

O princípio jurídico da moralidade administrativa

Fernando Couto Garcia

Advogado em Belo Horizonte-MG

Sumário: Introdução. Parte I: 1 – Identificação do problema; 2 – Direito e Moral. Parte II: 1 – Mérito do ato administrativo, conceito indeterminado e discricionariedade; 2 – A natureza jurídica da moralidade administrativa do art. 37; 3 – A doutrina e a jurisprudência brasileiras; 4 – Limites da moralidade administrativa. 5 - Conclusão; 6 - Referências Bibliográficas

Introdução

A proposta é estudar o princípio jurídico da moralidade administrativa, contido no art. 37 da Constituição. Portanto, o artigo não trata da moralidade administrativa que é causa de pedir da ação popular (art. 5º, LXXIII, da Constituição).

Na Parte I faço uma exposição uma breve análise sociológica, com base na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, da falta de operacionalidade do princípio e da separação entre Direito e Moral. Como parte de uma análise sociológica, que tem referências empíricas (ainda que não sustentadas por investigações empíricas), as afirmações feitas na Parte I não têm implicações normativas diretas,⁽¹⁾ uma vez que se destinam a identificar o que é verdadeiro sociologicamente e não o que é lícito.

Na Parte II, depois de considerações preliminares sobre os princípios (baseadas em Robert Alexy) e sobre a discricionariedade (baseadas em Florivaldo Dutra de Araújo), estudo a doutrina e a jurisprudência brasileiras sobre a moralidade administrativa. As afirmações feitas na Parte II são dogmáticas (baseadas no código lícito/ilícito), e portanto têm implicações normativas.

Parte I: A falta de operacionalidade dogmática do princípio jurídico da moralidade administrativa

1 – Identificação do problema

O art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1.988 dispõe que a Administração Pública obedecerá, entre outros, ao princípio da moralidade.⁽²⁾

A doutrina brasileira se dividiu na formulação do que seria a moralidade administrativa. Alguns autores a identificam com a legalidade substancial, outros com a razoabilidade e o interesse público, outros com a boa-fé. Há também os que a utilizam para clamar por justiça e os que alertam para o perigo de sua aplicação indiscriminada.

Concepções assim tão variadas em relação a aspectos essenciais da própria definição da moralidade administrativa só poderiam conduzir a uma jurisprudência vacilante⁽³⁾ e a um Poder Judiciário desconfiado na sua aplicação. Muitos dos precedentes que tratam do assunto utilizam o princípio da moralidade administrativa como elogio da Constituição ou da lei, ou o aplicam de maneira secundária para resolver a questão controvertida, uma vez que há regra legal explícita; é o que ocorre, por exemplo, quando se fala em "princípio moralizador do concurso público"⁽⁴⁾ ou quando se afirma que a proibição de acumular empregos (art. 99 da Carta de 1.969) é derivada da moralidade administrativa⁽⁵⁾ ou que se deve a questões de moralidade administrativa a fixação da remuneração dos vereadores em cada legislatura para vigorar na subseqüente (art. 29, V, da Constituição, em sua redação original), evitando a legislação em causa própria.⁽⁶⁾

Aplicar o princípio da moralidade administrativa dessa forma secundária serve apenas para ocultar que ele não é aplicado, pois se há outra norma que leva explicitamente ao mesmo resultado esta é que está sendo aplicada. O mesmo pode ser dito para os que enxergam na moralidade a legalidade substancial.⁽⁷⁾ Tais posicionamentos tornam a moralidade administrativa um princípio totalmente supérfluo, uma vez que, mesmo ignorando-o e até dizendo que ele é inaplicável, o intérprete chegaria ao mesmo resultado.

É desafiador tentar entender por que o princípio da moralidade encontra tais obstáculos, enquanto outras normas, dele contemporâneas no Direito brasileiro, como a igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I, e 226, § 5º, da Constituição) e o direito à indenização por dano moral (art. 5º, V e X, da Constituição) lograram sucessos operacionais muito mais visíveis.⁽⁸⁾

2 – Direito e Moral

A sociedade moderna, por meio da especialização na comunicação, diferenciou-se em sistemas funcionais, que operam autopoieticamente.(9) O Direito é um destes sistemas, que tem a função de estabilizar expectativas normativas e opera de acordo com o código lícito/ilícito. A Moral é outro destes sistemas, que atua de acordo com o código bom/mau.

O sistema do Direito é cognitivamente aberto, ou seja, observa e conhece os demais sistemas sociais, mas é operativamente fechado, ou seja, opera remetendo-se apenas às suas próprias operações, ainda que o modo de fazê-lo seja influenciado pelas observações feitas pelo próprio sistema sobre seu ambiente.

Na sociedade moderna,(10) não se pode confundir o Direito com a Moral. Portanto, uma norma moral não é, apenas por ser norma moral, válida dentro do sistema jurídico.(11) No entanto, o fechamento operativo do sistema não significa isolamento causal(12) e "não se pode negar a circunstância de que as fundamentações éticas e jurídicas possam coincidir".(13) O sistema do Direito, ao observar seu ambiente, no qual se incluem os demais sistemas, e, entre eles, a Moral, reflete sobre si mesmo e tal reflexão pode ter repercussão nas próprias operações jurídicas. Em outras palavras, o Direito pode observar – e frequentemente o faz – a Moral e, de acordo com os seus próprios critérios – que são jurídicos –, decidir por se adaptar ou não àquilo que foi observado. Kelsen, que ninguém acusaria de moralista, reconheceu isso quando, ao tratar da interpretação jurídica, disse que o Direito pode delegar o preenchimento de seu conteúdo a normas metajurídicas, transformando-as em normas de Direito positivo.(14) Em resumo, o sistema do Direito pode observar normas morais e reflexões éticas e decidir transformá-las em normas jurídicas. No entanto, é só o Direito – e não a Moral – que pode fazê-lo, seja por meio de legisladores, juízes, doutrinadores ou administradores. E deve fazê-lo juridicamente, ou seja, de acordo com os critérios estabelecidos no próprio sistema. Tanto é assim que o Direito não tem um compromisso com as normas morais socialmente predominantes, mas pode optar por se utilizar, neste intercâmbio, de reflexões morais que, embora não sejam predominantes, podem ser vistas como mais adequadas para uma transformação operativa do Direito(15) segundo sua fórmula de contingência, ou seja, podem ser consideradas mais justas.

