
MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO

O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa

GENESIS EDITORA

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO

Ex-Parlamentar e Magistrado Federal. Professor Honorário da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Mendoza na Argentina. Professor Honorário da Universidade Nacional Maior de São Marcos em Lima no Peru. Professor Honorário do Colégio Maior de Nossa Senhora do Rosário de Bogotá na Colômbia. Catedrático de Direito Administrativo e Professor Emérito da Universidade Federal do Paraná.

O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa

Curitiba

GENESIS EDITORA

1993

Ficha catalográfica preparada por
INDEX Consultoria em Informação e Serviços S/C Ltda.

F825 Franco Sobrinho, Manoel de Oliveira
O princípio constitucional da moralidade administrativa /
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. – Curitiba : Genesis,
1993.
179 p.

1. Moralidade administrativa. 2. Atos administrativos.
3. Direito administrativo. I. Título.

CDU (2. ed.) 342.970.7

CDD (20. ed.) 342.06

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

**O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa
(MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO)**

1ª EDIÇÃO – 1993

Arte e Diagramação: Adilson Rodrigues Bonan

Composição: Osvaldo de Freitas

Impressão: Apta – Gráfica e Editora Ltda. Rua Piaui, 2010

CEP: 80.630-300 – Curitiba - PR

Capa: T.W.O. Comunicação

Direitos desta edição reservados por

GENESIS
EDITORA

(Furtado, Benedet & Luchtemberg Ltda.)

Rua Marechal Deodoro, 450 – Conj. 1002 – CEP:80.010-910

Curitiba - PR – Fone: (041) 222-7701 – Fax: (041) 223-7580

Índice

Prefácio	7
Prólogo – DIREITO E MORAL NO COMPORTAMENTO ADMINISTRATIVO	11
1. Introdução	11
2. Modos do fazer administrativo	12
3. A unidade formal do ato	13
4. Coordenação dos elementos	13
5. Subjetividade e Objetividade	14
6. O conteúdo moral dos atos	15
7. Aspectos jurídicos e morais	16
8. Enriquecimento ilícito	17
9. Contas públicas	18
10. Imparcialidade/Moralidade	19
11. Princípios constitucionais	20
12. A qualidade moral dos atos	21
13. O fato moral no ato	22
14. Legitimidade/Validade	23
15. O princípio da moralidade	24
Capítulo I – PODER ADMINISTRATIVO E A MORALIDADE ADMINISTRATIVA	27
1. Introdução	27
2. Responsabilidade administrativa	28
3. A norma de relação	29
4. A ética do direito	30
5. Dever moral e dever-ser jurídico	31
6. A experiência jurídica	31
7. Igualdade, experiência moral, equidade	32
8. O poder administrativo	33
9. O poder administrativo executório	34
10. Subordinação à legalidade	35
11. Subordinação à moralidade	36
12. A vontade na Administração	37
13. O princípio da necessidade comum	37
14. A moral interna da lei	38
15. A idéia do direito justo	39
Capítulo II – A POSIÇÃO JURÍDICA DO ESTADO E O PROBLEMA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA	41
1. Introdução	41
2. Os fins do Estado	42
3. A origem do Estado moderno	43
4. A limitação do poder do Estado	43

5. Estado-administração	44
6. A Administração moderna	45
7. Proteção contra a Administração	46
8. O domínio do Direito Administrativo	47
9. A missão do Direito Administrativo	48
10. As obrigações da Administração	49
11. A tecnização dos meios	50
12. Os grandes temas	51
13. A necessidade da revisão dos conceitos	52
14. O objeto possível ilícito	52
15. A regra moral motivo de valor	53
Capítulo III – O FATO MORAL NO ATO ADMINISTRATIVO	55
1. Introdução	55
2. O ato jurídico-administrativo	56
3. A lei administrativa	56
4. O conhecimento da lei administrativa	57
5. O fato jurídico-administrativo	58
6. A moralidade do fato	58
7. A moralidade do ato	59
8. Os recursos contra a Administração	60
9. Objeto proibido e ato absurdo	61
10. A moralidade do objeto	62
11. A moral nos fatos naturais	63
12. A motivação do ato no fato	64
13. A responsabilidade no fato e no ato	66
14. As faculdades de supremacia	67
15. O risco que o Estado deve aceitar	68
Capítulo IV – O ELEMENTO MORAL NA FORMAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO	69
1. Introdução	69
2. A volta à moral jurídica	70
3. O elemento moral no ato administrativo	70
4. Os vícios da vontade administrativa	71
5. Os efeitos-fins	72
6. Justiça para o administrado	73
7. Os remédios específicos	74
8. Os requisitos de validade	75
9. Mérito e legitimidade	76
10. Os elementos negativos	76
11. O vício da não-moralidade	77
12. O ato administrativo como soma de elementos	78
13. A autonomia é do ato administrativo	78
14. Legitimidade e moralidade	80
15. A apreciação da moralidade como elemento do ato	80
Capítulo V – O ALCANCE DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO MANDADO DE SEGURANÇA	83
1. Introdução	83
2. O fator constitucional determinante	84
3. Lei positiva e moralidade	85
4. A regra constitucional e a lei positiva	86

5. O ilícito administrativo e a moralidade	86
6. Processo e juízos de valor	88
7. A proteção da Constituição	89
8. Administração e ato violatório	89
9. Direito-base e direito-conseqüente	90
10. A importância da interpretação	91
11. Ato de autoridade e tutela dispensável	92
12. Anulação do ato e não da lei	92
13. Deontologia e supremacia constitucional	93
14. Ordem jurídica e moralidade administrativa	95
15. A larga via da segurança constitucional	96

Capítulo VI – A MORALIDADE ADMINISTRATIVA

NA AÇÃO POPULAR CONSTITUCIONAL	99
1. Introdução	99
2. O significado da <i>actio popularis</i>	100
3. A premissa de moralidade	101
4. A moralidade na lei	103
5. Presunções e circunstâncias	104
6. A isonomia como presunção válida	105
7. Isonomia e moralidade	106
8. O mandamento constitucional	107
9. A ação popular nas Constituições do Brasil	108
10. Ação popular e boa administração	109
11. O sentido moral na regra constitucional	110
12. O interesse juridicamente protegido	111
13. A anormalidade no exercício funcional	112
14. A questão da responsabilidade	112
15. O aperfeiçoamento do controle jurisdicional	113

Capítulo VII – A MORALIDADE ADMINISTRATIVA

E O DESVIO DE PODER	115
1. Introdução	115
2. O entendimento na aplicação da lei	116
3. A obrigação jurídico-administrativa	117
4. O espírito e a letra da lei	118
5. A certeza na interpretação	119
6. A função moral do administrador	120
7. Incidências da moralidade no ato	121
8. Vício de moralidade que afeta o ato	122
9. Os vícios objetivos e subjetivos	123
10. A ordem pública na ordem jurídica	123
11. O desvio como abuso	124
12. Os deveres públicos	126
13. O moralmente necessário	127
14. A inexistência ou ilicitude de causa	128
15. Vício oculto e motivos determinantes	130

Capítulo VIII – A MORALIDADE ADMINISTRATIVA

NO EXERCÍCIO DO PODER DISCRICIONÁRIO	133
1. Introdução	133
2. O fenômeno discricionário	134
3. O poder discricionário	135

4. O ato discricionário	136
5. A competência discricionária	137
6. O vínculo poder-dever na Administração	138
7. Defesa da unidade do direito	139
8. O conceito radical na experiência	140
9. O problema no pensamento comparado	140
10. França	141
11. Itália	142
12. Argentina	144
13. Portugal	145
14. Outros sistemas	146
15. Os limites do poder discricionário	148
Capítulo IX – A LINHA MORAL NA AÇÃO ADMINISTRATIVA	151
1. Introdução	151
2. A razão da certeza jurídica	152
3. As novas posições necessárias	152
4. O ato administrativo e o direito positivo	153
5. O procedimento antes do ato	153
6. O ato no bom proceder	154
7. Os fatores constitutivos	155
8. A linha de ordem moral	156
9. A vontade subjetiva da Administração	156
10. O valor das leis administrativas	158
11. A falibilidade da organização administrativa	159
12. Premissas a serem formuladas	160
13. Os imperativos morais	161
14. Ambivalência do poder administrativo	162
15. As limitações do poder estatal	162
Capítulo X – CONTAS PÚBLICAS, MORALIDADE E RESPONSABILIDADE	165
1. Introdução	165
2. Os sistemas constitucionais	166
3. Proteção da moralidade	167
4. O equilíbrio regulador	168
5. O direito sentido	169
6. Corrupção e controle prévio	170
7. A violação dos deveres éticos	171
8. Controle e responsabilidade no Brasil	172
9. Novos meios processuais	173
10. Na ação cominatória	174
11. Na ação declaratória	175
12. Motivos e modos de agir	176
13. A individualidade do administrado	177
14. A moralidade no precedente de direito	178
15. A concepção de responsabilidade legal	178

Prefácio

No ano de 1974, já vai um tanto longe, fiz publicar em São Paulo, o meu ensaio monográfico **Controle da Moralidade Administrativa**. Houve em torno dele, relativo sucesso editorial e relativo sucesso doutrinário. Foi aceito sem maiores críticas e com alguns louvores. Era um cuidadoso trabalho pioneiro na literatura jurídica brasileira⁽¹⁾.

Naquela época um tanto distante, muito me impressionava o crescimento do discricionarismo governamental, a prática livre de atos administrativos vazios de conteúdo, o exercício da função pública divorciada de premissas morais. O país estava numa fase do vale-tudo na administração, indiferente aos postulados legais ou liberto dos princípios morais.

O enriquecimento ilícito não me preocupou tanto. O que me preocupava era o Estado/Poder, adotando formas de atuação pública sem nenhum controle dos princípios éticos. O ato administrativo dependia apenas da vontade de quem o editava. Não sofria sequer apreciação jurisdicional. Não viciado, tinha validade, tinha caráter irrevogável nos efeitos.

Meditei muito sobre o assunto-tese. Tornei-o o meu dia-a-dia de estudos. Pesquisei com muita paciência. Entrei pelo direito público comparado. Fui à organização administrativa de outras nações. Cheguei a conclusões apavorantes. O Brasil estava no caminho errado. Provocando lesões sociais e privilegiando indivíduos e minorias desonestas⁽²⁾.

Na verdade, o regime administrativo brasileiro estava se deteriorando, estava prestes a esmagar a nação na sua vida soberana, protegendo alguns em detrimento de uma sociedade inteira. A desfaçatez das minorias dominantes corrompia todo um sistema jurídico, criando profundas desigualdades através de um incrível voluntarismo político.

Observei, na constância das pesquisas, que o problema, pela sua

(1) MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *O Controle da Moralidade Administrativa, O problema da legalidade e da moralidade dos atos de governo, Apreciação jurisdicional da moralidade administrativa, Os instrumentos processuais de contensão dos excessos na Administração, A legalidade formal e a legalidade moral, Os pressupostos da legitimidade na análise do comportamento administrativo, Desvio de poder e poder discricionário, A moralidade na legalidade*, edição Saraiva, São Paulo, 1974.

(2) Na literatura: CARLOS COSSIO, *Teoria de la Verdad Jurídica*, Buenos Aires, 1954; MICHEL ROUSSET, *L'Idée de Puissance publique en Droit Administratif*, Paris, 1960; W.F. WILLOGHBY, *Principles of Public Administration*, Washington, 1972.

gravidade, iria ter repercussões no futuro. Escudado em alguns mestres, entre eles MAURICE HAURIOU, HENRI WELTER e LON L. FULLER, não somente argumentei com idéias, mas sobretudo com princípios que, nos vários sistemas de direito, deviam reger o comportamento administrativo⁽³⁾.

Assim me foi possível, em linguagem acessível, estudar as fronteiras da moralidade no direito, o fato moral no ato administrativo, a linha moral na ação administrativa, as contas públicas, a moralidade e a responsabilidade, dando ênfase ao controle necessário diante das exigências formais das preventas normas legais e constitucionais.

Todavia, nossas Constituições, desde 1824, por equívocos funestos, não fixaram regras compatíveis com o exercício dos direitos. Neste ponto, todas foram obscuras, nada penalizantes, pouco interessadas na exação administrativa, deixando de atender a pressupostos que, claramente, marcam na atividade administrativa a ilicitude criminosa.

Minha alegria foi enorme quando, na Constituição de 1988, acompanhei a votação do art. 37, dizendo ele que a administração pública, direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes, devia obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Vitoriava-se, assim, uma tese, a minha velha tese⁽⁴⁾.

Sem dúvida, tenho agora quase certeza, tudo haverá de mudar. Ou melhor, tudo está mudando. Já temos aí as Comissões Parlamentares de Inquérito. Medidas duvidosas estão sendo examinadas. Atos administrativos estão sofrendo críticas jurídicas. O controle se ampliou e o Estado político ao que parece está ganhando prestígio constitucional⁽⁵⁾.

Embora, muitas outras crises institucionais possam surgir, o controle da moralidade é hoje um fato de consciência pública, um imperativo da consciência jurídica. Deus me deu a oportunidade de escrever um livro para ficar, para marcar uma época de transtornos cruéis. Estou satisfeito. Um trabalho modesto fez germinar um preceito constitucional.

Com a publicação agora do *Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa*, espero continuar numa mesma seqüência doutrinária temática. Estamos em busca ainda de uma melhor organização administrativa. De uma organização que dê suporte à própria organização política. De uma organização que corresponda aos naturais ditames constitucionais.

(3) Consultar: MAURICE HAURIOU, *Précis de Droit Administratif*, Paris, 1938; HENRI WELTER, *Le Contrôle Jurisdictionnel de la Moralité Administrative*, Paris 1929; LON L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven/Londres, 1964.

(4) As antigas Constituições brasileiras sempre esqueceram o problema da moralidade na Administração. Não conhecemos textos legais que recomendem expressamente a apreciação da moralidade na motivação e na eficácia dos atos administrativos. No entanto, sempre foi bem possível, aproximar os critérios de licitude dos critérios de moralidade. Ver o que há no poder discricionário, no desvio ou no excesso ou abuso de poder.

(5) Face o Art. 37 da Constituição de 1988, o espírito do mandamento não permite dúvidas doutrinárias ou hermenêuticas. Está bem claro. Todo ato administrativo há de conter, na sua estrutura/forma, no mesmo instrumento, as premissas de legalidade, impessoalidade e moralidade.

Este livro não é um livro ambicioso. É apenas uma contribuição às letras jurídicas. Pretende sobretudo, na medida de tempo possível, demonstrar que a exação administrativa é uma condição inerente aos regimes políticos. Não se conquista a paz social sem a existência de uma **boa administração pública**. Dinamizada na legalidade e na moralidade.

Curitiba, Natal de 1992.

M. de O.F.S.

Prólogo

DIREITO E MORAL NO COMPORTAMENTO ADMINISTRATIVO

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Modos do fazer administrativo. 3. A unidade formal do ato. 4. Coordenação dos elementos. 5. Subjetividade e objetividade. 6. O conteúdo moral dos atos. 7. Aspectos jurídicos e morais. 8. Enriquecimento ilícito. 9. Contas públicas. 10. Imparcialidade/moralidade. 11. Princípios constitucionais. 12. A qualidade moral dos atos. 13. O fato moral no ato. 14. Legitimidade/validade. 15. O princípio da moralidade.

1. Introdução

Estamos bem sabendo que há uma ética própria a ser cumprida pela administração. Visando, nos propósitos administrativos, a igualdade na aplicação da norma ou a licitude na conduta pública. Porque o antiético faz desviação de poder ou excesso na atuação permitida. Resultando, quase sempre, em atividade reprovável.

Examinar aspectos do ato administrativo na sua verdadeira expressão jurídica diante de fins colimados não é somente uma questão proverbial, mas uma questão equacionada pelo valor da norma no que ela diz ou pretende representar. E fazer valer o preceito, enquanto vigente, nos informes tanto formais como nas projeções finalísticas⁽¹⁾.

Afirmando um **fim**, uma finalidade traçada pela motivação, qualquer ato administrativo requer, além dos elementos constitutivos, que tenha eficácia correspondente no plano da boa administração. O princípio, se moral, é de justiça distributiva também. De tratamento que não corrompa nos efeitos o que está no

(1) Na literatura hoje clássica: HENRI WELTER, *Le Contrôle Juridictionnel de L'Moralité Administrative*, Paris, 1929; GUIDO FALZONE, *Il Dovero de Buona Amministrazione*, Milão, 1953; LON L. FULLER, *The Morality of Law*, N. Haven/Londres, 1964; M. BOURJOL, *Droit Administratif*, T. II, *Le Contrôle de l'action administrative*, Paris, 1973.

substratum da ordem jurídica.

Não convém esquecer que a ordem jurídica fundamenta a ordem social e a ordem constitucional. Preexiste, nas sociedades políticas, por razões naturais. Se explica sociologicamente. Razoável ou não, é sempre uma realidade inafastável. Acontecendo transformar-se, não perde jamais sua dinâmica diante da vida das instituições.

2. Modos do fazer administrativo

Estará portanto fora da moral jurídica comum social aquele ato administrativo típico que, na sua necessária eficácia:

- a) infringe a motivação;
- b) escapa da finalidade;
- c) não se apóia na exação.

Não bastam para o ato administrativo aqueles elementos tradicionais conhecidos pela doutrina. Será preciso que se analise um ato administrativo pelo conteúdo e pela finalidade. Um ato perfeito pode ter uma finalidade condenável. A vontade pode ser outra e não aquela formalmente manifestada, constante do objeto alcançável.

Quanto aos elementos, não se discute no tocante à formação do ato. Porém o ponto nuclear da intenção, por ser demasiadamente subjetivo, necessita ser conhecido. As sutilezas são muitas, todavia detectáveis. Toda vontade deve, na prática, qualificar uma intenção, examinável pelos elementos de cada ato após publicação⁽²⁾.

Os **modos de fazer**, necessariamente escritos, manifestam ou externam a intenção. Se fazem procedimentais, por excelência. Exigem clareza dogmática conforme sejam os objetivos permitidos possíveis. Cada **modo** realiza, ou pretende realizar, determinada finalidade consoante determinado suporte legal motivado, antes sancionado.

A lei, moral em si mesma, quando dá sentido de pureza aos **modos**, torna-os moralmente aplicáveis, normalmente editáveis, juridicamente eficazes. Entram no mundo do direito produzindo normais efeitos concretos diante da relação administrativa estabelecida entre coisas e pessoas a partir da motivação para chegar à finalidade.

Editado, publicado, a unidade instrumental deve ficar visível. É um ato, nada mais que um ato. Examinado, porém, como deve ser, as condições se completam. Importa então verificar a sua legalidade, a sua impessoalidade e a sua moralidade. Requisitos esses que o fazem perfeito na sua eficácia e na sua execução.

(2) J.L. GARDIÈS, *Essai sur les Fondements a Priori de la Rationalité Morale et Juridique*, Paris, 1972; GUSTAVO RODOLFO REVIDATTI, *La Ética en el Derecho Administrativo*, Corrientes, Argentina, 1990.

3. A unidade formal do ato

Os elementos, componentes de um ato, seguem por isso da motivação à finalidade, criando uma unidade singular jurídica. A perfeição do ato, o ato perfeito, depende de cada elemento, mas também do objeto possível, do senso moral que possa dar-lhe conteúdo legal capaz de evitar distorções imprevistas da vontade.

Desintegrar um ato não é impossível a seguir do preceito legal gerador da atividade administrativa. Havendo a norma ou a lei, a vontade tem o seu caminho certo, um tipo de procedimento que leva à execução que não poderá ter sucesso senão quando autorizada diante da natureza dos serviços ou das obras programadas⁽³⁾.

Na eficácia, especificados efeitos esperados, surpreende a moralidade que não permite o desvio, o excesso ou o abuso de poder, porque em qualquer plano de vida social, a igualdade das partes comprometidas é uma condição jurídica exemplar, uma simples condição essencial sem a qual falece a ordem jurídica constituída.

Pela normatividade dos atos, de atos com origem legal, o desvio de fins camufla a vontade, o excesso nos fins discricionariza a vontade, o abuso golpeia a ordem jurídica. Sem uma motivação factual convincente, todo ato que vá além do previsto permitido, torna-se duvidoso e passa a infringir direitos contidos nos limites da eficácia.

O elemento moral, de moralidade administrativa, jamais aceita o desvio, o excesso ou o abuso de poder. Nada justifica, senão acontecimentos maiores dominantes, à Administração usar de uma competência que não tem ou ir além da sua competência. Atingida a competência, qualquer ato administrativo, inexistente no mundo jurídico⁽⁴⁾.

A unidade formal dos atos tanto envolve a motivação como a finalidade. Não se pode querer, nem admitir que, ao meio da execução, a vontade ganhe outras razões, possa exceder ao previsto, abuse ou seja abusiva de direitos que nasceram de uma relação jurídica até o momento estável e conforme as boas regras de conduta moral.

4. Coordenação dos elementos

Acima de tudo fica permanente a ordem jurídica constituída. Em

(3) CHARLES DEBBASCH, *Os Modos não Normais de Expressão da Vontade Administrativa*, trad. bras., in *Revista do Serviço Público*, nº 102, Rio de Janeiro, 1966.

(4) MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Las Practicas Administrativas y el Control de la Moralidad*, trad. Ascensio Azquiaga, in *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, nº 17, Buenos Aires, 1977.

respeito a ela, os elementos se coordenam, ordenadamente. Afiançam soluções sempre morais. Fazendo da licitude uma questão de valor moral ou da moral uma questão de licitude. A exatidão legal há de vir adequada aos pertinentes critérios jurídicos.

Os elementos **somados** ou cada elemento isolado marcam sempre uma intenção correspondente a uma anterior motivação e a uma posterior finalidade. Perseguem os mesmos propósitos. Tendem a buscar objetivos certos sem quebra de nenhum dos requisitos coordenados, tornando-se cada elemento na prática harmônico com a vontade administrativa.

A vontade administrativa, de vez formalizada, é uma só, se coordena alcançando uma unidade integrada nos elementos de formação jurídica. Por ela sabemos o que a Administração quer, pode querer ou pretende finalizar. Jamais esconde a intenção ou chega fora de preventas determinadas limitações legais⁽⁵⁾.

Precisamente por força das limitações legais, o Estado que administra obras e serviços sujeita-se aos procedimentos normativos e somente fica livre nos processos executórios quando atende a pressupostos lícitos fundados em preceitos que decorram de princípios legislados, definindo situações pertinentes e casos concretos.

Situações pertinentes e casos concretos se amparam nos princípios legislados. Na carência de princípios, não é a discricionariedade que preocupa, mas a ilegalidade ocorrente, a ilegitimidade procurada. O **legal** não pode contrariar princípios ou elementos coordenados. Decorre deles, é da essência deles, nas tarefas administrativas.

Bastam que se leiam os princípios para saber o que um ato deve conter. A exatidão da conduta administrativa está precisamente no conhecimento dos princípios. Não respeitados, os atos ficam **amorais** nos efeitos e na eficácia, deixando margem a medidas recursais que venham a resguardar interesses ou direitos ameaçados.

5. Subjetividade e Objetividade

Dois condições se comungam na formação da vontade administrativa: uma de subjetividade e outra de objetividade. Os vínculos ficam inafastáveis seguindo da intenção motivada até o alcance da finalidade esperada. Descaminhos, não justificados, não são aceitáveis, ofendem regras comuns morais.

A subjetividade reside na intenção, sempre moral. A objetividade,

(5) Três lembranças, para orientação, com respeito aos **fins**, na organização administrativa: H. A. SIMON, *Public Administration*, New York, 1967; E. CASELSE, *Il Sistema Amministrativo Italiano*, Bolonha, 1983; M. BAENA DE ALCAZAR, *Organizacion Administrativa*, Madrid, 1984.

na realização executória normal. Tudo quanto sair dos **modos administrativos**, arrear condições formais, infringir procedimentos lícitos, contrariar na consequência a moralidade da conduta pública na tarefa de gestão das coisas públicas, prejudica a eficácia executória.

Na verdade, a vontade administrativa, quando querida e coordenada, não se consuma com base no arbítrio. Daí a necessidade dos elementos que integram na unidade um determinado ato, **ato** esse sujeito a determinantes subjetivas e objetivas que disciplinam a livre manifestação ou que estabelecem deveres de uma parte e de outra⁽⁶⁾.

A relação que se formaliza entre o subjetivo e o objetivo, é uma relação jurídica de natureza administrativa, aconteça no plano de pessoal ou a nível de obras e serviços. Havendo o ato, já há a intenção. Havendo a intenção, sabemos para onde o ato se dirige, qual a finalidade/objeto perseguido através manifestação de vontade.

Quando um ato administrativo não torna clara a motivação (subjetividade) ou não torna clara a finalidade (objetividade), constitui uma falha manifestação de vontade, uma maneira carente de licitude ou de moral para atingir a eficácia necessária à execução em condições normais, não bastando assim a competência na atividade permitida.

Analisando a vontade por dentro ou como a intenção *in concreto* se exterioriza, já no instante do exercício administrativo, a subjetividade se manifesta claramente e a objetividade torna-se uma evidência qualificada. O problema, diante do fato existente, da relação que se inicia, nada tem de complexo. É problema de atenção hermenêutica.

6. O conteúdo moral dos atos

A legalidade, pelo que a lei diga de mais claro, não prescinde da tutela no seu significado de controle da atividade administrativa. Boas ou más intenções figuram algo além da legalidade, pedem critérios que protejam direitos ou evitem lesões nas maneiras de exercício das funções.

O conteúdo moral de um ato integra a competência de fazer, o *jus dicere* na sua expressão ética, freando a ação administrativa de modo a não possibilitar reclamos que pedem a proteção da moralidade de um tratamento equânime, de uma postura imparcial. Para tanto, não se observa apenas o lado legítimo dos atos, o lado legal das decisões.

Esse lado negativo, embora legal, é uma questão tradicional de

(6) Na literatura, para conhecimento e pela ordem: GEORGES RIPERT, *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, Paris, 1949; J. HAUSER, *Objectivisme et Subjectivisme dans L'acte Juridique*, Paris, 1971; R.E. CHARLIER, *L'état et son Droit, Leur Logique et Leurs Inconséquences*, Paris, 1984.

justiça, do *suum quique tribuere*. Vem de uma longa história das instituições. Cada vez melhor situado nos sistemas jurídicos. Em certas épocas, fazendo do Estado (Administração) uma entidade ética, um poder sobre o qual recai a proteção dos interesses e direitos individuais.

Do Estado (Administração) partem as obrigações morais, as legítimas, as legais. Nele se contém as potestades que impõem soluções administrativas, prerrogativas para gestão de negócios públicos, o **primado** de um comportamento, visando a igualdade isonômica na prestação de serviços nos diferentes e variados planos de atividade estatal⁽⁷⁾.

Conquanto hajam potestades ou prerrogativas, isso não quer dizer que as leis não sejam obedecidas. Potestades ou prerrogativas, na esfera administrativa, apenas constituem valores de ação imperativa, nunca são usadas contrariando interesses legítimos ou direitos protegidos. São expressões que explicam **reservas** nas situações excepcionais.

O exercício de uma prerrogativa, ou de uma potestade, de maneira alguma faz ato administrativo de exceção ou distante dos ditames legais. A eticidade surge, nas hipóteses, com bem maior grandeza. Obriga a que o Poder que administra mantenha seus poderes, clareando a natureza dos atos conforme os fatos determinem e não as conveniências.

7. Aspectos jurídicos e morais

Há uma justa posição entre posturas que encontramos nos atos, diante dos aspectos jurídicos e morais. A separação é possível, entretanto não é fácil. Existe porém um ponto, nos procedimentos, em que as coisas se tornam claras, deixando à mostra atos duvidosos descaracterizados no momento da aplicabilidade.

O aspecto jurídico formal pode até esconder por trás do ato o aspecto moral, não permitindo exame mais apurado das operações procedimentais, fixando uma aparência inequívoca, quando a intenção não seja mais aquela determinada pela motivação legal. Fatores incidentes atuantes, contudo, explicam o desnaturamento do ato em face da função.

Ao hermeneuta, no jogo das aparências, compete verificar, se há harmonia entre a intenção, o ato e a função. Se a lei não se discute, é aquela aplicável. Cabe detectar à margem de fatos os aspectos morais, o quanto o ato protege ou desigual situações, os prejuízos que possa trazer à vida comum dos direitos consagrados.

A simples **função**, fundada na competência, não é o que basta, pois

(7) Ninguém pode desconsiderar a atuação do Estado (pessoa jurídica) quando através de atos atinge direitos ou interesses. A lesividade pode ferir o princípio da moralidade. Sobretudo quando a lesão tem origem na ilicitude. A questão está no **fato** que produz o ato.

a função é uma decorrência da partição de atribuições preventas. A importância está no ato que se venha a praticar. O que o ato deve trazer para ficar validado. O que o ato deve ter para produzir efeitos jurídicos. Nos efeitos reside o princípio da moralidade⁽⁸⁾.

Não são palavras vazias que procuramos para possivelmente separar efeitos conseqüentes. Sim, os aspectos, num mesmo ato, do que é jurídico e não é moral. O que pede atenção, é fazer de um ato motivo de privilégios, razão de vantagens econômicas, origem de favorecimentos financeiros, criando uma fonte de apoio para soluções antiéticas.

Acontece que, quando por detrás da função está o homem ou o funcionário, por providências diversas, irregularidades podem prosperar maculando a ordem jurídica administrativa, obviamente não distinguindo o aspecto jurídico do aspecto moral, o que vem a provocar responsabilização e *in casu* possíveis medidas reparatorias.

8. Enriquecimento ilícito

As provadas conseqüências lesivas devem ser consideradas como **amorais**. Venham de atos ou de contratos desvirtuados na intenção. Provenham de qualquer relação administrativa. Desviando objetivos ou favorecendo interesses. Excedendo a propósitos que não estejam previstos na manifestação de vontade.

O problema, que também é de obrigações administrativas, em determinadas circunstâncias subjetivas ou fáticas, repele que a Administração e partes possam tirar proveito maior indevido de uma relação administrativa, especulando ou abusando da moral corrente, que não aceita enriquecimento sem provada justa-causa.

Mesmo na imprevisão ou no risco, é preciso equilíbrio entre interesses opostos, impedindo que a Administração e as partes comprometam uma relação jurídica nascida de ato ou contrato. Deve haver sempre equivalência nas obrigações. Equivalência de valores que deve ser mantida até final execução

(8) "Ese es precisamente el momento en que el Estado organizado politicamente y coordinado administrativamente, pasa a ser **Poder**, es decir, a tener a tutelar las relaciones particulares, o a ejercer plenamente privilegios de soberanía y prerrogativas prioritarias de naturaleza constitucional. Aunque haya preeminencia del principio de **Poder** sobre el principio de **Libertad**, eso no quiere decir que las reglas y las formas no conduzcan a la Administración en su trabajo, ni que la legalidad no se imponga entre el libre ejercicio administrativo y los derechos del individuo. Y legalidad aquí significa **derecho**, o la ley en su mejor, más exacta y correcta expresión jurídica. El **derecho**, como una realidad concreta necesaria, tanto desde el punto de vista moral-espiritual como técnico. Armonizando, como problema central, la relación entre la voluntad y la norma legal. Integrando el poder político-administrativo por su base de legitimidad." MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Las Practicas Administrativas y el Control de la Moralidad*, trab. cit., loc. cit., p. 31.

de obras e serviços.

