafia e de radiotelefonía no território nacional (art. 1º parágrafo único), só admitindo concessão a terceiros, nacionais, para execução desses serviços, com o fim exclusivo de estabelecer comunicações interoceânicas e Inter territoriais com estações congêneres em outros países (art. 3º); e considerando que, de acordo com o disposto no § 2º do art. 3º da citada lei, o Governo só poderia usar da prerrogativa para a outorga de concessões a terceiros, conferida no mesmo artigo, depois das conclusões adotadas pela Conferência Radiotelegráfica convocada para 1917, em Washington; mas, Considerando que, não se tendo realizado essa conferência, o mencionado § 2º do art. 3º foi revogado pelo decreto legislativo número 4.262, de 13 de janeiro de 1921, que em seu art. 2º mandou conceder à Agência Americana faculdade para exploração de serviço radiotelegráfico internacional; considerando, assim, que a concessão dada à S. A. Agência Americana, nos termos do decreto n. 15.841, de 14 do novembro de 1922, não se funda em geral, mas, em dispositivo legal de exceção, sob o pretexto de que em caso da utilização ou requisição das suas estações pelo Governo, a nenhuma indenização teria direito a concessionária; considerando, além disso, que pelo art. 74 da lei n. 4.555, de 10 de agosto de 1922, “a faculdade de que trata o art. 2º da lei número 4.262, de 13 de janeiro de 1921, compreende também a telefonia sem fio, dentro dos limites do território nacional”, o que importou em conceder à Agência Americana, e somente a ela, a faculdade de explorar o serviço radiotelefônico interior, ficando, assim, derogado em favor da mesma sociedade o princípio geral fixado na lei n. 3.296, de 10 de julho de 1917, que só admite concessões a terceiros para o serviço internacional; e considerando que, desse

No cerne da questão está a contratação de empresa estrangeira, o que até então era vedado por lei. Para legitimá-la, editou-se lei, inclusive alargando-se a faculdade para a concessionária também explorar os serviços radiotelegráficos

modo, a S. A. Agência Americana logrou obter privilégio, de fato, para execução do serviço radiotelefônico dentro do território nacional, desde que a lei não faculta a outorga de concessões dessa natureza a outras empresas; considerando que a mesma sociedade logrou ainda obter, em dispositivo de lei orçamentária, a prorrogação, por dois anos, de todos os prazos fixados no seu contrato de concessão, bem como a ampliação e modificação de condições estabelecidas no mesmo contrato (art. 237 da lei n. 4.793, de 7 de janeiro de 1924), já tendo antes obtido do Poder Executivo uma prorrogação de prazo (decreto n. 16.158, de 2 de outubro de 1923); considerando mais: que a S. A. Agência Americana obteve ainda que o prazo fixado na cláusula V do seu contrato fosse novamente prorrogado, por mais dois anos (decreto n. 17.361, de 23 de junho de 1926); considerando ainda que o art. 2º do decreto legislativo n. 5.186, de 9 de junho de 1927, permitiu "aos concessionários dos serviços radiotelegráficos para comunicações interestaduais o emprego da radiotelegrafia com o mesmo objetivo", o que só se aplicava à S. A. Agência Americana, única concessionária de serviço radiotelefônico interestadual, que, em consequência desse dispositivo, se tornou também concessionária de serviço radiotelegráfico interior, tendo sido assinado, nesse sentido, o termo de 7 de novembro de 1927, de acordo com o aviso n. 739 G, de 27 de outubro do mesmo ano, do ministro da Viação e Obras Públicas; Considerando que, com a outorga da concessão, nos termos do art. 2º do decreto legislativo n. 4.262, de 13 de janeiro de 1921, e do art. 74 do decreto legislativo n. 4.555, de 10 de agosto de 1922, modificada e ampliada, posteriormente, por sucessivos dispositivos legais de caráter essencial e de exceção, obteve a S. A. Agência Americana uma situação privilegiada, que lhe permitia executar não só o serviço radiotelegráfico internacional, em concorrência com outras empresas nacionais, como os serviços radiotelegráfico e radio telefônico no interior do país, o que outras empresas não poderiam executar; considerando que a S. A. Agência Americana logrou essa situação de favor prevalecendo-se, como é notório, da influência que exercia nos meios governamentais em consequência dos benefícios de ordem partidária que prestava aos detentores do poder, por meio de seu serviço de imprensa, - o que, aliás, se evidencia da série de dispositivos tumultuários a seu favor, os quais não consultam, de forma alguma, o interesse público, nem o da União, não tendo sido objeto de estudos por parte do Legislativo, nem tão pouco do Executivo; Considerando, por outro lado, que a última prorrogação de prazo obtida pela S. A. Agência Americana (cit. decreto n. 17.361, de 23 de junho de 1926) foi dada "sub condição de que a concessão seria intransferível", demonstrando que o próprio Governo, concedendo-a, reconhecia que aquela sociedade gozava de uma situação excepcional e de favores extraordinários, tanto assim que julgou de bom alvitre impedir, com essa ressalva, que tais favores pudessem vir a ser objeto de transações vantajosas para a concessionária ou de transferência a estrangeiros; Considerando, entretanto, que diante da impossibilidade, que lhe foi assim criada, de transferir a sua concessão, os diretores e principais acionistas da S. A. Agência Americana lograram burlar essa condição de intransferibilidade, constituindo uma outra sociedade com nome semelhante - Agência Americana de Informações Jornalísticas S. A. - e, entregando a terceiros, na mesma ocasião, a direção da primeira dessas sociedades, que passou, assim, a ser explorada por outros elementos, reduzida a pouco mais de um quarto a participação dos primitivos acionistas (atas no Diário Oficial, de 20 de setembro de 1930), págs 18.093 a 18.101); Considerando, portanto, que, feita a revisão dos vários atos que constituem a concessão outorgada à S. A. Agência Americana, se verifica que essa concessão contravém ao interesse público e à moralidade administrativa, o que, aliás, a simples enumeração desses atos de concessão dos favores excepcionais manifesta:Decreta:Art. 1º Fica anulada, por contrair ao interesse público a moralidade administrativa, a concessão outorgada à S. A. Agência Americana com fundamento no art. 2º do decreto legislativo número 4.262, de 13 de janeiro de 1921; no art. 74 do decreto legislativo n. 4.555, de 10 de agosto de 1922; no art. 237 da lei n. 4.793, de 7 de janeiro de 1924; no art. 2º do decreto legislativo n. 5.186, de 9 de junho de 1927, tudo consubstanciado nos termos de 13 de janeiro de 1923, celebrado ex-vi do decreto n. 15.841, de 14 de novembro de 1922, de 14 de outubro de 1924, e de 6 de agosto e 7 de novembro de 1927.Art. 2º O ministro da Viação e Obras Públicas providenciará oportunamente com relação às instalações da S. A. Agência Americana, que estiverem sob a guarda da Repartição Geral dos Telégrafos, e, bem assim, para que seja promovida, pelos meios legais a cobrança da dívida da mesma sociedade para com a União. Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário. Rio de Janeiro, 10 de abril de 1931, 110º da Independência e 43º da República. GETULIO Vargas. José Américo de Almeida.

internacionais, concessão esta que posteriormente foi modificada para abranger também a faculdade exclusiva de explorar o serviço radiotelefônico interior, derogando em favor desta agência princípio geral legal vigente à época, que só admitia a concessão a terceiros para o serviço internacional.