A coincidência de conteúdos entre o Direito e a Moral é extremamente comum.(16) Há mesmo conceitos jurídicos que apontam claramente para esta coincidência, como boa-fé, lealdade, confiança e moralidade administrativa. No entanto, a formulação desses conceitos têm um sentido eminentemente jurídico,(17) ocorre com base em critérios jurídicos e se destina a comunicar sobre o que é lícito ou o que é ilícito, o que lhe confere juridicidade e exclui a alegação de sua pertinência ao sistema da Moral, que tem por código a diferença entre bom e mau.

Com base nestas premissas é possível afirmar que o princípio da moralidade administrativa, apesar do nome, é um princípio jurídico. Esta conclusão apóia-se em vários motivos. O primeiro é que a Constituição não tem poder para ditar normas morais, mas apenas normas jurídicas. O segundo é que o princípio da moralidade serve como referência para comunicar o que é lícito e o que é ilícito, e não o que é bom e o que é mau. Como princípio jurídico que é, a moralidade administrativa gera, obviamente, efeitos jurídicos.

Parte II: A moralidade administrativa como princípio jurídico

1 – Mérito do ato administrativo, conceito indeterminado e discricionariedade

A única utilidade dogmática dos conceitos de vinculação e discricionariedade é delimitar o âmbito do controle jurisdicional da atividade administrativa.(18) Portanto, rejeito para fins terminológicos, por ser inútil dogmaticamente, qualquer distinção entre aspectos discricionários e mérito do ato administrativo, expressões que trato como sinônimas.

Segundo Maria Sylvia Zannella Di Pietro, autores mais antigos consideravam que o controle da moralidade administrativa só poderia ser o controle interno, e não o controle jurisdicional, pois a moralidade integraria o mérito do ato administrativo.(19) Esta posição deixou de ser sustentável com a entrada em vigor da Constituição de 1.988, que estabeleceu a moralidade administrativa como princípio expresso da Administração Pública.(20) No entanto ainda é possível encontrar seus resquícios na doutrina, como a afirmação de Sérgio Ferraz e Adilson Dallari de que o processo administrativo seria eficaz instrumento de defesa da moralidade, justamente porque por ele o mérito do ato poderia ser revisto,(21) o que pressupõe que a moralidade integre o mérito do ato administrativo. Mesmo na doutrina que considera que a moralidade administrativa não integra o mérito do ato administrativo, persiste o entendimento de que a aplicação de conceitos indeterminados, na hipótese de existência de mais de uma interpretação razoável, é aspecto discricionário.(22)

Por outro lado, há na doutrina brasileira uma corrente com entendimento frontalmente contrário,(23) que busca inspiração no doutrinador espanhol Eduardo Garcia de Enterría, defendendo que a utilização de conceitos indeterminados não significa atribuição de discricionariedade.

Há ainda uma posição intermediária, segundo a qual a discricionariedade e os conceitos indeterminados são inconfundíveis, mas persistem entre eles alguns pontos de interseção, em especial nos conceitos de prognose, que envolvem uma avaliação prospectiva de fatos.(24)

Para estas duas últimas correntes, não há discricionariedade na interpretação do que seja o princípio da moralidade administrativa; para a primeira delas porque a moralidade é um conceito indeterminado que como tal não atribui discricionariedade, e para a segunda porque não se trata de um conceito de prognose. A meu ver, este é o posicionamento correto.(25) A corrente que vê nos conceitos indeterminados uma atribuição de discricionariedade incorre em confusão teórica por não dar conta de distinguir entre a discricionariedade administrativa, que é um conceito dogmático, e o que poderíamos chamar de discricionariedade interpretativa, que é um conceito hermenêutico que traduz a liberdade de interpretação, e não a discricionariedade em sentido técnico.

Com o aumento da complexidade na sociedade moderna, tornou-se vulgar na legislação a abertura das normas jurídicas, que pode ser feita por técnicas distintas. Uma destas técnicas é a utilização de conceitos indeterminados ou cláusulas gerais; outra é a atribuição de discricionariedade ao aplicador da norma. A diferença entre as duas técnicas é que na primeira, a imprevisão presente na norma será resolvida por juízos de legalidade feitos por seu aplicador, com controle jurisdicional pleno, enquanto na segunda a imprevisão será resolvida por juízos de conveniência e oportunidade feitos pelo aplicador sem controle jurisdicional, uma vez que ele estará escolhendo entre indiferentes jurídicos. Esta é a diferença entre os conceitos indeterminados e a discricionariedade, e não a possibilidade de se encontrar uma única solução correta, o que é um outro problema.(26)

Aliás, se a discricionariedade não é um vazio mas sim um resultado da atribuição feita pela própria lei, só é possível afirmar que ela existe depois de interpretar a lei. Em outras palavras, na maioria das vezes, o conceito legal que atribui discricionariedade não é juridicamente indeterminado, mas sim determinado: determinou-se que ele atribui discricionariedade. Se assim não fosse, haveria dúvidas sobre se um determinado conceito atribui ou não discricionariedade, dependendo do caso concreto, e não é isso que acontece com a maior parte dos exemplos da doutrina, sobre os quais todos concordam que há aspectos discricionários (por exemplo, a nomeação para cargo em comissão e a licença para porte de arma). Ainda que em algumas situações possa ocorrer tal dúvida, ou seja, ainda que possa haver uma atribuição de discricionariedade por um conceito que seja indeterminado, o que levará à discricionariedade não é a indeterminação do conceito, mas sua interpretação como discricionário. Não há nisso nada de estranho: os conceitos indeterminados são utilizados para veicular normas de todo tipo, e também podem ser para veicular normas que atribuem discricionariedade, no entanto, insisto, o que leva a este resultado não é a indeterminação, mas sim a interpretação.

Interpretar definitivamente o ordenamento jurídico em casos concretos, ou seja, atribuir-lhe sentido com força de coisa julgada, é a própria razão de ser do Poder Judiciário. Se há interpretação do ordenamento jurídico para aplicação a um caso concreto, e o Poder Judiciário é provocado para pronunciar-se sobre o acerto ou não desta interpretação, não há como impedi-lo de apreciar a questão. Diante do art. 5º, XXXV, da Constituição, é irrelevante dogmaticamente saber se a atividade interpretativa é intelectual ou volitiva, se se situa dentro ou fora de uma zona cinzenta; se uma norma jurídica foi interpretada e aplicada, não importa se por particulares ou por órgãos públicos, é plena a apreciação jurisdicional sobre esta interpretação, com a qual o julgador pode ou não concordar, desde que motivadamente.

2 – A natureza jurídica da moralidade administrativa do art. 37

O fato de a própria Constituição classificar a moralidade administrativa como princípio não esclarece, por si só, sua natureza jurídica, uma vez que o termo "princípio" é utilizado de maneira imprecisa pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência.