O que se torna objeto de exame vem da **onerosidade excessiva** dos compromissos, nunca da culpa ou do caso fortuito. Fica fora da moral administrativa, de antemão nos processos públicos, concepcionar o **inevitável** como um possível fato decorrente de atos, agravando no futuro condições objetivas que favoreçam **maior ganho** além do pactuado⁽⁹⁾.

O injusto enriquecimento, nas relações administrativas, sabemos, afetam as obrigações contraídas normalmente através de atos e de contratos. Quanto às obrigações, uma vez ajustadas, só se alteram por influência de **força maior**. Novos ajustes ou reajustes, sujeitam-se a valores atualizados face à existência de contingências estranhas.

O pagar **a mais**, fora de critérios técnicos, atinge a moralidade administrativa. Fere razões de ética comum, desigualando as partes, beneficiando uma delas e não mutualizando no interesse público os **ônus** advindos da execução de obras e serviços, de licitações ou contratações formalizadas nos limites da legalidade procedimental.

9. Contas públicas

A exploração da riqueza pública, para bens e serviços administrativos ou sociais, não sofre somente o controle da legalidade, sim também o controle da moralidade. Elas (as contas) precisam ser exatas, ter exatidão entre o programado e o executado. A tutela se faz constitucional e o seu exercício uma determinante constitucional.

As exceções só serão válidas quando legitimadas. Consagradas

(9) *“Como sucede con todas las sociedades políticamente organizadas, de la legitimación del poder se originan en su exteriorización los conceptos de justicia y de legalidad, de normatividad y de moralidad. Nada hay de extraño en la costumbre que es **moral**, en la igualdad jurídica que se hace moral. Es evidente, sin embargo, que en el orden público sólo interesa la moralidad como medida, no lo amoral o lo inmoral que son presupuestos individuales, y peculiares de la persona humana. No hay propiamente una teoría materializada para la figura jurídica de la moralidad administrativa. Los que pretenden construir algo de estable en torno del **hecho moral** fallan en sus propósitos, pues en su subjetividad las propias leyes se hacen morales. En el plano de la eficacia, también la forma de la norma legal, exige que el interés pública sea un interés de sustancia moral. No se puede afirmar, no obstante, que la noción de moralidad exceda o pretenda exceder la noción de legalidad. No es así en la relación de vida social. Lo que se espera, en el uso de una facultad mayor, es que la Administración, o el Estado, a través de manifestación de la voluntad administrativa, a pesar de justificables motivos determinantes, no considere desiguales situaciones que deban ser iguales.”* (MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, trab. cit., loc. cit., p. 31). Em síntese: os princípios constitucionais **todos** devem ser apreciados num mesmo plano jurídico, sobretudo os princípios da legalidade e da moralidade. Passível de anulação fica aquele ato administrativo falho em qualquer **um** dos princípios constitucionais. A questão, não é de forma, é conteúdo e de real legitimidade.

antes por acordos legais permitidos. Com isso, alterando valores orçados ou previstos. Onerando obras e serviço sem excessos abusivos e nem desvio de comportamento mútuo. Os critérios estarão na evidência dos fatos e não no simples interesse particular das partes⁽¹⁰⁾.

O a mais ou o a menos geram controvérsias pouco aritméticas, de favorecimento irregular ou de prejuízos capitalizáveis. Na economia pública não se aplica dinheiro sem resultados iguais à sua aplicação. A moral, nos desencontros contábeis, reside precisamente no desequilíbrio financeiro nas cabíveis formulações administrativas.

Em qualquer ato ou fato, envolvendo aplicações de valor, o senso da oportunidade se faz moral nas soluções legais. Apontando possíveis ou razoáveis alterações nos pactos consensuais, indicando recursos que bastem à finalização executória, submetendo os vários interesses a denominadores comuns diante números mesurados⁽¹¹⁾.

Os números, remanejados conforme fatos, alterados conforme circunstâncias, atualizados conforme o interesse administrativo, influem nas soluções financeiras reparatórias, justificam novação nas contas públicas, forçam equações ressarcitórias. Porém sem exames técnicos será impossível decisões divorciadas dos elementos de convicção jurídica.

A justiça de contas parte de duas premissas fundamentais: uma, sujeita aos rigores orçamentários; outra, subordinada à relação administrativa formalizada. A questão é de verdades, não de vontade nas decisões. O que fica em pauta são valores patrimoniais, o que é de todos e não de alguns, os compromissos com a moralidade administrativa.

10. Imparcialidade/Moralidade

O moral, no imparcial, tem substância constitucional, ficando a imparcialidade administrativa condição legal imperativa na aplicação dos textos legais e sobretudo nas práticas governamentais. Fugir dela é fugir da lei, da norma-ordenança, do princípio hoje consagrado nas cartas avançadas.

O ser imparcial é o ser moral no tratamento de pessoas e coisas. Nos

(10) MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Contas Públicas, Moralidade, Jurisdição*; Diário Oficial da União (Brasília), de 06/06/91; *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco*, nov. 91; *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*, julho, 91. Conhecer: RUBEN C. A. CARDON, *El Informe del Tribunal de Cuentas Sobre la Cuenta General del Ejercicio, objetivos, alcances*, *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, nº 27, Buenos Aires, 1977. Ver mais: ROGER BONNARD, *Le Contrôle Juridictionnel de L'administration*, Paris, 1934.

(11) Duas importantes leis para sempre lembrar: a Lei nº 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária e econômica); a Lei nº 8.429/92 (enriquecimento ilícito praticado por agente público). Já diploma anterior, em parte regulava a matéria de responsabilidade, a Lei nº 1.079/50.

negócios jurídicos a regra da imparcialidade ajuda partes para idênticos fins, iguala interesses nas situações conflitantes, harmoniza direitos mesmo diferenciados nas postulações, faz valer a norma como ela deve ser entendida na sua expressão obrigacional.

A imparcialidade, na relação moral, passa a determinação constitucional, a preceito informado constitucionalmente. O dever constitucional se transforma em dever administrativo, constituindo assim valor jurídico subjetivo condicionante da gestão governamental, condicionando atos e soluções conseqüentes dos atos⁽¹²⁾.

A relação moral, por sua vez, é uma constante administrativa. Subordina, no exercício de atos, qualquer manifestação estatal. Dá a cada ato a licitude que se espera nas práticas administrativas. Oferece comportamento que venha legitimar a vontade pública voltada para a igualdade das decisões cogentes.

Toda lei resguarda a igualdade, toda norma impõe aplicação universal; na sua linguagem, tanto a lei como a norma nivelam postulações. Aqui está o jurídico/moral do direito posto. O jurídico ligado ao moral e o moral ligado ao jurídico. O problema não consiste em apontar conexões, mas em conhecer o formal dos atos amparado por fatos.

A colocação constitucional decorre de colocações naturais, do conhecimento ou reconhecimento de direitos inalienáveis. *In casu*, a imparcialidade se confunde com a ética. Até certo ponto é a própria postura moral. **Postura** sem a qual anulam-se os valores jurídicos e falecem os sistemas de sustentação social.

11. Princípios constitucionais

Numa escala de valores ordenativos, quatro princípios submetem formalmente o Estado/Administração na sua ampla atividade consentida. São eles pela ordem:

- a) o princípio da legalidade;
- b) o princípio da impessoalidade;
- c) o princípio da moralidade;
- d) o princípio da publicidade.

Tais princípios, acima nomeados, se afirmam diante de uma unidade preceitual de conteúdo constitucional, jurídico e administrativo. Nenhum deles traz sentido de valor estanque. Todos tem presença numa mesma situação relacional. Não há como **um só** possa dar fundamento para legitimar a vontade

(12) Ver: o princípio da **imparcialidade** na Constituição de Portugal, revisada em 1976 e emendada pela Lei Constitucional de 1989. Simples verificar: aqui a **imparcialidade** fica como sinônimo de **moralidade**. O tratamento igual é uma premissa jurídico-administrativa fundamental.

de fazer ou a atos de vontade⁽¹³⁾.

A rigor, a norma constitucional nas práticas administrativas não pede apenas a legalidade do ato ou a sua impessoalidade. Impõe que, embora legal e impessoal, seja também moral. Esse elemento **moral** atuando subjetivamente compõe-se com o **legal** e o **impessoal**, dando caráter de plena legitimidade às manifestações públicas.

Sem dúvida, é legal, está na legalidade, aquele ato conforme com a lei. Mesmo assim ele pode vir pessoal ou amoral, desnaturando a norma constitucional. Favorecendo a parcialidade nas questões administrativas, alimentando diferenças nas soluções legais, concorrendo para a ruptura da ordem jurídica no seu caráter de universalidade.

A ordem jurídica, de plano ou a níveis hierarquizados, quando se faz constitucional e depois administrativa, deságua na unidade formal entre pessoas, impondo razões de imparcialidade e razões de impessoalidade, determinando que, desde a edição, atos de administração não escondam seus elementos/princípios constitucionais.

12. A qualidade moral dos atos

A moral jurídica não é uma mera moral de costumes personalizados ou sociais. Vai além de conjecturas particulares ou de preconceitos pessoais. Ela vai além de conjecturas particulares ou de preconceitos pessoais. Ela visa regras comuns, regras iguais, regras comutativas, interesses idênticos, direitos assemelhados, respeito a uma ordem natural de coisas humanas.

Não é uma simples abstração porque é uma questão também de senso político, de regime de liberdade públicas ou de direitos consubstanciados em leis. Diz a história que os regimes políticos são organizados à base de instituições sociais. Participando deles indivíduos, grupos, formações humanas e geocoletivas⁽¹⁴⁾.

O princípio moral, que dá qualidade moral aos atos administrativos

(13) Na **Constituição da República Federativa do Brasil**, art. 37, os princípios entre si se comungam. Todo ato na atuação administrativa deve vir fundado na legalidade, na impessoalidade, na moralidade e na publicidade. Deve ser **imparcial**, como dissemos. A falha de qualquer um dos princípios afeta a atividade administrativa e macula o ato administrativo. A unidade, no ato, é um pressuposto inarredável fundamental. Portanto, não basta somente a legalidade. É o que diz a Carta maior. Além disso, convém ainda lembrar, na ação popular, o destaque constitucional dado ao problema da **moralidade administrativa**, tal como está escrito no inciso LXXIII do Art. 5º. A problemática, hoje, é de lei maior, de princípio fundamental.

(14) A Administração (Estado) é um organismo muito sensível, necessita ser conhecida na sua unidade e nas suas complexidades. É um ente social, político, econômico e administrativo, de realidades conjunturais peculiares. Para consultar: RODOLFO CARLOS BARRA, *Burocracia y Reforma de la Administración*, in *Régimen de la Administración Pública*, Suplemento, Buenos Aires, 1991.

e de administração, não nasce propriamente da lei mas de sua aplicabilidade necessária. Se pela relação se identificam os interesses, os direitos que partem dos interesses reclamam suporte de moralidade já no momento das postulações contraditórias.

O fato **moral**, na distribuição da justiça, é aquele que é de todos e tem universalidade indubitosa. Determinante de regras de conduta, traça linhas de comportamento, tanto para o indivíduo como para o Estado. Se incaptável muitas vezes, ele resiste psicologicamente, vindo a ser elemento real nas relações jurídicas.

Uma lei boa e boa por ser lei, no instante da sua prática, pode gerar um ato inconciliável com ditames morais. Sobretudo quando o ato depende da função e na função, quando exercida, o entendimento é outro e não aquele constante da norma executável. De vez que mesmo o interesse público não pode sequer afastar-se da licitude normativa.

A qualidade moral de um ato não deixa de ser para o hermenêuta de fácil constatação. A leitura da norma em face do ato, a eficácia do ato conforme o fato, levam ao conhecimento das situações criadas e das relações estabelecidas. As distorções ficam evidentes. A intenção fica ou não fica clara. O ato afronta ou não a ordem jurídica.

13. O fato moral no ato

Não vamos precisar buscar teorias filosóficas para explicar a natureza jurídica dos atos administrativos. Nem teorias sobre o Estado/Governo que não saem do idealismo político sociológico. Precisamos ficar nas realidades, deixando de lado investigações inúteis ou à margem especulações doutrinárias.

Conhecer um ato basta seja publicado, divulgado para produzir efeitos. Pela materialização da vontade, não fica difícil saber se está conforme a lei, qual a motivação e qual a finalidade. Saber para onde se dirige, o que quer o ato, esta já é uma questão moral envolvendo o fato nas repercussões de moralidade.

Um ato perfeito, pode ser um ato ilícito, quando chega privilegiando alguns. Entra aqui o **valor do fato** passível de apreciação crítica. Uma análise capaz de nulificar a motivação. Motivos, conflitantes com fatos, distorcem colocações legais, criam situações anômalas, falseiam a ordem jurídica, parcializam critérios de ação.

A ilicitude, sempre amoral, não a ilegalidade em si mesma, constitui conhecida doença infantil que ataca os atos administrativos. Entre a legalidade e a ilicitude encontramos o **fato moral** contaminando o ato, suscetível de nulificá-lo na eficácia e nos efeitos esperados. A hermenêutica é o antídoto para evitar

lesões⁽¹⁵⁾.

O fato moral também integra a ordem jurídica, já que parte da ordem constitucional. A existência de fato **não moral** corrompe a natureza do ato, dá-lhe tônica de anormalidade, prejudicando sua validade ou ofendendo sua legitimidade, duas condições indispensáveis a uma normal ou jurídica executoriedade.

O fato, quando acontece independente da vontade, exigindo atos consentâneos, não os afasta dos princípios constitucionais: deve ser legal, impessoal, moral e ter publicidade. Um acontecimento extraordinário ou imprevisível não altera nem limita a atividade regradada conforme relações jurídicas compulsórias.

14. Legitimidade/Validade

Os princípios apontados decorrem imperativamente daqueles outros quatro princípios constitucionais. Tanto a legitimidade, como a validade, não são construções teóricas abstratas. Constituem formulações lógicas de entendimento jurídico, constantes na fenomenologia jurídica administrativa.

Separados, os quatro princípios lembrados, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, numa síntese de manifestação volitiva administrativa se reúnem como elementos de composição da vontade, ficando assim indispensáveis não **um**, senão **todos**, a uma exata figuração jurídica dos atos administrativos.

Na falta de qualquer dos princípios, os atos não ficam legítimos e carecem portanto de validade. A eficácia fica comprometida, a execução temerária, a finalidade forçada. Na exação administrativa, desintegrar princípios é quase impossível. Quando um princípio não se funde ao outro, a responsabilidade toma conta dos sujeitos envolvidos⁽¹⁶⁾.

(15) "Lo que se quiere defender, sin embargo, es la buena fe o la exactitud en las prácticas administrativas. La vigilancia **moral** en la aplicación de las leyes. Las maneras formales de controlar el uso, cuando fuere aceptable, del poder discrecional. El derecho de provocar el examen judicial fundado en la **no moralidad** del acto prejudicial. Dirimiendo litigios entre particulares y la Administración. Amortiguando los conflictos que, por la independencia de los poderes, pueden escapar a la tutela jurisdiccional. Si la materia es de prueba, los llamados motivos determinantes no proceden y pasan a ser discutibles. No existen de hecho. O sucede que son ilícitos y no morales. Legal un acto, pero no de interés probado, la legalidad sola no basta. He aquí que, en el **mérito**, presenta un contenido sustancial negativo. La importancia del elemento **fin** trasciende la simple teoría de los motivos. No porque ese fin no sea permitido por ley, sino porque no se legitima por lo que pretende alcanzar. Hasta ahora la doctrina se mantuvo ajena a explicaciones que puedan contrariar algunas tesis rutinarias consagradas. Con el avance jurídico, científico y técnico del Derecho Administrativo, las situaciones son otras, bien diferentes de aquéllas que sólo atendían a los reclamos de los **derechos estatales**". OLIVEIRA FRANCO, loc. cit. 495 - *Práticas*, Buenos Aires, 1977

(16) A questão aqui, *in casu*, também fica de função, de **função administrativa**, e portanto de **competência**. É preciso conhecer como ela se exercita ou pode exercitar. Para consulta: F. GAZIER, *La Fonction Publique dans le Monde*, Paris, 1972.

A legitimidade de atos ou da plena atividade administrativa, conduz necessariamente à validade desde que nas práticas a execução se consume em bases morais e de conhecimento público. Não existem complexidades maiores a destacar. Os princípios estão presentes ou não estão. Se presentes, o ato é jurídico, é perfeito.

A legitimidade, como tudo, está na origem dos atos e da atividade administrativa. A validade, por certo, na formalização do querer. Todavia, caminham juntas. São duas faces de um mesmo objeto. Exigências reais diante de efeitos jurídicos. Só a legitimidade não serve. Só a validade pouco significa. A moralidade vem da integração fenomênica.

Um ato somente legítimo pode não ter extensão moral. Um ato apenas válido pode não ter legitimidade. Do exame dos elementos tiramos as conclusões lógicas. Pelos elementos podemos avaliar a licitude no exercício da atividade administrativa. Dizer da conduta pública com respeito ao princípio da moralidade.

15. O princípio da moralidade

Tendo na pauta o estudo de um ato ou de um ato-contrato, editados ou firmados em termos legais, somente a aceitação pós-publicados, não serve ao preceito constitucional. A questão, em análise, a equacionar logicamente, vai mais longe, alcançando nas projeções jurídicas:

a) a verificação *in casu* do modo lícito do proceder administrativo através de atos específicos;

b) a interpretação moral ou da moralidade da motivação e da finalidade em face das leis.

Já numa primeira análise, da **motivação**, se pode verificar a maneira lícita do proceder administrativo, sentindo a incorreta aplicação do preceito legal. Numa segunda análise, da **finalidade**, se pode constatar a intenção sub-reptícia conduzindo a equívocos pela falta de **certeza** quanto ao ato *in tempore* formalmente motivado.

Aos poucos, fácil será sentir o conhecimento ético encarado independentemente do problema jurídico. Torna-se importante, diante da verificação objetiva de fatos e da sua interpretação, o estudo dos meios usados para a consecução de certos fins. A motivação certa ou a finalidade correta *a priori* exigem pressupostos lícitos⁽¹⁷⁾.

(17) "Considerando que la legalidad comprende no sólo las reglas resultantes de los textos escritos, sino también las reglas de **costumbre** aceptadas como principios sociales, ha de comprenderse que el problema vincula la cuestión de legalidad a una correspondiente cuestión de hecho. En esta vasta área, casi siempre vacía de contenido jurídico, emerge la moralidad. El círculo de la moralidad, en la figuración y en la hipótesis, resulta menor que el círculo de la legalidad. Está dentro del derecho y no fuera de él. Y se hace sentir sensible en los diferentes grados de acción administrativa. Sensibilizando el orden jurídico en lo que tiene de común con los actos de gestión o de gobierno". SANTOS, OLIVEIRA FRANCO - loc. cit., Buenos Aires, 1977

A licitude não aceita que a lei ou a norma sejam aplicadas inadequadamente, sirvam para clandestinizar a vontade administrativa, para esconder intenções lesivas do interesse público e mesmo da ordem jurídica. *Ex-facto/jus oritur*. A aparência de legalidade é uma premissa avaliável e não uma solução evidente de justa causa.

As hipóteses são variáveis, exigem um esforço de interpretação peneira de racionalidade, porque a moralidade possui tônicas exteriores e até interiores de exteriorização, embora possa surpreender mediante desvios de conduta administrativa. Ligada à intenção de algo fazer na prática, é dessa intenção duvidosa que surge o problema moral⁽¹⁸⁾.

A bem dizer, a licitude no entendimento da norma, como a norma bem entendida na licitude, constituem fatores reais ou valores implícitos na figuração jurídica da atividade administrativa. Não cabe à Administração fazer o que quer, livre da tutela legal ou liberta do controle jurisdicional, indiferente a princípios condicionantes.

A questão *in fine* é de conduta procedimental adequando motivos, meios e fins às leis ou às normas, tudo dentro de limites que não afetem direitos quer individuais ou quer sociais. Excessos na feitura de atos ou nas decisões, causa distúrbios que a ordem jurídica repele. As implicações, quaisquer sejam, sofrem o exame da moralidade.

(18) "La legalidad, por la rigidez con que pueda ser conceptuada, o por la rigidez de sus normas explícitas, no penetra obviamente en el campo psicológico de las buenas o malas intenciones del administrador. Pero la moralidad, o la moral influye considerando el **hecho-fin** en el dominio de la propia legalidad. De modo general, por otra parte, la lesividad producida por el acto, sólo puede ser apreciada en la oportunidad de su ejecución y en sus efectos ajurídicos".

Capítulo I

PODER ADMINISTRATIVO E A MORALIDADE ADMINISTRATIVA

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Responsabilidade administrativa. 3. A norma de relação. 4. A ética do direito. 5. Dever moral e dever-ser jurídico. 6. A experiência jurídica. 7. Igualdade, experiência moral, equidade. 8. O poder administrativo. 9. O poder administrativo executório. 10. Subordinação à legalidade. 11. Subordinação à moralidade. 12. A vontade na Administração. 13. O princípio da necessidade comum. 14. A moral interna da lei. 15. A idéia do direito justo.

1. Introdução

Há uma máxima pertinente à Ciência Política que urge ser lembrada: **um poder sem controle tende sempre a se tornar um poder sem medida.** Sejam quais forem as escolas ou as tendências do pensamento histórico, todo esforço se concentra na limitação das franquias humanas⁽¹⁾.

Não se trata apenas de um pensamento, mas de uma experiência. Tão larga quanto a da vida da humanidade. Experiência que acompanhou o homem desde a primeira formação ou de investigação sociológica⁽²⁾.

(1) É de MONTESQUIEU: *“É experiência eterna a de que todo homem que tem o poder é levado a abusar dele. Caminha até que encontre limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder”*.

(2) Estude-se a Grécia antiga. Como PLATÃO via o direito. A teoria de ARISTÓTELES. A filosofia tomista do direito. A filosofia dos direitos naturais e o contrato social. A filosofia jurídica de KANT. As posições de BENTHAN, MILL e HERING. O positivismo no direito. O direito fundado em valores éticos. DUGUIT. A sociologia jurídica de PUND. O realismo jurídico norte-americano. O problema da justiça individual e da justiça social. O significado da coerção e das sanções HERBERT SPENCER. *Common Law*. A Declaração dos Direitos, antes e depois

Desde que o Estado, nos seus primórdios, se organizou pela articulação primeiro de funções abstratas, subordinadas umas às outras, ou coordenadas entre si, o problema continua o mesmo, como de saber-se para quem ele existe, se para o homem, se para o poder político.

Com a evolução das práticas e, em consequência, das normas positivas, aquelas funções **abstratas** passaram a concretas, obrigando a todos num mesmo regime de organização. E quando não se tornaram concretas, assumiram aspectos típicos de coerção pela natureza dos atos públicos.

A coação continua ainda o grande elemento do direito. Para que se diga que onde não existe coação também não existe o direito⁽³⁾. Numa generalização de propósitos onde o Estado, político ou administrador, passou a ter muitas prerrogativas e bem poucas obrigações.

2. Responsabilidade administrativa

Mas como a atividade estatal, administrativa, no direito contemporâneo, se expressa materialmente através de **atos**, é da eficácia ou não desses atos que surgem os conflitos. Com respeito, então, ao **ato** propriamente **administrativo** as concepções jurídicas não são poucas, uma vez que resultam de expressões e conceitos os mais variados⁽⁴⁾.

Com uma posição jurídica reflexa de **direitos**, o Direito Administrativo é chamado, pela contínua permanência dos abusos e de conflitos, a adequar soluções que atendendo ao administrado não deixem de atender ao interesse público. Interesse tal, consubstanciado numa variedade de situações que comprometem o indivíduo e obrigam a Administração⁽⁵⁾.

Daí porque o Estado, ou a Administração, não importando os regimes políticos, não escapa à responsabilidade na **relação**. Relação, no entanto,

de 1948. O Código Napoleão. Os Códigos Civis. O marxismo. HANS KELSEN. O fascismo. A *Rerum Novarum*. As teorias institucionais. As grandes tarefas atuais para a reforma da justiça. A atividade judicial. A atividade administrativa. Tudo isso ao sabor de acontecimentos nunca bem definidos.

(3) Cf. GIOGIO DEL VECCHIO, *Philosophy of Law*, Washington, 1953, p. 304.

(4) Em torno do ato jurídico-administrativo: RECAREDO F. DE VELASCO, *El acto administrativo*, Madri, 1929; ANTONIO AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milão, 1938; GUIDO FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milão, 1953; UMBERTO FRAGOLA, *Degli atti amministrativi*, Turim, 1952; MARIA RIVALTA, *La motivazione degli atti amministrativi*, Milão, 1960; até AGUSTIN A. GORDILLO, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1969.

(5) Função pública, interesse público, necessidade pública, utilidade pública, serviço público, regime administrativo, procedimento administrativo, privilégios, prerrogativas, são entre outras tantas manifestações que incidem sobre a natureza do ato administrativo, tornando-o complexo no seu conhecimento, entendimento e figuração na ordem jurídica positiva. Conhecer: JUAN CARLOS CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, Vs. I e II, Buenos Aires, 1982/3.

não só de direito subjetivo. Mas de regras jurídicas inconfundíveis. E que fazem o poder administrativo responsável, capaz de atender aos prejuízos decorrentes da ação administrativa⁽⁶⁾.

A ocorrência aqui de responsabilidade não é, portanto, uma questão teórico-doutrinária. Traz no seu conteúdo uma série de implicações casuísticas. Vai além, muitas vezes, da própria vontade administrativa. Extravasa o limite das leis comuns e civis. Impondo à Administração condições de imputabilidade objetiva e, quem sabe, subjetiva⁽⁷⁾.

Essa obrigação de responder funda-se assim na **norma de relação**⁽⁸⁾, ou então, no dano ressarcível. Estendendo-se, a ressarcibilidade, através de fatores que aportam na moralidade quando a vontade do sujeito se vê distorcida, estranha ao fim legal, ou, quando legal, estranha aos interesses gerais da Administração pela ilicitude de fins não previstos.

3. A norma de relação

No tocante a essa **norma de relação**, afeta ela não abstrações ou símbolos fictícios, mas realidades jurídicas, sujeitos de direito, e que como tais, porque existem no mundo jurídico, são responsáveis, independente de critérios outros que não os da própria licitude dos atos.

Sucede com a Administração, salvo os **modos administrativos**, o mesmo que sucede com as pessoas físicas. São sempre respeitáveis as relações surgidas de uma obrigação pública. Ainda que essa **obrigação**, nos termos em que fique colocada, diga respeito a interesses gerais.

Que o Estado, em seu caráter de pessoa jurídica, de *jus gestionis*, é responsável, não resta a menor dúvida! O único problema a considerar é o da **extensão** da responsabilidade. Ou melhor, os fatos que, na sua pressão legal, ainda assim tragam prejuízos ao administrado⁽⁹⁾.

Em razão do ato, no entanto, é preciso que o prejuízo, vamos dizer moral, para ser imputável, aponte no fato falta de equidade e flagrante desigualdade. *Contrario sensu*, as faculdades administrativas constituem um privilégio oposto ao sistema de garantias jurídicas.

(6) "A culpa e o risco formam as bases essenciais da responsabilidade da Administração pública pelo dano decorrente do fato da ação dos seus agentes, ou dos fatos das coisas a seu serviço. Trata-se de duas noções de responsabilidade que se completam. A da culpa prende-se a leis morais; a do risco, a leis físicas. Ambas as noções, a da culpa e a do risco dilatam-se, com a elevação crescente dos padrões da consciência jurídica." (RUY CIRNE LIMA, *Sinopse de Direito Administrativo Brasileiro*, Porto Alegre, 1965, p. 63).

(7) Cf. RENATO ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milão, 1951.

(8) *Id.*, *ibid.*, p. 132.

(9) ANTÔNIO JOSÉ BRANDÃO fala em "honesto e verdadeiro uso da legalidade" (*Moralidade administrativa*, 25/467). Do autor, *Obrigações Administrativas*, Rio de Janeiro, 1983.

No Direito Administrativo, por exemplo, o que é importante é averiguar a conduta da Administração na ordem administrativa⁽¹⁰⁾. Ou se a ordem administrativa procura realmente assegurar os interesses públicos. Ou se os interesses não são explícitos.

4. A ética do direito

Urge, pra melhor clareza dialética, formalizar duas evidências: a da ética **no** direito e a da ética **do** direito. As situações não se assemelham, não obstante até se harmonizarem no conteúdo dos fatos. Importa muito mais, no entanto, a segunda hipótese, aquela que diz melhor com a obrigação da norma jurídica ser moral, ou vir marcada de moralidade.

Por outro lado, há de se compreender, na distinção das evidências, que é constante uma ética que prevalece no exame do fato-ato, mas que sobrepõe-se a outra que integra a natureza da regra jurídica. De qualquer ponto de observação, impõem-se duas verdades: a da não-moralidade na legalidade e a da moralidade na formação da vontade administrativa.

O que se procura, portanto, é um mínimo de vinculação entre a moral e o direito, se assim for preciso. Com efeito, quanto à origem não é difícil de aferir-se a legalidade. A questão, porém, se coloca não só em termos de justeza legal, mas no exame do ato propriamente dito quando exterioriza abuso das prerrogativas da Administração⁽¹¹⁾.

Necessariamente, o que distingue a conduta moral é a pertinência do ato à estimativa do **sujeito**: "*até certo ponto poder-se-ia dizer que, no plano da conduta moral, o homem tende a ser o legislador de si mesmo*"⁽¹²⁾. Com muito mais razão, tratando-se da conduta do Estado, de cuja índole ninguém duvida sempre carregada de inominadas intenções.

Essa tendência de autolegislar da Administração, regulando e regulamentando isso e mais aquilo, é que força o jurista, face às práticas instrumentais administrativas, a afastar-se da determinação formal para o exame real da pretensão pública. Tal pesquisa deve ser conduzida, dentro do possível, para uma solução de hermenêutica objetiva.

(10) Cf. ERNST FREUND, *Evolução do direito administrativo americano* (trad. de Leda Bocchat Rodrigues, in *Revista de Direito Administrativo*, 17/424).

(11) "*A lei foi observada; mas sua observância fez-se acompanhar do desconhecimento da máxima profissional que requer honesto e verdadeiro uso da legalidade.*" (BRANDÃO, *Moralidade...*, cit., in *RDA*, 25/467).

(12) MIGUEL REALE, *O Direito como Experiência*, São Paulo, 1968, p. 266.

5. Dever moral e dever-ser jurídico

Dentro do direito, vejamos bem, sempre há um mínimo de moral. Por motivos bem compreensíveis, esse **mínimo** representa **valor** de efeitos repercussivos. E notando o **mínimo de moral** onde haja, que, nas construções teórico-práticas, se enrijecem os esquemas de comportamento social.