Na fundamentação da anulação do contrato, entendeu-se que este fato colocou a concessionária em uma posição privilegiada em relação às empresas nacionais, e que

a S. A. Agência Americana logrou essa situação de favor prevalecendo-se, como é notório, da influência que exercia nos meios governamentais em consequência dos benefícios de ordem partidária que prestava aos detentores do poder, por meio de seu serviço de imprensa, - o que, aliás, se evidencia da série de dispositivos tumultuários a seu favor, os quais não consultam, de forma alguma, o interesse público, nem o da União, não tendo sido objeto de estudos por parte do Legislativo, nem tão pouco do Executivo.

Além disso, a concessionária obteve a última prorrogação de prazo sob a condição de que não a transferisse, condição esta que foi burlada através da constituição de uma outra sociedade com nome semelhante, entregando a concessão a terceiros, na mesma ocasião de sua outorga. Diante deste quadro, em que se vislumbra violação à legalidade, à isonomia, bem como a obtenção de vantagens através de métodos fraudulentos, o contrato de concessão foi anulado por contrair ao interesse público e à moralidade administrativa.

3.2.3 Decreto n.º 21.606/1932¹⁶⁵

O terceiro caso é referente à anulação do registro de loteria de Pernambuco, objeto do Decreto n.º 21.606, de 11/07/1932. O registro de loteria de Pernambuco foi requerido e concedido em 1904, por meio do Decreto n.º 5.107 de 09/01/1904. Por força deste decreto, deveria a companhia concessionária da loteria efetuar dois sorteios por semana. No entanto, a partir de 1923 até 1931, a concessionária somente realizou uma ou duas extrações por ano, o que restou caracterizado o inadimplemento

¹⁶⁵ Decreto n.º 21.606, de 11 de julho de 1932. Publicado originalmente no Diário Oficial da União - Seção 1 - 12/7/1932, Página 13363. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21606-11-julho-1932-514788-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 19 out. 2015.

ostensivo do contrato e “grave ofensa ao espírito e à letra da lei, sob cuja vigência dito contrato foi celebrado”. Soma-se a isto o fato de que a loteria não lograra ter obtido renovação de “permissão de polícia” para a extração e circulação dos bilhetes além dos limites do Estado. Desta forma, entendeu-se que a natureza dos fatos exigia a aplicação do art. 7º do decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930, porquanto o titular da concessão contrariou manifestamente não só ao interesse público, mantendo as vantagens do registro, mas fugindo à satisfação dos ônus correspondentes, como também à “moralidade administrativa”, deixando o contrato ficar sem objeto, e alterando o espírito e a letra do decreto n. 5.107, de 9 de janeiro de 1904, motivo pelo qual anularam-se todos os efeitos legais do registro de loteria de Pernambuco.

3.2.4 Decreto n.º 24.212/1934¹⁶⁶

O quarto caso refere-se a uma concessão de aforamento sobre terrenos da marinha situados em Niterói, feita em 25 de março de 1920 à Sociedade Anônima Lloyd Nacional. O Decreto n. 24.212 de 09/05/1934 que declara nula a concessão expõe em seus motivos que esta não fora processada com observância de formalidades legais substanciais, recomendadas pelo Decreto n.º 4105 de 22/11/1868 e pela Lei n.º 3.348 de 20/10/1887. Ainda, a concessionária estava descumprindo as obrigações assumidas perante a Fazenda Nacional. Por tais motivos, a concessão contravinha ao interesse público e à moralidade administrativa. Somou-se a isso o fato de que à época fazia-se necessária a cessão de parte desses terrenos ao Estado do Rio de Janeiro, para que se pudesse prosseguir na construção do Porto de São Lourenço, projetado no mesmo local, declarando-se, portanto, nula a concessão de aforamento.

¹⁶⁶ Decreto n.º 24.212, de 9 de maio de 1934. Publicado originalmente no Diário Oficial da União - Seção 1 - 12/5/1934, Página 9098. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24212-9-maio-1934-515149-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 19 out. 2015.

3.2.5 Decreto n.º 24.326/1934¹⁶⁷

Por fim, apresenta-se o caso de anulação de cláusulas de contrato celebrado entre o Governo Federal e a Companhia Estrada de Ferro Vitória-Minas, conforme Decreto n.º 24.326 de 01/06/1934. Diferente dos outros casos, tão somente algumas cláusulas serão consideradas nulas. O contrato previa inicialmente que a União deveria responsabilizar-se pela garantia anual de 6% ouro (padrão-ouro à época) à Companhia, sobre quantia que esta havia depositado para a construção da linha férrea Vitória de Mato de Dentro/Currálinho-Diamantina. Esta garantia deveria englobar também o valor que fora fixado dos estudos e trabalhos preparatórios para a construção de outro trecho da linha (Peçanha-Araxá). Tais cláusulas incorriam em ilegalidade (art. 88, III, da Lei n.º 3.089, de 08/01/1916), uma vez que nenhum aumento de ônus poderia advir para o Tesouro Nacional, cujos encargos, ao contrário, deveriam ter sido reduzidos.

Em igual nulidade *ipso jure* incorreram outras duas cláusulas (8ª e 50), na parte que pressupõe a obrigação para o Governo de continuar o pagamento da construção dos trechos cuja concessão incida em caducidade; esta, que não permite que o preço do resgate seja inferior ao capital garantido. Não havia justificção possível para que o Governo pagasse ou continuasse a pagar juros sobre o capital que a Companhia deixou de aplicar na construção dos últimos trechos de outra linha (Cachoeira Escura-Itabira) ainda quando a respectiva concessão incidiu em caducidade de pleno direito, que devia *ipso facto* tornar insubsistente qualquer obrigação do Governo com relação a esse pagamento.

Diante destas razões, as referidas cláusulas restaram anuladas *ab initio* para todos os efeitos, suspendendo-se os pagamentos de juros à Companhia, uma vez que restou violada a legalidade e afrontaram-se a moralidade administrativa e o interesse público.