Neste trabalho utilizarei o conceito de princípio jurídico de Robert Alexy. Para este autor,

"os princípios são normas jurídicas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação com as possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandados de

otimização que se caracterizam por que podem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada de seu cumprimento não depende só de possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O campo das possibilidades jurídicas está determinado por meio de princípios e regras que jogam em sentido contrário."⁽²⁷⁾

As regras, ao contrário, são normas jurídicas que exigem um cumprimento pleno, e portanto só podem ser cumpridas integralmente ou descumpridas integralmente, ou seja, são aplicadas à maneira do tudo ou nada. Ademais, as colisões de princípios são resolvidas pela incidência de um princípio no caso concreto, com o afastamento de outro, sem, entretanto, considerá-lo revogado. Há portanto concorrência entre os princípios, e não antinomia, que seria o fenômeno ocorrido no caso de colisão de regras, que é resolvido pela determinação de que uma norma é válida e a outra, que colide com ela, é inválida.

Portanto, os princípios têm valor normativo, e não apenas valorativo, interpretativo ou argumentativo.

A natureza jurídica de princípio da moralidade administrativa é demonstrada pelo fato de que há outras normas constitucionais que afastam a consideração sobre a moralidade, ou seja, que fixam condutas e estruturas sem que as mesmas possam ser consideradas inválidas por ofensa à moralidade administrativa,⁽²⁸⁾ uma vez que a incidência do princípio foi afastada pelo próprio constituinte. Maria Sylvia Zanella Di Pietro lista várias regras válidas em nosso ordenamento, não obstante as considere contrárias à moralidade administrativa. Um exemplo é a suspensão dos direitos políticos dos condenados criminalmente ou por improbidade administrativa (art. 15, III e V, da Constituição): trata-se de regra válida, ainda que seja considerada contrária à moralidade administrativa.

Outra constatação que demonstra a natureza de princípio da moralidade administrativa é a de que ela pode, em determinadas situações, ser afastada por outros princípios, ou afastá-los. Imagino dois exemplos para demonstrar minha afirmação.

O primeiro exemplo é o seguinte. Servidores em greve negociam com a Administração e obtêm formalmente, tanto do Chefe do Poder Executivo quanto do Chefe do Poder Legislativo, a promessa de aumento em determinado percentual, que é encaminhada ao Poder Legislativo por meio de projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo, com urgência constitucional. Os servidores então voltam ao trabalho, desmobilizando-se, confiantes na promessa do Poder Público. Logo depois, no entanto, o Chefe do Poder Executivo retira do projeto a urgência constitucional e o Chefe do Poder Legislativo o retira da pauta, relegando-o a segundo plano, para votação apenas no ano seguinte, ainda distante. A conduta é contrária à moralidade administrativa, uma vez que as expectativas legítimas dos servidores não foram respeitadas e o Poder Público agiu com nítida deslealdade e intenção de enganá-los. No entanto, nem por isso os servidores poderão pleitear na Justiça o aumento, uma vez que o art. 37, X, da Constituição estabelece reserva absoluta de lei na matéria ("*somente* poderão ser fixados ou alterados por lei específica"); ou seja, trata-se de hipótese em que o princípio da legalidade estrita prevalece sobre o princípio da moralidade administrativa.

Por outro lado, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais oferece precioso exemplo de caso em que o princípio da moralidade administrativa prevaleceu sobre o princípio da legalidade.⁽²⁹⁾ Servidores de uma autarquia estadual pleitearam a aplicação aos seus símbolos de vencimento de reajuste previsto por decreto estadual. A autarquia alegou que o decreto teria violado o art. 37, X, da Constituição. O Tribunal reconheceu a violação, no entanto, deu razão aos servidores, sob o fundamento de que o entendimento contrário permitiria à Administração aproveitar-se de sua própria torpeza, o que seria contrário à moralidade administrativa. Reconhecendo a colisão de princípios, o Tribunal utilizou como critério para a prevalência da moralidade administrativa o fato de que o entendimento contrário também violaria o princípio da isonomia, pois permitiria à Administração aplicar o reajuste apenas àqueles servidores que bem entendesse, como já havia feito com muitos.

Ressalto, a título de esclarecimento, que não se trata de afastar a legalidade em si, mas de afastar o princípio da legalidade, o que é bem diverso. A noção de legalidade traduz conformidade ao ordenamento jurídico (sentido amplo) ou conformidade à lei (sentido restrito), enquanto o princípio da legalidade é uma – dentre tantas – normas jurídicas integrantes do ordenamento. A desobediência deste (em situação em que ele incida, obviamente) conduz a uma ilegalidade (desconformidade com o ordenamento jurídico), mas nem toda ilegalidade (desconformidade com o ordenamento jurídico) é resultante de sua desobediência. Assim, uma violação autônoma do princípio da moralidade administrativa (ou seja, uma violação em que outros princípios não foram conjuntamente violados) é uma ilegalidade, embora não seja uma violação do princípio da legalidade. Por isso os dois princípios não se confundem. Por outro lado, o princípio da moralidade administrativa integra a legalidade enquanto conformidade com o ordenamento jurídico, uma vez que é norma deste.

3 – A doutrina e a jurisprudência brasileiras

A moralidade administrativa surgiu na doutrina francesa como explicação para o controle jurisdicional do desvio de poder (Hauriou),(30) que extravasava a restrita noção de legalidade então predominante, entendimento trazido para o Brasil por Antônio José Brandão.(31) Posteriormente a noção foi ampliada pela doutrina francesa para abarcar também a análise dos motivos (Welter), extensão acolhida na doutrina brasileira por Manoel de Oliveira Franco Sobrinho,(32) com a adesão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que inclui na moralidade também a análise do objeto do ato administrativo, que será contrário à moralidade se for impossível, desconforme com sua finalidade ou ineficiente.(33) Atualmente esta é uma posição bastante difundida e que conta com a adesão de dois precedentes do Superior Tribunal de Justiça.(34)

A crítica que comumente se faz a esta corrente é que, atualmente o controle do desvio de poder é uma decorrência do próprio princípio da legalidade.(35) A crítica é acertada. Identificar a moralidade administrativa com tais elementos é supérfluo, e retira-lhe a relevância normativa. Esta corrente, que muitas vezes acena com bandeiras antipositivistas, acaba por adotar atitude teórica idêntica à do positivismo legalista, restringindo a legalidade ao que ofende à lei em sua literalidade e lançando a finalidade da norma no domínio da metajuridicidade. Esta contradição pode ser claramente notada na seguinte passagem de Antônio José Brandão: "o desvio de poder não se reduz a mero problema de legalidade, pois o ato em que ele se manifesta concretamente é praticado com observância da lei, mas obedece a determinante imoral. Por outras palavras: o que afeta a jurisdição do ato em que o desvio de poder se concretizar é, principalmente, a imoralidade administrativa que consiste em produzir modificações lícitas da ordem jurídica para atingir fins metajurídicos, que não são fins de pública administração."(36)