Embora o valor não possa ser considerado independente do fato, no ato se afirma concretamente. Não basta apenas verificar se a norma é válida por situar-se na ordem lógica da problemática jurídica. Importante se faz a correlação da intenção com os preconceitos vigentes.

No momento conclusivo do ato, aparece ele na sua verdadeira dimensão. Já que deve estar homogêneo nos seus elementos. Qualificado, por certo. Como resultado de uma vontade real e não virtual. Numa medida exterior consentânea com os deveres da legalidade e moralidade⁽¹³⁾.

Isso vale para a Administração e o administrado: só se poder rigorosamente falar de norma jurídica, dum dever-ser jurídico, duma validade jurídica e portanto de deveres jurídicos, *"quando o imperativo jurídico foi dotado pela própria consciência dos indivíduos com a força obrigatória ou vinculante do dever moral"*⁽¹⁴⁾.

A dupla valorização do direito e da moral, não é estranha ao Estado e ao homem. O direito, pela moral, possui um interesse que vai além dos códigos, que supera a prágmática da ciência positiva. Não obstante essa relação entre o direito e a moral ser uma relação muito especial.

6. A experiência jurídica

Consideremos: mesmo *"nas sociedades mais desenvolvidas, em que a religião, a moral e o direito são suficientemente diferenciadas, a conexão entre a realidade jurídica e a moralidade é particularmente intensa"*⁽¹⁵⁾.

Sabemos que há conflitos constantes, sobretudo na esfera da

(13) Contrariando GUSTAV RADBRUCH, indaga-se: por que a antítese "exterioridade – interioridade"? Por que a moralidade e legalidade, em se tratando de atos públicos-administrativos, *"não representam de maneira alguma uma diferença no modo de a obrigação se fazer sentir no modo, de as normas se obrigarem"*? Estamos no entanto, com RADBRUCH, quando reconhece a legalidade, não como uma "característica do direito", mas comum a todos os valores. Na verdade: *"ao lado de todas as diferenças que existem entre o direito e a moral, há igualmente, estreita relação entre ambos"* (*Filosofia do direito do trabalho*, trad. port., Coimbra, 1974, vol. I págs. 126-133).

(14) GUSTAV RADBRUCH, ob. cit., pág. 135.

(15) GEORGES GURVITCH, *Sociologia jurídica*, trad. de Djacir Menezes, Rio de Janeiro, 1947, pág. 342.

Administração estatal, entre a moral e o direito, entre a moralidade e a legalidade. No entanto, é o direito que geralmente não evolui em comparação com a evolução moral. A moral é mais dinâmica. O direito, menos ⁽¹⁶⁾.

A verdade histórica é essa mesmo. Relembre-se: a moral antiga não se rebelou durante séculos contra a instituição jurídica da escravatura? A moral das sociedades cristãs não proibia a servidão e as guerras? Nesse ponto, é a moral elemento informador de qualquer lei⁽¹⁷⁾.

Não variasse a experiência jurídica por força dos valores morais, não estaria hoje o direito nesta atual fase de socialização dos valores morais, não estaria hoje o direito nesta atual fase de socialização dos meios e dos fins. Os dados imediatos dessa **experiência** levam a uma conclusão: os sistemas jurídicos, porque morais, na história, não são estanques.

Observando, passo a passo, a chamada **experiência jurídica**, não há por que não acreditar que num juízo de valor final as sociedades busquem o aperfeiçoamento do direito sob pressão do fator moral. Utopia? Não, tendo em vista os profundos movimentos de democratização das instituições.

7. Igualdade, experiência moral, equidade

Num círculo muito maior, o internacional, o pensamento jurídico busca inspiração na **igualdade** como postulado essencial da comunhão dos povos. Os grandes documentos da nossa época refletem, não uma condição contemporânea ou do século, mas aconselháveis preceitos de afirmação da personalidade do Estado como entidade moral antes de tudo⁽¹⁸⁾.

Generalizando, para argumentar com valores morais que são históricos e jurídicos, a **experiência moral** coletiva vale mais que toda experiência

(16) "A moral, devido a sua estrutura, é incomparavelmente mais dinâmica, mais revolucionária, mais flexível e mais orientada para o futuro, do qual entecipa a direção mais que o direito. Este se acha mais ligado às práticas tradicionais do que as inovações." (GURVITCH, ob. cit., pág. 342)

(17) "O conhecimento como um fenômeno social pode agir como um fator de mudança na realidade jurídica sob dois aspectos: primeiro, como representação intelectual coletiva, em combinação com os valores morais; sendo um elemento constituinte de qualquer lei, suas variações provocam uma mudança na opinião e conduta jurídicas. Segundo, o conhecimento age como fator de modificação jurídica de modo mais concentrado e limitado." (GURVITCH, ob. cit., p. 343).

(18) Já o ilustre CLÓVIS BEVILÁQUA ponderava pelos idos de 1930: "Também para as nações valem os preceitos formulados pela inexcedida sabedoria romana: **honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere**" (*Direito Internacional Brasileiro* (Conferência), Rio de Janeiro, 1930, p. 17). O que pretendia CLÓVIS? A coação nas relações internacionais? Certo que não. Mas a realidade de princípios de moralidade, ou força moral, no entendimento entre nações. São todos documentos "morais": a Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945; a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948; a Declaração dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959.

jurídica conhecida. Uma vez que ela é do mundo e não dos sistemas jurídicos nacionais internos. Mais rica que outro qualquer tipo de experiência transpersonaliza o indivíduo na sua moral subjetiva⁽¹⁹⁾.

Não estamos aqui numa tarefa simplesmente exemplificativa, mas de profunda interpretação de escolas e de teorias. De conhecimento não só da *ratio legis*, mas de todas aquelas tendências que tornaram o direito mais humano na sua finalidade social. E que se firmou na **eqüidade**, universalizando-se pela igualdade moral de todos perante a lei⁽²⁰⁾.

E o que vem a ser **eqüidade**? A simples disposição de dar a cada um a parte que lhe cabe, ou de respeitar os direitos individuais. No direito é, por assim dizer, a justiça natural, nem sempre inspirada pelas regras do direito positivo. Que atende, no entanto, à sociedade e ao homem de carne e osso.

Neste sentido, pois, é que o direito submete o Estado e, com mais fundamento, a Administração. Para tratamento igual dos administrados, e com responsabilidade. De acordo com as necessidades. Sem desmerecimento das garantias individuais. Quando tal não acontece, em qualquer plano, num círculo menor ou maior, aplicada a regra nuns e não noutros, fere-se o ato de governo por falta de moralidade, ou de coerência moral.

8. O poder administrativo

Já que o jurista de hoje se lançou na busca do homem de carne e osso⁽²¹⁾, não é demais que atente para a progressiva hipertrofia, talvez em certas ocasiões justificável, do poder administrativo, e através da soma integrada dos diferentes órgãos políticos estatais.

Está certo que o Direito Administrativo seja considerado como “o desenvolvimento jurídico mais notável do século, refletindo na lei a hegemonia do setor executivo de governo”⁽²²⁾. Essa verdade, porém, leva a profundas preocupações. Não conforta e nem agrada.

Evidentemente, um Executivo **forte**, na expressão comum, nada tem a ver com um **poder administrativo inatingível**. Com muito mais razão quando a Administração pública passou a exercer poderes quem sabe maiores que aqueles constitucionalmente possuídos pelos demais.

Analisados esses poderes, cada um na sua esfera própria de atribuições permitidas, não se pode deixar de notar que a Administração atua por

(19) Cf. GEORGES GURVITCH, *Morale théorique et science des moeurs*, Paris, 1948, p. 185.

(20) “Não há oposição entre o direito e a eqüidade. A norma repousa sempre na necessidade social e no sentimento de eqüidade existente. Uma regra não conforme com a eqüidade não é regra jurídica.” (LÉON DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1927, vol. I, p. 183).

(21) Cf. CARLOS COSSIO, *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, 1954, p. 38.

(22) BERNARD SCHWARTZ, *Direito Constitucional Americano*, trad. port., Rio de Janeiro, 1966, p. 346.

meio de funções que se enquadram em três categorias:

a) A função normativa-regulamentar pela qual exerce o **policimento** do indivíduo na sociedade política;

b) a função de direção dos negócios públicos de governo a que se submete o indivíduo e o próprio Estado;

c) a função de executora das leis de aplicabilidade particular e geral no tocante às faculdades e prerrogativas estatais.

O fenômeno do Executivo, que aqui se confunde com a Administração nos seus diferentes estilos políticos, não é novidade para ninguém⁽²³⁾. Surgiu, e vem aumentando, na continuidade do processo histórico. Com o **intervencionismo** nem sempre saudável, mas que interfere nas situações jurídicas.

9. O poder administrativo executório

Como o ato administrativo, quando não político, é o meio hábil pelo qual o Estado se ativa através da Administração, não se pode então deixar de considerá-lo sob alguns aspectos da maior importância: o de legalidade (lei), o de formalidade (motivo) e o de moralidade (equidade).

Só assim, sem dúvida, o analista poderá separar o que é **político** do que é **administrativo**. As circunstâncias que possibilitam ou justificam o arbítrio, a discricionariedade, o desvio ou o abuso de direito. Com uma finalidade: a de conter os excessos infringentes das garantias jurídicas.

Nas sociedades contemporâneas, sensibilizadas por distintas ideologias políticas, que fazem idéias mas que não são eternas como o direito, é comum dar-se ao Executivo (poder administrativo, no caso) a missão de definir os critérios de interesse geral e obter sua aplicação⁽²⁴⁾.

A terapêutica para as necessidades, ou os critérios administrativos sobretudo na ordem econômica, os objetivos e métodos das mais difusas teorias econômicas traçam rumos que resultam em tensões que atingem o direito. Não que as crises não existam na constância dos tempos. No entanto, preferíveis as crises acontecidas que as crises provocadas.

O crescimento do Estado, o agigantamento da Administração, constituem certamente a fonte de inúmeros problemas de duvidosa ponderabilidade⁽²⁵⁾. Uma vez que com isso, em consequência de uma herança

(23) Localizem-se os exemplos pelo que bastam na Iugoslávia, Grã-Bretanha, Canadá, URSS, França e Estados Unidos (Consultar J. DJORDJEVIC, J.W. GROVE, J.E. HODGETTS, A. IOJRICH, PIERRE LAROQUE, JEAN MEYNAUD e ROY C. MACRIDIS, *O papel do executivo no estado moderno* (trad. de MARIA JOSÉ DE QUEIROZ), in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Rio de Janeiro, 1959).

(24) Cf. JEAN MEYNAUD, *O papel do executivo no estado moderno*, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, p. 152.

(25) Cf. ALBERTO DEMICHELI, *El poder ejecutivo - Génesis y transformaciones*, Buenos

histórica dramática, o temor dos abusos repercute na estrutura social onde o direito num justo equilíbrio está presente para prevenir os excessos.

10. Subordinação à legalidade

No sentido individual ou de grupos, no sentido social ou de comunidades, no sentido econômico ou de negócios, a discricionariedade nem sempre é praticamente eficaz e conciliatória. Ainda que não ofereça a pureza da lei, ao menos deve vir batizada de moralidade administrativa.

Até agora, nem a Ciência Política e nem a Ciência da Administração conseguiram dar vida a uma fórmula administrativamente realista passível de harmonia jurisprudencial. Por isso, torna-se impossível o ato não surgir chocando o interesse público com os direitos protegidos.

O Executivo **tutor** e o poder administrativo **tutelador** não harmonizam os conflitos entre o indivíduo e o Estado. O intervencionismo público, tanto na ordem econômica como nas relações individuais no aspecto formal dos atos administrativos necessários, na sua origem constitucional, obriga a limitações que restringem o seu alcance⁽²⁶⁾.

Precisamente na limitação, na restrição, tem suporte a livre atividade administrativa. Além do que a lei permite não pode ir a Administração. O ato de intervir não é ato de arbítrio. Mas um ato que, no Direito, como um ato administrativo, enquadra-se na ordem jurídica⁽²⁷⁾.

A tutela do Estado, o seu controle, é de legalidade. Legalidade à qual está subordinado, subordinando os administrados. Em todos os graus de especialização ou das múltiplas atividades de natureza administrativa. A responsabilidade, no entanto, pode alcançar outros pressupostos. Incidir sobre outras situações.

Aires, 1950; JAMES M. LANDIS, *El poder administrativo*, trad. esp., Buenos Aires, 1951; GIOGIO DEL VECCHIO, *L'état et le droit*, trad. franc., Paris, 1964; DEL VECCHIO, *Aspectos y problemas del derecho*, trad. esp., Madri, 1969; JOSÉ MARIA NIN DE CARDONA, *Las ideologías socio-políticas contemporáneas*, Madri, 1971. Leve-se tal situação, de momento histórico, a crédito das ideologias, quer políticas, quer econômicas. Não que elas não cheguem para esclarecer. Não fossem algumas delas deformantes da realidade natural, então os problemas de crise seriam bem menores.

(26) O princípio limitativo assenta na tradição constitucional brasileira. Na Emenda Constitucional nº 1, como nas Cartas anteriores, salvo posição de tempo histórico, é a mesma a posição do problema (Cf. MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *A intervenção do estado na ordem econômica*, in *Revista de Direito Público*, 11/7).

(27) "Si el Estado en forma arbitraria pudiera expropiar toda suerte de actividades privadas, la libertad individual quedaria asfixiada materialmente bajo el peso de una burocracia gobernante. Tendriamos un Estado hipertrofiado por su propio crecimiento tentacular y monstruoso." (ALBERTO DEMICHELI, ob. cit., p. 124).

11. Subordinação à moralidade

Origina-se da Revolução Francesa essa noção fechada do Estado soberano, unitário e centralizador, com a Administração pública rigidamente organizada em torno e dentro do Poder Executivo⁽²⁸⁾.

Com respeito a tal fato tem sido imutável a gravitação. As transformações, quando tiradas das mudanças sociais, tão-somente compõem novos processos, outros métodos de aferição real da vida das sociedades⁽²⁹⁾.

As condições peculiares a cada nação, dando formas à organização política do Estado, particularizam muitas vezes processos e métodos adaptando-os às contingências da história e da geografia. O problema aqui, sem prejuízo para o direito, passa a ser de sociologia jurídica⁽³⁰⁾.

Pertence à **escola francesa**, não obstante as controvérsias, a correlação entre a legalidade e a moralidade. A subordinação à moralidade do ato administrativo agravador de direitos. A “boa administração” como imperativo necessário às decisões administrativas⁽³¹⁾.

Na verdade, a doutrina não se conduz de uma maneira uniforme. Ainda está impressionada pelo empirismo científico para superar as dificuldades encontradas no ordenamento jurídico. Dando primazia a lei escrita enquanto vige à luz imprecisa do direito judicial.

(28) Assim nasceu, sob essa influência, o Direito Administrativo, mas não certamente a Ciência da Administração. O primeiro marco reconhecível está mesmo na França com o Barão de GÉRANDO escrevendo, em 1829, as *Institutes du droit administratif français*. Já em 1800, houve a Lei 28 *pluviose* do ano VIII. A primeira cátedra, na Universidade de Paris, instalou-se por volta de 1828. Mas a chamada **escola francesa** sempre inclinou-se para o **critério legalista**. A projeção veio logo mais em extensão atingindo a Alemanha, Itália, Espanha, principalmente, e pouco depois, Portugal e o Brasil.

(29) Consultar FERNANDO GARRIDO FALLA, *Las transformaciones del régimen administrativo*, Madri, 1962; LUIGI GALATERIA, *Teoria giuridica degli ordini amministrativi*, Milão, 1950; E.N. GLADDEN, *An Introduction to Public Administration*, Londres, 1961; GUSTIN A. GORDILLO, *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, 1966.

(30) Cf. GEORGES GURVITCH, *Elementos de Sociologia Jurídica*, Rio de Janeiro, 1948. Os problemas que se propõem são problemas de **sociologia jurídica**. Não entrando na problemática, nem o positivismo jurídico, nem o logicismo normativista. O que interessa, num primeiro plano, é a sociedade elevada a possuir uma consciência jurídica.

(31) “Foi Hariou, esse fecundo e operoso agitador de idéias, quem pela primeira vez falou em moralidade administrativa. Em uma das suas magistrais anotações aos acórdãos do Conselho de Estado, desenvolveu, com maior brilhantismo do que transparência, a seguinte tese audaciosa: a legalidade dos atos jurídicos administrativos é fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei; mas a conformidade desses atos aos princípios basilares da **boa administração**, determinante necessária de qualquer decisão administrativa, é fiscalizada por outro recurso, fundado no desvio de poder, cuja zona de policitemento é a zona da **moralidade administrativa**.” (ANTÔNIO JOSÉ BRANDÃO, *Moralidade ...*, cit. in RDA, 25/457).

12. A vontade na Administração

Há uma idéia matriz a ser conferida. O mesmo problema que converge para o estudo da moral **no** direito ou da moral do direito passa a ter igual relevo para que se investigue a origem da vontade administrativa. Distinga-se, portanto, a vontade **da** e **na** Administração.

Os dados são importantes, pois é da vontade que nasce o ato. Na primeira hipótese, vontade **da** Administração, há muito de liberdade, arbítrio, discricção, discricionariedade, impulsão além do direito. Na segunda, vontade **na** Administração, as limitações são as da lógica formal da lei, isto é, do direito de cada um, de um interesse que nasce de uma soma de atitudes volitivas.

Não basta que a Administração queira. É preciso que esse **querer** traga a permissão do interesse geral que lhe seja imposto.

Harmonizando, conciliando a vontade com a norma. Para um atendimento, todavia, que não destrua a unidade do regime jurídico. Não se esquecendo de que as faculdades de **controle** são no fundo faculdades morais atribuídas à autoridade pública.

O que falta, juridicamente, no sentido da vontade administrativa, é uma definição explícita de **moralidade** que indique os pontos de sua convergência na atividade estatal. O que se espera é o estabelecimento de um equilíbrio entre conceitos que na aparência colidem. **A moral que faz a lei possível**, sem dúvida, é o grande problema a equacionar⁽³²⁾.

Só uma solução é aceitável para o entendimento do fenômeno **Administração**: corporificando-a na plenitude do ordenamento jurídico. Vasculhando, nas causas e efeitos, a natureza da sua vontade. A Administração como um sistema de normas destinadas à realização de certos valores.

13. O princípio da necessidade comum

Está claro que as necessidades sociais não podem ser as mesmas em diferentes condições históricas e sociais. Há épocas em que as exigências são maiores e outras em que são menores. Um sistema administrativo que não possa satisfazer nem as exigências menores será incapaz, por certo, de assegurar a ordem jurídica indispensável ao corpo político.

Destarte, a ordem jurídica está de certo modo condicionada pela existência de um sistema administrativo relativamente saudável, e que lhe dá estrutura de funcionamento. O poder discricionário, assim sem um critério para o seu exercício, representa a autorização do arbítrio. E a Administração, *"que faz o que quer e não se detém dentro de considerações racionais, não se pode*

(32) Cf. LON L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven/Londres, 1964, p. 4.

dizer que opere dentro de um quadro jurídico"⁽³³⁾.

Tudo reside, via de lógica, no princípio de necessidade comum. "A linha de demarcação entre os princípios morais que fazem parte do sistema jurídico e os que não foram absorvidos pelo direito, não é rígida nem permanente: tende a expandir-se ou a contrair-se no curso da evolução do desenvolvimento da ordem jurídica"⁽³⁴⁾.

Em se tratando de fim comum, de necessidade comum, fora das épocas excepcionais de crise, a intenção (vontade) da Administração constitui um fator importante para o direito, "não deixando de ser também verdade que a moral não é de todo alheia às ações"⁽³⁵⁾. O comportamento administrativo imoral já hoje acarreta a possível sanção da condenação popular, e através de meios reconhecidos pelo próprio direito⁽³⁶⁾.

Como princípio, o da **necessidade comum**, pela própria natureza conceitual, ainda que impreciso, faz juízo de valor moral. E como os valores são ingredientes essenciais da atividade administrativa, não há como se desconhecer na prática de atos ou no exercício de poder a participação da moral na tarefa dos administradores.

14. A moral interna da lei

É uma expressão, na temática jurídica, absolutamente válida, pois há em toda lei uma moral que lhe dá conteúdo. Quando se fala em **justiça legal** reconhece-se ou deseja-se demonstrar a moralidade interna da lei, isto é, uma moralidade de dever e de aspiração⁽³⁷⁾.

Direito e poder é uma coisa. Direito e Administração, outra. Não se concebe o **direito** sem regras ou normas. Nem o **poder** sem limitações que não tenham raízes na natureza dos fatos. Quanto à Administração, direito e poder, marca-se pelo direito e afirma-se pela justiça.

Quando as obrigações se criam, dentro ou fora da área da Administração, condicionam-se as relações jurídicas. Partindo de certas premissas lógicas, essas relações no sentido volitivo envolvem posições primeiro de moral e depois, quem sabe, de direito.

(33) ANTÔNIO JOSÉ BRANDÃO, *Moralidade administrativa*, in *Revista de Direito Administrativo*, pp. 25/456; ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo*, Lisboa, 1962, pp. 53 e segs.

(34) Id., *ibid.*, p. 277.

(35) Id., *ibid.*, p. 279.

(36) No Brasil, a *Ação Popular Constitucional*, fundou-se na sua origem no 38, do art. 141, da Constituição Federal de 1946. Está regulamentada pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.

(37) "A moral de **aspiração** começa no vértice do conhecimento humano. A moral do **dever** começa na base. Nela (moral do **dever**) repousam as regras básicas, sem as quais uma sociedade organizada é impossível." (LON L. FULLER, *ob. cit.*, p. 5.)

Os exemplos, vamos dizer, na luta pelo direito, não são poucos e envolvem a atividade administrativa⁽³⁸⁾. Quando não há equidade ou igualdade no tratamento entre partes, o que se vulnera é a moral interna da lei, não propriamente a lei quando pouco diz ou diz de maneira opcional.

Na escolha entre dois caminhos, há uma linha de demarcação de princípios morais. E princípios que fazem parte do sistema jurídico. E fazem parte porque integrados estão no conceito de moralidade administrativa. Nada mais.

15. A idéia do direito justo

Estamos, quanto à tese, dentro do melhor pensamento interpretativo. A missão da crítica visa a valorização das leis positivas com respeito à idéia do direito, do justo jurídico e da moral no direito.

Não basta ao jurista buscar a razão dos sistemas. A verdade é que, ao aplicar uma determinada norma a casos distintos, reconhecer deve as relações que correspondem à moral da norma em questão.

Sem dúvida, a experiência jurídica e a prática judicial demonstram que as concepções, por mais rígidas que sejam, jamais transcendem o geral e o particular no direito, impondo ao Estado condições de comportamento sem erros, vícios ou abusos que possibilitem a desigualdade.

Se os sistemas são homogêneos, também o devem ser as normas jurídicas na sua aplicabilidade fática. A idéia do direito justo, moral, sempre acompanhou a humanidade na sua evolução⁽³⁹⁾.

O direito faz-se moral, porque é inseparável da vida humana. *Ubi homo, ubi jus*. A relação obrigatória, sem dúvida, que tem antes de tudo um fundamento de fato, passa com a regra a ter um fundamento moral.

Tudo isto diz respeito, como ainda veremos, ao direito vigente considerado na sua própria ordenação. Importam, e muito, as fontes não-formais do direito. Os padrões naturais de justiça. A moralidade pública como força modeladora da regra positiva na sua aplicação.

(38) A lembrança exemplificativa é de BODENHEIMER: "No que se refere ao direito regulador da concorrência desleal, numerosas transformações se operaram recentemente, devidas à ação legislativa e judicial, que devem ser explicadas por um refinamento do senso moral, seguido da convicção de que o mundo dos negócios deve ser protegido contra certas práticas comerciais inescrupulosas e repreensíveis, por meios mais eficazes do que a simples reprovação moral". (Ob. cit., p. 277).

(39) Para argumentar, os dois documentos fundamentais: o *Bills of Rights* e a *Déclaration des Droits*.

Capítulo II

A POSIÇÃO JURÍDICA DO ESTADO E O PROBLEMA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os fins do Estado. 3. A origem do Estado moderno. 4. A limitação do poder do Estado. 5. Estado-administração. 6. A Administração moderna. 7. Proteção contra a Administração. 8. O domínio do Direito Administrativo. 9. A missão do Direito Administrativo. 10. As obrigações da Administração. 11. A tecnização dos meios. 12. Os grandes temas. 13. A necessidade da revisão dos conceitos. 14. O objeto possível e lícito. 15. A regra moral motivo de valor.

1. Introdução

De vez por todas é preciso que se repudiem as teorias que consideram o Estado como uma **abstração** e as suas manifestações como resultantes de um **poder-força** onde o princípio da legalidade não passa de uma simples presunção.

O Estado na sua fisionomia material ou física sempre está fixado geograficamente em alguma parte determinada da superfície da terra. Tem ele um aspecto de estrutura natural e outro de caráter psicológico social⁽¹⁾.

Pertence, por assim dizer, ao mundo dos **fatos**. Integra-se, sem dúvida, dentro do mundo do **real**. Afirma-se, na origem, como uma realidade física. Visível e palpável. Mantendo-se pelas relações internas humanas. Agindo através de elementos próprios.

(1) Cf. GEORG JELLINEK, *Teoría general del estado*, trad. esp., México, 1958, p. 59.

Para se compreender a existência natural do Estado, anterior ao direito codificado e a toda jurisprudência, basta que se lembre os seus elementos constitutivos: território (terra, espaço geográfico), povo (homem, grupos e comunidades) e autoridade no sentido histórico⁽²⁾.

Mantenha-se como necessidade moral ou como necessidade histórica, pouco importa. Bem observado, o Estado existe como uma **unidade de fim**. O importante, todavia, em qualquer Estado, está na determinação dos **fins**. Fundados esses **fins** nas relações volitivas.

2. Os fins do Estado

Chegou, portanto, o Estado, ao nosso tempo, para garantir a coexistência dos homens. Assegurando-lhes proteção (segurança), liberdade (individualidade subjetiva) e direitos (ações humanas).

Não se fale, contudo, em Estado **moderno**, desmerecendo-se as teorias éticas. Não como uma virtude total, mas como uma forma de moralidade, de pública ação consciente, ou então, de bem comum geral⁽³⁾.

Não há polêmica que não encontre solução maior senão no princípio intrínseco de moralidade. Uma vez que o problema, no tocante à autoridade de governar, dentro de uma idéia de unidade social, radica-se na autolimitação estatal como ponto de partida para o exercício dos direitos.

Há aqui uma indagação a fazer: há um direito **do** ou **para** o Estado? Não e não. A vontade do Estado, como resultante das vontades humanas, nasce da ordem jurídica que ele mesmo foi capaz de criar. Convertendo a realidade em normatividade.

Entenda-se por **normatividade** o conjunto de regras, de princípios, de aspirações ou de deveres, que fazem o ordenamento das leis positivas. Não se desconhecendo, porém, a força normativa que possuem os fatos. Nem a significação das formulações que aproximam o direito da moralidade.

(2) *Ib.*, *ibid.*, p. 115.

(3) PLATÃO, ARISTÓTELES e HEGEL, numa linha de pensamento que alcançou continuidade na verdade histórica. Impondo conexão entre o ideal ético e os futuros ou presentes padrões jurídicos. O direito é vida? O direito é ordem? As teses receberam relevo com a posição de GEORGES RENARD, *Introducción filosófica al estudio del derecho*, trad. esp., tomo I, Buenos Aires, 1947, pp. 58 e segs. O Estado era definido por GRÓCIO como “*uma associação integral de seres livres, unidos para a fruição de direitos e por um interesse comum*” (apud EDGAR BODENHEIMER, *Ciência do Direito - Filosofia e metodologia jurídicas* - trad. port., Rio de Janeiro, 1966, p. 50).

3. A origem do Estado moderno

A experiência das regras imperativas nos diz que não são, tal como aparecem na sua exteriorização, isentas de submissão às obrigações de valor individual ou de valor social. Na verdade, elas se explicam adequadas à consequência ou resultados.

Apesar de todas as controvérsias, para que um sistema de direito seja socialmente eficaz, é preciso que se estabeleçam limitações jurídicas entre o que é do Estado e o que é do indivíduo. Limitações essas que previnam ou possibilitem oposição ao poder estatal⁽⁴⁾.

A origem do Estado **moderno**, ainda que assim não admitam os totalitarismos deste século ou os pragmatistas de novas doutrinas políticas, funda-se na **solidariedade** como base do bom entendimento social. Na liberdade e igualdade em direitos, na proteção contra as desigualdades⁽⁵⁾.

Não chega para justificar ou explicar as Constituições. Ou as formas constitucionais escritas ou costumeiras. O que importa, sem dúvida, é haver dado ao indivíduo um lugar próprio no direito. Em virtude do que, os homens participam e se integram dentro de amplas coordenadas administrativas.

A unidade, com isso, superou o dualismo⁽⁶⁾. Por distintos que possam ser as razões ou os meios de atuação política, de norma constitucional ou de regra administrativa. O problema não é, destarte, tão-somente um problema de relações políticas, mas também de relações jurídicas.

4. A limitação do poder do Estado

O individualismo, por exemplo, na sua rigorosa concepção histórica, só pode conduzir a uma soberania sem limite, ou então, à anarquia. É necessário que, entre o indivíduo e o Estado, um ceda ao outro⁽⁷⁾. Ou que haja medidas jurídicas que justifiquem as limitações.

Ademais, o Estado não é um simples **poder de querer**, como já ponderamos, mas *imperium* responsável e não força absoluta. Com responsabilidade administrativa contra o abuso de poder. Com predicamentos

(4) Cf. LÉON DUGUIT, *El pragmatismo jurídico*, trad. esp., Madri, 1924, p. 77.

(5) Leiam-se, sob a intenção da lógica no tempo histórico, os dois primeiros artigos da **Declaração dos Direitos**, de 1789. Com o destaque de que o "*objeto de toda sociedade política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem*". E observemos, no contexto, que o que era individualismo no século XVIII passou a ser socialismo no século XX.

(6) Cf. GEORG JELLINEK, ob. cit. - *El estado moderno* - pp. 265 e segs.

(7) Cf. LÉON DUGUIT, ob. cit., p. 78.

institucionais que o tornam sustentáculo da vontade comum⁽⁸⁾.

Tenha-se presente, sem exageros de análise, que a questão da construção jurídica e da sistematização do direito, essa sim, é uma questão de caráter legislativo. Mas o direito em si não, pois o elemento **fato** precede à lei e aos processos de lógica formal.

Quando se fala, nas cartas constitucionais, em direitos e deveres, está se dizendo tudo. Longe de criarem artificios que a realidade social jamais aceitará. O fenômeno da **rejeição** faz parte também do organismo social. Impondo ao Estado condições e aos indivíduos, sujeições.