¹⁶⁷ Decreto n.º 24.326 de 01 de junho de 1934. Publicado originalmente no Diário Oficial da União - Seção 1 - 5/6/1934, Página 10799. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24326-1-junho-1934-526298-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 19 out. 2015.

3.2.6 Considerações a respeito dos contratos submetido a controle sob a égide do Decreto n.º 19.398/1930

Da análise das decisões fundamentadas dos contratos anulados, permite-se aqui inferir que a moralidade administrativa adquiria o sentido dado pela formulação francesa, para fins de controle *a posteriori*. Das razões expostas nos decretos anulatórios, percebe-se que não bastava a simples violação à lei, remetendo-se o controle pela moralidade administrativa ao desvio de finalidade, afronta à boa-fé da Administração, e o uso da simulação e da fraude. Esta noção de moralidade administrativa positivada pelo Decreto permanecerá implícita no ordenamento jurídico por todo o período que antecede a Constituição de 1988, vez que foi expressamente revogado somente pelo Decreto n.º 11, de 18 de janeiro de 1991.

3.3 Controle da atividade contratual da Administração Pública sob a ótica do princípio constitucional da moralidade administrativa

A respeito do conteúdo jurídico que o princípio constitucional da moralidade administrativa contém, o estudo já se posicionou quanto à adoção do entendimento esposado na tese de Márcio Cammarosano, para quem a moralidade administrativa constitui-se em “moral jurídica”, consubstanciada em valores morais que foram juridicizados pelo Direito, tais como a lealdade, a boa-fé, a veracidade, a honestidade. Não se trata, portanto, de moral social. Em sentido diverso de outros posicionamentos, a moralidade administrativa reportada à moral jurídica encontra-se indissociavelmente referida à legalidade, porquanto assim que se torna legítima nos moldes do Estado Democrático de Direito.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Apenas registre-se que Marcelo Figueiredo apresenta uma distinção didática ao analisar sob sua ótica o tema de moralidade na Constituição e apresenta distinções entre grupos de normas com conteúdo que se refere à moral. Segundo ele, o primeiro grupo, denominado “normas constitucionais advindas da moral social para a ordem jurídica” compreende normas cujo conteúdo apresentam padrões morais sociais transpostos para a ordem jurídica. O segundo conjunto de normas está agrupado sob o nome de “normas constitucionais que sancionam a proibição dos agentes estatais”, tratando-se do princípio da moralidade administrativa em uma de suas facetas, advinda do art.37, §4º, da Constituição Federal, ao dispor que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos bens e o ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. O terceiro grupo de normas refere-se àquelas que disciplinam o princípio da moralidade administrativa e o quarto e último grupo, são normas atinentes ao princípio da moralidade administrativa

Adotando-se este entendimento, para que se aduza violação à legalidade, à moralidade ou à probidade administrativa, é necessário ter-se em conta o seguinte quadro, que representa a compreensão de moralidade administrativa esposada por Márcio Cammarosano¹⁶⁹:



Figura 1

A tese pode ser representada graficamente por dois círculos secantes, sendo que um círculo se apresenta como o mundo do Direito (onde se encontram a Constituição, as leis em geral e outros atos normativos) e o segundo círculo apresenta

das leis e nas leis (atividade legislativa) (FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 17-18).

¹⁶⁹ Quadro representativo do conteúdo jurídico do princípio da moralidade no ordenamento jurídico, elaborado e disponibilizado pelo autor Márcio Cammarosano.

regras não jurídicas, tais como as normas morais (mundo de outras normas). No entanto, os dois círculos apresentam uma região em que se interpenetram, e que representa as normas não jurídicas que foram juridicizadas pelo Direito. É justamente esta a representação da moralidade administrativa na tese de Cammarosano: constitui o campo em que regras morais foram juridicizadas, tornadas jurídicas pelo Direito.¹⁷⁰

Ainda, decorre deste quadro representativo que a Administração Pública, no exercício de suas funções, encontra-se adstrita ao Estado Democrático de Direito – submetida, portanto, a normas jurídicas (consubstanciadas em regras e princípios jurídicos). Não é dado à Administração Pública submeter-se às regras não jurídicas, regras referentes a outras ordens normativas do comportamento humano, tais como as regras morais comuns.

Depreende-se então que o Direito, ao juridicizar certa moral referida à Administração, tornou-a moral jurídica, que correspondem à moralidade administrativa previamente estabelecida nos termos do artigo 5º, LXXIII e o artigo 37, *caput* e §4º, da Constituição. Portanto, não há que se recorrer a uma moral social vigente, porquanto a moral jurídica encontra-se previamente juridicizada.

3.4 Atividade contratual da Administração Pública: os graus de ofensividade à ordem jurídica sob a perspectiva do princípio constitucional da moralidade administrativa

Na sequência de raciocínio dentro deste quadro conceitual, decorrem ainda algumas situações, referentes à violação norma jurídica. Se a Administração Pública, ou quem lhe faça as vezes, viola a legalidade estritamente considerada (do mundo do Direito), ensejará tão somente a ofensa pura e simples de normas jurídicas moralmente neutras. De outra parte, violar a moralidade administrativa é incorrer em

¹⁷⁰ “São normas jurídicas as dotadas de coercibilidade, e são dotadas de coercibilidade as normas que o Estado quiser que sejam, construindo seus conteúdos normativos ou sacando-os formalmente de outros sistemas normativos que ele mesmo seleciona, sem poder fazê-lo, todavia, de forma insusceptível de objetivação (os costumes podem ser provados), sob pena de negar a razão de ser do próprio Direito. Este deve propiciar, acima de tudo, um mínimo de certeza e segurança quanto às regras pelas quais os administrados e administradores devem pautar seu comportamento, o que só pode ser alcançado mediante a predeterminação formal daquelas”. (CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*, p. 43).

ofensa à normas jurídicas que consubstanciam valores morais jurídicos, ou seja: art. 5º, LXXIII e art. 37, *caput*, §4º. Se a ofensa à moralidade administrativa ocorrer sem desonestidade, restará violada apenas a moralidade administrativa, sendo passível o ato de anulação por meio de ação popular (art. 5º, LXXIII). De outra sorte, havendo desonestidade, incorrer-se-á em improbidade administrativa (art. 37, §4º), a qual acarretará sanções mais gravosas a seus agentes.¹⁷¹

Há, portanto, graus variáveis quanto à violação às normas jurídicas em matéria de atividade administrativa, e a cada uma delas corresponderá uma resposta da ordem jurídica, a fim de que a Administração Pública seja chamada a ser responsabilizada.