A segunda corrente doutrinária procura enxergar na moralidade administrativa a adoção dos princípios do interesse público, razoabilidade e/ou proporcionalidade. Esta posição, com variações, é adotada por Fábio Medina Osório,(37) Marçal Justen Filho(38) e Germana de Oliveira Moraes.(39) José Guilherme Giacomuzzi critica esta corrente, argumentando que a confusão entre moralidade e legalidade apenas troca de parceiro, passando a ser entre moralidade e interesse público, ou razoabilidade, ou proporcionalidade.(40) No entanto, a crítica não pode ser tão contundente. Os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e interesse público são realmente distintos da moralidade administrativa, mas considerá-los como inerentes à mesma tem a vantagem de afastar dúvidas acerca de sua existência no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que eles não são expressos na Constituição.(41) Portanto, a "confusão" não é inútil,(42) embora não mereça ser acolhida. Razoabilidade e moralidade administrativa são dimensões distintas, e aquela não está incluída nesta. Tanto é assim que um ato pode obedecer à moralidade administrativa e ainda assim ser desarrazoado.(43) O mesmo se pode dizer das relações entre moralidade administrativa e proporcionalidade(44) e entre moralidade administrativa e prioridade do interesse público.(45)

Uma terceira corrente, que vem ganhando adesões na doutrina e na jurisprudência, é a que enxerga o princípio da moralidade administrativa como veiculador do dever de boa-fé para a Administração Pública. A corrente, seguida por vários autores,(46) tem como expoente José Guilherme Giacomuzzi,(47) que foi quem melhor a desenvolveu. A imbricação entre moralidade administrativa e boa-fé é tão cristalina que não se encontra autor que a critique.

No Direito Privado, o termo boa-fé é utilizado em dois sentidos: a) subjetivo, enquanto crença interna de que se age corretamente; b) objetivo, enquanto padrão de conduta de um homem médio, de um *bonus pater familiae*. A Lei 9.784/99 (art. 2º, parágrafo único, IV) e a Lei Estadual Mineira 14.184/02 (art. 5º, III), ao se referirem à moralidade administrativa e à boa-fé, utilizam o termo "padrões", sugerindo a adoção da concepção objetiva. Mesmo sob o ponto de vista constitucional, a adoção da concepção objetiva é mais consistente, uma vez que a moralidade é princípio a ser obedecido pela Administração, e não apenas pelos servidores.

Portanto, não se exige a intenção para se caracterizar a violação da moralidade administrativa, como aliás ocorre com os demais princípios enumerados no *caput* do art. 37 da Constituição; basta que a conduta seja contrária aos deveres inerentes à boa-fé.

A proteção da confiança, da veracidade, da lealdade e da transparência decorrem da boa-fé, "proibindo-se a contradição de informações, a indolência, a leviandade de propósitos".(48) As informações prestadas pela Administração devem ser confiáveis, uma vez que as expectativas legítimas geradas pelas mesmas passam a ser protegidas pelo princípio da moralidade administrativa. Surge para a Administração um dever de não modificar injustificadamente as informações ou orientações fornecidas, ainda que inexatas, cumprindo-as.(49)

Germana de Oliveira Moraes expõe as seguintes condições exigidas pela jurisprudência suíça para que a Administração vincule-se às informações inexatas:(50) a) que tenham sido prestadas por autoridade competente; b) que tenham sido prestadas sem reservas, direcionadas a uma situação concreta, perfeitamente individualizada; c) que os particulares não tenham condições de perceber o erro; d) que, com base nos dados obtidos, o administrado tenha tomado medidas irreversíveis. Estas condições podem servir de suporte para o desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência brasileiras sobre o assunto. Desde já, anoto que é possível a proteção da confiança se o administrado tiver razoável dificuldade para reverter as providências, pois a irreversibilidade é uma exigência excessiva, e mesmo que as informações tenham sido prestadas a um grupo relativamente grande de indivíduos (todos os alunos de uma universidade, por exemplo), desde que elas se refiram a um aspecto concreto, individualizável, capaz de gerar expectativas e as já referidas condutas de tomada de medidas de difícil reversão.

A própria autora oferece excelente exemplo da aplicação da proteção da confiança:

"o aluno de curso universitário requereu, à época oportuna, sua matrícula na disciplina de Educação Física, integrante do currículo do Curso de Direito, a qual lhe foi negada, sob o argumento de que essa disciplina não mais compunha a grade curricular. Ao encerrar o curso universitário, o acadêmico requereu documento comprobatório do término e recebeu declaração afirmativa da conclusão do Curso de Direito, com a qual inclusive, obteve licença para advogar. Não obstante, a Universidade recusou-se a expedir seu diploma, à falta da disciplina Educação Física. A Administração Universitária, primeiramente, dispensou o particular de seguir a disciplina, depois confirmou a autorização anterior, ao expedir declaração dando conta da conclusão do curso, declaração essa que surtiu efeitos perante terceiros. O princípio da boa-fé, neste caso, recomenda a convalidação e assegura ao universitário concludente o direito à expedição do diploma."(51)

Aliás, ainda que o ato não tivesse gerado efeitos perante terceiros (o universitário não tivesse obtido licença para advogar) a solução seria a mesma.

A jurisprudência oferece exemplos interessantes sobre tais aspectos.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já admitiu, com base no princípio da moralidade administrativa, reconhecer como tempo de serviço público aquele decorrido entre a posse e a data de anulação do concurso público decorrente de procedência de ação popular.(52) O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também já determinou o pagamento a servidores contratados ilicitamente, sem concurso público, de todas as parcelas remuneratórias normalmente devidas, considerando o enunciado 363 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho incompatível com o princípio da moralidade administrativa, pois a Administração não pode se aproveitar de sua própria torpeza, sendo inerente à boa-fé a proibição de agir contra fato próprio (*venire contra factum proprium*). (53)

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça também já acolheu expressamente a boa-fé como decorrência da moralidade administrativa em dois precedentes: o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 6.183/MG (DJU 18-12-1995, p. 44.573; LEXSTJ 82/90) e o Recurso Especial 184.487/SP (DJU 03-05-1999, p. 153; RSTJ 120/386), ambos relatados pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar. No primeiro caso, a Corte suspendeu execução movida pelo Banco do Brasil contra mutuário por entender que seria contrário à moralidade administrativa negar validade a memorando em que o Banco do Brasil, juntamente com órgão da União, assumiu o compromisso público de suspender por 90 (noventa) dias os processos em curso, com o objetivo de tentar acordos com os mutuários. No segundo caso, a Corte considerou impossível que o Município anulasse promessa de compra e venda de lote celebrada com particular em razão de ilegalidades no loteamento, de responsabilidade do próprio Município. Fundamentando seu entendimento, o relator afirma:

"Sabe-se que o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela administração pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos, depois de estabelecer situações em cuja seriedade os cidadãos confiaram."