A compreensão real de Estado exige, portanto, algumas premissas:

- a) de harmonia com o corpo de uma determinada sociedade politicamente organizada;
- b) de organização do poder como sociedade natural e institucional;
- c) de direção dos negócios e serviços públicos de cuja gestão se faz responsável relacionalmente.

Nesse ponto o Estado se realiza como Administração. A sua maneira, no entanto, de enfrentar os problemas, é de técnica instrumental administrativa. Respeitando, contudo, os interesses conflitantes, e demarcando as linhas entre a legitimidade, a legalidade e a moralidade.

5. Estado-administração

Nada como buscar, para as realidades atuais, as verdades que se fizeram permanentes no curso da experiência jurídico-histórica. A prova dos fatos robustece a lógica das origens e relações causais. São como afirmações matemáticas que levam a postulados basicamente válidos.

A influência da experiência conduz a dados condicionantes do Estado à sociedade. Dois aspectos sob os quais aparece a organização social:

- a) de estrutura de um mecanismo exterior de força, autoridade, governo, direção dos negócios públicos;
- b) de instrumentos e princípios que regulam o uso da força, da autoridade, ou melhor, do poder público.

São noções, todavia, que se completam na vital reciprocidade, mutuamente, com o poder público precisando obrigatoriamente recorrer ao direito e o direito necessitando da assistência e proteção do poder público⁽⁹⁾.

Quando o Estado, porém, integra-se na organização social, antes natural e depois normativa, os meios de ação convertem-se em meios de

(8) GEORGES RENARD, *Introducción filosófica al estudio del derecho*, tomo III - *El derecho, el orden y la razón*, trad. esp., Buenos Aires, 1947, p. 314; LÉON DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel - Formation naturelle de l'état* - tomo I, Paris, 1911, p. 37.

(9) Cf. RUDOLF VON IHERING, *El fin en el derecho*, trad. esp., Buenos Aires, 1946, p. 154.

administração. A vigilância administrativa e tutela do direito confundem-se, atividade estatal e direito interpenetram-se⁽¹⁰⁾.

Estado e Administração completam uma mesma equação. Levando à submissão, sem reservas, Administração e administrados. Quem sabe, para muitos, esta não seja a posição certa. Mas podem as teorias contrariar os fatos para afirmar que o Estado existe sem Administração?

6. A Administração moderna

Na sua formação histórica e conformação atual, a Administração não passa de um fenômeno real, integrado na realidade estatal. Ativando-se com os recursos inumeráveis das técnicas instrumentais, as mais eficientes e modernas. Dinâmica, por excelência. Mecanizada e física nos seus processos integradores. Quantificadora do comportamento administrativo⁽¹¹⁾.

A história, num passado ainda próximo, já fazia prever a Administração moderna. Embarçada com os princípios imprecisos, se não abstratos da supremacia do poder público. Em luta com o administrado depois das conquistas que robusteceram as franquias políticas e os direitos individuais.

Não foram poucos aqueles que passaram a entender o Estado dentro do seu contexto social⁽¹²⁾. E a Administração igual ao Estado, fazendo uma mesma unidade concreta, uma única unidade jurídica, ou melhor, uma síntese de

(10) Muitas das formulações de IHERING já estão erradicadas. Perderam-se na evolução dos mesmos fatos. Como o princípio da necessidade da coação no direito. Como o da supremacia do poder público pela coação. Como o da desnecessária separação entre Estado e sociedade. No entanto, VON IHERING ainda merece relevo de apreciação, no tocante às **causas do fim**, no que diz com o Estado como forma de organização social. Hoje direito é o que é. Não monopólio absoluto do Estado. Mas imperativo natural de relacionamento humano e societário.

(11) Cf. PEDRO DELFINO, *Introducción a la teoría de la administración* - A Administração considerada como fenômeno social, a teoria da decisão e do comportamento administrativo. O dualismo: Administração-organização, cibernética e Administração, Administração e desenvolvimento - Buenos Aires, 1967.

(12) Entre alguns autores analistas do passado: M. BLUNTSCHLI, *Théorie générale de l'état*, trad. franc., Paris, 1881; LÉON DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1911; H. BARTHÉLEMY, *Droit administratif*, Paris, 1920; ROGER BONNARD, *Précis de droit administratif*, Paris, 1935; LEO GOLDENBERG, *Le conseil d'état - Juge du fait* - Paris, 1932; MAURICE HAURIOU, *La jurisprudence administrative*, Paris, 1929; FRITZ FLEINER, *Instituciones de derecho administrativo*, trad. esp., Barcelona, 1933; LORENZ VON STEIN, *La scienza della pubblica amministrazione*, trad. ital., Turim, 1897; RECAREDO FERNANDEZ DE VELASCO CALVO, *Resumen de derecho administrativo y de ciencia de la administración*, Barcelona, 1930; CINO VITTA, *Diritto amministrativo*, Turim, 1937; GUIDO ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milão, 1936. Não só esses alguns, por certo. Sobretudo depois da guerra de 1914/18, o problema Administração melhor se colocou nos estudos em torno do Estado. Não apenas como um problema de filosofia ou de sociologia jurídica. Mas como um problema de realidade físico-estrutural.

toda a problemática social e humana.

Está claro que, no tempo, não possuíam os mesmos elementos figurativos, ou as mesmas condições de análise do contexto social. Os equívocos aparentes nasciam precisamente dos conceitos clássicos do Estado **fazedor** do direito e da Administração apenas restrita a serviços públicos⁽¹³⁾. Já hoje não é assim. Para a garantia ou não dos direitos, ela está em tudo.

E isso de tal maneira, que só o princípio da legalidade não é o bastante. Nem o da legitimidade do poder público, administrativo ou político. Necessitando o hermenêuta, ou os aplicadores da lei, preencher, quando da aplicabilidade das normas, um vazio, um quase-vácuo, entre o que pode ser **legal**, mas que no trato comum atinge a moralidade do ato.

7. Proteção contra a Administração

De maneira visível, a Administração exterioriza a unidade de querer e de agir do Estado. Mediante processo de organização política formou-se um **querer novo**, que não é um querer dos administrados, nem um querer do poder público (administrativo), mas um querer unitário, ou melhor, uma **unidade de querer** que define o Estado e explica a Administração⁽¹⁴⁾.

Tal posição, não fossem os **direitos**, levaria o Estado ao absolutismo jurídico. Com ele a Administração, tantos são os instrumentos atuais de opressão das técnicas especializadas. E o problema que continua a preocupar é o de saber-se como os administrados podem e devem ser protegidos contra o Estado⁽¹⁵⁾, isto é, contra a Administração.

Não é fácil, senão pelos **direitos**, proteger-se o direito do

(13) A tese **serviços públicos** também adquiriu outros contornos. RAFAEL BIELSA, na Argentina, trouxe importante contribuição. Avançou até onde o seu pensamento permitia. Na França, JEAN RIVERO deu clareza a certos pressupostos doutrinários. A obra de LABAUDIÈRE expressou situações novíssimas. As teorias contratuais, no Direito Administrativo, respeitando a herança civilista, passaram a não entender só o poder público. O normativismo de HANS KELSEN entrou em fase de declínio. A razão e o fundamento, a forma específica de obrigação da norma jurídica, a sanção e as normas morais, voltaram a valer nas relações **Direito-Estado**. Até que, pela unidade do querer e da ação, Administração e Estado se identificaram. Quanto ao conceito **relação jurídica**, adquiriu universalidade e conseqüências cujos fundamentos estão na própria **composição social** do Estado.

(14) Cf. ICILIO VANINI, *Filosofia del derecho*, trad. esp., Madri, 1941, p. 157.

(15) "*Il est contestable qu'un des problèmes qui préoccupent le plus aujourd'hui tous les juristes, tous les magistrats, tous les avocats et je puis dire l'opinion publique, c'est celui qui se pose dans les termes suivants: comment les particuliers peuvent-ils être protégés contre l'état.*" (LÉON DUGUIT, *Leçons de droit public général*, Paris, 1926, p. 301). Sem dúvida, continua a preocupação. Com maior intensidade de espírito. Considerando o valor do poder estatal e a dimensão das técnicas administrativas. "*Je crois pouvoir affirmer que dans aucun pays la jurisprudence n'est pas allée en ce sens aussi loin que le conseil d'État français, qui, par son admirable institution du recours pour excès de pouvoir et du recours pour détournement*

administrado. Lamentavelmente, no que diz com a vida das instituições, os conflitos jamais desaparecerão. O princípio da legalidade, como está no sentimento jurídico, já é uma grande e inalienável conquista. Muitas vezes não basta, no entanto. Há muito mais a examinar, como a moralidade no ato legal, no ato administrativo perfeito e acabado.

As condicionantes de **fim**, a chamada teoria dos motivos determinantes, não se justificam na plenitude do ordenamento jurídico. Podem ser aceitas na excepcionalidade de fatos imprevisíveis dispensáveis aqui de exemplificação histórica. Três pontos convergem *in concreto* e que o legislador tentou prevenir: legalidade, oportunidade, moralidade⁽¹⁶⁾.

Incontestavelmente, a impossibilidade da aplicação da norma legal está em causa sempre que os objetivos não possam ser alcançados em combinação com alguns elementos essenciais. O conceito de verdade jurídica tem suporte no fato. E no procedimento, pela sua lisura, também. Sem o que as pretensões não se fazem legítimas. Nem corretas na comprovação moral.

8. O domínio do Direito Administrativo

Felizmente, amplia-se o domínio do Direito Administrativo em razão da progressiva força do Estado, levando a doutrina a compreender o fenômeno **Administração** dum ponto de vista material e orgânico⁽¹⁷⁾. Sem predisposições a amparar os argumentos em favor do exclusivismo estatal⁽¹⁸⁾

Não se esqueça, contudo, apenas para argumentar com maior profundidade, que a virtude e o modo de governar constituem uma única finalidade. Ou que a ética e a política são apenas aspectos distintos de uma mesma atividade⁽¹⁹⁾.

Essa é a face do Estado, e assim da Administração, mais condizente

de pouvoir, assure une forte protection aux administrés contre l'arbitraire administratif." (DUGUIT, ob. cit., p. 304).

(16) CASTRO NUNES foi dos primeiros a sentir no Brasil a evidência para certos casos concretos do princípio da moralidade, ponderando com acerto que "a moralidade se enquadra na legitimidade dos fins ou dos motivos determinantes da decisão" (*Do Mandado de Segurança*, Rio de Janeiro, 1956, p. 187).

(17) Cf. RAYMOND MALEZIEUX, *Manuel de droit administratif - Domaine du droit administratif; La notion d'administration* - Paris, 1954, pp. 19-33.

(18) "Ouvimos dizer, por vezes, que as pretensões especiais do Estado baseiam-se na importância especial do Direito. Nenhuma comunidade pode viver sem leis porque devemos apoiar a lei. Há, evidentemente, certa procedência nessa alegação. O Estado faz hoje tudo o que no passado não fazia. Discutimos sobre algumas das atividades do Estado. Alguns pensam que elas deviam ser ampliadas, outros que deviam ser restringidas. Mas todos concordamos que o mínimo que o Estado pode fazer, a tarefa que lhe compete, é a de manter a paz e administrar a lei e a justiça." (A. D. LINDSAY, *O Estado Democrático Moderno*, trad. port., Rio de Janeiro, 1964, p. 163).

(19) Cf. PLATAO, *A República*, trad. port., s/d.

com a condição humana. Para a qual se volta o Direito Administrativo nas suas perspectivas presentes e futuras. O Direito Administrativo como aquele ramo do **direito público** que rege a Administração⁽²⁰⁾.

Falando de Administração **moderna**, relacional na sua expressão fundamentalmente jurídica, limitada a regras impositivas do direito que é também seu, subordina-se não só a um **regime**, como, além dessa subordinação, condiciona-se a **princípios** que a tornam responsável⁽²¹⁾.

A questão, portanto, não se coloca mais fora da realidade. Mas em torno de situações que exigem proteção. Essa a enorme missão futura do Direito Administrativo. Uma vez que Estado sem Administração é uma flagrante contradição. Distante do realismo científico ou do realismo social.

9. A missão do Direito Administrativo

Na verdade, não é missão do Direito Administrativo simplesmente expor teorias sobre o melhor modo de administrar⁽²²⁾.

De mais a mais, nos regimes jurídicos, a Administração, ao se desenvolver como instrumento do poder estatal, adquire significação que se afirma no exercício e configuração de distintas funções administrativas, isto é, de atos cuja importância transcende a posição das pessoas.

No jogo dos **direitos** tanto faz o dizer-se Estado ou dizer-se Administração. A unidade programática está sempre ativa, presente, indisfarçável. A idéia fundamental político-jurídica não possui devesas dupla concepção, pois que a ordem jurídica é uma só, no tocante aos conceitos fundamentais.

É uma **idéia**, sem dúvida, integrada. De justiça comutativa e de justiça distributiva, como funções substantivas do Estado. Com vínculos cada vez mais estreitos entre o Estado e o indivíduo, entre a Administração e os administrados. Vínculos que não são apenas representativos de mandato ou de obediência. Mas que, no reconhecimento jurídico, recebem a influência dos preceitos básicos da ética ou da moral⁽²³⁾.

Parece evidente que os princípios jurídicos gerais são informadores de qualquer tipo de atividade administrativa. E, como toda atividade individual humana, a Administração também está exposta a erros, equívocos, desvios ou enganos que impõem o controle do direito.

Numa palavra, a Administração, quando intervém na esfera jurídica

(20) Cf. JEAN RIVERO, *Droit administratif*, Paris, 1960, pp. 7-12.

(21) Cf. GEORGES VEDEL, *Droit administratif*, Paris, 1958, pp. 9, 25, 143, 185, 214 e 232; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, São Paulo, 1973, pp. 27, 66, 136 e 145.

(22) Cf. ERNST FORSTHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, trad. esp., Madri, 1958, p. 81.

(23) *Id.*, *ibid.*, p. 251.

do administrado, ou quando exercita ato administrativo defeituoso, não é onipotente ou onisciente.

10. As obrigações da Administração

Dentro do que expusemos, as obrigações do Estado são as mesmas da Administração. Ou, melhor dizendo, as obrigações da Administração resultam daquelas obrigações positivas do Estado⁽²⁴⁾.

No entanto, a problemática, quanto à Administração, apresenta algumas variantes que são da própria natureza da atividade administrativa. A diferença dos fins corresponde à diferença dos meios funcionais-administrativos⁽²⁵⁾.

Diga-se de passagem da urgência da doutrina para a revisão de certos conceitos e reformulação de algumas teses que dizem com o poder estatal e com os administrados. Convenha-se que, hoje, nos dias correntes, o Estado é bem diferente daquele do último século e da primeira metade deste.

Os elementos que ativam a Administração nos seus processos de ação e resultados rápidos, estão a exigir em contrapartida:

a) no que toca à Administração, rigorismo de procedimento, exação no cumprimento dos deveres administrativos, melhora a preço pelo conhecimento do princípio da legalidade⁽²⁶⁾.

b) em defesa do administrado, meios amplos de garantias face aos modos não formais de expressão da vontade administrativa e determinação quanto às regras que se exteriorizam como discricionárias⁽²⁷⁾.

Ninguém discute as obrigações positivas da Administração e que

(24) LÉON DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tomo II - p. 160. Os conceitos do antigo professor de Bordeaux se projetam na temática presente. São conceitos que devem ser considerados na sua evolução. Sobretudo naquilo que estuda a organização política e constitucional.

(25) Cf. JEAN RIVERO, ob. cit., p. 9. Para RIVERO, professor de Paris, o interesse geral exige sacrifícios. Certo. No entanto, em palavras claras, recomenda a necessidade de um equilíbrio para que não vença a discricção ou o arbítrio (pp. 68-69).

(26) Nossos livros: *A Prova no Processo Administrativo - A Proteção dos Direitos, a proteção jurisdicional, o conceito da verdade na prova, função conciliatória do direito, o direito na ordem administrativa, Administração e Estado de direito, responsabilidade* - Curitiba, 1971; *Introdução ao Direito Processual Administrativo - processo administrativo e codificação administrativa, contencioso administrativo e justiça administrativa, a codificação dos princípios basilares, relevo do procedimento administrativo, a ordem administrativa positiva, poder discricionário, a supremacia da lei* - São Paulo, 1971.

(27) Consultar ARMANDO EMILIO GRAU, *La razonabilidad de el procedimiento administrativo argentino*, in *Revista de Ciencias Administrativas* n° 27, La Plata, 1968; CHARLES DEBBASH, *Os modos não formais de expressão da vontade da administração*, trad. port., in *Revista do Serviço Público*, n° 102, Rio de Janeiro, 1966; AGUSTIN A. GORDILLO, *La garantía de defensa como principio de eficacia en el procedimiento administrativo*, in *Revista de Direito Público*, n° 10, São Paulo, 1969.

fazem responsabilidade estatal. O temor reside precisamente nos meios de atividade livre que dão ao administrador elementos materiais físicos difíceis de serem apreciados mesmo quando conflitem com os direitos.

11. A tecnização dos meios

Superaram-se, destarte, as grandes teses do pragmatismo jurídico como todas as demais concepções advindas das incertezas do pensamento filosófico⁽²⁸⁾. O Estado **tecnicizou-se** e a Administração adentrou-se nas **técnicas** impondo ao administrado situações relacionais de dependência, de submissão, de dúvida quanto aos direitos individuais consagrados.

O exemplo da **cibernética** aí está⁽²⁹⁾. Com a Administração estruturada na ciência ou na teoria da informação⁽³⁰⁾. Da **eletrônica** operando em razão de números e dados quantificadores. Com a Administração sistematizada em torno de números seletivos e programáticos.

Não há como, para a Administração, deixar de atender aos **meios novos** de atividade. O que se precisa são de **leis administrativas** capazes de manter o equilíbrio fundamental no dualismo: Estado-indivíduo, Administração-administrado.

Esse, hoje, o grande papel reservado ao Direito Administrativo: racionalizar-se juridicamente em termos de processo ou procedimento, investigar as transformações e propor as soluções, reelaborar um sistema de relações jurídicas ajustadas ao mecanismo das técnicas.

Não se fale, por extemporâneo, num tipo de Administração que não

(28) Como entender **realismo jurídico** senão assim? É possível ainda agora entender-se as críticas chamadas de **conhecimento**? Onde ficariam ROUSSEAU e HEGEL no mundo moderno? Continua válida a doutrina da auto-limitação do poder estatal? MAURICE HAURIOU (moralidade administrativa) e LÉON DUGUIT (pragmatismo jurídico), não são hoje dois mundos diferentes, distanciados pelos fatos? Não parece, à primeira vista, que o ilustre HAURIOU, estava prevendo o fortalecimento **físico** do poder público? E para isso dando medidas além das estritamente legais? Na verdade, sem dúvida, a filosofia do direito positivo, como a doutrina realista de valor pragmático, urge renovar-se! As muitas situações de direito que se realizam entre um sujeito passivo (administrado) e outro ativo (Administração) estão a exigir reformulação jurídica.

(29) Cf. NORBERT WIENER, *Cibernética y sociedad*, trad. esp., Buenos Aires, 1958; STAFFORD BEER, *Cibernética y administración*, trad. esp., México, 1963; DWIGHT WALDO, *La administración pública*, trad. esp., Buenos Aires, 1961.

(30) Cf. MANUEL MARIA NATERO CORDOBA, *Ciencias administrativas contemporáneas (teoría de la organización, análisis administrativo, contenido del análisis administrativo, la esfera de control, el equilibrio estructural, análisis de la información, la decisión, la cibernética desde el punto de vista teórico organizativo, la organización formal y informal, administración de prospección, funcionamiento de las técnicas administrativas)*, in *Revista de Ciencias Administrativas*, nº 32, La Plata, 1970.

use dos elementos ao seu dispor. Mas sim de uma Administração (Estado) obediente às regras morais nas obrigações assumidas. Não existe, não pode existir, construção jurídica sem reflexos de fundamentos éticos.

12. Os grandes temas

Os grandes temas, cada vez mais essenciais do Direito Administrativo, ante o avanço das novas técnicas operacionais, se resumem necessariamente no conceito de discricção, de abuso do direito, na noção de poder discricionário, na teoria da legalidade, ou no desvio de poder.

As escolas são muitas e fartíssimas as discussões doutrinárias. A doutrina e o direito positivo ainda não se encontraram. Uma vez que as leis administrativas não regulam com rigor ou exatidão todas aquelas situações resultantes da plena atividade da Administração⁽³¹⁾.

O que a doutrina procura é simplesmente explicar as distorções. Não entrar no mérito das controvérsias e das situações desiguais que se criam sob a proteção da mesma forma legal. Ou então justificar a arbitrariedade sem colocá-la na área do direito atingido ou conflitado.

Não se trata, evidentemente, no tocante à legalidade, de se indagar se o texto legal foi obedecido na sua letra ou no seu espírito. Isso sabemos que seria bastante simples. O que importa na indagação, sem dúvida, é definir a aplicação da mesma norma para os iguais fatos.

A sutileza para o hermeneuta está nisto: pode a norma legal única produzir efeitos jurídicos diferentes de tratamento administrativo? É razoável a lei administrativa tratar desigualmente situações semelhantes ou assemelhadas? Reconhecer o direito num e não noutra?

13. A necessidade da revisão dos conceitos

(31) Estudem-se as posições de HAURIOU (*Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1927), GASTON JEZE (*Principios generales del derecho administrativo*, Buenos Aires, 1949), GABINO FRAGA (*Derecho Administrativo*, México, 1958), MARCEL WALINE (*Droit administratif*, Paris, 1963), RENATO ALESSI (*Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milão, 1960), SABINO ALVAREZ GENDIN (*Tratado general de derecho administrativo*, Barcelona, 1958/63), MANUEL MARIA DIEZ (*Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1963/65), e mais as posições, todas elas pouco reais no tempo, de JEAN RIVERO, GABRIEL DUFOUR, PAUL DUEZ, RAFAEL BIELSA, VILLEGAS BASAVILBASO, LOUIS ROLLAND, UGO FORTI, UMBERTO FRAGOLA, PIETRO GASPARRI, CARLOS GARCÍA OVIDEO, MASSIMO SEVERO GIANINI, RAYMOND MELESIEUX, entre outros. Mais realistas, melhor chegados ao fenômeno tempo, é de lembrar: MIGUEL S. MARIENHOFF, AGUSTIN A. GORDILLO, MIGUEL REALE, FERNANDO GARRIDO FALLA, HENRI WELTER, JOSÉ ANTÔNIO BRANDÃO, ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, SALVATORE CIMMINO. Não obstante as variadas teorias há um Direito Administrativo, novo como **direito**. Desenvolvendo-se conceitualmente com o desenvolvimento do Estado.

Os fins estatais dizem com os seus meios. O motivo causa é tão relevante como a condição finalidade. Para o Direito Administrativo integrado, a ordem jurídica constituída torna-se essencial, dando conteúdo substancial ao ato de gestão e à lide administrativa.

O equívoco doutrinário, na maioria das vezes, reside no exame **por partes** do ato administrativo. Dos vários componentes que devam atuar para a formação do ato. Quando a questão, salvo melhor juízo, é de análise sintética, de síntese conceitual, não de desintegração lógica.

A validade está na unidade, na presença real de todos os elementos formadores. Apreciado, no entanto, o ato na sua unidade da origem ao efeito, o que se quer e precisa querer em qualquer sistema de garantias é que a norma-ato-fato não escape da sua função geral, comum.

Como o Estado de hoje não é o de ontem, como a Administração de agora não é a do passado, considerando a evolução estatal nos seus condicionantes subjetivos⁽³²⁾, torna-se indispensável na manifestação da vontade aferir-se a presença também da moralidade.

E por que da moralidade? Porque como é sabido “a doutrina do exercício abusivo dos direitos representa a primeira intromissão da regra moral na esfera jurídica”⁽³³⁾. Não se trata, portanto, de nomear conceitos novos, estranhos. Mas de **atualizar** conceitos de boa administração.

14. O objeto possível e lícito

Como ficou dito, além da legalidade outros fatores existem. Na jurisdição, qualquer que seja a organização para os litígios, estão a exigir conveniente apreciação de julgamento. A novidade no direito, se novidade é, não se choca com os seus princípios basilares já consagrados.

O problema, contudo, preocupa fundamentalmente. Os recentes processos técnicos administrativos não podem permanecer indiferentes ao legislador e assim excluídos das leis administrativas. O aspecto técnico-jurídico interessa tanto como os aspectos histórico e político⁽³⁴⁾.

Admitindo-se, na hipótese, que o ato administrativo para ter vida

(32) Com respeito a essa evolução histórica e seus condicionantes subjetivos, cf. ARNOLD BRECHT, *Teoria Política*, trad. port., Rio de Janeiro, 1965.

(33) ANTÔNIO JOSÉ BRANDÃO, *Moralidade administrativa*, in *Revista de Direito Administrativo*, 25/456; ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *Erro e Ilegalidade no Acto administrativo*, Lisboa, 1962, pp. 53 e segs.

(34) O processo técnico-jurídico vai até os efeitos do ato, da sua origem à executoriedade. Pode ter caráter de subjetividade. É aquele pelo qual a Administração procura atingir os seus fins. O histórico é de importância informativa. O político, de conhecimento justificado das necessidades.

soberana exija vontade, competência, **objeto possível e lícito**, fim legal e forma, precisamente nesse ponto **objeto possível e lícito** confunde-se com atuação moral e moralidade.

O que é possível? O que vem a ser lícito? O **possível** não é o que pode ser, acontecer, ou praticar-se? E o **lícito**, do latim *licitus*, não é aquilo que é conforme com a lei, aquilo que é permitido, aquilo que é justo? E pergunta-se: a regra moral não está presente na ilicitude?

Não atinge frontalmente a moralidade administrativa o ato administrativo que não se deve praticar, porque não é justo? Também aqui importa a conduta da Administração, os processos de que lança mão, suas intenções recônditas, seus motivos psicológicos imprecisos, pois só assim se distingue a igualdade no direito das desigualdades legais.

15. A regra moral motivo de valor

Ainda que se forcem argumentos, a observância da regra moral não se contrapõe aos princípios gerais do direito⁽³⁵⁾. Nem dos que regulam a atividade estatal. Nem também daqueles princípios normativos que movimentam a Administração.

Situa-se a regra moral num campo neutro intermediário, aguardando reconhecimento e não aplicabilidade reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência. É ela, a regra moral, um motivo de **valor** na apreciação das causas e dos efeitos jurídicos do ato administrativo.

O ato administrativo, ainda que inatacável do ponto de vista da legalidade, envolve nos seus propósitos a natureza moral do Estado que é de todos e é dever da Administração no plano das relações comuns. O problema, em análise, consiste nisto: o interesse público, onde quer que se imponha, não é só da Administração, mas sobretudo do administrado.

Há ou não antinomia entre legalidade e discricionariedade? Eis aí uma questão de alto relevo jurídico-administrativo. Até onde a discricionariedade não fere a legalidade? É outro motivo de investigação que se pode fazer através do desvio de poder ou do abuso do direito.

Já aqui somos obrigados a opor, à concepção simplesmente normativa, a concepção moral do direito e do Estado. Para procurar mostrar como a Administração pelos seus atos, como os juízes pelas suas decisões devem contribuir para dar às regras jurídicas uma elasticidade maior no tocante à moral do fato.

(35) Consultar, para esclarecer, não obstante a clara posição assumida, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Lisboa, 1960, pp. 71-74.

Uma lei administrativa raramente basta por si mesma. Quando o direito comum não deixa de ser eqüitativo, cabe à Administração traçar na legalidade sempre a mesma linha de conduta ou comportamento administrativo. A deformação do **direito legal**, pela prática de atos peculiares de gestão, tornou-se um sistema. E de imprevisível equacionamento jurídico quanto aos direitos.

Capítulo III

O FATO MORAL NO ATO ADMINISTRATIVO

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O ato jurídico-administrativo. 3. A lei administrativa. 4. O conhecimento da lei administrativa. 5. O fato jurídico-administrativo. 6. A modalidade do fato. 7. A moralidade do ato. 8. Os recursos contra a Administração. 9. Objeto proibido e ato absurdo. 10. A moralidade do objeto. 11. A moral nos fatos naturais. 12. A motivação do ato no fato. 13. A responsabilidade no fato e no ato. 14. As faculdades de supremacia. 15. O risco que o Estado deve aceitar.

1. Introdução

Como há de vir o ato administrativo **materialmente** na sua exteriorização? Sendo manifestação de vontade, está evidente que não pode deixar de ser **explícito** quanto aos **fins**.

Recomenda-se, em razão da boa doutrina, que a **clareza de finalidade** deve constituir o primeiro elemento fundamental de exame e de análise de crítica jurídica⁽¹⁾.

No entanto, o ato administrativo, apesar da importância do **fim**, é uma unidade conceitual. Unidade que, todavia, permite a divisão, ou melhor, a desintegração das partes componentes.

Essas partes componentes, sem dúvida, são os elementos que integram o ato. Variados na doutrina, algumas vezes diversificados no pensamento jurídico, contudo, fazem um **todo** substancial⁽²⁾.

(1) Cf. RECAREDO F. DE VELASCO, *El acto administrativo - Noción del acto administrativo*, Madri, 1929, pp. 15-39.

(2) Cf. MANUEL MARIA DIEZ, *Derecho administrativo*, vol. II - *De los elementos del acto administrativo*, Buenos Aires, 1965, pp. 241-260.

O fim, a **finalidade**, o que o ato pretende, no entanto, marca a natureza do ato jurídico, como **administrativo**. Sem tais premissas a problemática não atende à especificidade casuística.

2. O ato jurídico-administrativo

Qualquer ato jurídico-administrativo, jurídico e administrativo ao mesmo tempo, é criador de obrigações com efeitos na ordem tanto interna como externa do **fenômeno** Administração. Daí o relevo do **fim**. Os teóricos, no entanto, nem sempre procuram a simplicidade conceitual para o entendimento do ato administrativo, deixando-se levar por tortuosos caminhos para o conhecimento de uma verdade tão concreta como formal e objetiva⁽³⁾.

Nada mais conclusivo que a anatomização do ato administrativo para a sua caracterização. Em princípio, na sua origem, é um **ato jurídico**⁽⁴⁾. Ainda que haja antíteses classificatórias.

São as mesmas peculiaridades, intrínsecas ou exteriores, que definem as outras espécies de atos jurídicos. Aconselhados todos os atos, sem exceção, pelos fins que perseguem. Pela ordem, ou sistemas de direito, aos quais se acham incorporados⁽⁵⁾.

O casuismo, no entanto, exatamente como não devia acontecer, perturba a orientação de doutrina. Na experiência, porém, o ato administrativo aparece como ele é, formalmente escrito, e extrovertendo uma posição relacional de Direito Administrativo.

3. A lei administrativa

A tipologia legal aparece aqui em forma peculiar. A lei numa acepção mais estreita e não na sua larga acepção. A lei não **genérica**, mas tomada de **especialidade**. Uma lei de relação finalística.