Quanto mais gravosa a ofensividade, maiores as sanções a seus agentes. Quem viola a probidade administrativa, por exemplo, será responsabilizado de forma mais gravosa que aquele que viola meramente a legalidade. Isto porque estará violando não só a lei, como também a um princípio jurídico de ordem constitucional.

Neste sentido, já lecionou Celso Antônio Bandeira de Mello que

violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.¹⁷²

Desta maneira, levando-se em consideração ainda a tese de Márcio Cammarosano, temos que, no exercício da função administrativa, os graus de ofensividade à ordem jurídica podem assim serem representados¹⁷³:

¹⁷¹ “Com efeito, em face da violação da ordem jurídica o direito reage diferentemente, quer ao estabelecer sanções, quer ao dispor a respeito dos meios conducentes à sua eventual aplicação, em função deste ou daquele aspecto da violação. Um destes aspectos é o elemento subjetivo do agente, o que lhe move, sua intenção, no que concerne à atuação de agentes públicos e dos que com a administração pública se relacionam”. (CAMMAROSANO, Márcio. *Moralidade administrativa*. In: DALLARI, Adilson; NASCIMENTO, Carlos Valder; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p.270).

¹⁷² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 54.

¹⁷³ Quadro representativo da tese de Márcio Cammarosano, elaborado e disponibilizado pelo próprio autor.

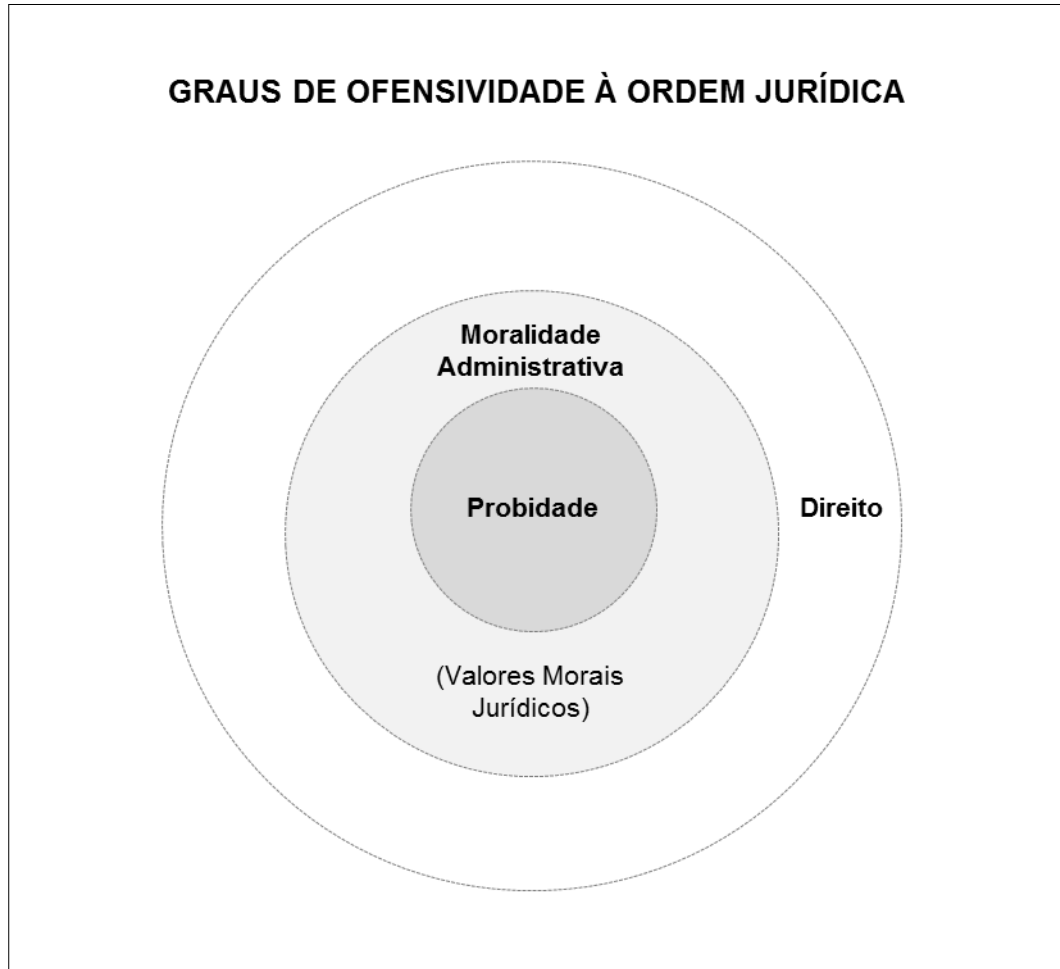


Figura 2

Sob a perspectiva da atuação da Administração Pública, três são os graus de ofensividade que se apresentam à ordem jurídica, no exercício de sua atividade de contratação: ofensa ao Direito, ofensa à moralidade administrativa (valores morais juridicizados) e ofensa à probidade administrativa. Passemos a analisá-los detidamente.

3.4.1. Primeiro grau: ofensa ao Direito e controle da legalidade da atividade contratual da Administração Pública

Nos termos propostos neste trabalho, contratação pública quer se referir a toda a atividade contratual da Administração Pública, necessária ao desenvolvimento de

suas atividades e regida sob a égide das legislações disciplinadoras de licitações e contratos (tal como as Lei n.º 8.666/1993, Lei n. 8.987/1995, Lei n.º 11.079/2004, etc).

O controle sob a ótica da legalidade, portanto, visa a assegurar que a Administração Pública esteja agindo em conformidade com o regime legal estabelecido pela legislação infraconstitucional em vigência, bastando para caracterizar ofensa à ordem legal a simples violação da lei. Desta forma, se o administrado estiver diante de uma ilegalidade, poderá socorrer-se ao Poder Judiciário para pleitear a anulação do ato que deu ensejo à violação.

Pelo princípio da legalidade, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados. Isto porque é garantia de todos os cidadãos que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão” (art. 5º, inc. XXXV); tampouco a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, inc. XXXVI).

São remédios constitucionais específicos contra a ilegalidade administrativa: ação popular, o *habeas corpus*, o *habeas data*¹⁷⁴, mandado de segurança, mandado de injunção. A ação popular será tratada quando da violação da moralidade administrativa, sendo que, para a função administrativa que aqui se põe a lume (contratação pública), abordaremos somente o mandado de segurança.

Portanto, em nível constitucional, tem-se como garantia de todos os cidadãos a possibilidade de proteção a direito líquido e certo¹⁷⁵ (não amparável por *habeas corpus* ou *habeas data*) sempre que o responsável pela violação for agente público no exercício de atribuições do Poder Público, consoante dispõe o artigo 5º, LXIX da

¹⁷⁴ Art. 5º, inc. LXXII: conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo. O *habeas data* é regulamentado pela Lei n. 9.507/1997.