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto ainda é tímida. Um dos poucos precedentes é a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.661/MA, relator o Ministro Celso de Mello, em que se considerou que as exceções à regra do art. 164, § 3º, da Constituição, que determina que as disponibilidades de caixa dos entes públicos devem ser depositadas em instituição financeiras oficiais, além de previstas em lei federal, devem respeitar a moralidade administrativa, "em ordem a impedir que eventuais desvios ético-jurídicos do *improbus administrator* possam instituir situações de inaceitável privilégio, das quais resulte indevido favorecimento, destituído de causa legítima, outorgado a determinadas instituições financeiras de caráter privado." A meu ver, o precedente diz pouco sobre a moralidade administrativa, pois, além de não se referir à boa-fé, adotou compreensões que se relacionam mais diretamente a outros princípios, como igualdade ("impedir situações de inaceitável privilégio"), impessoalidade ("indevido favorecimento"), razoabilidade ("destituído de causa legítima") e prioridade do interesse público ("caráter privado" das instituições financeiras).

No entanto, há pelo menos um precedente em que o Supremo Tribunal Federal aplicou o princípio da boa-fé ao Direito Público, embora sem vinculá-lo à moralidade administrativa. É o Recurso Extraordinário 158.448/MG (DJU 25-09-1998, p. 20), decidido pela Segunda Turma, relator o Ministro Marco Aurélio, em que se considerou contrária à boa-fé a interpretação do Estado de Minas Gerais, que considera que o requisito de cinco anos continuados exigidos pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para aquisição de estabilidade não é preenchido por professor contratado e demitido ao final do ano letivo, e recontratado no início do ano letivo seguinte, sucessivamente. O precedente ficou assim ementado:

"ESTABILIDADE - SERVIDORES NÃO CONCURSADOS - TEMPO DE SERVIÇO - CARÁTER CONTINUADO - ALCANCE DO ARTIGO 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. Descabe ter como conflitante com o artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988 provimento judicial em que se reconhece a estabilidade em hipótese na qual professor, ao término do ano letivo, era 'dispensado' e recontratado tão logo iniciadas as aulas. Os princípios da continuidade, da realidade, da razoabilidade e da boa-fé obstaculizam defesa do Estado em torno das interrupções e, portanto, da ausência de prestação de serviços por cinco anos continuados de modo a impedir a aquisição da estabilidade."

4 – Limites da moralidade administrativa

Antônio José Brandão já afirmava que ouvir falar em moralidade administrativa costuma desagradar ao homem de leis, não porque este deseje um governo imoral, mas em razão de sua fórmula vaga e de se vislumbrar por detrás dela o espectro do governo dos juizes.⁽⁵⁴⁾

Realmente, a vagueza do termo moralidade administrativa pode dar margem à violação do próprio ordenamento jurídico, especialmente dos direitos fundamentais, o que deve ser evitado. Sobre esta possibilidade de utilização simbólica da moralidade, desviando-a de suas funções, são precisas as colocações de Celso Campilongo:

"talvez, entre nós, na periferia da modernidade jurídica, ao contrário do que ocorre com outras Cortes Constitucionais ou em centros onde, na verdade, essa separação entre sistema jurídico e sistema político é mais nítida, é mais consolidada, ao invés do Direito ser utilizado para confirmar o Direito, do sistema jurídico funcionar num sistema de feed-back positivo, ou seja, aplicar o Direito por meio do Direito para confirmar o Direito, talvez, entre nós, esteja ocorrendo um perverso fenômeno de utilização do Direito para o descumprimento do Direito por meio de pretextos jurídicos. Ou seja, um sistema de feed-back negativo e não positivo que, sob uma roupagem jurídica, uma fachada jurídica, na verdade se permite corromper, se permite desvirtuar".⁽⁵⁵⁾

Almiro do Couto e Silva percebeu este perigo ao caracterizar a indeterminação da moralidade administrativa como uma lâmina de dois gumes, capaz de contribuir para o aperfeiçoamento das práticas

na gestão da coisa pública, mas também de servir como pretexto para sacrificar indevidamente os direitos fundamentais, como os relacionados com a honra das pessoas.(56)

Preocupados com o gume negativo da lâmina, Adilson Dallari e Sérgio Ferraz alertam para o risco do "judicialismo" na aplicação do princípio da moralidade administrativa, entendido como imposição à sociedade das concepções morais do Ministério Público e do Poder Judiciário.(57)

O risco realmente existe, mas deve ser enfrentado, e não evitado, uma vez que o controle jurisdicional de atos contrários ao princípio da moralidade é previsto expressamente pelo art. 5º, LXXIII, da Constituição, não podendo ser negado nem mesmo pela mais sofisticada das concepções doutrinárias, e que a desconfiança dos juristas, por si só, não é motivo para se abandonar a moralidade administrativa, mas, ao contrário, torna mais importante seu estudo, já que, como afirmou Egon Bockmann Moreira, a dificuldade de definir um princípio não pode gerar a sua inaplicabilidade.(58)

Uma das situações em que este risco se concretizou é a presente nas concepções doutrinárias e jurisprudenciais excessivamente amplas do princípio da moralidade administrativa, que o identificam com o dever de boa administração, ou mesmo de melhor administração. Uma tal concepção, ao incluir na atividade jurisdicional uma valoração da atividade administrativa em si, e não com base no ordenamento jurídico, amplia desmesuradamente a moralidade administrativa, ferindo de morte a discricionariedade e conseqüentemente a separação dos poderes.(59) Esta noção de boa administração deve ser substituída pela noção de administração honesta e de boa-fé, que é a única exigida pelo princípio da moralidade administrativa.

A discricionariedade administrativa é reduzida pelo princípio da moralidade, mas não é destruída por ele, pois o que limita pressupõe a existência do que é limitado. A escolha do administrador é preservada, mas passa a ser feita apenas entre as diversas possibilidades que sejam compatíveis com o princípio da moralidade e aptas a realizar um determinado fim. A moralidade veio para restringir a discricionariedade, mas não para eliminá-la, assim como a boa-fé restringe a liberdade dos particulares, mas não a anula, o que não gera grandes comoções entre os teóricos e aplicadores do Direito Privado.