Trata-se, portanto, de uma norma jurídica com força de conferir à Administração "*poderes de autoridade para o prosseguimento do interesse*

(3) Cf. CARLO TIVARONI, *Teoria degli atti amministrativi - Concetto di atti amministrativi*, Turim, 1939, pp. 7-25; AGUSTIN A. GORDILLO, *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, 1966, pp. 164-165; MANUEL MARIA DIEZ, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1961, p. 109; JEAN RIVIÉRO, *Droit administratif*, Paris, 1962, p. 88.

(4) Cf. RECAREDO F. DE VELASCO, ob. cit. - *Génesis y evolución del concepto del acto administrativo* - p. 68.

(5) Cf. FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA, *Os Atos Administrativos na Teoria dos Atos Jurídicos*, São Paulo, 1969.

público ⁽⁶⁾, disciplinando o seu exercício ou organizando os meios necessários para esse efeito.

Da lei, assim, parte o ato, nela encontrando o indispensável suporte. Lei administrativa, penal, civil ou comercial, no plano do ordenamento jurídico, consubstanciam o processo fato-ato, ou então, melhor dizendo, a rigidez da matéria já juridicamente regulada.

Aos preceitos legais que contêm a matéria administrativa chamem-se **leis administrativas**. Configurando-se, essa matéria, naquelas normas que fixam a estrutura do Estado, da Administração e a competência dos poderes, órgãos, sub-órgãos ou órgãos auxiliares administrativos⁽⁷⁾.

Para a validade da lei administrativa, assim, há que haver poderes de autoridade para a execução dos serviços, disciplinamento do exercício do poder administrativo, como os meios necessários de procedimento. Numa palavra: a norma que antecede ao ato, a norma jurídica legal.

4. O conhecimento da lei administrativa

Está claro que não basta saber que existem leis administrativas e quais são. O realmente *“importante é conhecer o modo como se apreende o conteúdo dessas leis em termos de o utilizar para a construção da teoria ou para as aplicações práticas”*⁽⁸⁾.

Essa, na verdade, a maior complexidade que oferecem os atos administrativos na sua adequação à legalidade. Tal como noutras situações jurídicas, de igual maneira aqui ganha inteligência o **porquê** do pensamento do legislador.

No Estado de **direito**, bem o sabemos, mas vale a pena lembrar, não prevalece nenhum método hermenêutico válido que possa legitimar soluções conflitantes com a lei. Qualquer ato de governo, portanto, reveste-se como os demais atos jurídicos, da sua harmonia com a norma.

Embora aja a Administração em áreas dispersas de ação jurídica, nem por isso sua conduta escapa da obrigação legal⁽⁹⁾. Qualquer natureza que tenha o serviço, ou o interesse público, jamais o ato administrativo criador fugirá do exame literal ou gramatical do texto legal⁽¹⁰⁾.

Firmada, destarte, a idéia de consagração da norma legal intangível e obrigatória, para apreciá-la logo após a prática do ato, cumpre ao jurista

(6) MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, tomo I, Lisboa, 1968, p. 83.

(7) A tipologia funcional das funções divididas, como a organização administrativa, marca-se nas Constituições, nas cartas constitucionais.

(8) MARCELLO CAETANO, ob. cit., tomo I, p. 108; em matéria de interpretação: AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *O Poder Discricionário Administrativo*, Coimbra, 1948, p. 19.

(9) Cf. MARCELO CAETANO, ob. cit., tomo I, p. 114.

(10) *Id.*, *ibid.*, p. 125.

conhecer o **fato**. O fato em si, como acontecimento cujos efeitos na ordem jurídica leva a efeitos jurídicos relacionais.

5. O fato jurídico-administrativo

O conhecimento do fato jurídico-administrativo constitui-se da mais alta importância conjuntural para o exame da legalidade e da moralidade administrativa. Vai o problema, quando colocado em termos concretos, até as intenções da Administração e seus propósitos.

Será este ou aquele interesse público mesmo de natureza pública? Está a alegada necessidade pública configurada ou determinada? Há previsão legal ou não para a necessidade ou o interesse públicos reclamados pela Administração? Prestação de serviços e situações jurídicas não se podem conflitar? Até que ponto legitima-se o discricionarismo?

São estas e outras as questões que conduzem não só à legalidade, mas ao exame da moralidade administrativa. Não se tratando de um fato natural, e sim de um fato jurídico, as relações por efeito do **acontecimento** serão coativas e contrárias às leis administrativas.

Desdobre-se o **fato do ato**, afaste-se as duas conjeturas, faça-se uma análise direta dos efeitos que se produzem na ordem jurídica, e aí temos os fenômenos bem explicados realisticamente. O **fato** independentemente da vontade da Administração. O **ato**, expressão da vontade⁽¹¹⁾.

Dirão alguns teóricos que o **fato** não se discute, pois pertence ao imponderável circunstancial. Ao passo que o **ato**, este sim, apresenta, ainda que não legal ou não moral, tipicidade elementar que torna sempre possível a revisão e a correção jurisdicional.

6. A moralidade do fato

Diferentes situações podem ocorrer obrigando a uma análise mais profunda da problemática:

- a) quando o interesse público, não juridicamente qualificado, não é bem interesse geral, social ou comunitário;
- b) quando a necessidade pública, não excepcional nos casos de calamidade, não está concretamente definida;

(11) É essa uma posição de realismo. Nunca o ato pode anteceder o fato. O problema apresenta uma tônica natural, que é da própria natureza social. Passa a ser, para melhor compreensão, de sociologia jurídica.

c) quando possibilitam-se reações não estranhas à ordem social, jurídica e econômica.

O **fato** imaginado, fantasioso, inventado, possivelmente criado, irrelevante para a sociedade, que não exterioriza **acontecimento concreto**, de gênese e fins políticos, estranho às formas aconselhadas pelo direito, tal **fato** só pode germinar reflexos **não morais** na ordem jurídica.

Igualmente com os **serviços públicos**, as hipóteses também são racionalmente viáveis. Há serviços necessários e não necessários. Indispensáveis e gravosos. Como existem **modos de gestão** de categorias diversas todas elas confiadas aos critérios de boa administração⁽¹²⁾.

Admitidos, então, certos conceitos amplos de serviços públicos, a atividade material do Estado não teria sequer limites jurídicos⁽¹³⁾. Propiciando toda sorte de iniciativas que escapariam na sua forma e na sua expressão às exatas faculdades das funções no poder administrativo.

Realmente, se alguns **fatos** se podem transformar em incharacterísticos fenômenos jurídicos, tal conhecimento, cujo alcance é imprevisível, chega para desfigurar o direito na sua base natural e científica. Deixando o Direito Administrativo de encerrar sistema de princípios jurídicos reguladores da ponderada atividade estatal.

7. A moralidade do ato

Como o **ato** nasce do **fato**, as hipóteses se assemelham. Nascendo simplesmente da lei, nenhuma argüição polêmica se faça. Mas quando atrás do ato está o **fato-necessidade** não definido, o interesse não qualificado ou o serviço não classificado, então a moralidade há de ser equívoca, duvidosa.

Em terminologia corrente do direito, no caso em foco do ato administrativo, surge ele de uma ação de conduta voluntária e legal. Pelos seus elementos essenciais, e, por assim dizer exigências legais, não emana de pressupostos abstratos, indefinidos, inseqüentes.

As hipóteses **morais** conduzem a algumas possíveis eventuais situações singulares:

- a) a do **fato** não justificar o **ato** viciando-o na origem;
- b) a do **ato** não corresponder ao **fato** desviando-se da causa;
- c) a do **fato** não exteriorizar motivos determinantes categóricos;
- d) a do **ato** não formalizar regras jurídicas estabelecidas.

Na verdade as sutilezas são muitas e aí estão para desafiar o

(12) Cf. RAYMOND MALEZIEUX, *Manuel de droit administratif*, Paris, 1954, p. 177; JUAN CARLOS CASSAGNE, *Derecho Administrativo - formas de gestión*, V. I., pp. 443/485.

(13) Cf. ROGER BONNARD, *Précis de droit administratif*, Paris, 1935; LÉON DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1927/30.

hermeneuta. A exigir, na medida do possível, um controle jurisdicional mais sensível, pois além do controle há a responsabilidade pela tutela dos atos públicos.

Não estão, portanto, os atos administrativos, imunes de maior exame de fundo e de finalidade. Os antigos métodos aguardam reformulação de melhor entendimento jurídico. Para que não venham a falecer os sistemas de garantias institucionais.

8. Os recursos contra a Administração

O exemplo do que se passa no direito francês é notável por todos os motivos, inclusive os de expansão em extensão da realidade administrativa. A jurisdição administrativa funciona para maior eficácia do controle jurisdicional⁽¹⁴⁾.

Tornou-se uma evidência, em todos os países modernos, que a ação do Estado cresça numa projeção surpreendente. Provocando relacionamentos que afetam o equilíbrio do binômio Administração-administrado. Ampliando os recursos contra possíveis quebras na sistemática da ordem jurídica.

A defesa recursal, a que já nos referimos anteriormente, assenta na relação jurídico-administrativa. No fato e no ato como evidências concretas de posições subjetivas. Levando os interesses conflitantes à lide contenciosa⁽¹⁵⁾.

(14) "Dans tous les pays modernes, le champ d'action de l'Etat s'est étendu progressivement avec la transformation des conceptions de l'économie et des rapports sociaux: ses décisions ont désormais une incidence directe sur la vie quotidienne des citoyens. D'où la nécessité, pour un régime libéral, de ménager des recours efficaces contre les décisions du pouvoir exécutif et de son administration". Moins connues du grand public que les juridictions pénales et les juridictions civiles, les juridictions administratives - Conseil d'Etat, Tribunaux Administratifs et juridictions spécialisées - occupent, cependant, dans notre organisation administrative et politique une place essentielle. C'est à elles, en effet, que se trouve confiée en France, dans la plupart des cas, la charge de protéger les citoyens contre les actes illégaux du pouvoir exécutif ou de l'autorité administrative. La juridiction administrative est entièrement indépendante de l'ordre juridictionnel judiciaire. Elle constitue l'ordre juridictionnel administratif dont les organes sont tous subordonnés à une cour souveraine, le Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat, qui tire origine de plusieurs parties de l'ancien Conseil du Roi (remontant à 1288 et supprimé en 1789-90), a été créé en l'an VIII (1799). "Naturellement, la juridiction administrative est aussi indépendante du gouvernement et de l'administration active." (*La justice*, in *Les Cahiers Français*, ns. 156-157, Paris, 1972).

(15) "La théorie des droits de la défense' - Elle est une des plus remarquables constructions du droit administratif: il s'agit du principe, selon lequel aucune sanction, ou d'une façon générale, aucune mesure prise en considération de la personne à laquelle elle s'applique, ne peut être décidée sans que l'intéressé ait été mis à même de discuter les motifs de la mesure qui le frappe. Pour saisir les méthodes de travail et de raisonnement du Conseil d'Etat, il est intéressant de noter que ce principe, qui ne repose sur aucun texte, a été élaboré progressivement, au cours des années: il a d'abord été admis en ce qui concerne les décisions prises par des organes à caractère juridictionnel, tels que les conseils de discipline (1914) et en ce qui

As teorias na doutrina, por melhor que expliquem as diferenças de pensamento jurídico, não são mais capazes de conter nos limites do abstrato os choques físicos que a Administração impõe, e isso como resultado da continuada intervenção estatal⁽¹⁶⁾.

O problema, no entanto, é de adequação ou apreciação jurisdicional. Apreciação que, sem dúvida, há de entender os atos de governo, todos eles na projeção de compromissos públicos, como atos plenos de moralidade e regrados por condicionamentos normativos.

9. Objeto proibido e ato absurdo

Poucos se lembraram, na análise do ato administrativo, de alguns aspectos dignos de reserva, altamente significativos para a determinação do mérito, como o do objeto proibido e do ato absurdo, aspectos que se confundem com a respeitabilidade do princípio da moralidade administrativa⁽¹⁷⁾.

Nunca é demais reacender doutrinariamente, no tocante ao ato administrativo, o fogo de algumas idéias qualificadoras. Não se deve, porque não se pode, querer que o ato, na sua textura intrínseca, não traga alguns outros vícios esquecidos de estudos mais aprofundados.

Não basta que seja proibido por lei, que não tenha objeto legal determinado, mas que também não venha impreciso e obscuro. Outro tanto, que não chegue como impossível de fato, contraditório, ilógico, desproporcionado,

concerne les fonctionnaires, par application d'un texte législatif particulier (1905) prévoyant la communication du dossier avant toute mesure disciplinaire; mais n'a été posé dans sa généralité que bien plus tard, en 1944, par le Conseil d'Etat à propos d'une affaire mineure: le retrait d'autorisation de vente des journaux dans un kiosque qui avait été accordée à une dame âgée. Le même principe s'est appliqué, depuis, à de nombreux cas où la loi n'a pas elle-même prévu de telles garanties: par exemple, les mesures d'épuration, ou la perte de la nationalité française." (La justice, in Les Cahiers Français, p. 61).

(16) Os reflexos passaram a influir na orientação do Direito Administrativo. Com uma intensidade reformuladora quase total. O Estado não se contém e, quem sofre é o administrado, o indivíduo, o cidadão. Ou melhor para ilustrar: "**Ce droit administratif, dont les grandes règles n'ont pas été condifiées par le législateur mais élaborées par les tribunaux, est essentiellement évolutif. Il doit pouvoir s'adapter souplement à l'évolution des conceptions de la société, des méthodes d'action de l'administration, des exigences nouvelles des citoyens. Si des progrès sont indiscutablement possibles, notamment pour accélérer le jugement des procès soumis aux juridictions administratives, pour simplifier une jurisprudence parfois trop subtile, pour approfondir le contrôle du juge en certains nouveaux domaines d'action de l'administration, l'expérience du passé montre que les juridictions administratives ont toujours su, jusqu'à présent, s'adapter aux changements. C'est en restant fidèles à cette tradition qu'elles parviendront dans une société où les changements sont de plus en plus rapides, à conserver leur place et leur rôle indispensables à l'équilibre de nos institutions et de notre Etat.**" (La justice, in Les Cahiers Français, p. 62).

(17) Cf. AGUSTINA GORDILLO, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1969, pp. 244 e segs.

imoral e não ético⁽¹⁸⁾.

A clareza, dentro do possível, é atributo essencial da lei, sobretudo da lei administrativa. A imprecisão ou a obscuridade tornam defeituoso o ato. Falho, portanto, no seu objeto. Além do mais, quando a **obscuridade** aparece insanável ou insuperável. Ou precisada de esforço de interpretação.

Não se diga que, apesar da obscuridade, possa haver no ato administrativo presunção de legitimidade⁽¹⁹⁾. Não é bem assim. Uma vez que a **legitimidade** corresponde e traz como consequência uma obrigação de possível execução. E de caráter executório preciso nos seus efeitos jurídicos.

10. A moralidade do objeto

Há os que entendem que o ato **imoral** vem carregado de nulidade⁽²⁰⁾. No entanto, mesmo que assim seja, não são aceitáveis os termos **imoral** ou **imoralidade**. Preferimos, tão-somente, sem radicalizar concepções, que se fale de moralidade do ato e não imoralidade⁽²¹⁾.

Logicamente, não existem leis imorais, mas leis que atingem a moralidade. Num sentido geral, o problema é de causa e de efeito, não de forma

(18) *Id.*, *ibid.*, p. 244.

(19) "No podrá decirse que el acto tuviera a pesar de su oscuridad presunción de legitimidad, y consecuentemente existiera obligación de cumplirlo, pues no se puede cumplir lo que no se conoce o entiende." (GORDILLO, ob. cit., pp. 247-248).

(20) Cf. AGUSTIN A. GORDILLO, ob. cit., p. 258.

(21) Assim pensa o ilustre GORDILLO: "Por lo demás, no debe caerse en el error vulgar de pensar que las reglas de la moral tienen que ver única o principalmente con la moral sexual, y que sólo lo pornográfico o procaz cae bajo esta prohibición. Más bien pensamos que si acaso lo inmoral por erótico es de las inmoralidades más intrascendentes; mucho más dañino para la sociedad es la inmoralidad del funcionario que decide una cosa a pesar de que en conciencia sabe que debiera decidir otra, y no tiene el valor de hacerlo; o la del funcionario que sin profundizar el estudio de un asunto, lo decide - o proyecta su decisión - en contra del administrado, sabiendo que esa circunstancia lo pone a cubierto de críticas de sus superiores, cosa que no siempre ocurre con las decisiones favorables, etc.; con todo, este tipo de inmoralidad se refiere a la voluntad del funcionario antes que al objeto mismo del acto, y constituye entonces un caso de desviación de poder. De todos modos, el objeto que en sí mismo sea inmoral (y no sólo por transgresión a los principios de la moral sexual), es con ello nulo. Un acto que exija adhesión a un partido, o a una persona, o a un gobernante, como requisito para ser funcionario público, o contratista del Estado, etc., es también nulo por inmoral. Un acto que tenga por objeto la apología del gobierno, o la exaltación de sus personeros (la construcción de un monumento a una figura del gobierno; la denominación de una calle, plaza o lugar cualquiera con el nombre de los gobernantes, etc.), es asimismo nulo. También lo será todo acto de sumisión o de humillación, de pleitesía, y en general todo acto que importe un desconocimiento esencial de la dignidad de la persona humana. El acto inmoral, en principio, es nulo y su vicio insanable; si la inmoralidad es grosera, el acto será inexistente. Pero la variedad de situaciones fácticas puede también dar lugar a la anulabilidad o incluso a la invalidez según la importancia del vicio" (ob. cit., pp. 256-257).

ou de meio. Não podemos levar a tanto o equacionamento jurídico. E quem sabe por falta de amparo na teoria geral do direito.

A questão principal é de objeto, de fim a atingir. Valendo contudo o motivo causal. Entre lei imoral e ato imoral vai uma grande distância, pois quando o ato se transforma em **função** não é a lei que está em crise, mas o ato que nela se ampara juridicamente.

Interessa à coletividade não a lei em si, não como ela foi ditada ou legislada, mas a lei aplicada, exercitada, executada. Com respeito às **causas**, no tocante ao fato moral, a preocupação é bem menor. No entanto, no objeto está a relação, o que torna grave a conduta administrativa⁽²²⁾.

Acredite-se que a **vontade** que leva à executoriedade da norma legal juridicamente não se pressupõe. Integrada de dois elementos, o subjetivo e o objetivo, intenção psicológica e processo, a **vontade** só pode ser entendida quando declarada, ou então, quando manifestada.

11. A moral nos fatos naturais

Não falta moral ao fato, sem dúvida, quando se exterioriza por força de um fenômeno natural. Quando apareça, no direito, como fonte subjetiva, independente de vontades, insuscetível de classificação sistemática, ou, então, produto de violentos acontecimentos sociais ou políticos⁽²³⁾.

Outrossim, os eventos concretos só depois levam ao direito. Nunca antes. Constituem-se como **fatos naturais** que só posteriormente assumem relevância jurídica. Podem, contudo, ser permanentes, provisórios ou simplesmente passageiros. Interessando à ordem jurídica apenas num dado momento histórico.

O poder de agir e de exigir passa a ser na ordem administrativa uma medida **sem tempo** de segurança, de equilíbrio social, de estabilidade política ou econômica. As situações jurídicas que assim se criam não apresentam qualquer

(22) Ainda é esta a valiosa opinião de GORDILLO: "Cualquiera sea el criterio que se adopte, y aunque no se llegue a una ética científica, siempre será posible en muchos casos ponerse de acuerdo sobre el carácter inmoral del objeto de un acto: cuando ello ocurra deberá considerarse ilegítimo el acto, sin que tampoco influya en este planteo la controversia acerca de si el derecho necesariamente debe ser siempre moral, ya que en el caso la cuestión está consagrada legalmente. La inmoralidad del objeto también vicia el acto. En esto es pacífica la doctrina, y no parece que su aceptación dependa de una toma de posición en el problema de si el derecho es o no necesariamente moral, o en que medida lo es, ya que incluso los autores que postulan que puede haber una regla jurídica inmoral pero válida, aclaran de todos que na ley puede incorporar a preceptos morales como parte de las reglas de derecho, en cuyo caso el acto deberá ser moral para ser jurídico" (ob. cit., pp. 253-254).

(23) Cf. OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1969, vol. I, p. 372. A exposição temática do ilustre professor paulista é altamente valiosa quando estuda com rara agudeza a teoria dos fatos e dos atos jurídicos (pp. 372-378).

violência contra a ordem jurídica. Ao contrário, nas leis de emergência, tem a Administração, nos momentos de crise, a solução mais adequada, ou a única solução, vamos dizer, para as comoções intestinas.

Os fatos naturais, tal como aconteçam, esses na verdade afirmam motivos determinantes, não estranhos ao interesse coletivo. Valem aqui os critérios administrativos e de boa administração. Nesse ponto entra o princípio da moralidade. A conciliação necessária entre a ação do poder administrativo e o resguardo da posição do administrado.

12. A motivação do ato no fato

Com a motivação o ato ganha justificação própria e peculiar⁽²⁴⁾. Envolvendo, no momento, as circunstâncias de fato e de direito que determinaram a vigência. A fundamentação do ato é, ao mesmo tempo, portanto, fática e jurídica, de legitimidade e oportunidade da decisão tomada⁽²⁵⁾.

Sempre atrás do ato, não obstante a lei, há um fato. Entre um fenômeno e outro, a Administração se deve orientar dentro de um sentido de equidade moral. Podendo o fato, como verdade, na sua enunciação formal e normativa, constituir, quando preciso, um excelente meio de prova⁽²⁶⁾.

Para o hermeneuta, ou para o juiz aplicador da norma, o fato passa a ter tanta importância quanto o ato. Não se harmonizando fato e ato, causa e efeito, prevalecem as dúvidas. E dúvidas que se dirigem a duas deduções:

- a) uma essencial que respeita ao comportamento incomum administrativo;
- b) outra que forçosamente se inclina para a inexistência de moralidade na conduta administrativa.

Daí a importância do que chamamos a correção material do ato administrativo duvidoso e que na organização francesa se efetiva através da eficácia de um sistema recursal de controle jurisdicional capaz de modificar de direito as situações contenciosas⁽²⁷⁾.

(24) Cf. MARIA RIVALTA, *La motivazione degli atti amministrativi*, Milão, 1960, pp. 183 e segs.

(25) Cf. RAFFAELE JUSTO, *Motivi e motivazione nel provvedimento amministrativo*, Milão, 1963, p. 18.

(26) Cf. AGUSTIN A. GORDILLO, ob. cit., p. 314.

(27) Na França, a organização administrativa contenciosa, que em bons termos faz a justiça administrativa, já provou na história as excelências do regime. Transcreva-se como documento: "Les divers recours contre l'administration". On rappellera tout d'abord, bien que ce ne soit pas le sujet de cette étude, le recours au supérieur hiérarchique du fonctionnaire qui a pris la décision et le recours aux élus, qui se traduit par la lettre du parlementaire au Ministre ou, dans les cas importants, par la question écrite ou orale. Mais il existe aussi des recours organisés devant des juridictions et c'est ici que les conceptions varient selon les pays. On peut tout d'abord confier aux tribunaux judiciaires la charge de juger les plaintes dirigées contre

No entanto, duma ou doutra maneira considerado o **conflito**, a esfera jurisdicional-constitucional importa, mas não muito, desde que os atos inquinados de viciados possam ser apreciados, revistos, corrigidos ou modificados

*l'administration, en vertu du principe que l'administration n'a pas à bénéficier d'un privilège de juridiction et que dans un État démocratique les règles de droit qui lui sont applicables ne se différencient pas fondamentalement de celles qui régissent les relations entre particuliers. Telle est notamment la solution retenue en Grande-Bretagne et, d'un façon générale, dans les pays dont les traditions juridiques trouvent leur inscription dans la "common law" où n'existent pas de juridictions administratives à compétence générale. L'expérience prouve cependant que si cette solution est satisfaisante, en théorie, on constate qu'en fait, dans les pays où ce principe est appliqué, diverses juridictions administratives ont été progressivement mises en place et que le contrôle exercé par les tribunaux judiciaires fait l'objet de critiques. Soit que l'on estime ce contrôle trop tatillon, au point de paralyser l'action de l'administration et de susciter en réaction, le vote par le Parlement de nouvelles lois accordant à l'administration de très larges pouvoirs; soit, au contraire, que les tribunaux judiciaires - craignant de tomber dans cet excès - fassent preuve d'une réserve exagérée dans le contrôle des pouvoirs "discrétionnaires" confiés par le Parlement au pouvoir exécutif ou à l'autorité administrative et que la protection des citoyens contre l'arbitraire administratif soit alors jugée insuffisante. On peut aussi soutenir que les caractères spécifiques de l'activité administrative supposent un droit particulier élaboré par les juridictions spécialisées, mieux placées que les juridictions de droit commun pour apprécier les contraintes et les exigences de l'action administrative et plus à l'aise aussi pour adapter les principes du droit privé à ces **contraintes** et à ces exigences. Ce droit sera différent de celui qui s'applique aux relations entre particuliers, ce qui ne signifie pas qu'il soit nécessairement plus astreignant pour les administrés. Il sera, certes, dans certains cas, plus favorable à l'administration, dont la mission s'exerce au nom de l'intérêt général et devant laquelle doivent céder certains intérêts privés légitimes; dans d'autres cas, il sera plus favorable aux citoyens placés en position d'infériorité face à un État qui dispose de moyens d'information et de contrainte sans commune mesure avec ceux des particuliers. Telle est la solution adoptée en France et dans de nombreux pays d'Europe continentale dont l'organisation juridique est inspirée du droit napoléonien (Allemagne fédérale, Italie, Belgique) ou ailleurs (Liban, Turquie, Egypte, par exemple). On peut enfin, compte tenu du caractère nécessairement formaliste et généralement assez lent du contrôle juridictionnel, combiner, l'un ou l'autre de ces systèmes avec un contrôle non juridictionnel, exercé par une autorité déléguée, le plus souvent par le Parlement, et qui s'entremet dans les litiges opposant citoyens et administration pour les régler de façon pragmatique et informelle, souvent à l'amiable, parfois en rendant publiques des recommandations. Solution retenue sous différents noms (ombudsman, commissaire, parlementaire, protecteur du citoyen) par divers pays étrangers (Pays scandinaves, Grande-Bretagne, provinces canadiennes, dont le Québec). Cette formule ne saurait être d'ailleurs qu'un substitut très partiel au contrôle juridictionnel, puisque l'ombudsman n'a aucune autorité pour imposer au gouvernement ses décisions. Il ne peut que s'efforcer de le convaincre, aidé, le cas échéant, par l'opinion publique. Susceptible d'apporter un soutien efficace pour le contrôle de cette partie de l'action administrative qui peut, sans manquer sans doute à la légalité, être cependant critiquable ou préjudiciable aux administrés, cette formule jusqu'à présent est surtout adoptée par les pays qui ne disposent pas de juridictions administratives spécialisées. Chacune de ces solutions offre, bien entendu, des avantages et des inconvénients. Comme toute institution, la juridiction administrative française est issue d'un passé et de son histoire, elle est faite essentiellement d'héritages successifs recueillis aussi bien des Parlements de l'Ancien Régime que des hommes de la Révolution et de l'Empire; son maintien, malgré de facteur de complexité qu'elle introduit dans notre organisation judiciaire, se justifie par la qualité du droit administratif que le Conseil d'Etat a élaboré depuis un siècle et demi et par l'équilibre qu'il a su ménager entre les exigences du fonctionnement de l'Etat et la défense des libertés individuelles" (La justice, in **Les Cahiers Français**, pp. 59/60).*

conforme a natureza lesiva dos efeitos produzidos.

13. A responsabilidade no fato e no ato

Fixamos o exemplo da França, e não da Itália, por ser não só o histórico para o direito brasileiro, como também por representar sistema provado de adequadas soluções para a contestação do procedimento administrativo⁽²⁸⁾.

Está claro que, sobretudo no direito francês, aqui lembrado, está a responsabilidade do Estado e, em consequência, da Administração ativa. Responde, assim, quem falhou na prática executória do ato de governo. Provocando a impugnação da decisão administrativa.

O grau de responsabilidade, na medida jurídica, não compete à Administração, no entanto. E isso, sem dúvida, por uma razão muito simples: tão-somente porque, na maioria das formas responsáveis, a lei prevê situações que a própria teoria na maioria das vezes não capitula e nem pode concretamente capitular tendo em conta a proteção do administrado⁽²⁹⁾.

O importante reside na natureza peculiar de cada ato administrativo executório. Na singularidade necessária e formal de cada um deles. Tendo como sanção a nulidade do ato. Responsabilidade que não se limita em ser administrativa.

(28) No direito italiano: RENATO ALESSI, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, Milão, 1952; *Diritto amministrativo - La giustizia amministrativa*, Milão, 1950; PIETRO BODDA, *Giustizia amministrativa*, Turim, 1960; EDOARDO GARBAGNATI, *La giurisdizione amministrativa*, Milão, 1950; SILVIO LESSONA, *La giustizia nella amministrazione*, Bolonha, 1956.

(29) Transcreva-se, o abaixo, para ilustração: "la théorie de la responsabilité de l'État". Très originale création du Conseil d'État, différente de celle qui est appliquée par les tribunaux judiciaires aux relations entre particuliers est fondée sur la recherche d'un équilibre entre les exigences du fonctionnement de l'État et celles de la protection des intérêts des citoyens. Cette théorie, succinctement résumée, admet que l'État doit porter la responsabilité de toutes les fautes commises par ses agents, ceux-ci étant en outre personnellement responsables des fautes les plus grossières qu'ils ont commises (l'exemple classique étant celui du militaire qui emprunte une voiture de service pour un usage personnel). Mais dans certains cas, l'État est tenu de réparer, même sans qu'il y ait la moindre faute de sa part, les conséquences dommageables de ses actes en raison du risque qu'il fait courir aux particuliers. Voici trois exemples de cette jurisprudence choisis dans des domaines très différents; l'emploies armes par la police, les vaccinations obligatoires et les dommages, accidents ou autres, dûs aux travaux publics. Dans tous ces cas, les particuliers peuvent être indemnisés sans avoir à prouver la faute de l'administration, la jurisprudence fait ici prévaloir les exigences de la protection des citoyens. Dans d'autres cas, l'État n'est reconnu responsable que si ses agents ont commis non seulement une faute mais même une faute lourde: ainsi en est-il, dans certains cas, de l'activité des services de police, de l'administration fiscale ou des actes chirurgicaux pratiqués dans les hôpitaux publics; ce sont les exigences et les difficultés particulières du fonctionnement de ces services publics dont on tenu compte pour fixer cette règle" (*La justice*, in *Les Cahiers Français*, p. 62).

Mas que atinge o fato na sua origem. E em correspondência com a índole e os efeitos sobre a ordem jurídica⁽³⁰⁾.

Bem analisar o **fato**, e depois o **ato** na sua evidência física ou concreta, dar ao fenômeno administrativo o valor que a lei obriga, não é uma tarefa fácil de análise hermenêutica. No entanto, consideradas as circunstâncias de boa e responsável administração dos negócios públicos, é uma obrigação que encontra razões na própria ordem jurídica institucional.