¹⁷⁵ “Considera-se ‘líquido e certo’ o direito, ‘independentemente de sua complexidade’, quando os fatos a que se deva aplicá-lo sejam demonstráveis ‘de plano’; é dizer, quando independam de instrução probatória, sendo comprováveis por documentação acostada quando da impetração da segurança ou, então, requisitada pelo juiz a instâncias do impetrante, se o documento necessário estiver em poder de autoridade que recuse fornecê-lo (art. 6º, §1º, da Lei 12.016). Posto que esta medida judicial destina-se a ‘proteger’ o direito violado ou que esteja sob iminente ameaça de violação, o juiz, em sendo requerido pela parte, deverá, liminarmente, *inaudita altera parte*, suspender o ato impugnado, caso sejam relevantes os fundamentos do pedido e haja risco de que, não sendo adotada tal providência, resulte ineficaz a decisão final, se vier a ser concessiva da segurança (art. 7º, III, da lei citada). Conceder uma liminar não é uma liberalidade do juiz, assim como negá-la não é uma discricionariedade sua. Não preenchidos, tem que ser negada”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p.972).

Carta de 1988. Assim, o cidadão, estando ou não em processo de contratação com a Administração Pública, poderá valer-se deste instrumento, pleiteando a anulação do ato e fazendo cessar a ilegalidade ou o abuso de poder. O mandado de segurança possui regulamentação pela Lei n.º 12.016, de 07 de agosto de 2009.

A própria Lei n.º 8.666/1993 traz em seu texto mecanismos que visam a assegurar o seu cumprimento legal, ainda que sem prejuízo de responsabilidade civil ou criminal que a violação possa acarretar.

Neste sentido, o capítulo IV da Lei n.º 8.666/1993 regula as sanções administrativas e a tutela judicial aplicáveis nos casos de violação de normas jurídicas contidas na Lei de Licitação e Contratos que não apresentam conteúdo de moral jurídica; tratam-se tão somente de normas com conteúdo legal. São exemplos as disposições contidas no art. 81, que tratam da recusa injustificada de o adjudicatário assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente dentro do prazo estabelecido pela Administração e art. 86, que estabelece sujeição à multa em caso de atraso na execução do contrato, injustificado.

Há de se destacar que o art. 41, §1º da Lei n.º 8.666/1993 regulamenta a impugnação de edital, sendo legítimo a qualquer cidadão pleitear nos termos estabelecidos neste dispositivo.¹⁷⁶ No que tange à licitação, caso ocorra ilegalidade, a autoridade competente deve anulá-la de ofício ou por provocação de terceiros, não gerando obrigação de indenizar.¹⁷⁷

Ressalte-se ainda que há a possibilidade de o administrado suscitar o controle administrativo no âmbito da Administração contratante, através da interposição de recursos administrativos (artigo 109 da Lei de Licitações e Contratos), através dos quais poderão provocar o reexame dos atos pela Administração.

¹⁷⁶ Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. §1º -Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no §1º do art. 113.

¹⁷⁷ Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado. § 1º - A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

Desta forma, vê-se que o controle da legalidade da Administração Pública no exercício de sua função contratual, sob o aspecto meramente legal não apresenta maiores entraves. Violando-se a lei, haverá possibilidade de o prejudicado em seus direitos valer-se da impetração de mandado de segurança; e no caso específico em que o prejudicado é uma das partes na relação contratual, haverá ainda a possibilidade de socorrer-se do controle administrativo nos termos da Lei de Licitações e Contratos.

3.4.2 Segundo grau: ofensa ao princípio da moralidade administrativa e controle na atividade contratual da Administração Pública (art. 37, caput e art. 5º, LXXIII)

Coloca-se agora uma gradação mais grave além da lei: a violação do princípio da moralidade administrativa, à moral jurídica (ou seja, aos valores que o Direito houve por juridicizar). Além de a Constituição determinar que a Administração Pública obedeça ao princípio da moralidade administrativa (art. 37, *caput*), também logrou por estabelecer que os atos que venham a violar a moralidade administrativa sejam anulados judicialmente, por meio de propositura de ação popular por qualquer cidadão (art. 5º, LXXIII).

Restaram, portanto, alargadas as hipóteses de cabimento da ação popular, de modo que se proteja também a moralidade administrativa, enquanto princípio constitucional recepcionado pelo *caput* do art. 37. A ação popular é regulamentada pela Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, e faculta a qualquer cidadão a sua propositura para fins de pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio das entidades integrantes da Administração Direta e Indireta em todas as esferas.¹⁷⁸ Possui a característica específica de constituir a defesa de direito ou

¹⁷⁸ Art. 2º. São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade. Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou; b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato; c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo; d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência. Art. 3º. Os atos lesivos ao patrimônio das pessoas de direito público ou privado, ou das entidades mencionadas no art. 1º, cujos vícios não se compreendam nas

interesse coletivo, defesa da coisa pública (*res publica*): “Toda ação popular consiste na possibilidade de qualquer membro da coletividade, com maior ou menos amplitude, invocar a tutela jurisdicional a interesses coletivos”.¹⁷⁹

José Afonso da Silva ressalta que a ação popular é remédio constitucional que legitima o cidadão a exercer um poder de natureza essencialmente política e manifestação direta da soberania popular, em consonância com o artigo 1º, parágrafo único: “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente”: Trata-se, portanto, de exercício direto, uma garantia constitucional política. É ação judicial de finalidade corretiva.¹⁸⁰

A questão que se coloca é como auferir quando restará caracterizada ofensa ao princípio da moralidade administrativa que enseje a propositura da ação popular visando a anulação de ato ou contrato, no âmbito da atividade contratual. Por certo, há de se ter em conta que, somente

a intencional violação do direito, por ação ou omissão, quer quanto aos meios de atuação dos agentes públicos, quer quanto aos fins inerentes ao exercício da função pública; o atuar com intenção viciada nos atos expedidos no exercício de competência discricionária; os atos eivados de desvio de poder, nas suas duas modalidades (atos que instrumentalizam busca de finalidade alheia a qualquer interesse público, ou finalidade que não é própria, específica, da competência utilizada); ofensa à ordem jurídica decorrente de grave incúria.¹⁸¹

Tendo em vista que basta a ofensa à ordem jurídica que caracterize também ofensa às normas jurídicas (regras e princípios) que trazem ínsitos valores morais juridicizados para que se caracterize a ofensa ao princípio da moralidade administrativa, necessário se faz, à luz da ordem jurídica brasileira, que haja

especificações do artigo anterior, serão anuláveis, segundo as prescrições legais, enquanto compatíveis com a natureza deles.