5 – Conclusão

A doutrina e a jurisprudência brasileiras são ainda vacilantes na formulação do princípio da moralidade administrativa, utilizando-o, muitas vezes, como elogio de regra explícita da Constituição ou da legislação, sem que sua aplicação faça qualquer diferença no caso concreto.

A primeira confusão a ser desfeita é considerar o princípio da moralidade administrativa como um princípio moral. A moralidade administrativa é uma referência para comunicar o que é lícito e o que é ilícito, e não o que é bom ou mau, caracterizando-se, portanto, como princípio jurídico.

Entre as correntes doutrinárias sobre a questão, a mais consistente é que considera que o princípio jurídico da moralidade administrativa acarreta para a Administração Pública o dever de agir com boa-fé, lealdade e transparência, respeitando as expectativas legítimas geradas nos administrados. As demais correntes pecam por confundir a moralidade administrativa com outros princípios, como legalidade substancial, impessoalidade, interesse público, proporcionalidade e/ou razoabilidade.

Dependendo das particularidades do caso concreto, o princípio da moralidade pode prevalecer sobre outros princípios, ou ser preterido por eles naquela situação concreta. A aplicação do princípio, mesmo na hipótese de existência de mais de uma interpretação considerada razoável, não é discricionária, integrando os aspectos vinculados do ato administrativo, sendo plena a apreciação jurisdicional sobre tal interpretação, com a qual o Poder Judiciário poderá ou não concordar.

No entanto, é preciso cuidado para que a indeterminação do conceito de moralidade administrativa não sirva como pretexto para o sacrifício indevido de direitos fundamentais nem para destruir a noção de discricionariedade, que ele veio para limitar. Como parte deste cuidado, a noção de "boa administração" deve ser substituída pela de "administração honesta e de boa-fé", que é a única exigida pelo princípio da moralidade administrativa.

6 – Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Derecho y razon practica*. México: Distribuciones Fontamara, 1993.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

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

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad.

DELGADO, José Augusto. O princípio da moralidade administrativa e a constituição federal de 1988. *Revista dos Tribunais*. v. 680. São Paulo, Revista dos Tribunais, jun. de 1992, p. 34-46.

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

_____. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

FERRAZ, Sérgio. Controle jurisdicional do mérito do ato administrativo. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Perspectivas do Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 291-306.

FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999.

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

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa fé da Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Perspectivas do Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 307-335.

JUSTEN FILHO, Marçal. O princípio da moralidade pública e o direito tributário. *Revista de Direito Tributário*. v. 67. São Paulo, Malheiros, p. 65-79.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Ética e Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la sociedad*. Impreso de tradução inédita.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. *Revista de Direito Administrativo*. v. 190. Rio de Janeiro, Renovar, out./dez. de 1992, p. 1-44.

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

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade na constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*. v. 2. São Paulo, Malheiros, abr./jun. de 1993, p. 205-210.

(1) LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*, p. 18. Utilizo a tradução espanhola inédita que me foi cedida pela Professora Juliana Neunswander Magalhães. Tem os mesmos resultados (não implicação normativa) a diferenciação entre constatação e interpretação, feita por José Guilherme Giacomuzzi (*A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 10).

(2) Ultrapassa os objetivos deste trabalho traçar a história da moralidade administrativa. Para uma recapitulação bastante completa e bem construída, abrangendo o Direito brasileiro e estrangeiro, cf. GIACOMUZZI, José Guilherme. *Ob. cit.*, p. 39-186.

(3) GIACOMUZZI, José Guilherme. *Op. cit.*, p. 177.

(4) Supremo Tribunal Federal, Representação 1.133/MG (julgada em 31-05-1984), por seu Plenário, relator o Ministro Aldir Passarinho, RTJ 113/996. A desimportância deste entendimento fica ainda mais evidente quando se percebe que o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 229.450/RJ (DJU 30-08-2001, p. 65), do Plenário, relator o Ministro Maurício Corrêa, considerou como moralizador o art. 77, VII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que determina que a classificação em concurso público dentro do número de vagas fixado no edital gera direito à nomeação no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, mas ainda assim o declarou inconstitucional por violação do modelo federal que garantiria ao administrador a discricionariedade de nomear ou não os aprovados. É de grande interesse o voto vencido do Ministro Marco Aurélio neste caso.

(5) Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 93.564/MG (julgado em 10-06-1983), por sua Primeira Turma, relator o Ministro Néri da Silveira, DJU 29-06-1984, p. 10.746. Já na vigência da Constituição de 1.988, caso semelhante foi julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na Apelação Cível 267.188-1 (DJMG 17-05-2002), por sua Primeira Câmara Cível, relator o Desembargador Eduardo Andrade, assim ementada, no que interessa: "A Constituição não permite a acumulação de proventos de aposentadoria e remuneração de dois cargos que resultem, por via oblíqua, na ocupação de três posições no serviço público, sob pena de se validar uma situação abusiva e contrária aos princípios da legalidade, razoabilidade e moralidade administrativa." O dispositivo expresso é o art. 37, XVI, da Constituição.

(6) Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 206.889/MG (julgado em 25-03-1997), por sua Segunda Turma, relator o Ministro Carlos Velloso, RT 743/199. No entanto, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, nos Embargos Infringentes na Apelação Cível 140.945 (DJMG 05-09-2000), por sua Quarta Câmara Cível, relator o Desembargador Bady Curi, aplicou a moralidade administrativa para entender que a fixação dos subsídios para a legislatura subsequente deveria ocorrer antes de conhecido o resultado das eleições. Neste caso, a aplicação do princípio não foi supérflua, mas relevante, apesar da questão estar relacionada mais diretamente ao princípio da impessoalidade.

(7) Neste sentido José Guilherme Giacomuzzi (*Op. cit.*, p. 24-25) cita acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, publicado na RJTJRS 185/335, do qual destaco o seguinte trecho: "O que é imoral? Imoral, para mim, nada mais é do que aquele ato ilícito cometido por um administrador, ofensivo à própria lei."

(8) Quando digo que são normas contemporâneas, estou me referindo à sua consagração expressa, que afasta controvérsias sobre a sua existência.

(9) LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 26: "Por 'sistema' não entendemos nós, como o fazem muitos teóricos do direito, um emaranhado congruente de regras, mas um emaranhado de operações fáticas que, como operações sociais, devem ser comunicações, independentemente do que estas comunicações afirmem a respeito do direito."