14. As faculdades de supremacia

Contrariem-se, por racionais e lógicas, as cuidadosas teorias intelectivas que tanto baralham a noção de ato administrativo, muitas delas sacrificadas por um cientificismo exagerado, outras por motivos de posições políticas que agravam os conceitos jurídicos...

O ato administrativo, da sua origem à execução, como todos os demais atos jurídicos, não apresenta, quando **materializado**, complexidades fundamentais. As implicações aparecem nos **modos** executórios. As dificuldades surpreendem pela **deformação** da vontade na aplicação regrada da norma legal.

Visualize-se o ato **na espécie** como ele é ou como ele deve ser. Fora disso, as conjecturas teóricas não passam de estéreis preocupações, ou melhor, de idéias que se deixam impressionar por condicionamentos políticos emergentes e não pelo direito. Quanto ao Estado, na posição relacional administrativa, está claro que sofre contenções sem as quais inexistiria a figura do administrado.

Parece até intuitivo, sem dúvida, que a capacidade da Administração depende do regime jurídico que lhe é próprio. Da mesma maneira a sua estrutura funcional e normativa. Por isso, na mais adequada qualificação, tirante as causas e os efeitos, o ato administrativo é **atividade** não raras vezes resultante das prerrogativas e faculdades de supremacia⁽³¹⁾.

Desde logo se pode dizer que o que importa são os processos e as técnicas utilizadas pelo poder administrativo para o exercício de governo ou para a necessária prestação de serviços. Em consequência, os atos exercitados, são fisionomicamente administrativos. E como tal sensíveis às influências momentâneas que levam à jurisdição no conflito e provocam a lide no choque eventual dos direitos.

(30) Cf. JEAN RIVERO, *Droit administratif*, pp. 88-39.

(31) Consultar GERMÁN JOSÉ BIDART CAMPOS, *El derecho constitucional del poder*, Buenos Aires, 1967; GUSTÍN DE VEDIA, *Derecho constitucional y administrativo*, Buenos Aires, 1963; GUSTAV RADBRUCH, *Arbitrariedad legal y derecho supra-legal*, trad. esp., Buenos Aires, 1962; TULLIO ZAGO, *Attività amministrativa e attività politica del potere esecutivo*, Milão, 1963; PAUL DUEZ, *Les actes de gouvernement*, Paris, 1935; MANUEL MARIA DIEZ, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1961.

15. O risco que o Estado deve aceitar

A forma mais natural e lógica de se purgar os vícios de um ato administrativo é voltar sempre às causas e dar as soluções que melhor se aconselhem⁽³²⁾. Não é teimar nele envolvendo a Administração em responsabilidade. Responsabilidade que é do Estado em qualquer plano administrativo. No tocante à **moralidade**, os efeitos fazem subversão de ordem social e jurídica. Precisamente aqui, havendo a possibilidade opcional, **sanear** o ato viciado é dever de boa administração. Ainda que os atos sejam legítimos, a extinção de pleno direito no período da vigência recoloca a Administração no pleno exercício da sua autoridade moral.

Não se diga que as implicações forçadas concorrem para a admissão da tese do efeito retroativo em matéria de direitos. É apenas um risco que deve aceitar o Estado com respeito a certos atos que possam ser contrários ao ordenamento jurídico. A impossibilidade quanto ao fato, como já registramos, faz condição de ilegitimidade moral, se não também natural.

Considerando que o ato administrativo é, porém não exclusivamente, manifestação da vontade administrativa, de tal jeito afirma obrigações na ordem jurídica a que, não podendo responder, torna-se em arbitrário.

O ato administrativo passa a perfeito não só quando traz os elementos formadores essenciais, mas quando o seu objeto-fim ou a sua causa originária se integram nele no sentido moral da eficácia, ou então, da eficácia com suporte no fundamento lógico e jurídico da executoriedade.

E conclua-se: a moralidade, acompanhada da eficácia, equidade e conveniência, é, destarte, condição de mérito nos atos administrativos.

(32) Cf. AGUSTIN A. GORDILLO, ob. cit., p. 389. Uma vez que o ato se apresenta no contexto como impregnado de licitude jurídica. E "*giuridica liceità significa che la disposizione che il contenuto dell'atto deve essere giuridicamente possibile, e cioè non vietata dalla legge, o contraria alla morale o al buono costume*" (CARLO TIVARONI, *Teoria degli atti amministrativi*, Turim, 1939, p. 49).

Capítulo IV

O ELEMENTO MORAL NA FORMAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A volta à moral jurídica. 3. O elemento moral no ato administrativo. 4. Os vícios da vontade administrativa. 5. Os efeitos-fins. 6. Justiça para o administrado. 7. Os remédios específicos. 8. Os requisitos de validade. 9. Mérito e legitimidade. 10. Os elementos negativos. 11. O vício da não-moralidade. 12. O ato administrativo como soma de elementos. 13. A autonomia é do ato administrativo. 14. Legitimidade e moralidade. 15. Apreciação da moralidade como elemento do ato.

1. Introdução

O ato administrativo é muito simples na sua enunciação externa e muito mais simples nas práticas costumeiras. Tal se deve, naturalmente, à liberdade da Administração para ditar regras ou princípios de comando governamental, e isso sem as devidas cautelas recomendadas pelos sistemas jurídico-normativos.

Quando dizemos **simples**, estamos a nos referir ao caudal constante de pronunciamentos do poder público. A toda uma gama de atividades que levam a Administração à responsabilidade. E que afastando o Estado da ordem jurídica, em algumas e muitas vezes provocam relacionais efeitos negativos de direito.

Esquecem no comum as autoridades o que seja o Direito Administrativo. O que se entende ou explica por esse **direito** na ordem pública constitucional e social. Remontando às suas origens, podemos então compreender perfeitamente “*como é que se procurou corrigir os abusos do desajustamento*”

entre a lei e a Administração "(1).

Em conseqüência disso, com a multiplicidade de vícios e de erros, ao que parece, estamos caminhando mui rapidamente para o absolutismo administrativo na teoria e na prática. Observam-se doutrinas com tendência a sujeitar o administrado a todas as formas administrativas. Teoristas, como veremos, a defender os controles jurídicos só em favor do Estado. Escolas dando primazia ao **serviço público**, como sempre executoriamente legitimado.

2. A volta à moral jurídica

Os exageros, sem dúvida, escapam da verdade jurídica e da realidade de ordem constitucional. Convém como preliminar saber que o *nexus moralis* faz o conceito de justiça. Inclusive da justiça formal, dialética e aberta às críticas conjunturais do processo histórico.

Do contrário, a justiça seria apenas uma palavra vazia de conteúdo. Se a norma jurídica pode particularizar-se, a norma da justiça tem um caráter geral. Como conceito abstrato, vamos ponderar, determina as qualidades "*que um objeto concreto há de possuir para nela se enquadrar*"(2).

Na evolução jurídica das sociedades políticas muita coisa de paradoxal permanece ou continua existindo. No tocante ao **comportamento moral** as linhas históricas não poucas vezes invertem situações, distorcendo posições. É possível falar-se em **legalidade legal**? De certo modo **sim**, porque nem sempre a legalidade apresenta condições de oportunidade, de presunção de legitimidade ou então de possibilidade de fato(3).

A pressuposição de uma ordem moral e jurídica atual que determine o que é justo e o que não é, que determine como o direito deva ser aplicado, é uma realidade que preexiste, influenciando na ordem positiva-normativa constituída ou por constituir.

3. O elemento moral no ato administrativo

Quem diz que o elemento moral não integra o ato administrativo,

(1) ROSCOE POUND, *O direito administrativo e os tribunais*, trad. port., in **Revista de Direito Administrativo**, vol. II, fasc. II, Rio de Janeiro, 1945.

(2) HANS Kelsen, *A Justiça e o Direito Natural*, trad. port., Coimbra, 1963, p. 12. Há proposições em Kelsen ainda atualíssimas. Nem tudo nele pode ser levemente contestado. Certos conceitos são expostos com absoluta clareza diante da relativa realidade. No entanto, o naturalismo kelseniano, muitas vezes, aparece violentando regras confirmadas pelo tempo. A operação lógica, como juízo de valor (p. 13) ou como imperativo de costume (p. 35) não convencem satisfatoriamente. Muito mais importante é o fato.

(3) Cf. AGUSTIN A. GORDILLO, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1969, p. 248.

senão a doutrina e o pensamento teórico? Basta somente tal convicção informativa para a exata configuração do ato? É bastante dizer-se que entre os elementos do ato não exista o moral para que deixe simplesmente de existir?

Partindo da idéia de que o ato administrativo, em última análise, é determinado na sua expressão jurídica pelo direito, a tentativa que se faça em contrário não encontra fundamentação na medida do justo, nem explicação quanto à sua formação no quadro dos sistemas de normas positivas.

Sabe-se, sem dúvida, que a valoração do direito positivo é de natureza moral. Um ato que resultasse exclusivamente da vontade livre do Estado não seria jamais consentâneo com a situação real nascida dos permanentes relacionamentos humanos. Os resultados seriam negativos e os efeitos, contra as exigências fundamentais das sociedades políticas⁽⁴⁾.

A tese da **moralidade administrativa**, portanto, sustenta-se no elemento moral que deve integrar forçosamente o ato administrativo⁽⁵⁾. A moralidade aliada da eficácia, da conveniência e da equidade. Aparecendo, a moral, como elemento de mérito, de juízo, contra o erro, o dolo, a violência e a arbitrariedade.

4. Os vícios da vontade administrativa

No fundo o Estado possui uma só personalidade, que é a moral. A dupla ação pública e privada, na soma, faz ação moral de boa administração. Cabe assinalar, no entanto, que no tocante ao ato administrativo, até agora a doutrina não colocou definitivamente a questão com a sinceridade adequada, senão indispensável à sua solução conceitual. Larga-se, num incerto filosofismo, a espicaçar relações, malgrado a fluência do direito nelas.

É possível que tal coisa venha a ocorrer no futuro de maneira diferente, considerando a denunciada hipertrofia do Estado e as manifestas distorções dos fenômenos administrativos. Por razões imediatistas e de oportunidade o Estado (Administração), sustentado por teses de escassa complexidade no atinente à moral, vai capitalizando os temores da doutrina que condena a licitude como elemento do ato, "*salvo em um sentido muito lato*"⁽⁶⁾.

(4) Cf. JOSÉ ZAFRA VALVERDE, *El derecho como fuerza social - Los poderes jurídicos; Función del derecho* - Pamplona, 1964 (Universidad de Navarra), pp. 186-212; NINO NAVA, *La crisi del diritto e l'etica della responsabilità - La crisi del normativismo* - Turim, 1959, p. 19; LUIGI BAGOLINI, *Moral e Direito na Doutrina da Simpatia - A estrutura das valorações jurídicas* - trad. port. São Paulo, 1952, p. 63.

(5) Cf. FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, vol. I, p. 449; MAURICE HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1933, pp. 419-420; HENRI WELTER, *Le contrôle juridictionnel de la moralité*, Paris, 1929, pp. e l segs.

(6) "*De lo expuesto se sigue que si los efectos del acto son ilícitos o antijurídicos, el acto estará viciado de nulidad o anulabilidad, según los casos, pero no por ello deja de ser conceptualmente*

Os vícios marcam, contudo, imprevisíveis situações de anulamento dos atos administrativos. Só se quisermos, pelo absurdo das abstrações jurídicas, considerar a Administração (Estado) como um ser aético, isto é, sem moral ou amoral, nas suas essenciais finalidades. Quando, pelo contrário, se faz moral, por não ser hermético e nem imune à franca e aberta comunicabilidade social e jurídica⁽⁷⁾.

Com respeito ao neutralismo moral (ético) alardeado por inúmeros administrativistas, diz enganosamente essa posição com os meios e os instrumentos operacionais. Não diz com as causas e nem com os fins. Apesar de acreditarem nos fins, uma única razão preside a escolha dos meios, o **mito de eficácia** levado a extremos precisamente num sistema integrado de valores positivos.

5. Os efeitos-fins

Segundo o **fim imediato** do ato administrativo, e aqui não parecem ser discrepâncias doutrinárias ociosas, tende ele obrigatoriamente a constituir, assegurar, alienar, modificar ou extinguir direitos⁽⁸⁾. Ora, nada mais certo que,

*un 'acto administrativo'. Lo mismo cuadra decir de la moral: es claro que un acto contrario a la moral es ilegítimo y debe ser anulado, pero no por ello podría decirse que la 'moral' sea un elemento del acto administrativo, pues ella no es sino un aspecto más de la licitud o validez del acto: un acto contrario al orden jurídico es nulo, principio éste que cubre suficientemente el caso de un acto inmoral, que también será nulo por contrario a derecho. En consecuencia, estimamos que si bien la violación de la moral puede ser un vicio en lo que respecta el objeto del acto, la moral en si no puede considerarse elemento del acto, como la licitud tampoco es elemento del acto, salvo en un sentido muy lato. La finalidad, muy encomiable, de realizar el valor de la moral dentro del acto administrativo, no alcanza a nuestro juicio para fundar metodológicamente esa posición. Pensamos, como lo decimos en el texto, que la forma correcta de efectivizar en derecho la vigencia de la moral, es sancionar con la **nulidad** su violación, pero no endarle un carácter estructural, que no tiene, dentro de los elementos del acto administrativo."* (AGUSTIN A. GORDILLO, ob. cit., p. 66).

(7) "El problema de los vicios es en derecho público más complejo que en el campo del derecho privado y las categorías que pueden individualizarse son más numerosas. Por lo demás, es necesario relacionar los vicios de los actos con los elementos de los mismos, y teniendo en cuenta que nosotros hemos aceptado la existencia de cinco elementos que hacen a la legalidad de los actos administrativos: competencia, causa, voluntad, forma y contenido, los vicios habrán de referirse a estos distintos elementos. Podríamos clasificar a estos elementos en formales y materiales. En cuanto a los formales, serían los referentes a la competencia y la forma y los vicios serían el vicio de competencia y el vicio de forma. Los materiales serían relativos al contenido, voluntad y fin del acto, que es la causa del mismo. En Francia, la ilegalidad del acto, de acuerdo con la clasificación tradicional, puede revestir cuatro modalidades: la incompetencia, el vicio de forma, la desviación de poder y la violación de la ley. Es una clasificación de origen histórico. En un principio, el único recurso admitido era por incompetencia." (MANUEL MARIA DIEZ, *Derecho administrativo*, vol. II, pp. 341-342).

(8) Cf. RUY CIRNE LIMA, *Principios de Direito Administrativo Brasileiro*, Porto Alegre, 1954, p. 88.

nesta atividade variada, via de lógica, se criem situações controvertidas, não morais, ou até perniciosas.

São tantas as necessidades coletivas nas sociedades contemporâneas que, principalmente em virtude da especialização de funções, não pode a Administração assentar-se apenas nos dogmas da separação dos poderes⁽⁹⁾.

Daí a importância fundamental dos **efeitos-fins** no ato administrativo. E isto com mais gravidade num sistema de órgãos hierarquizados ou coordenados *“a que está atribuída a promoção e realização dos interesses coletivos por iniciativa própria”*⁽¹⁰⁾, mas sempre, sem dúvida, dentro dos preceitos jurídicos reguladores e ordenadores.

Quando a lei, no entanto, dá às decisões administrativas força obrigatória que os administrados devem acatar sob a pena de, sem necessidade da intervenção jurisdicional, a Administração poder impor o que decidiu, não está dizendo que agir livremente se possa ou que o poder administrativo seja falível nos seus propósitos executórios.

6. Justiça para o administrado

A legalidade limita, assim, implicitamente a atividade jurídica da Administração condicionando os poderes, a forma do seu exercício, o objeto e o fim dos atos administrativos⁽¹¹⁾.

(9) *“Não sendo a atividade dos órgãos administrativos homogênea quanto ao seu conteúdo, nem uniforme, é cada vez menos significativo referir no plano do Direito Positivo a **função administrativa** do Estado, mero conceito de formulação teórica. A Administração pública não nos aparece hoje em dia na maior parte dos países como uma forma típica da actividade do Estado, mas antes como uma das maneiras por que se manifesta a sua **autoridade**. A administração deixa de se caracterizar como **função** para se afirmar como **poder**. Se definirmos genericamente o **poder** como sendo a possibilidade atribuída a alguém de eficazmente impor aos outros o respeito da própria conduta ou de traçar a conduta alheia, será fácil de compreender o que queremos dizer. Necessitando o Estado de, por iniciativa própria, actuar para a sua própria organização e conservação e para a satisfação das necessidades colectivas, carece para esse efeito de que certos órgãos possuam o poder de executar as leis por via administrativa e de desenvolver a acção política e técnica indispensável, com a faculdade de resolver jurisdicionalmente as questões contenciosas que dessa actividade resultem.”* (MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, tomo I, p. 15).

(10) MARCELLO CAETANO, ob. cit., tomo I, p. 15.

(11) *“O desenvolvimento da actividade administrativa segundo normas jurídicas gerais corresponde, pois, a uma dupla necessidade: de justiça para os cidadãos e de eficiência para a própria Administração. E o saber antecipadamente como proceder é, quer para os cidadãos quer para os órgãos administrativos, uma garantia essencial de segurança. Na aurora dos regimes liberais, o condicionamento estrito pela lei dos poderes da Administração, quer quanto ao seu número e qualidade, quer quanto ao modo do seu exercício, apareceu como uma condição de liberdade dos cidadãos. A Administração deveria, pois, mover-se dentro dos limites traçados pelas leis votadas nas assembléias legislativas, isto é, estava condicionada por um poder superior que a transcendia (**Administração condicionada**). Com o andar dos tempos*

Evidentemente, apesar da diversidade dos enfoques, o ato administrativo jamais perde a sua unidade. Pluralista, é ao mesmo tempo uniforme, integrado e integrador. Sua vitalidade funda-se na razão jurídica, no direito. Sem esquecer o indivíduo, o administrado. Para o qual se edita na relação de ordem pública, na relação jurídica.

É através dessa **relação jurídica** que se compreendem todas variedades de que a noção de direito subjetivo é suscetível. Destarte, a relação de administração, no plano das relações jurídicas, só aparece quando a finalidade que a atividade estatal se propõe surge *"defendida e protegida pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros"*⁽¹²⁾.

Não se pode, portanto, na relação, desmerecer a figura do administrado. Afastando-o de se permitir interferir nos procedimentos administrativos. Ou não se deixando o ato administrativo ser motivo de censura quando promanam duvidosos, de forma a serem contestados.

7. Os remédios específicos

Os remédios específicos, no direito positivo, como oportunamente

*certos órgãos administrativos que simultaneamente são órgãos da soberania (é o caso do Governo) foram conquistando o poder de fazer leis. Através dessa faculdade legislativa do seu órgão supremo a Administração conseguiu assim, em larga medida, influir na elaboração das normas que disciplinam a sua competência e a sua acção. É sobretudo nos países em que os ministros deixaram de considerar-se políticos para se transformarem em chefes administrativos, a faculdade de legislar por decretos leis representa o domínio da Administração sobre a legislação. A Administração deixou, em todos os países, embora em medida variável consoante o sistema político de cada um, de estar submetida a uma legislação de origem transcendente, e passou a produzir grande parte das normas que a regulam: nasceu a **Administração condicionante** ela própria do exercício dos direitos individuais. Deste modo, a importância da submissão da Administração à lei não reside já na subordinação de um poder que por natureza seria executivo a outro poder, esse soberano e legislativo. O valor da legalidade passou a estar na generalidade dos comandos que os órgãos administrativos têm de aplicar por igual aos casos idênticos submetidos à sua decisão ou operação. A generalidade da lei, impondo a formulação dos preceitos de conduta, em termos impessoais e universais, implica a possibilidade jurídica em que ficam os órgãos da Administração de exigir, de certa e determinada pessoa, prestação ou comportamento que não seja exigível de toda e qualquer pessoa que se encontre nas mesmas circunstâncias; implica ainda a necessidade da previsão na lei das circunstâncias que formem o pressuposto da obrigatoriedade da prestação ou do comportamento a exigir dos cidadãos. Dai resulta o **princípio da legalidade, segundo o qual nenhum órgão ou agente da Administração pública tem a faculdade de praticar actos que possam contender com interesses alheios senão em virtude de uma norma geral anterior. A legalidade é assim constituída pelo conjunto das normas genericamente em termos que sejam obrigatórios para os cidadãos, sejam leis, decretos ou regulamentos, e que estejam em vigor em dado momento no País. O princípio da legalidade só se impõe quando possa haver risco de conflito de interesses entre a Administração e outra entidade, pois foi concebido como processo de limitação e disciplina do poder em face dos indivíduos.**" (MARCELLO CAETANO, ob. cit., tomo I, pp. 29/30).*

(12) RUY CIRNE LIMA, ob. cit., pp. 53-54.

analisaremos, contra os atos da Administração, já não são poucos os existentes⁽¹³⁾. Antes de mais nada, são instrumentos colocados à disposição do administrado para defesa de direitos.

São **remédios** que atacam na fonte a conduta irregular da Administração. Desde que a norma haja traçado o quadro (limite) dentro do qual pode o poder administrativo agir e não livremente como possa querer entender.

Muitas vezes **irregular**, não obstante **legal**. Resultando disso que também a vontade administrativa aparece elaborada juridicamente, e que, intencionalmente desvirtuada, provoca primeiro repulsa moral e depois, então, efeitos de segurança jurídica.

Seja por ação, ou por omissão, na prática o ato administrativo há de produzir resultados. Resta saber, no entanto, nos casos concretos, até onde se verão violentadas as garantias individuais. Ou até onde os interesses opostos atingem a ordem jurídica.

8. Os requisitos de validade

Uma verdade continua incontestada: um ato administrativo, para se revestir de valor jurídico, *“há de ter sido produzido de harmonia com as normas a que a Administração está submetida, na sua atividade”*⁽¹⁴⁾.

Já que se impõe separar as condições de existência de um ato dos respectivos requisitos de validade, não há como se possa escapar do exame do elemento **moralidade**. Legal o ato, é ainda necessário que sejam respeitadas certas normas quanto à individualização *in casu* e quanto aos requisitos *“objetivos e subjetivos que são pressupostos por lei”*⁽¹⁵⁾.

Só quando o requisito **conteúdo** se identifica com o requisito **objeto**⁽¹⁶⁾, e isso nos limites legais da vontade, é que não se pode de pronto apelar

(13) Recursos administrativos, *habeas corpus*, mandados de segurança e a ação popular constitucional.

(14) *“Antes de entrar na análise do regime jurídico do acto definitivo e executório importa distinguir as noções de existência, validade e eficácia do acto. Desde que se reúnam os elementos essenciais que atrás definimos, o acto existe. Mas um acto administrativo, para revestir valor jurídico, há-de ter sido produzido de harmonia com as normas a que a Administração está submetida na sua actividade. A força jurídica de um acto administrativo vem-lhe da lei que permite a sua prática e condiciona o seu conteúdo. De modo que nem todos os actos existentes são válidos. O acto só é válido quando reúne os requisitos legalmente exigidos para a produção dos seus efeitos específicos, isto é, quando se conforma com padrão traçado pela lei para o tipo a que corresponde. Só então tem valor na ordem jurídica. Daí a necessidade de separar as condições de existência de um acto dos respectivos requisitos de validade.”* (MARCELLO CAETANO, ob. cit., tomo I, p. 423).

(15) MARCELLO CAETANO, ob. cit., tomo I, p. 424.

(16) Cf. UMBERTO FRAGOLA, *Degli atti amministrativi*, Turim, 1952, p. 31; E. SAYAGUÉS LASO, *Tratado de derecho administrativo*, vol. I, Montevideu, 1935, p. 444.

para a moralidade do ato. Assim, existindo condição, essa **condição** não deve ser nem impossível e nem ilícita.

Nos seus requisitos de validade, pois, o ato administrativo tem o seu destino jurídico dependente de uma condição⁽¹⁷⁾, e de tal modo que, não cumprida, apesar de legal, passa o ato a se configurar fora da esfera da moralidade administrativa.

9. Mérito e legitimidade

Nunca é fácil a tentativa de renovar posições de crítica jurídica no campo doutrinário. Todo pensamento novo esbarra no comodismo sempre repetido das teses obsoletas. Contudo, no Direito Administrativo, as imposições de outras realidades levam à adoção não só de instrumentais atualizados como ao reconhecimento de verdades relacionais avançadas na larga esfera sempre ampliada da atividade estatal.

Não fosse o Estado como o é hoje plenamente intervencionista e com sempre maior capacidade de rápida ação governamental, quem sabe os métodos de defesa do administrado não sofressem tantas injunções atentatórias do mecanismo de proteção das garantias particulares. Com isso, na evidência, agiganta-se a tese, no ato público, da moralidade administrativa⁽¹⁸⁾.

Acertado que, em todo ato administrativo, existem pelo menos dois elementos inconfundíveis – o que se refere ao **mérito** e o relativo à **legitimidade** –, precisamente na zona livre em que a Administração decide localiza-se o **princípio da moralidade** estabelecendo o necessário nexos entre a causalidade e a norma de direito.

Nesse falaz **ponto**, ainda não bem explicado pela doutrina, fundamentam-se as regras de boa administração⁽¹⁹⁾. Da Administração valorizando o interesse público sem invadir a esfera destinada aos interesses privados. Devendo o **bom administrador** tomar das práticas administrativas sem violentar desnecessariamente o administrado quanto à conveniência ou à oportunidade do ato.

10. Os elementos negativos

Mas os aspectos essenciais não são somente esses. Não só os

(17) Cf. MANUEL MARIA DIEZ, *ob. cit.*, vol. II, p. 263.

(18) Ao fato novo se prende a a qualidade da antiga posição de MAURICE HAURIUO (*ob. cit.*, pp. 419-420). Já não se pode considerar válida a idéia de ANDRÉ DE LAUBADÈRE, de que HAURIUO pretendia a junção da moral com o direito, agindo com intenção malévol e incorreta (Ver *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1963, vol. I, p. 439).

(19) Cf. G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milão, 1953, p. 64.

elementos positivos devem ser considerados. mas os **negativos** que afetam a posição jurídica do administrado⁽²⁰⁾. Elementos que viciam o ato administrativo, tornando-o violador das faculdades regradas. Contraditório muitas vezes, absurdo outras tantas.

Não resta dúvida que são os elementos do ato administrativo que conduzem aos vícios, às situações de legitimidade ou de ilegitimidade. No nosso entender não bastam os simples elementos competência, vontade, objeto e forma, para uma noção jurídica mais exata e de maior clareza⁽²¹⁾.

Falta nos teóricos a coragem para a denúncia de outros elementos atuantes e visíveis a olho nu e que não fazem meras hipóteses, mas que desqualificam o ato nas suas conseqüências jurídicas. Basta um critério mais correto de apreciação para que se exteriorizem prontamente os elementos negativos através do exame cuidadoso da intenção ou da vontade administrativa.

Não se trata aqui, pois, de uma confrontação teórica dos elementos positivos que devam se conter no ato administrativo⁽²²⁾. O que se quer, todavia, reside em alguns outros requisitos concretos que, além dos nomeados, apontem os vícios e as nulidades nascidos da má fé, os erros e as imprecisões que surjam da execução impossível e não recomendada.

11. O vício da não-moralidade

Por que não considerar então o elemento (requisito) moral na formação do ato administrativo? Na larga prática jurisprudencial assim não tem acontecido, o que leva a Administração a crescer na sua conduta irregular, imprópria, desajustada com o ordenamento jurídico, e por falta de um justo critério do que se pode chamar de **política jurídica**.

No comum dos atos os chamados **vícios da vontade** resultam da não-moralidade. Igualmente, sem dúvida, os **vícios de forma** que, quando conduzem à nulidade, aparecem circunstancialmente por falta de substrato material, e assim como moralmente imputáveis.

Por não ser moral a lei, como o ato viciado, deixa de ser **direito**⁽²³⁾. O vício da não-moralidade atinge sem reservas a vontade e também a forma, e isso porque as normas e os atos administrativos executórios não podem se desmerecer por desvios de natureza ética. Melhor dizendo, a legalidade, como princípio, incorpora a moralidade.

(20) Cf. AGUSTIN A. GORDILLO, ob. cit. - "vicios del objeto" (p. 244) e "inmoralidad" (p. 253).

(21) Cf. MANUEL MARIA DIEZ, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1961, p. 159; GORDILLO, ob. cit., p. 241.

(22) Cf. AGUSTIN A. GORDILLO, ob. cit., pp. 339-367.

(23) H.L.A. HART, *Derecho y moral*, Buenos Aires, 1962, pp. 12 e segs.

O ato **não moral**, desde a sua origem, é nulo e o seu vício insanável quanto à vontade e quanto à forma. A importância do **vício moral** constitui-se na sistemática jurídica em situação fática a ser devidamente apreciada na esfera recursal. Do contrário, *data venia*, a finalidade jurídica ilegítima-se e o conceito de vontade abastarda-se com referência à função mal exercida.

12. O ato administrativo como soma de elementos

A divergência de soluções na doutrina não afasta o princípio moral da natureza do ato administrativo. Quando a lei exige algum trâmite, está obrigando a Administração ao respeito pelos métodos convencionais estabelecidos. Não está permitindo que a vontade administrativa **subordinada** desvie-se da vontade **preponderante** legal.

Assuntos dessa natureza, dependentes de avaliação subjetiva, não podem continuar a sofrer oscilações doutrinárias, como não podem somente se limitar ao quadro estreito das especulações teóricas. Isto não exige maiores pesquisas. Exige apenas soluções de análise jurídica das eventuais circunstâncias de fato e de direito.

O **motivo**, então, como elemento externo do ato, e a **causa** como responsável pela produção do ato, tanto na atividade regrada como na atividade discricionária, integram-se no ato através do concurso do elemento **moral** característico na lisura pressuposta de bom comportamento administrativo.

Por outro lado, o ato administrativo extroverte **soma de elementos**. Realiza condições e procura finalidades que o tornam uma **unidade** de conceito, de ação, de execução e de efeitos. Existe e aparece como um todo integrado. Na sua tipicidade, os elementos valem pelo que somam no final. Tendo em conta os poderes jurídicos que justificam o ato. E as faculdades normativas que traduzem atribuições e fazem a competência.

13. A autonomia é do ato administrativo

Sustentar a autonomia dos elementos integradores do ato administrativo não é o caminho doutrinário mais adequado às críticas de análise jurídica ou científica. Quem é **autônomo**, na sua feição interna e externa, é o ato. Não os elementos do ato, sejam eles os de competência, de vontade, de objeto ou de forma⁽²⁴⁾.

(24) Os administrativistas, com fundadas razões que plenamente se justificam, sempre tiveram uma mesma preocupação: a da análise classificatória dos elementos do ato administrativo, como

Isolada a vontade, mesmo manifesta a competência, desintegrados o objeto da forma, a finalidade da causa e do motivo, não há por assim dizer ato administrativo jurídico, perfeito e acabado, ou mesmo legítimo na sua configuração. Tanto assim que as teorias no campo do Direito Administrativo até agora não são pacíficas. Uns autores aceitam a teoria da causa, outros a da vontade, outros ainda a da apreciação subjetiva do interesse público. Não há entendimento, nem critérios de lógica jurídica.