¹⁷⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p.465-466

¹⁸⁰ “Instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão como garantia político-constitucional (ou remédio constitucional), para a defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo de atos lesivos do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico cultural” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 468)

¹⁸¹ CAMMAROSANO, Márcio. Moralidade administrativa. In: DALLARI, Adilson; NASCIMENTO, Carlos Valder; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p.269.

vinculação ao comportamento do agente, ao elemento volitivo: a violação há de ser voluntária.¹⁸²

Some-se a isto que a legitimação de qualquer cidadão para a propositura da ação popular demonstra que a ordem jurídica pretende sancionar com maior amplitude a ofensa à moralidade administrativa, sendo certo que decorre desta gravidade a aferição do elemento volitivo do agente, sob pena de se utilizar de instrumento mais gravoso para sancionar condutas decorrentes de erros, passíveis de sanção na esfera administrativa, civil e, se for o caso, criminal.

Cabe perscrutar se o instituto da ação popular, previsto no art. 5º, inc. LXXIII é válido perante a contratação pública no regime da legislação disciplinadora de licitações e contratos administrativos. E a resposta é afirmativa.

O artigo 82 da Lei n. 8.666/1993 dispõe que os agentes administrativos que praticarem atos em visando frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas na lei, sem prejuízo de responsabilidade civil ou criminal que o ato ensejar. Por certo que aquele que age procurando frustrar os objetivos da licitação o faz em desacordo com a lei; além disso, em desacordo com a moralidade administrativa, pois viola preceitos morais jurídicos, como por exemplo, o dever de observar a boa-fé.¹⁸³

Diante da intencional violação da lei, violando também a moral jurídica, e portanto à ordem jurídica, atingido não é apenas o titular do direito especificamente violado. É toda a coletividade que tem agora o direito a se insurgir judicialmente também contra procedimentos qualificáveis como imoralidade administrativa. Configurando-se ou não infração penal, a ilegalidade perpetrada pela autoridade, pela gravidade da circunstância de ter sido intencional, não há de ser tida como mera ilegalidade. Mais do que simplesmente ilegal, no sentido estrito do termo, terá sido ofendida a moralidade administrativa, consubstanciada em certos valores emergentes da natureza e finalidade da instituição governamental, como os da lealdade e boa-

¹⁸² “Não é possível dissociar a ideia de moral – moral comum ou jurídica – da ideia de liberdade, de consciência, de livre arbítrio. [...] Se não há liberdade, não há o que censurar ou aplaudir, não há como aplicar sanções ou premiar. Não é por outra razão que, no Direito Penal, foram forjados os conceitos de imputabilidade (capacidade de a pessoa entender que o fato é ilícito e de agir de acordo com esse entendimento) e culpabilidade (reprovabilidade da conduta), sendo aquela pressuposto desta. O princípio da moralidade administrativa, para nós, é constituído por uma constelação de valores juridicizados – não todos – e intimamente relacionados, sim, com a liberdade de querer e agir, de determinar-se, que a ordem jurídica assegura, aqui e acolá, de forma explícita ou implícita, a agentes públicos.” (CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*, p.97-99).

¹⁸³ Registre-se que a Lei n.º 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabeleceu expressamente o dever de observância à boa-fé, conforme disposto no artigo 2º, parágrafo único, IV..

fé. [...] a imoralidade administrativa residente na intencional violação da lei por quem por dever de ofício, estava obrigado a dar-lhe cumprimento, enseja a qualquer cidadão ir a juízo mediante ação popular, direito de ação este que antes da Constituição de 1988 não existia, a menos que o ato viciado fosse também lesivo àqueles bens e direitos elencados no art. 1º, §1º, da Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965.¹⁸⁴

De sorte que a atividade contratual da Administração, seja qual for o regime, encontra-se sujeita ao controle sob a ótica do princípio da moralidade administrativa, sendo aqueles atos ou contratos que ofendam o princípio passíveis de anulação, via propositura de ação popular por qualquer cidadão.

3.4.3 Terceiro grau: ofensa à probidade administrativa e controle da atividade contratual mediante a Lei n.º 8.429/1993 (Lei de Improbidade)

No centro da representação dos graus de ofensividade à ordem jurídica encontra-se a probidade administrativa. Trata-se de um “núcleo” mais “denso”, porquanto sua violação implica também a violação à legalidade e à moralidade administrativa. Consiste, conforme já se disse, em forma qualificada de imoralidade administrativa, violação intencional da ordem jurídica maculada pela desonestidade.

Vale relembrar a lição de José Afonso da Silva, no sentido de que a probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir a Administração com honestidade; sendo assim, a improbidade é uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem.¹⁸⁵

Os atos de improbidade ensejam severas sanções àqueles que os pratica, atingindo as esferas dos direitos políticos, perda de função pública, indisponibilidade dos bens, além do dever de ressarcir o dano, se for o caso, todos estabelecidos constitucionalmente¹⁸⁶.

¹⁸⁴ CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*, p. 101.

¹⁸⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 680.

¹⁸⁶ Art. 14, §9º. Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade do candidato, e a normalidade e

Em um modelo de Estado democrático há que se ter em conta que a perda de direitos públicos e das funções públicas é sanção que atinge gravemente os direitos dos cidadãos, motivo pelo qual há de se resguardar ainda mais a segurança jurídica, reservando-se a Constituição à lei infraconstitucional a tarefa de estabelecer quais são os atos que, por seu auto grau de violação à ordem jurídica, configuram ato de improbidade administrativa.¹⁸⁷

Assim, editou-se a Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa – dispondo sobre os atos que se configuram em improbidade administrativa, bem como estabelecendo as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

A Lei de Improbidade Administrativa veio a lume com a tarefa de reprimir os desvios morais jurídicos e a utilização da máquina pública para o benefício de agentes ou outrem, que delas se utilizam para lesar o patrimônio público para o aferimento de vantagens pessoais. Ou seja, relaciona-se com o que sem sentido amplo se chama de “corrupção”.

São três os tipos de atos que acarretam a improbidade administrativa, na ótica da Lei n.º 8.429/1992¹⁸⁸: atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário e atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigos 9º, 10 e 11). A Lei estabeleceu as sanções cabíveis a cada hipótese em seu art. 12: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio;

legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Art.15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, §4º.

¹⁸⁷ “A improbidade gera a violação da moralidade, que, por seu turno, gera a sanção. A improbidade é um estado que deflagra toda uma série de consequências jurídicas cujo resultado é a sanção, a cominação da imoralidade nas funções estatais”. (FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*, p. 48).