(10) A mesma afirmação não pode ser feita para as sociedades antigas, cuja forma de diferenciação social não é funcional, como vêm demonstrando os estudos históricos. Sobre isso cf. COSS, Peter (org.). *The moral world of the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 1. Não obtive acesso ao inteiro teor da obra, mas apenas à sua introdução, disponível no site da editora na Internet, em que o editor Peter Coss refere-se aos artigos que a integram.

(11) LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 55.

(12) LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 28.

(13) LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 56.

(14) KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 393-394.

(15) Se assim não fosse certamente a doutrina do *separated but equal* não teria sido abandonada pela Suprema Corte norte-americana, uma vez que em termos de predominância social, era considerado imoral reunir brancos e negros nas mesmas escolas. Por isso adianto que discordo da afirmação corrente segundo a qual a moralidade administrativa se apóia nos valores socialmente predominantes no momento de sua aplicação. Tal afirmativa pode até ser feita como constatação, mas não como interpretação, ou seja, como explicação sociológica do que tem ocorrido, mas não como uma atribuição de sentido normativo.

(16) Cf. LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 171: "Havíamos aceitado que o sistema do direito juridifica as normas morais, ao citá-las; mas tal fato tem que ser comprovado especificamente por meio de textos jurídicos. Isto não pode ser deduzido simplesmente de que as decisões jurídicas tenham que ser fundamentadas."

(17) LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 60-61.

(18) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 25.

(19) DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 78.

(20) Mesmo antes da Constituição de 1.988 esta posição não era absoluta, uma vez que já se sustentava que a moralidade administrativa seria um princípio implícito, presente por exemplo na qualificação de crime de responsabilidade do Presidente da República conferida ao atentado contra a probidade na administração (art. 54, 6º, da Constituição de 1.891; art. 57, f, da Constituição de 1.934; art. 85, d, da Carta de 1.937; art. 89, V, da Constituição de 1.946; art. 84, V, da Carta de 1.967; art. 82, V, da Carta de 1.969). Deixo de fazer maiores considerações sobre a questão por ter optado por não traçar a história da moralidade administrativa. Sobre a origem da moralidade administrativa no Brasil, que remontaria à Lei 221/1894 e à obra de Castro Nunes sobre o mandado de segurança, cf. GIACOMUZZI, José Guilherme, Op. cit., p. 118-140.

(21) FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 70. Em outro trecho (p. 68), os autores afirmam que a moralidade pode ser controlada judicialmente, o que aponta para três interpretações: a) os autores foram contraditórios; b) o que integra o mérito do ato administrativo não é a moralidade enquanto princípio jurídico, mas aspectos propriamente morais, não jurídicos; c) a moralidade integra o mérito do ato administrativo, mas este é controlável jurisdicionalmente, tese cara a Sérgio Ferraz, mas contrária ao restante da doutrina e à jurisprudência pacífica. A terceira interpretação é fortalecida pelo fato de Sérgio Ferraz, em outra obra, ter afirmado que a moralidade na atuação administrativa integra o mérito (FERRAZ, Sérgio. Controle jurisdicional do mérito do ato administrativo. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Perspectivas do Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 299), mas enfraquecida pela circunstância de Ferraz e Dallari terem afirmado que é impossível o controle do mérito do ato administrativo (Op. cit., p. 67).

(22) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ob. cit., p. 23. DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 86 e 118. ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade na constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*. V. 2. São Paulo, Malheiros, abr/jun. de 1993. p. 208. Na jurisprudência, este entendimento foi adotado pelo Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, na decisão monocrática proferida na Petição 1.508/RJ (DJU 01-07-2002).

(23) ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p. 79-81 e p. 86-88 e GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Perspectivas do Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 307-335. No julgamento do Agravo Regimental na Medida Cautelar 4.053/RS (DJU 12-11-2001, p. 130; RSTJ 148/133), relator o Ministro Paulo Medina, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça parece ter demonstrado simpatia por esta corrente, pois, ao discutir discricionariedade judicial, rejeitou a tese de que esta derivaria da simples utilização de conceitos indeterminados, transcrevendo inclusive trecho do livro do Professor Florivaldo, citado nesta nota.

(24) MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

(25) Em razão dos limites do trabalho, abstenho-me de entrar no debate entre estas duas correntes, e fico satisfeito apenas com a afirmação de que me filio à primeira delas, com Florivaldo Dutra de Araújo e Eros Roberto Grau.

(26) GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 318.

(27) ALEXY, Robert. *Derecho y razon practica*. México: Distribuciones Fontamara, 1993. p. 14. Neste trabalho não pretendo discutir o conceito de princípio; aliás, fujo desta discussão. Não me interessa, portanto, o acerto da definição de Alexy, em si mesma considerada ou em comparação com a concepção de Ronald Dworkin. Limito-me a adotar o conceito, suficientemente claro para os objetivos deste trabalho, sem me aprofundar nas conseqüências de suas particularidades. Esta utilização, portanto, é pragmática e não significa adesão teórica a toda uma filosofia jurídica.

(28) DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Op.cit., p. 105.

(29) Trata-se da Apelação Cível 274.904-2, julgada em 20-06-2002 pela Quinta Câmara Cível, relatora a Desembargadora Maria Elza, que ficou assim ementada: "DIREITO ADMINISTRATIVO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. SERVIDOR PÚBLICO OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO NO DEPARTAMENTO DE OBRAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS (DEOP/MG). DIREITO AO REAJUSTE PREVISTO PELO DECRETO ESTADUAL 36.829/95. O art. 3º do Decreto Estadual 36.796/95 não pode ser interpretado como se estabelecesse um congelamento da remuneração dos servidores ocupantes de cargo em comissão. O princípio da moralidade administrativa veicula regra que proíbe ao Poder Público se aproveitar de suas próprias ilicitudes, razão pela qual o princípio da reserva absoluta de lei formal em matéria de reajuste da remuneração dos servidores públicos não pode ser evocado para deixar de conceder apenas a alguns servidores reajuste previsto em decreto que não foi anulado pela própria Administração e que foi concedido à maioria dos servidores estaduais. O servidor que ocupou cargo em comissão no Departamento de Obras do Estado de Minas Gerais (DEOP/MG) tem direito ao reajuste previsto no Decreto Estadual 36.829/95." A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também traz um exemplo, que é o Recurso Extraordinário 199.088/CE (DJU 16-04-1999, p. 24), decidido por sua Segunda Turma, relator o Ministro Carlos Velloso, em que o relator considerou que a vedação de exercício da advocacia para assessor de desembargador não ofenderia a liberdade de exercício profissional (art. 5º, XIII, da Constituição) por ser imposição do princípio da moralidade administrativa. O raciocínio do relator é o de ponderação de princípios. Alerto, entretanto, que os votos dos demais ministros fizeram uso de fundamentos distintos, embora para chegar à mesma conclusão.