Mas admitindo a prevalência dos elementos nominados na formação do ato administrativo, convenha-se que todos eles, sem exceção, harmonizam num **todo de conjunto** o fato com o direito, o imperativo moral com a regra jurídica normativa. E é por isso que o ato, no seu conteúdo deve ser possível, lícito e determinado⁽²⁵⁾.

Licitude e moralidade no direito são, como sabemos, expressões terminológicas afins. Levando a moral na licitude a influir em todos os demais elementos componentes. Elementos que ajustados às circunstâncias precisas

se esses elementos fossem independentes, autônomos, ou como se bastassem por si próprios. Essa preocupação, como uma constante da inteligência, contribuiu para notáveis estudos dos ilustres acatados mestres RAFAEL BIELSA, RENATO ALESSI, JUAN LUÍS DE LA VALINA VELARDE, MANUEL MARIA DIEZ, RECAREDO DE VELASCO, PAUL DUEZ, JESUS GONZÁLEZ PÉREZ, JULIO A. PRAT, ORESTE RANELLETTI, MARIA RIVALTA, JEAN RIVERO, MICHEL STASSINOPOULOS, CARLO TIVARONI, UMBERTO FRAGOLA, ANDRÉ DE LAUBADÈRE, VICENZO ROMANELLI, M. VILLARY, MARCEL WALLINE, e, sem dúvida, MARCELLO CAETANO, RODRIGUES QUEIRÓ e ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA. No Brasil, ressalte-se, a notável contribuição de JOSÉ MATTOS DE VASCONCELLOS, TITO PRATES DA FONSECA, THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, HELY LOPES MEIRELLES, MIGUEL SEABRA FAGUNDES, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA, MIGUEL REALE, CAIO TÁCITO, RUY CIRNE LIMA, FLÁVIO BAUER NOVELLI, MANOEL RIBEIRO, ALCINO DE PAULA SALAZAR, CARLOS MEDEIROS SILVA, J. GUIMARÃES MENEGALE e MÁRIO MASAGÃO.

(25) *"El contenido del acto debe ser posible, lícito y determinado. En cuanto a la posibilidad debe ser física y jurídica. Por ello se dice que no pueden existir actos que sean física o jurídicamente imposibles. El acto es físicamente imposible cuando no es posible in rerum natura. El acto se dice es jurídicamente posible para la administración cuando el ordenamiento jurídico lo atribuye la facultad de cumplirlo por medio de uno de sus órganos en ejercicio de sus facultades. El acto tendrá un contenido imposible si no existe posibilidad de cumplirlo en el hecho o en el derecho. No hay que confundir imposibilidad con inexistencia. El contenido es inexistente si se refiere a una cosa que física o jurídicamente no existe. En lo que se refiere a la licitud y como que la actividad administrativa debe desarrollarse subordinada a la ley, el contenido no ha de estar prohibido por ésta y no debe ser contrario al orden público ni a las buenas costumbres. La licitud puede ser natural o jurídica. Es natural la facultad fisisico-psíquica del sujeto de accionar libremente, realizando actos de carácter económico o ético, pero jurídicamente irrelevantes. La licitud jurídica es la esfera dentro de la cual el orden jurídico reconoce como válidas las relaciones humanas. La norma jurídica permite que el órgano opere con acciones jurídicamente relevantes. Las normas que fijan los límites de la licitud jurídica son estrictamente imperativas y prohibitivas. El acto administrativo para ser lícito debe respetar las garantías y derechos establecidos a favor de personas y no debe lesionar los derechos adquiridos. La licitud puede ser orden civil o de orden penal."* (MANUEL MARIA DIEZ, ob. cit., vol. II, p. 267).

fazem a autonomia do ato administrativo. Quanto aos **elementos**, são formas de integração por meio das quais o ato se torna efetivo e assim realiza plenamente a atividade administrativa.

14. Legitimidade e moralidade

Sem o elemento **moral**, presente nos demais elementos ou participante deles, afastada a condição de moralidade, jamais o ato administrativo atinge a perfeição e a eficácia. O ato aqui só aparece **perfeito** quando nele se integram todos os elementos essenciais que o devam constituir, ou melhor, formá-lo concretamente, desde que haja, como sempre há, um indispensável procedimento prévio⁽²⁶⁾.

Fogem, no entanto, do escopo deste trabalho, outras situações emergentes que o ato administrativo possa provocar quando perfeito e no tocante à eficácia⁽²⁷⁾. Contudo, convenha-se que a simples presunção de legitimidade traz no seu bojo a idéia de moralidade. Na ordem jurídica, além do mais, toda atividade administrativa face à presunção de legitimidade, é atividade moral.

Atacado o ato por falho de moralidade, a presunção de legitimidade passa a inexistir, ou passa a ser discutível. Aqui naturalmente vai surgir a matéria probante, pois os atos administrativos, em tese, quando emanados de autoridade competente ou editados nos limites normais de atribuições e com sujeição às normas legais, estão amparados por presunção de legitimidade que só cede diante de provas em contrário⁽²⁸⁾.

O difícil está no estabelecer os preciso limites entre a legitimidade e a moralidade. Com a influência da moralidade na integração do ato sobre os elementos de competência, vontade, forma e conteúdo. É o que estamos procurando fazer e ainda o faremos na devida ocasião, apreciando as distintas relações jurídico-administrativas. Ou melhor, a Administração no trato do interesse público equacionado e definido.

15. A apreciação da moralidade como elemento do ato

Por que, na legalidade, não apreciar a moralidade como elemento do

(26) Cf. GARRIDO FALLA, ob. cit., vol. I, p. 473; UMBERTO FRAGOLA, ob. cit., p. 75; SAYAGUÉS LASO, ob. cit., vol. I, p. 486.

(27) Exemplos: da suspensão da eficácia, da exigibilidade e da executividade plena, das condições necessárias à execução, dos meios para fazer efetiva a execução ou dos efeitos ponderados da própria execução.

(28) Nossos trabalhos: *A Prova no Processo Administrativo*, Curitiba, 1971; *A Prova Administrativa*, São Paulo, 1973.

ato administrativo? Desde que seja indispensável que haja exigências legais quanto ao processo de formação e de manifestação da vontade, natural que os pressupostos morais devam atuar para que os efeitos jurídicos se produzam validamente e sem desrespeito pela individualização dos casos concretos de maior ou de menor interesse público.

O desafio está precisamente nisto: em permitir que os analistas do ato administrativo passem a distinguir claramente, nos componentes do ato, os requisitos que nascem das exigências legais. Nesse campo **neutro**, ainda pouco trabalhado pela doutrina, e quase, ainda hoje, de nenhuma importância para a apreciação jurisdicional da legalidade, situam-se duas evidências:

a) aquela da formação da vontade resultante de um processo ordenado de formalidades; processo marcante da fronteira entre as garantias do administrativo e da legalidade administrativa; processo cujo fim é o de assegurar o respeito dos interesses postos em causa;

b) aquela outra que decorre do que a lei impõe como essencial à autenticidade de expressão da vontade; a obrigação, por assim dizer necessária, de fundamentar-se a decisão ou o ato; as razões motivantes do ato, onde o objeto apareça certo e legal, conveniente e oportuno.

É aqui e nisto tudo que se afigura, em termos concretos, o exemplo do **ato legal** porque amparado na lei, mas deformante da **verdade do fato**. Viciando a vontade, infringindo a moralidade, induzindo à fraude. Atos que poderão ser avaliados, não só em função dos vícios, e sim pela influência que esses vícios possam ter na moralidade.

Estamos certos que essas novas idéias, como novas que são ou parecem ser, poderão abrir outros horizontes à doutrina, ao pensamento doutrinário e à jurisprudência administrativa.

Capítulo V

O ALCANCE DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO MANDADO DE SEGURANÇA

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O fator constitucional determinante. 3. Lei positiva e moralidade. 4. A regra constitucional e a lei positiva. 5. O ilícito administrativo e a moralidade. 6. Processo e juízos de valor. 7. A proteção da Constituição. 8. Administração e ato violatório. 9. Direito-base e direito-conseqüente. 10. A importância da interpretação. 11. Ato de autoridade e tutela dispensável. 12. Anulação do ato e não da lei. 13. Deontologia e supremacia constitucional. 14. Ordem jurídica e moralidade administrativa. 15. A largav via da segurança constitucional.

1. Introdução

Nenhum ato administrativo, irregular ou viciado, escapa da apreciação jurisdicional. Essa é uma norma, na sua origem constitucional, de defesa dos direitos. Sobretudo uma norma que, como princípio, visa resguardar a ordem jurídica e a proteção do administrado. Abrange, assim, desde logo, todos aqueles **atos de autoridade** capazes de causar lesão flagrante, produzida ou por produzir pela Administração.

Não se trata apenas de avaliação da legalidade para que o ato produza livremente os seus necessários efeitos. É preciso que todo ato ou contrato administrativo venha com os elementos essenciais de validade. Elementos que não são somente aqueles comuns a todos os atos jurídicos, mas também aqueles outros peculiares à categoria na relação de administração.

Melhor esclarecendo: peculiares são os elementos que decorrem da

organização administrativa, "especialmente de natureza extrínseca e formal, bem como da colaboração de órgãos de controle e fiscalização, sem cuja intervenção não se podem completar certos atos"⁽¹⁾, isto é, atos que na sua inteireza representam motivos reais, fundamento na razão de agir, além da conveniência provada e da oportunidade adequada.

É aqui que entra o tão já discutido **princípio da moralidade**, ou então, da equidade ou da imparcialidade. Os motivos, embora reais, podem ser ilegítimos. Como podem, na conveniência ou na oportunidade, ser legítimos. No entanto, o que se espera é legitimidade do ato perante o direito. A apreciação da legalidade, depois da verificação dos elementos que informam, constituem e completam o ato administrativo.

2. O fator constitucional determinante

Hão de dizer que a legalidade é um fenômeno de normatividade legal. Mas não é bem assim. As dúvidas podem atingir até a própria manifestação da vontade. Uma vez que na formação da vontade há um fator maior de interesse social e de natureza jurídica. A questão da vontade, não obstante ser psicológica, envolve condicionamentos de licitude e de comportamento, de conduta e de procedimento legal permitido.

Nesse fator de maior interesse, o fator constitucional determinante, está o sentido da moralidade, isto é, um sentido de direito que excede o próprio conceito de legalidade. Uma vez que o poder administrativo, como direito de decidir, agir e ordenar, está rigorosamente cingido, nas sociedades políticas, à lei e à moral⁽²⁾.

De qualquer maneira, a moral é incompatível com a violência, com a força, ou seja, "com a coação, mesmo quando a força se manifesta juridicamente organizada"⁽³⁾. Os instrumentos de segurança visam também esse fim. Precisamente quando a Administração delibera, age e ordena movida por considerações subjetivas que, não obstante a lei escrita, ferem a moralidade.

O problema, portanto, em equação, não é outro senão este: ativando-se a Administração conforme manda a letra da lei, mas contrariando as regras da moralidade administrativa, o resultado pode ser defensável do ponto de vista legal, mas pode também ser apreciado na relação jurídica quanto aos efeitos produzidos ou lesivos da própria norma geral normativa.

(1) THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Teoria dos Atos Administrativos*, São Paulo, 1973, p. 59. Na atual Constituição (1988) da República Federativa do Brasil, o mandado de segurança (Art. 5º, inciso LXIX) e o mandado de segurança coletivo (Art. 5º, inciso LXX).

(2) Consultar MIGUEL REALE, *Lições Preliminares de Direito - Direito e moral* - São Paulo, pp. 59 e segs.; LON L. FULLER, *The Morality of Law - Legal morality and the concept of positive law* - New Haven/Londres, 1964, pp. 106 e segs.; J. SALSMANS, *Droit et morale - Droit et justice* - Bruges, 1924, pp. 68 e segs.

(3) MIGUEL REALE, ob. cit., p. 64.

3. Lei positiva e moralidade

A regra da lei constitucional simplesmente significa a existência da ordem pública. Um governo (Administração) organizado e operando através de vários mecanismos de comando legal. A ordem que se tem em mente não é uma ordem ociosa. É a própria ordem jurídica constituída. Que transforma a lei constitucional em lei positiva.

O que a regra da lei constitucional previamente estabelece em qualquer hipótese resume-se depois na lei positiva. A desarmonia entre uma e outra, quando motivada por ato administrativo, leva à prática no tocante à moralidade na conduta administrativa. As considerações estão implícitas nos fatos que a Constituição resguarda e a lei positiva capitula.

Porque não há, no ato administrativo lesivo, um concurso de vontades, passa o ato da unilateralidade à relação provocando pelos efeitos o fenômeno da rejeição. Isso, no entanto, pode não ocorrer nos atos simplesmente informativos, e que não constituem decisão executória. O vínculo que nasce da regra constitucional e da lei positiva é que produz a tutela dos direitos.

É o que se dá com a **ação popular**. Onde a doutrina aplicada ao Direito Administrativo tem as suas fontes no Direito Constitucional. É o que se apresenta no **mandado de segurança**. Onde o pensamento doutrinário subordina-se à obrigatória proteção do direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*⁽⁴⁾.

Entra aqui o princípio da moralidade, não do pressuposto aceito da ilegalidade, mas do abuso do poder, do comportamento administrativo parcial não justificado, da falta de equidade no tratamento do administrado sempre que amparado por norma de origem constitucional. Tudo isso, não obstante o direito positivo estabelecer condições que dependem de apreciação jurisdicional.

(4) Na literatura brasileira sobre **mandado de segurança** merecem consulta os seguintes juristas: JOSÉ DE CASTRO NUNES, *Do Mandado de Segurança e outros Meios de Defesa contra Atos do Poder Público*, Rio de Janeiro, 1951; LUIZ EULALIO DE BUENO VIDIGAL, *Do Mandado de Segurança*, São Paulo, 1953; THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Do Mandado de Segurança*, Rio de Janeiro, 1957; ARY FLORÊNCIO GUIMARÃES, *O Ministério Público no Mandado de Segurança*, Curitiba, 1959; OTHON SIDOU, *Do Mandado de Segurança*, Rio de Janeiro, 1960; ARNOLD WALD, *Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária*, Rio de Janeiro, 1968; HELY LOPES MEIRELLES, *Mandado de Segurança e Ação Popular*, São Paulo, 1969; ULDERICO PIRES DOS SANTOS, *O Mandado de Segurança na Doutrina e na Jurisprudência*, Rio de Janeiro, 1973. Nos periódicos especializados há trabalhos como: VICTOR NUNES LEAL, *Questões pertinentes ao mandado de segurança*, in *Revista de Direito Administrativo*, 11/73; ALFREDO BUZAID, *Do mandado de segurança*, in *Revista dos Tribunais*, 258/35; SEABRA FAGUNDES, *A nova Constituição e o mandado de segurança*, in *Revista de Direito Administrativo*, 89/1; JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO, *Mandado de segurança e a sua aplicabilidade ao direito tributário*, in *Revista de Direito Público*, 5/41; MOACYR AMARAL SANTOS, *Natureza jurídica do mandado de segurança*, in *Revista de Direito Público*, 17/9; CAIO TÁCITO, *O mandado de segurança e o poder normativo da administração*, in *Revista de Direito Administrativo*, 46/246.

4. A regra constitucional e a lei positiva

O que está em jogo, na legalidade, na moralidade do ato, é o princípio da supremacia constitucional. Não se considere apenas, nos ordenamentos constitucionais, o problema da hierarquia em relação às demais normas jurídicas. A realidade é bem mais profunda no tocante à organização da ordem político-administrativa. Não se discute, na sua extensão objetiva, a necessidade de controle da constitucionalidade das leis. Ou os meios por que se faz o controle nos diferentes regimes⁽⁵⁾. O que se quer nas **Cartas** que assim o exigem, é proteger o administrado, dando-lhe garantias inalienáveis e substanciais.

Chama-se a isso, na terminologia apropriada, de **proteção jurisdiccional** do particular (administrado) contra o poder administrativo. Concedendo-se ao ofendido, na jurisdição, a possibilidade de exame do fato e, em consequência, a apreciação do ato⁽⁶⁾. Tanto assim, que é pelo controle da legalidade que se avaliam os motivos invocados. A posição de licitude da Administração. A intenção administrativa, isto é, a vontade de fazer alguma coisa que contraste com a lei ou atinja a igualdade jurídica.

Duas incidências aparecem na exteriorização material do ato:

a) a de **conteúdo constitucional** que tutela a proteção do administrado contra atos irregulares, abusivos, duvidosos, lesivos, omissos na origem e quanto ao fim capazes de lesar o direito individual.

b) a de **procedimento prévio** que revela uma intenção divorciada do sistema, ou melhor, extroverte um motivo de interesse infiel com respeito à observância normal da regra geral a aplicar, ocasionando danos ou prejuízos ao patrimônio do administrado.

No primeiro caso, a ilegalidade é de **fundo**, aparecendo o ato formalizado legalmente. No segundo, apesar da aparência de legalidade, o ato infringe a moralidade. Visa, portanto, o **remédio** o entendimento vamos dizer global da manifestação da vontade administrativa, uma vez que não vale apenas o ato pelo que é, mas como reflexo de um **dever jurídico**.

5. O ilícito administrativo e a moralidade

Destarte, o problema criado traz a responsabilidade do poder administrativo, isto é, o controle jurídico da responsabilidade do poder administrativo, isto é, o controle jurídico da responsabilidade do poder. Não

(5) Cf. PINTO FERREIRA, *Princípio da supremacia da Constituição e controle da constitucionalidade das leis*, in *Revista de Direito Público*, 17/18.

(6) Cf. FERNANDO GARRIDO FALLA, *La protección jurisdiccional del particular contra el poder ejecutivo en el derecho español*, in *Revista de Derecho Público*, 15/7.

havendo, para o resguardo do interesse violado, outra alternativa senão a da **segurança** contra o ato violador. Seria muito pouco dizer que só a legalidade resguarda a ordem positiva. Apesar de reconhecer-se, entre nós, o aprimoramento da técnica de controle dos atos ilegítimos⁽⁷⁾, há no entanto de compreender-se que, no plano da apuração das responsabilidades, influi consideravelmente o ilícito administrativo ou a moralidade na conduta da Administração.

O ilícito administrativo, que choca com o princípio da moralidade, à semelhança do ilícito penal, “*é lesão efetiva ou potencial de um bem jurídico*”⁽⁸⁾, merecendo o conhecimento dos remédios de segurança, como na espécie o mandado previsto no sistema, em razão do interesse juridicamente tutelado. Certos ilícitos administrativos só se corrigem na esfera jurisdicional. Só é possível a correção fora da esfera administrativa. Muitas vezes o simples critério de apreciação legal não satisfaz. Não havendo, como não deve haver, contradição entre o texto constitucional e o da lei ordinária, o tratamento **diferente** possibilita que se vá além do exame limitado da legalidade aparente ou não. Aqui não se julga a lei, mas segundo o que a lei quer.

Tal como são ainda entendidos, não há dúvida que os remédios judiciais específicos, ou seja, “*única e exclusivamente destinados a possibilitar o ajuizamento de relações jurídicas, pela Administração ou contra ela, sempre foram muito limitados no nosso Direito*”⁽⁹⁾. O que é preciso é alargar, no bom sentido, o exame dos atos administrativos. Numa medida de valor que não fique apenas restrita à legalidade **formal**. Como meio reparatório, tanto a ação popular como o mandado de segurança são importantes na prática da moralidade. Além disso, legalidade e moralidade não são conceitos estranhos. São conceitos afins na definição concreta do ato administrativo.

De que vale o melhor formalismo legal, viciado nas intenções de **não-moralidade** administrativa? De que vale a norma (ou a lei) aplicada com os rigores de estilo e forma, mas ressentida nos seus propósitos da imparcialidade desejada? Na atividade pública, não! Tanto isso é verdade que qualquer ato administrativo “*tem uma repercussão que se não pode comparar com a dos atos jurídicos privados, tanto pela extensão dos seus efeitos, como em virtude do modo por que incidem sobre o indivíduo*”⁽¹⁰⁾. O problema portanto é muito mais grave nas suas implicações fáticas. De controle jurisdicional eficazmente amplo. Que atenda às razões de legalidade, mas que também resguarde o comportamento lícito da Administração.

(7) Cf. MIGUEL REALE, *Da responsabilidade do poder*, in *Revista de Direito Público*, 77.

(8) NELSON HUNGRIA, *Ilícito administrativo e ilícito penal*, in *Revista de Direito Administrativo*, 1/24.

(9) SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, 1950, p. 282.

(10) *Id.*, *ibid.*, p. 280.

6. Processo e juízos de valor

Legalidade, validade, moralidade, legitimidade, eficácia e licitude são expressões da terminologia administrativa para a evidenciação de fatos na relação jurídica. **Fatos** que tragam a verdade na controvérsia, no litígio, na lesão denunciada. Procurando, através do processo, específico ou próprio, os chamados **juízos de valor**. Pois só assim o direito se cria na contingência como medida positiva adequada à solução dos conflitos.

Impossível, portanto, negar: o lento caminho histórico de sujeição do Estado ao Direito resultou “*da laboriosa descoberta, pela razão, das normas jurídicas, materiais e instrumentais, que convêm ao direito público, isto é, àqueles setores pertinentes à justiça legal e à justiça distributiva*”⁽¹¹⁾. Por justiça **distributiva**, o *jus publicum*, aconselhado pela equidade ou igualdade de tratamento, o princípio da moralidade administrativa.

São precisamente os **juízos de valor**, na índole, do direito que se visa tutelar, que distinguem o mandado de segurança das demais ações judiciais. Embora se diga que a legalidade está na essência do *mandamus*, que só a lei deve ser apreciada na sua aplicação à espécie, o que se pretende é o ataque ao ato administrativo considerado lesivo. Na legalidade, face à certeza ou liquidez do direito, não é a lei que se objetiva anular, mas o ato praticado no exercício do poder administrativo⁽¹²⁾.

Mantenham-se, contudo, alguns pressupostos indispensáveis no tocante à legalidade e à moralidade do ato:

a) toda lei deve apontar os fins, os objetivos a serem atingidos pela Administração;

b) à medida que a esfera da legislação aumenta, cada vez mais se torna vinculada à atividade administrativa;

c) a lei não se contenta mais em proteger os direitos fundamentais, pois assume a direção de **toda** atividade administrativa;

d) o poder discricionário não existe quando se trata de liberdades individuais e de outras matérias de caráter fundamental para a ordem jurídica⁽¹³⁾.

Manifesto na sua existência, o direito do administrado é sempre passível de proteção. Mas para o exame gradual adequado, exato, efetivo, concreto e real do direito atingido, ou da sua extensão ainda não determinada, tanto a liquidez e a certeza devem interessar à natureza do ato. De vez que, atos de autoridade são aqui os de decisão e não apenas de execução.

(11) GALENO LACERDA, *Remédios processuais da administração e contra a administração*, in *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade do Paraná, 8/100.

(12) Consultar ALFREDO BUZAID, “*Juicio de Amparo*” e *Mandado de Segurança - Estudos de Direito Processual*, São Paulo, 1965, pp. 157 e segs.; MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Introdução ao Direito Processual Administrativo - Do Mandado de Segurança* - São Paulo, 1971, pp. 212/213.

(13) Cf. L. LOPES RODÓ, *O poder discricionário da administração - Evolução doutrinária e jurisprudencial* (trad. de G. A. dos ANJOS) in *Revista de Direito Administrativo*, 35/40.

7. A proteção da Constituição

Não somente o direito comprovado de plano é o direito possível de garantia na segurança. Somente com a apreciação do ato impugnado torna-se caracterizada a lesão. Quando se fala de atos administrativos decisórios ou de atos ilegais ou abusivos, não se está querendo outra coisa senão qualificar a natureza intrínseca do ato exercitado. Não cabe, portanto, num juízo de valor, apenas a demonstração da incontestabilidade, da liquidez, da certeza, mas de alcançar os motivos determinantes da atuação administrativa.

Do contrário, a segurança seria inexecutável quanto aos efeitos asseguradores do direito. Esta é uma ação, a de segurança, que procede com motivo num **fato** ou num **ato** lesivo de um direito **constitucionalizado**. A segurança se dá em razão de um fato material executivo ou em razão de um fato negativo que lese, restrinja ou altere o direito protegido. Considerado o **ato violatório** como tal, de imediato justifica-se a segurança⁽¹⁴⁾.

É de ver que tanto a segurança como a inconstitucionalidade protegem a Constituição, impedindo que o fato e o ato impugnados ou a aplicação da norma legal produzam efeitos negativos para a ordem jurídica. Quanto à ação, traz o fim específico de garantia constitucional. Não bastando provar de plano o direito discutido. A administração também responde pela **lisura** da decisão. Pelo respeito às regras constitucionais intangíveis.

Entre os conceitos de ilegitimidade e ilegalidade, a doutrina mantém a mesma distância que entre os conceitos de moralidade e legalidade. O ilegítimo (que não é moral) tem um maior alcance e significado. O ilegal limita sua referência à lei. Destarte, o que é ilegal, é ilegítimo, mas o ilegítimo não é necessariamente ilegal⁽¹⁵⁾. O ilegítimo a apreciar aparece como um mal de origem ou de procedência indevida. O que é legal está conforme com a lei. O que é legítimo deve estar de acordo com a equidade. A noção de ilegalidade se move dentro do direito positivo. A de legitimidade, dentro do direito natural⁽¹⁶⁾ ou mais exatamente na esfera de conduta moral da Administração.

8. Administração e ato violatório

Ninguém pode negar que haja uma profunda afinidade entre a noção de legalidade (**jurídico**) e a de justiça (**moral**). Com respeito às demandas, ações em juízo, eticamente exigem aquela qualidade de equilíbrio no tocante “às metas externas da lei”⁽¹⁷⁾. Esse equilíbrio é uma virtude da ordem legal, ou seja, da

(14) Cf. JOSÉ LUÍS LASSARINI, *El juicio de amparo*, Buenos Aires, 1967, p. 91.

(15) *Id.*, *ibid.*, p. 161.

(16) *Id.*, *ibid.*, p. 162.

(17) LON L. FULLER, *ob. cit.*, p. 157.

própria ordem jurídica. Cabe a quem julga, sem dúvida, não desmerecer a “*moralidade interna da lei*”. São propósitos que, não atendidos, levam a expressões **cegas** das regras legais⁽¹⁸⁾.

A **segurança** não é um remédio que nada investigue. Quando o ato administrativo surge exteriorizado de maneira duvidosa, não é o direito do administrado que se deve comprovar de plano, mas o direito da Administração pela prática do ato violatório. Convém ressaltar que a razão de ser complexo o direito invocado, controvertida a questão suscitada já na jurisdição, não tem nem pode ter influência para se decidir uma segurança. De certo modo, para a revelação do direito objetivo, é indispensável apreciar as circunstâncias de fato⁽¹⁹⁾.

O critério da simples interpretação da letra da lei “*já por si o menos valioso de quantos se podem adotar no entendimento das regras jurídicas, ainda mais desvalioso se torna quando estas são preceitos de direito público e o direito público na sua mais eminente expressão social e política, que é o Direito Constitucional*”⁽²⁰⁾. Há que ir, portanto, muito além em profundidade. No que concerne mesmo ao mandado de segurança, de muito se revela a tendência de prestigiar o instituto, “*alargando-lhe o campo de aplicação*”⁽²¹⁾.

Ainda que se contradiga afirmando que o problema é de alta indagação, o problema é de evidente realidade institucional no ordenamento dos mandamentos constitucionais. Para o Direito Administrativo, o que mais propriamente interessa são os aspectos de origem, internos e formais, do ato administrativo. A realização normativa de objetivos lícitos. A natureza jurídica do ato, seja executório ou de decisão. Essa a verdade, na relação entre partes.

9. Direito-base e direito-conseqüente

Veja-se, para exemplo, o que diz o direito material, a lei na sua diretiva de positividade. Nela, em primeiro lugar, está o elemento **moral**. Surgido da explicitude da regra constitucional. Falando no remédio da **segurança**, ao mesmo tempo, em ilegalidade ou abuso de poder, de violação presente ou justo receio de sofrê-la, o problema ganha amplitude que refoge da legalidade pura e simples, para envolver questão de conduta administrativa⁽²²⁾.

Quando não se permite, pela supressão, as medidas liminares nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem à liberação de

(18) *Id.*, *ibid.*, p. 168.

(19) Cf. ULDERICO PIRES DOS SANTOS, *ob. cit.*, p. 22.

(20) SEABRAFAGUNDES, *Anova Constituição...*, *cit.*, in *Revista de Direito Administrativo*, 89/5.

(21) *Id.*, *ibid.*

(22) Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951; Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964.

bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira, o efeito é antiliberalizante, de contornos morais. O fato, sem dúvida, pela não-permissividade, conduz não a uma apreciação de direito, mas a uma apreciação de moralidade. Deixando ao julgador condições de avaliação que tocam o comportamento de licitude ou não do impetrante⁽²³⁾.

Pela índole sumária do processo judicial⁽²⁴⁾, o que se pretende como finalidade são duas imposições: uma com respeito ao direito líquido e certo, outra que diz referência ao ato de autoridade. Em ambas as situações prevalece o elemento moral – de uma parte, para que o impetrante não sofra lesão irrecuperável, de outra, para melhor exame do ato nas suas premissas de validade na executoriedade, ou seja, de normatividade legal.

Sabe-se que há um **direito-base** peculiar ao mandado de segurança, e um **direito-conseqüente**⁽²⁵⁾. O primeiro se materializa com a ilegalidade ou abuso de poder (direito jurídico). O segundo, com a liquidez e a certeza que move o impetrante. Um é direito subjetivo (direito moral, de defesa contra o ato viciado). O outro, a regra processual escrita.

10. A importância da interpretação

Em matéria de tanta sutileza, a interpretação do ato administrativo exige o conhecimento de uma lição que não é de hoje. Singular, como se apresenta, o processo na ação de mandado de segurança, aponta relevos que não se podem deixar de considerar. Sentir o ato, sob todos os aspectos, é obrigação essencial. Sentir para bem interpretar. Só com a análise interpretativa torna-se possível a fixação da determinação da vontade na relação processual.

Os elementos são aqueles já marcados pela verdade na tradição doutrinária: o gramatical, o lógico e o científico. O **gramatical** que tem por objeto a linguagem da lei, isto é, sua influência na construção textual. O **lógico** refletindo o pensamento no raciocínio e na análise, num método de decomposição do espírito da lei. O **científico**, de muito maior profundidade, e que dá as premissas para se avaliar a vontade do legislador⁽²⁶⁾.

A combinação do interesse privado com o interesse público, segundo as circunstâncias e os motivos da lei, a equidade levada à condição de uma virtude moral, contribui para que não se dissimulem certos deveres morais latentes na vida da ordem jurídica.

Surgem daí "*princípios e razões de moralidade, que, conquanto*

(23) Lei nº 2.770, de 4 de maio de 1956.