¹⁸⁸ Não é escopo do trabalho ater-se às diversas concepções doutrinárias sobre a definição e conceito jurídico de improbidade administrativa. Neste sentido, Mateus Bertoni apresenta em seu estudo sobre o tema as diversas concepções doutrinárias que, segundo ele podem ser assim agrupadas: a) concepção substantiva, que compreende a improbidade administrativa a partir da lesão ao princípio da moralidade administrativa; b) legalista, que identifica o ato de improbidade como violação da lei em sentido estrito; c) principiológica em sentido estrito, que entende caracterizado o ilícito em razão do atentado aos princípios do art. 37, *caput*, da CF; e) principiológica em sentido amplo, que compreende estar caracterizado o ato de improbidade a partir da violação de quaisquer dos princípios da Administração Pública. Confira-se, a respeito: BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa*: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 50 e ss.

ressarcimento integral do dano causado; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; pagamento de multa civil; proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

De se ter em conta que a lei sanciona de maneira muito gravosa na esfera de direitos daqueles considerados ímprobos, o que condiz com a proteção que o ordenamento jurídico confere à probidade administrativa. Consequentemente, deve-se sempre estar presente o elemento volitivo, a conduta pautada na finalidade deliberada de violar a legalidade e a moralidade qualificada com a desonestidade. A Lei não pretende punir o erro, e sim aquele que é desonesto, que falta com o dever de probidade.

No que diz respeito ao objeto deste capítulo, a Lei de Improbidade Administrativa preocupou-se em resguardar e controlar a probidade administrativa na atividade contratual da Administração Pública, sendo diversos os dispositivos que aludem à contratação pública, tanto nos atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito, quanto naqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Assim, nos termos do artigo 9º, constituirá ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida no exercício da atividade contratual: perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços por preço superior ao valor de mercado (inc. II); perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado (inc. III); receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens (inc. VI); fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado (inc. X);

No artigo 11, também se vislumbra a preocupação da ordem jurídica em resguardar a probidade no exercício da função administrativa de contratação pública,

constituindo atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, notadamente: praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência (inc. I); retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício (inc. III); revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo (inc. III); negar publicidade aos atos oficiais (inc. IV); frustrar a licitude de concurso público (inc. V); deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo (inc. VI); revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço (inc. VII). Recentemente, a Lei n.º 13.019/2014 alargou as hipóteses do art. 11, incluindo-se como ato de improbidade o descumprimento de normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas (inc. VIII).

Não bastasse, verifica-se que a própria Lei n.º 8.666/1993 resguarda a probidade administrativa, tipificando como crime condutas que ensejam a sua violação, tais como previsto nos artigos 90; 93;95; 96; 97 e 98 ¹⁸⁹.

Vê-se que o grau de ofensividade ao direito é muito maior em relação à mera ilegalidade ou a mera afronta à moralidade administrativa, ensejando ao Estado a

¹⁸⁹ Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I - elevando arbitrariamente os preços; II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; III - entregando uma mercadoria por outra; IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato: Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.

Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

aplicação de graves sanções, que passam da perda de direitos políticos até à sanção penal.

São mecanismos que buscam manter a probidade, lealdade e boa-fé nas atividades estatais, e, no que aqui concerne, visa a coibir práticas “corruptas” que insistem em permanecer dentro das instituições democráticas que tem no cerne de sua atividade a contratação pública.

Diante disso, as condutas devem ser dolosamente consideradas, sempre, ainda que não disposto expressamente nos artigos 9º e 11. Neste sentido, a jurisprudência brasileira já se consolidou no sentido de que para a configuração da prática de atos descritos nos artigos 9º e 11 da Lei de Improbidade mister se faz a presença do dolo, ou seja: vontade livre e deliberada de ferir a probidade administrativa.

No que diz respeito à atividade contratual, cumpre trazer à baila o artigo 10, inciso VIII. Segundo o dispositivo, constitui “ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento de ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades: VIII – frustrar a licitude do processo licitatório ou de processo seletivo para a celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente”.

De se ter em conta que se apropriar de algo, desviar, apropriar-se, são verbos, que em si mesmo considerados, denotam ação voluntária, no sentido de assim proceder. Já muito se discorreu também, da necessidade de segurança jurídica, bem como da necessidade do elemento volitivo para a caracterização da ofensa à probidade administrativa, mormente quando se trata de graves sanções nas esferas dos direitos e da liberdade, seja do agente público, seja do particular (uma vez que a lei se aplica a ambos, consoante dispõe os artigos 1º a 3º da Lei n.º 8.429/1992).

Entende-se que, embora o STJ tenha se pronunciado quanto a constitucionalidade da improbidade por ato culposo¹⁹⁰, a questão que se coloca é sob a perspectiva do grau de ofensividade à ordem jurídica e a gravidade da sanção que acarreta, motivo pelo qual não se afigura adequado que seja admitida a conduta

¹⁹⁰ STJ, Ação de improbidade administrativa n.º 30, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJ 28 set. 2001)

culposa para fins de caracterização de ato de improbidade administrativa, sobretudo quando a prática do ato incorre em prejuízo ao erário.¹⁹¹

Por fim, ressalte-se que há sempre a possibilidade de ação de ressarcimento dos danos que tenham sido causados ao erário, tenham sido cometidos atos de improbidade ou não, nos termos do que dispõe o artigo 37, § 5º: “ a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.¹⁹²

3.5 Considerações gerais

A ordem jurídica comporta diferentes graus de ofensividade à suas normas, sendo que no âmbito da Administração Pública vislumbram-se três graus: ofensa ao Direito, à moralidade administrativa (valores morais juridicizados) e à probidade administrativa, sendo que, a cada violação corresponde uma resposta da ordem jurídica.

No exercício de sua atividade contratual, a Administração Pública encontra-se sujeita a controle tanto sob a ótica da mera legalidade, quanto da moralidade administrativa e da probidade. A inovação na ordem constitucional de 1988 foi a

¹⁹¹ “Às gravíssimas sanções cominadas pela lei de improbidade, nos termos em que postulados pela Constituição da República, estão sujeitos, portanto, os que atuam de forma desonesta, com a consciência de estarem se locupletando ou ensejando que outrem se locuplete ou se beneficie, indevidamente, à custa do patrimônio público ou do exercício das competências que lhe são cometidas, de forma incompatível com as normas que pautam sua atuação.