(30) Para um estudo aprofundado desta origem cf. GIACOMUZZI, José Guilherme. Op. cit., primeira parte.

(31) BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. v. 25. Rio de Janeiro, Renovar, jul./set. de 1951. p. 464. No mesmo sentido ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Op. cit., p. 101-102.

(32) FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974. Este autor foi pioneiro na doutrina brasileira sobre a moralidade administrativa, escrevendo antes da Constituição de 1.988. O já citado Brandão, que é um autor português, não pode ser considerado o pioneiro na doutrina brasileira por não ter escrito especificamente sobre o Direito brasileiro.

(33) MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. *Revista de Direito Administrativo*. v. 190. Rio de Janeiro, Renovar, out./dez. de 1992, especialmente p. 9-15. Franco Sobrinho, de maneira menos detalhada, também já abarcava na moralidade administrativa a análise do objeto do ato (Op. cit., p. 87).

(34) São o Recurso Especial 21.923/MG (DJU 13-10-1992, p. 17.662), por sua Primeira Turma, relator o Ministro Humberto Gomes de Barros, e o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 1.715/PR (DJU 13-06-1994, p. 15.093; RSTJ 62/153), por sua Segunda Turma, relator o Ministro Américo Luz.

(35) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 105. GIACOMUZZI, José Guilherme. Op. cit., p. 141. A mesma observação pode ser feita em relação ao controle do objeto. Já o controle dos motivos encontra maior relação a exigência de motivação do ato administrativo. Todas estas hipóteses já se encontram previstas no art. 2º da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65).

(36) BRANDÃO, Antônio José. Op. cit., p. 466-467.

(37) MEDINA OSÓRIO, Fábio. "O uso da máquina administrativa e as finalidades privadas dos agentes públicos: observações sobre a Lei n. 9.504/97 à luz da Constituição Federal de 1988". *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul* 41/53-98. Porto Alegre, jan./jul. de 2000 *Apud* GIACOMUZZI, José Guilherme, Op. cit., p. 147.

(38) JUSTEN FILHO, Marçal. O princípio da moralidade pública e o direito tributário. *Revista de Direito Tributário*. V. 67. São Paulo, Malheiros, p. 71. O autor vislumbra na moralidade o interesse público e a boa-fé. É o que se vê na seguinte passagem, na página citada: "O conteúdo jurídico da moralidade pública resulta da conjugação de dois conceitos básicos, que são a supremacia do interesse público e a boa-fé."

(39) MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 120. A autora enxerga três dimensões na moralidade administrativa: boa-fé, probidade e razoabilidade.

(40) GIACOMUZZI, José Guilherme. Op. cit., p. 148.

(41) A mesma observação pode ser feita em relação à doutrina de Florivaldo Dutra de Araújo, que enxerga a moralidade administrativa como um fundamento para o dever de motivar os atos administrativos. Cf. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Op. cit., p. 101-102.

(42) Aliás, se a crítica de Giacomuzzi for levada às últimas conseqüências, ela seria aplicável à sua própria tese, sobre a qual se poderia afirmar que confunde moralidade administrativa e boa-fé.

(43) Um exemplo é a exigência de pesagem de botijões de gás à vista do consumidor que é conforme ao princípio da moralidade administrativa, mas foi considerada contrária ao princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 855/PR (DJU 1-10-1993), relator o Ministro Sepúlveda Pertence.

(44) Não me preocupo em distinguir razoabilidade e proporcionalidade, distinção que é tormentosa na doutrina.

(45) Neste caso, é maior a dificuldade de encontrar um exemplo, pois a jurisprudência sobre o princípio do interesse público não é tão ampla quanto a existente sobre razoabilidade e proporcionalidade. No entanto, um exemplo disponível é a faculdade que a Administração tem de anular seus próprios atos ilegais, que deriva da prioridade do interesse público, mas que muitas vezes gera efeitos contrários ao princípio da moralidade administrativa, por violar expectativas legítimas dos administrados. A necessidade de, em hipóteses tais, encontrar um ponto de equilíbrio, de conciliação entre o interesse público e a moralidade administrativa demonstra que eles são distintos, pois um princípio não precisa ser conciliado com ele mesmo.

(46) Como já explicado, Weida Zancaner (Op. cit., p. 210), Marçal Justen Filho e Germana de Oliveira Moraes aceitam que a boa-fé é inerente à moralidade administrativa, mas defendem que esta veicula também outros princípios, como a razoabilidade ou a prioridade do interesse público. Admitindo a boa-fé como derivada do princípio da moralidade administrativa, cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 89. MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 89-90.

(47) GIACOMUZZI, José Guilherme. Op. cit., p. 223-285.

(48) GIACOMUZZI, José Guilherme. Op. cit., p. 270.

(49) MORAES, Germana de Oliveira. Op. cit., p. 120.

(50) MORAES, Germana de Oliveira. Op. cit., p. 120-121.

(51) MORAES, Germana de Oliveira. Op. cit., p. 121.

(52) GIACOMUZZI, José Guilherme. Op. cit., p. 273-274.

(53) Apelação Cível 261.180-4, julgada em 16-05-2002 pela Quinta Câmara Cível, relatora a Desembargadora Maria Elza. No mesmo sentido é a Apelação Cível 260.154-0, julgada em 27-08-2002, pela Primeira Câmara Cível, relator o Desembargador Geraldo Augusto. Em sentido semelhante, referindo-se à boa-fé mas não à moralidade administrativa, e restrita a controvérsia ao FGTS, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, por sua Primeira Turma, no Recurso Especial 326.676/GO (DJU 04-03-2002, p. 196), relator o Ministro José Delgado.

(54)] BRANDÃO, Antônio José. Op. cit., p. 456.

(55) CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, p. 109.

(56) COUTO E SILVA, Almiro. Prefácio. In: GIACOMUZZI, José Guilherme. Op. cit., p. 10. Um bom exemplo desta utilização indevida do princípio da moralidade administrativa é o dado por Ferraz e Dallari (Op. cit., p. 69): considerar como contrário à moralidade a contratação, feita pela Prefeitura, de advogado para defender o prefeito acusado de haver realizado despesa irregular, colocando em segundo plano o direito à defesa. Um outro exemplo seria utilizar a moralidade administrativa como pretexto para impedir, em todo e qualquer caso, o exercício pelo servidor público do direito de greve previsto no art. 37, VII, da Constituição.

(57) FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. Op. cit., p. 66.

(58) MOREIRA, Egon Bockmann. Op. cit., p. 82.

(59) GIACOMUZZI, José Guilherme. Op. cit., p. 145-146, especialmente a nota 198.