Sanções por improbidade administrativa têm grande repercussão, com reflexos devastadores para a imagem e a honra daqueles aos quais sejam impostas, pois o termo improbidade soa na coletividade em geral como algo infame, indelevelmente associado a desonestidade, corrupção, grave desvio ético, mau caráter, em decorrência mesmo do uso linguístico geral da expressão que o intérprete não pode ignorar. E as gravíssimas sanções que a lei comina, e que se afiguram adequadas aos que se revelam desonestos, não podem ser consideradas igualmente adequadas àqueles que corruptos ou desonestos não são, mas que por erro ou inadvertência acabaram violando a ordem jurídica. O tratamento igual de situações tão diferentes – umas eivadas de má-fé, e outras não – é flagrantemente desconforme às exigências de proporcionalidade, de isonomia, de sorte que o intérprete há de ser cauteloso o suficiente para não emprestar à lei em questão sentido e alcance que amesquinhem princípios conformadores da produção jurídica do Estado, seja ela de ordem administrativa, judicial ou mesmo legislativa (CAMMAROSANO, Márcio. *Moralidade administrativa*. In: DALLARI, Adilson; NASCIMENTO, Carlos Valder; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p.274.)

¹⁹² Registre-se que tramita no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário (RE) 669069, Relator Ministro Teori Zavascki, em que se discute a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, ainda que não decorram de atos de improbidade.

possibilidade de qualquer cidadão propor ação popular visando anular atos que violem a moralidade administrativa, comportando proteção também à atividade contratual.

A probidade administrativa comporta controle sob a ótica da Lei n.º 8.429/1993 (Lei de Improbidade Administrativa), que, proporcionalmente à proteção da probidade administrativa, prevê sanções gravosas que atingem a esfera dos direitos dos agentes públicos ou de quaisquer outros que a violem.

CONCLUSÃO

A configuração jurídica no Estado Democrático de Direito impõe à Administração Pública uma atuação pautada em normas jurídicas (regras e princípios). Diante disto, necessário se faz a adoção de um conceito de moralidade administrativa que esteja reportada à moral jurídica, consubstanciada em valores morais que foram pelo Direito juridicizados.

A probidade da [ou na] administração e a preocupação quanto ao emprego e guarda do dinheiro público foram os motes condutores das Cartas Constitucionais precedentes à de 1988. Percebe-se que as normas constitucionais mais se preocuparam com a proteção da probidade administrativa e da *res publica*, por meio de normas que mais se aproximaram de normas penais e de responsabilidade, do que propriamente com a proteção da noção de moralidade administrativa.

Não se pode concordar totalmente com a afirmação de que a moralidade administrativa será recepcionada na ordem jurídica apenas com a Constituição Federal de 1988. Isto porque o Decreto n.º 19.398/1930, norma de equivalência constitucional, inseriu em seu texto a “moralidade administrativa”, de modo que, ao lado do “interesse público”, fosse utilizada para fins de revisão e controle dos contratos de concessão e outras outorgas firmados até então.

O Decreto n.º 19.398/1930 teve dupla função pioneira no ordenamento jurídico brasileiro, ao prever a moralidade administrativa, que foi instrumentalizada para fins de revisão e anulação de contratos de concessão e outras outorgas. O controle dos contratos sob a ótica da moralidade administrativa foi um controle interno, administrativo, exercido pelo chefe do Executivo e *a posteriori*, uma vez que se limitou a revisar os atos e contratos já praticados e a anulá-los, sendo que a noção adquiriu os contornos da doutrina francesa, remetendo-se o controle pela moralidade administrativa ao desvio de finalidade, afronta à boa-fé da Administração, e o uso da simulação e da fraude.

A inserção do princípio da moralidade administrativa traduziu-se em inovação na ordem jurídica, uma vez que este princípio passou a ser protegido via propositura de ação popular por qualquer cidadão que tenha conhecimento de ato que viole a moralidade administrativa.

Em que pese a divergência doutrinária suscitada em torno de atribuição de conteúdo jurídico ao princípio, adota-se como mais adequada a posição esposada por Márcio Cammarosano, que admite ser a moralidade administrativa um princípio cujo conteúdo está referido a valores que foram juridicizados pela ordem jurídica, tratando-se, portanto, de uma “moral jurídica”, a fim de se garantir a segurança jurídica, nos termos em que devem os institutos estatais serem compreendidos, à luz do Estado Democrático de Direito e do regime jurídico administrativo.

Desta forma, de modo geral, se a atividade contratual administrativa tenha sido conduzida sem a observância das regras legais de regência da relação e, além disso, tenha violado o dever geral de boa-fé ao interesse público (interesse primário) – lesionado, assim, o princípio da moralidade administrativa – a qualquer cidadão será permitido pleitear sua anulação, via propositura de ação popular. Para tanto, não se exige a comprovação de lesividade ao patrimônio público, ou que tenha havido desonestidade por parte do agente público, ou que tenha havido desonestidade por parte do agente público, porquanto o que se busca é resguardar a “moral jurídica”.

Improbidade administrativa e corrupção (em sentido genericamente considerado) são termos que guardam íntima relação. Notadamente no que tange à atividade contratual administrativa, práticas eivadas de imoralidade administrativa e desonestidade, fraude, má-fé, exigindo-se comprovação da intenção do agente viciada pelo dolo. As licitações e contratações devem sempre se pautar em conformidade com a ordem jurídica, sendo imposto aos agentes administrativos o compromisso com a moral jurídica, que corresponde sobretudo à lealdade e a boa-fé.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.
- _____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BARBOZA, Márcia Noll. *O princípio da moralidade administrativa: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007
- BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.25, p. 454- 467, jul./set. 1951.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.
- _____. *Teoria geral do direito*. Trad. Denise Agostinetti; rev. de trad. Silvana Cobucci Leite. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- _____. Moralidade administrativa. In: DALLARI, Adilson; NASCIMENTO, Carlos Valder; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p.256-275.
- CIRNE LIMA, Ruy. *A relação jurídica no direito administrativo*. Porto Alegre: [s.n.], 1952.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 24 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.
_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação sustentável*. Coimbra, 2014.

_____. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Réquiem pelo contrato administrativo*. 1. ed. reimp. Lisboa: Almedina, 2003.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 13. ed. São Paulo: Edusp, 2008.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Edição comemorativa 50 anos. São Paulo: Globo, 2013.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil: estudo de casos e lições para o futuro*. 1. ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *A moralidade administrativa: história de um conceito*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 230, p. 291-304, out./dez. 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. edição. São Paulo: Companhia da Letras, 1995.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra europeus*. Trad. Marcela Varejão; rev. trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARRARA, Thiago. *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.

MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Direito administrativo moderno*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Renato Geraldo. *O processo de contratação pública: fases, etapas e atos*. Curitiba: Zênite, 2012.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NIEBUHR, Joel Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PIRES, Luís Manoel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

TÁCITO, Caio. Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 218, p. 1-10, out./dez. 1999.