(24) Cf. HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit. - *Natureza processual* - pp. 12-13.

(25) Cf. OTHON SIDOU, ob. cit., p. 87.

(26) Cf. FRANCISCO DE PAULA BAPTISTA, *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*, Recife, 1872, pp. 14-20.

estranhas ao direito propriamente dito, entram em uma boa legislação, e servem de motivos a certas leis"⁽²⁷⁾. Uma vez que os motivos do ato, mostrando o pensamento da Administração, não se esquecendo nunca do suporte de natureza legal, permitem a aferição do justo e do razoável, ou melhor, da justiça e da equidade no tratamento comum dos administrados.

11. Ato de autoridade e tutela dispensável

Entendendo o **ato de autoridade** como toda manifestação do poder público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-lo⁽²⁸⁾, aí temos nas hipóteses dois problemas: um de normal exercício de competência formal, outro de falta de exação funcional.

Não se restringe o exame na jurisdição apenas ao controle da legalidade, mas às formas externas lícitas ou ilícitas. Sabe a doutrina que a expressão **ato administrativo**, como vimos tentando explicar, em sentido amplo, compreende uma série de operações que possuem caráter administrativo, ou melhor chamando **operações materiais administrativas**.

Parecer legal, porque no fundo há a norma, não basta para o ato administrativo de direito constitucionalizado. Os essenciais fundamentos de justiça e de equidade estão aí para sustentar o princípio moral de que os administrados não devem sofrer uns mais que os outros a atuação do poder administrativo. O exercício do poder **diferenciado**, ainda que legal e regular da Administração⁽²⁹⁾.

À Administração cabe atuar devidamente ajustada às regras de direito. Violentando-as, a atividade administrativa passa a ser ilícita e do fato surge a responsabilidade estatal. Não fosse complexa a atividade administrativa, então a tutela seria dispensável. E desnecessárias também as regras atinentes à responsabilidade, seja na esfera legislativa, da jurisprudência, ou mesmo da doutrina.

12. Anulação do ato e não da lei

Através das **seguranças**, o que na realidade objetivamente se

(27) *Id.*, *ibid.*, p. 22.

(28) Cf. HELY LOPES MEIRELLES, *ob. cit.*, p. 13.

(29) Consultar GEORGES JELLINEK, *Teoría general del estado*, trad. esp., Buenos Aires, 1954, vol. II, p. 22; LÉON MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, 1932, p. 180.

pretende? Naturalmente, duas coisas, em virtude do demorado decurso de tempo nos conflitos ou demandas:

a) considerar a insuficiência das ações ordinárias anulatórias que levam o administrado a uma longa controvérsia com prejuízo dos fundamentais direitos constitucionalizados;

b) alertar para a necessidade imediata dos remédios judiciais extraordinários que proscrevam de pronto a possível consumação da lesão denunciada.

Os termos da **disposição constitucional** permitem amplitude de análise crítica. Não possuem caráter restrito defensivo da legalidade formal apenas, pois a atuação parcial, não moral, apesar de normativa, conduz à violência declarada. Não se trata, é preciso ficar claro, de anulação da lei, mas de contenção do ato administrativo que ofenda o direito do administrado. Entre a lei e a sua aplicação, há **na espécie** a presença da Constituição.

Com o objeto do pedido, o que se quer obter é a proteção de um direito líquido e certo, violado ou ameaçado, mas violado ou ameaçado por ilegalidade ou abuso de poder. De tal maneira que a determinação da certeza e da liquidez do direito invocado “*fique em larga escala confiada a livre apreciação do juiz*”⁽³⁰⁾. Não é portanto a lei que somente se aprecia. Nem a estrita legalidade. Sobretudo também o **abuso** na sua extensão, origem e propósitos, ou melhor, a legitimidade do ato administrativo.

Age aqui o princípio da moralidade com a sua iniludível atualidade em favor do titular de direito líquido e certo “*derivado de direito com iguais atributos de que seja titular outra pessoa*”⁽³¹⁾. É a imparcialidade na atitude da Administração, a equidade no exercício do poder administrativo que não cabe ao julgador deixar de avaliar. é tão importante a reintegração da legalidade quanto o resguardo da moralidade administrativa.

13. Deontologia e supremacia constitucional

As várias faces do instrumento-remédio extraordinário já não encontram mais limitações polêmicas. Firmou-se, com justa causa de fundamento constitucional, que o **cabimento** alcança o ato administrativo onde se exercite materialmente⁽³²⁾. A tendência para o exame do ato, as características de ação

(30) MARCELO CAETANO, *As garantias jurisdicionais aos administrados no direito comparado de Portugal e do Brasil (Direito Brasileiro Atual)*, in *Revista de Direito Administrativo*, 80/21; JOSÉ LUÍS LAZZARINI, ob. cit., *Antecedentes del amparo en Brasil* - pp. 53-62.

(31) MARCELO CAETANO, *As garantias...*, cit., in *Revista de Direito Administrativo*, 80/22.

(32) Cf. ARNOLD WALD, *O Mandado de Segurança na Prática Judiciária – O direito público, princípios básicos do direito administrativo, mandado de segurança e o direito administrativo, missão do mandado de segurança*, Rio de Janeiro, 1958, pp. 11-16.

sumária especial, as origens históricas e doutrinárias impõem que a realidade da lesão seja avaliada tendo em conta a ordem jurídica, o direito positivo, os motivos de moralidade e as regras formais de legalidade.

De longa data, o pensamento de orientação, ainda quando o *habeas corpus* era o único instrumento específico de defesa, fundava-se no direito administrativo poder fazer consagrar, respeitar, manter ou restaurar, preventivamente, os direitos individuais ou coletivos, públicos ou privados, **lesados** por atos do poder público, ou de particulares, para os quais não houvesse outro recurso especial⁽³³⁾. Competindo ao órgão competente na jurisdição, como regra de pura moralidade, o exame dos critérios políticos e administrativos, o exame do ponto de interesse público ou governamental envolvido na causa⁽³⁴⁾.

Nenhuma cláusula da Lei Suprema pode ter suporte na distinção entre administrados. A proteção e a garantia consagram o amparo, entre nós, da segurança⁽³⁵⁾. Não só os benefícios da liberdade são benefícios reais. Além da liberdade individual, há a liberdade jurídica. Ou seja, a liberdade constitucional. Os juízos teóricos, muitas vezes, não são juízos de valor. A proteção **fundamental** aparece aqui, *lato sensu*, não restrita aos critérios subjetivos que a Administração dá para aplicar a lei, a norma jurídica. O que se exige é o tratamento adequado para a suspensão do ato lesivo.

O problema, como querem alguns, não reside numa distinção **sutil** entre a lei e a moralidade⁽³⁶⁾, mas entre a moralidade e a aplicação da lei. Com efeito, o amparo ou a segurança, a tutela das **potestades** naturais do indivíduo através das Cartas constitucionais, ou o direito dos governados (administrados) opostos a toda e qualquer autoridade estatal, sofreriam uma total frustração caso as exigências se marcassem nos limites formais da norma escrita, e não na existência substantiva de um direito que busca a proteção adjetiva⁽³⁷⁾. A questão é, também, sem dúvida, de **deontologia constitucional**.

Assim não fosse, abstrato seria o princípio da supremacia constitucional. Sem qualquer conteúdo programático ordenativo e de ordenação das regras aplicáveis. A natureza **moral** da segurança, para resguardo da moralidade administrativa, constitui um processo **teleológico** capaz de na essência não só proteger o cidadão, mas de preservar inclusive o regime constitucional, ou, então, os princípios constitucionais expressos⁽³⁸⁾. Não se diga que basta a garantia da legalidade. Bastaria que fosse o ato administrativo um ato sem as características de coercitividade, de execução coativa por diferentes meios.

(33) Cf. ALBERT TORRES, *A Organização Nacional* (Projeto de Revisão Constitucional), Rio de Janeiro, 1914, p. 369.

(34) *Id.*, *ibid.*, p. 370.

(35) Cf. V. LINARES QUINTANA, *Acción de amparo - Consagración del amparo; El juicio de amparo mexicano*, Buenos Aires, 1960, pp. 21-39.

(36) Cf. LON L. FULLER, *ob. cit.*, p. 106.

(37) Cf. IGNACIO BURGOA, *El juicio de amparo - Fundamentación filosófica del juicio de amparo*, México, 1962, pp. 22-25.

(38) *Id.*, *ibid.*, pp. 154-155.

14. Ordem jurídica e moralidade administrativa

Na prática administrativa, de edição e execução dos atos administrativos, em se tratando de atos administrativos **concretos**, é válida não só a ação terapêutica como a ação de controle profilática⁽³⁹⁾. A primeira, dando ao julgador na jurisdição a possibilidade de conhecimento do ato lesivo, para dar-lhe o tratamento adequado na relação jurídica. A segunda, de prevenção, no sentido de se evitar a disseminação de outros atos iguais capazes de contaminação na ordem jurídica positiva.

Considerando a Administração pública como atividade jurídica que é, não se compreende que os seus atos não sejam valores de justiça, de equidade, de moralidade, em razão da legalidade. É princípio **apolítico**, no bom dizer, que a Administração não deve ser injusta, não deve ser arbitrária e não deve ser imoral⁽⁴⁰⁾. O Estado (Administração) tem obrigações que correspondem a direitos do administrado. Uma dessas obrigações é a correta forma quanto à norma. Outra, de apreciação jurídica no tocante ao mérito de eficácia do ato.

O que se objetiva com o bom procedimento através da materialização do ato administrativo é assegurar a ordem jurídica e a moralidade na Administração, proteger os administrados afetados por decisões-atos que possam parecer irregulares ou duvidosos quanto à validade⁽⁴¹⁾. A extralimitação, mesmo no exercício de poder discricionário, constitui um ato ilícito, pois existem certas limitações internas (de moralidade) que são impostas a esse tipo de poder⁽⁴²⁾. As regras do bom procedimento perseguem principalmente duas finalidades: assegurar a ordem jurídica e resguardar a moralidade administrativa⁽⁴³⁾.

São essas últimas duas diferentes finalidades que podem projetar conseqüências danosas ao administrado. De igual maneira, possuem os administrados, no sentido do reparo dos seus direitos, **dois direitos** que são subjetivos e de ordem administrativa:

a) o direito à **legalidade** dos atos administrativos, isto é, o poder de exigir da Administração que se subordine às normas legais estabelecidas,

(39) Cf. LUÍS FERNANDO MARTINEZ RUIZ, *Los límites del poder discrecional de la autoridad administrativa*, Parte III - *Los actos de la Administración sin control jurisdiccional* - in *Información Jurídica*, Madri, 1973, 316/59.

(40) Cf. BARTOLOME A. FIORINI, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, vol. II, p. 1.006.

(41) Consultar: BARTOLOME A. FIORINI, *Teoría de la justicia administrativa*, Buenos Aires, 1944, p. 159; ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideu, 1963, vol. I, p. 465; ROGER BONNARD, *Précis de droit public*, Paris, 1946, p. 139; ANTONIO ROYO VILLANOVA, *Elementos de derecho administrativo*, Valladolid, 1948, vol. II, p. 862; CINO VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, 1948, vol. I, p. 446; MARCEL WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif italien*, Torino, 1932/34, vol. II, p. 328; FRITZ FLEINER, *Instituciones de derecho administrativo*, trad. esp., Buenos Aires, 1933, p. 119.

(42) Cf. FRITZ FLEINER, ob. cit., p. 119.

(43) Cf. SAYAGUÉS LASO, ob. cit., vol. I, p. 466.

decompondo-se esse direito na avaliação de uma série de outros direitos que se somam, como o da competência, o da forma, o do motivo, o do objeto e o do fim prescrito na lei⁽⁴⁴⁾;

b) o direito à **moralidade** na Administração, que qualifica a conduta no procedimento administrativo, ou seja, uma postura onde o mérito e a legitimidade se encontrem presentes, porque apesar da moralidade na Administração aparecer num plano diferente da moralidade do ato, nos seus efeitos o ato possui interferências recíprocas⁽⁴⁵⁾.

O princípio da legalidade postula o primado jurídico da lei, a submissão total da ação administrativa à lei. O controle da moralidade envolve tanto a conduta funcional como a finalidade que determinou o ato administrativo. Não é fácil, em muitos atos, distinguir os dois elementos, quando intrínsecos da decisão administrativa. Extrovertem-se ou antes de editado o ato lesivo ou depois que o ato se faça positivo na sua realidade relacional. O alcance de qualquer pronunciamento decisório há de refletir um dever (o de origem moral) e um direito (o de origem legal).

15. A larga via da segurança constitucional

Como na ação popular, no mandado de segurança a moralidade é uma questão de mérito e, ao mesmo tempo, de **legitimidade** e de legalidade⁽⁴⁶⁾. Não obstante a lei, é preciso que o ato impugnado seja legítimo, eficaz, justo e moral. É a moralidade, como já apontamos, elemento intrínseco do ato administrativo. Resultante da equidade, da imparcialidade e do justo interesse provado.

A transcendência do problema pode não encontrar boa guarida na rigidez das doutrinas demasiadamente legalistas. No entanto, o ato administrativo, bem o sabemos, pode ser injusto ou inconveniente, apesar da sua regularidade de fundo e de forma. No direito público e, portanto, no Administrativo, os conceitos evoluem com os fatos, os fatos com as situações jurídicas.

É o direito que ordena toda e qualquer ação administrativa. Mas é a moral que dá a tônica do comportamento administrativo⁽⁴⁷⁾. A experiência demonstra, através da relação jurídica que sempre vincula, que o fato e o ato

(44) Cf. PEDRO GUILLERMO ALTAMIRA, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1971, p. 263.

(45) *Id.*, *ibid.*, p. 387.

(46) Impossível, nos atos administrativos, apenas se presumir a legitimidade. Consulte-se AGUSTIN A. GORDILLO, *El acto administrativo - La falta de fundamento teórico de la presunción de legitimidad*, Buenos Aires, 1969, pp. 123 e segs. Principalmente no que diz com os direitos constitucionalizados.

(47) Cf. AGUSTIN A. GORDILLO, *ob. cit.* - *Lo atinente a la moral* (p. 66); *Inmoralidad* (p. 253); *A ley inmoral* (p. 255), *Vicios del objeto* (p. 257-258).

tornam concretas as equações jurídicas em termos de soluções certas e adequadas. Essa é porém uma questão **casuística** que se deverá resolver concretamente em cada situação relacional particular.

No mandado de segurança, o amparo contra a lesão, ou a ameaça de direito, assenta não propriamente na exatidão da norma jurídica (ou na lei), mas na supremacia da ordem jurídica. Na supremacia constitucional, melhor dizendo, que é formal e material. O que há, possibilitando o amparo, é um direito constitucionalizado, que a Administração não pode violentar, senão violentando a própria ordem jurídica à qual se integra.

O mandado de segurança, tal como se propõe no capítulo dos direitos, não protege só o administrado, mas a própria Constituição não permite atos cujos efeitos levam à má ou dispar aplicação da norma legal. Como remédio excepcional, pretende tão-somente a restauração dos direitos violados. Exigindo, para isso, que o ato violatório seja apreciado sob os aspectos mais essenciais, de lei, primeiro, e depois também quanto à lisura do procedimento administrativo.

A ilegitimidade **manifesta**, os vícios grosseiros, sob a influência do elemento **moral**, naturalmente que deixam aberta ao administrado a via do amparo pela segurança. A proteção, por exemplo, contra a revogação dos atos **estáveis**, é outra questão a ser estudada. Como a ilegitimidade dos atos **estáveis**, é outra questão a ser estudada. Como a ilegitimidade de **objeto** que pode resultar na violação da lei e da Constituição. Ou então, para concluir, os distintos vícios do ato nas suas conseqüências materiais.

Capítulo VI

A MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA AÇÃO POPULAR CONSTITUCIONAL

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O significado da actio popularis. 3. A premissa de moralidade. 4. A moralidade na lei. 5. Presunções e circunstâncias. 6. A isonomia como presunção válida. 7. Isonomia e moralidade. 8. O mandamento constitucional. 9. A ação popular nas Constituições do Brasil. 10. Ação popular e boa administração. 11. O sentido moral na regra constitucional. 12. O interesse juridicamente protegido. 13. A anormalidade no exercício funcional. 14. A questão da responsabilidade. 15. O aperfeiçoamento do controle jurisdicional.

1. Introdução

O problema, na possível controvérsia, coloca-se de igual maneira que nos dois capítulos anteriores. Tudo se resume no ato administrativo e suas implicações. Tanto faz seja ele emanado de poder discricionário ou com desvio de poder. No ato qualificado, materializado quanto aos motivos e forma de procedimentos. E apreciado na oportunidade.

Visa a **ação popular** invalidar atos ou contratos administrativos lesivos ao patrimônio público. É um instrumento constitucional de defesa dos interesses coletivos ou comunitários. Posto à disposição do administrado como prerrogativa inalienável. Traz no seu conceito uma finalidade **corretiva**. De correção da atividade administrativa.

O beneficiário direto da ação nunca é o administrado. Mas a coletividade, como titular do direito subjetivo. Não trata apenas de examinar a legitimidade dos atos administrativos. Procura, na evidência, exaltar as regras de

boa administração. Não a legalidade, mas a moralidade administrativa⁽¹⁾. Ou melhor, proteger a **ordem moral** na Administração.

O móvel, pois, da ação popular, "*não é apenas restabelecer a legalidade, mas também reprimir a imoralidade administrativa*"⁽²⁾. Não é a legalidade, propriamente, que está em dúvida ou discussão. Nem a perfeição da decisão administrativa, seja nos atos ou nos contratos. Não se cogita da pureza formal dos atos, mas do seu caráter de lesividade.

No entanto, como já o fizemos em capítulos anteriores deste trabalho, há que precisar na transformação do ato administrativo em **fato administrativo** o sentido puramente jurídico da expressão terminológica⁽³⁾. Para dizer que no procedimento lesivo a aceção não se enquadra no conceito de **imoralidade**, mas de moralidade administrativa.

2. O significado da *actio popularis*

Em quase desuso hoje em dia por motivos que não se explicam senão politicamente, nas suas origens a **ação popular** constituiu o meio defensivo mais eficaz no tocante às instituições administrativas, e com respeito à ordem pública, ao uso público, às liberdades públicas e à **moralidade** no exercício das funções e **cargos** governamentais⁽⁴⁾. Sempre que estivesse em jogo a causa pública, a ação

(1) A literatura jurídica brasileira é farta em ensaios e monografias: ARY FLORÊNCIO GUIMARÃES, *Aspectos da Ação Popular de Natureza Civil*, Curitiba, 1957; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Ação Popular Constitucional*, São Paulo, 1968; PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, *Ação Popular Constitucional*, São Paulo, 1968; HELY LOPES MEIRELLES, *Mandado de Segurança e Ação Popular*, São Paulo, 1969; SEABRA FAGUNDES, *Da ação popular*, in *Revista de Direito Administrativo*, 6/1; JOÃO COELHO BRANCO, *Da ação popular*, in *Revista de Direito Administrativo*, 25/429; NELSON CARNEIRO, *Das ações populares no direito brasileiro*, in *Revista de Direito Administrativo*, 25/428; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *As ações populares no direito brasileiro*, in *Revista de Direito Administrativo*, 52/42; JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *A ação popular constitucional*, in *Revista de Direito Administrativo*, 85/395; R.A. AMARAL VIEIRA, *Ação popular*, in *Revista de Direito Administrativo*, 89/443; CLÓVIS BEVILÁQUA, *Projeto do Código Civil*, in *Trabalhos da Câmara*, vol. IV; ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA, *Ação popular*, in *Revista de Direito Administrativo*, 35/48.

(2) "*Atualmente, em certos sistemas como o francês, se defende o direito objetivo quanto à legalidade da atividade administrativa e, ainda, à sua moralidade, por meio de recursos contenciosos chamados de anulação, tais como o de excesso de poder e o de desvio de poder. Na ação popular, o grau de interesse não se qualifica, não se mede.*" (RAFAEL BIELSA, *Ação popular e o poder discricionário da administração* (trad. de GUILHERME A. DOS ANJOS), in *RDA*, 38/40).

(3) Vide *As fronteiras da moralidade no direito* (Cap. III, 1ª Parte), *O elemento moral na formação do ato administrativo* (Cap. II, 2ª Parte) in *Controle da Moralidade Administrativa*, São Paulo, 1977.

(4) "*Mediante essas ações os cidadãos romanos exerciam uma espécie de poder de polícia em forma jurisdicional, isto é, não como expressão de autoridade alguma, senão punham em movimento a justiça para indagar, processar e condenar os transgressores do direito objetivo*

popular seria para os romanos do direito romano o remédio adequado às manifestações consideradas lesivas aos fundamentos do regime institucional. Pela própria natureza, eram ações cuja amplitude somavam o interesse geral e o poder de polícia, o controle do procedimento administrativo e o exame da legitimidade externa do ato administrativo⁽⁵⁾.

Desde os romanos, a ação popular é um meio e é um fim. Um meio pelo qual o administrado provoca o pronunciamento tutelador dos direitos sobre os atos da Administração pública. Um fim, no sentido da conservação e defesa das coisas públicas. Sob que aspecto se apresente, de legalidade ou de moralidade, as decisões administrativas sofrem exame de apreciação de causa e de mérito. O Estado, ontem como hoje, não é uma entidade fora e acima dos administrados. Entre o Estado e os cidadãos há a mesma relação que entre os gens e os gentiles. O igual direito de todos nascia como nasce da *res publica*. Confunde-se, no fenômeno, a sociedade pública com a sociedade política⁽⁶⁾.

Nas diferentes fases de evolução da organização política de Roma, sempre que houvesse um interesse público ameaçado de lesão ou lesionado, a defesa se fazia valer através das *actiones populares*. Ainda que não houvesse uma distinção definida em matéria de público ou de privado, a posição no litígio sempre marcava um interesse público, coletivo, social. A herança, vinda do passado histórico, ainda é a mesma: tais tipos de ação tendem a amparar na legalidade a moralidade administrativa⁽⁷⁾. Protegem não só as coisas de natureza patrimonial, mas sobretudo apreciam aqueles atos inquinados de parcialidade, não conformes com os costumes, de comportamento administrativo desigual. Possuem, portanto, uma dupla finalidade: de legalidade no ato e de moralidade no procedimento.

3. A premissa de moralidade

Para o ferimento da legalidade, outros instrumentos mais apropriados existem nos sistemas jurídicos processuais civis. Só que nas ações populares, o

que interessava aos cidadãos no que se referisse à segurança pública, à moralidade administrativa, ao patrimônio do Estado." (RAFAEL BIELSA, *Ação popular...*, cit., in RDA, 38/47). Cf., também, do mesmo autor, *Derecho administrativo*, vol. I, Buenos Aires, 1937, p. 622.

(5) Consultar RAFAEL BIELSA, *Ação popular...*, cit., in *Revista de Direito administrativo*, 38/47; JOSÉ AFONSO DA SILVA, ob. cit., p. 15; RECAREDO F. DE VELASCO CALVO, *El acto administrativo*, Madri, 1929, p. 280.

(6) Consultar RUDOLF VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Paris, 1886, vol. I, pp. 205-212; CHARLES MAYNZ, *Cours de droit romain*, Paris, 1876, vols. I, 53, e IV, p. 532.

(7) Consultar RAFAEL BIELSA, *Ação popular...*, cit., in *Revista de Direito administrativo*, 38/47; HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 56; ARY FLORÊNCIO GUIMARÃES, ob. cit., p. 25; R.A. AMARAL VIEIRA, *Ação popular*, cit. - *Histórico e direito comparado*, 89/443.

interesse legítimo é mais amplo, não diz com o indivíduo somente, alcança motivos determinantes superiores, com efeitos *erga omnes* quanto à anulação do ato impugnado. Não se trata tão-só de restabelecer a legalidade atingida pelo ato irregular, mas de averiguar a lisura do ato, a equidade no tratamento administrativo ou a imparcialidade nas decisões de interesse geral.

Ao admitir-se a ação popular, a legalidade importa até certos limites que são os determinados na própria lei. Ela não somente procede nos casos de violação do disposto legal. Todo princípio de direito público contido nas cartas constitucionais ou códigos permite o uso da **via popular** tais sejam os motivos: a interpretação arbitrária, a dúvida quanto ao fato, ou melhor, os desígnios de plano administrativo, econômico e social.

Particularíssima pela singular acepção de **fim**, no direito moderno acentua-se pela sua natureza excepcional; tratasse apenas de apreciar a legalidade, perderia o objetivo substancial. Tanto assim que vai mais além, procurando entre alternativas atingir a regra imperativa de “boa administração”. Deve compreender-se que não fazem **verdade pública** as incidências legais que visem legitimar os atos administrativos. O problema é algo mais profundo que o da aparência legal, de legalidade externa, formal ou de vontade irresistível na pretensão jurídica. É *remedium iuris*, não há dúvida, mas também de proteção jurídica da moralidade⁽⁸⁾.

A premissa de moralidade, isto é, de boa administração, leva a algumas considerações prioritárias:

- a) quanto à **matéria** para a sua determinação no direito positivo;
- b) com respeito à **decisão** atacada e o respaldo que possa ter ou não no direito;
- c) no tocante à constatação da **verdade legal** no que diz com a norma jurídica aplicável.

Como forma de exercício privado da função pública⁽⁹⁾, “*tem fins preventivos e repressivos da atividade administrativa lesiva*”⁽¹⁰⁾. Na prática das

(8) Grande maioria dos juristas não dizem mas deixam entender: a ação popular não é apenas remédio de defesa da legalidade. BIELSA foi claro (**A ação popular...**, cit., in RDA). De igual maneira SEABRA FAGUNDES (**Da ação popular**, cit., in RDA, vol. VI, p. 19); GABINO FRAGA, *Derecho administrativo*, México, 1952, p. 351; RECAREDO F. DE VELASCO CALVO, *La acción popular en derecho administrativo*, Madri, 1920, pp. 2 e segs.; GIAMBATTISTA LUÉ, *Azione popolare*, 15. Os autores, quase sempre, procuram definir, não conceituar a ação popular. Veja-se, para melhor entendimento histórico: VEZIO GRISAFULLI, *Azione popolare*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. II, Turim, 1947, pp. 138-143; LIVIO PALADIN, *Azione popolare*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. II, Turim, 1958, pp. 88-93.

(9) *L'azione popolare è una forma di esercizio privato di funzione pubblica* (ALDO M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Nápoles, 1954, p. 497). Consulte-se, no entanto: FRANCO CASANOVA, *Studi sulle azione popolare romane - Le Aziones Populares; Interesse privato e legittimazione*, Nápoles, 1958, pp. 16-36. E também: TOMASCOBRUNO, *Azione popolare*, in *Il Digesto Italiano*, Turim, 1893/99, vol. IV, pp. 951-974.

(10) HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 57. Por seu turno, ponderava SEABRA FAGUNDES já pelos idos de 1947: “*A ação popular, tal como a delinea o texto da Constituição (1946), impõe a interferência do Judiciário em setor relevante, até aqui quase ou totalmente subtraído ao seu controle: o da moralidade do ato administrativo*”. (*Rev. Forense*, 112/13). Na atual Constituição (de 1988), a ação popular vem apontada, no art. 5º, inciso LXXIII.

nulidades há de observar alguns pressupostos indispensáveis à caracterização do fato nas suas consequências externas. Na hipótese, a **moralidade** é condição da extensão do ato e das suas repercussões. Inócua seria o remédio da ação popular não atendendo à importância das linhas de um sistema que não é apenas processual, mas de íntima natureza constitucional.

4. A moralidade na lei

Não pode querer o hermenêuta que os atos lesivos anuláveis venham mais bem expressamente definidos na lei. Na tese legal são nulos aqui os atos nos casos de incompetência, vício de forma, ilegalidade de objeto, inexistência de motivos e desvio de finalidade⁽¹¹⁾. Na indagação cabe, portanto, um juízo de valor. E para saber-se, na apreciação de lesividade, onde entra o condicionamento **moral** no comportamento **administrativo**.

O problema não se limita apenas aos termos de conceituação fática. É preciso analisar, todavia, o conteúdo da norma e o que a norma pretende na exatidão do que não permite. Está certo que a **incompetência** fique caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições do agente que o praticou. Ou que o **vício de forma** consista na omissão ou não observância completa ou regular das formalidades indispensáveis à existência ou **seriedade** do ato⁽¹²⁾. A questão, portanto, não é simplesmente gramatical, mas de investigação da competência aliada à moralidade (seriedade) dos propósitos administrativos.

As especificações que se fazem legais não se podem jamais apreciar separadamente. Formam elas um conjunto de condições explícitas, com a mesma unidade de pensamento legislativo. Falar de **ilegalidade do objeto** é o mesmo que falar de **não-moralidade** quanto à lisura do fim pretendido. A **inexistência de motivos** afeta o princípio normal de “boa administração”. O **desvio de finalidade**, por sua vez, incide sobre a competência, tornando **não moral** uma decisão com fim diverso daquele previsto explícita ou implicitamente⁽¹³⁾.

Quando no direito positivo, na lei singular, afirma-se serem **nulos** certos atos ou contratos, não há como tergiversar⁽¹⁴⁾. As operações podem até ser

(11) Art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular.

(12) Art. 2º, **a e b**, da Lei nº 4.717/65.

(13) Alíneas **c, d e e**, do art. 2º da citada lei especial.

(14) As imposições, quase todas, para não dizer todas, caracterizam questões de **moralidade administrativa**. Leia-se o disposto em lei, para concluir: “Art. 4º - São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º: I - A admissão ao serviço público remunerado, com desobediência, quanto às condições gerais. II - A operação bancária ou de crédito real, quando: a) o respectivo contrato houver sido celebrado sem prévia concorrência pública ou administrativa, sem que essa condição seja estabelecida em lei, regulamento, ou norma geral; b) no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam seu caráter competitivo; c) a concorrência administrativa for processada em condições que impliquem na limitação das

normais, legais ou em acordo com alguma norma autorizadora. No entanto, pelo procedimento, passam a não ser morais, ou melhor, infringentes da moralidade de conduta administrativa. Em muito dos “casos” a legalidade pode estar presente não estando, contudo, a regra moral contida na intimidade dos pressupostos do que possa acontecer.

5. Presunções e circunstâncias

Argumente-se que, em matéria de atos lesivos ao patrimônio público, podemos estar “*em pleno domínio da dissimulação e da fraude, e que esta a tudo corrompe, podendo, por isso mesmo, provar-se por todos os meios de direito, sem excetuar, antes incluindo, os indícios, presunções e circunstâncias*”⁽¹⁵⁾ que pesam na relação jurídica a se estabelecer.

Mas o que se quer **provar**, no entanto? A legitimidade? a legalidade? Claro que não! Tanto as presunções como as circunstâncias, na relação processual, referem-se a atos danosos, ou então, a uma distorção da vontade administrativa. Foi isso que pretendeu o legislador. É isso que pretende a Constituição. Impondo, destarte, a legalidade administrativa. A moralidade no exercício da vontade pública.

Não se esqueça, na interpretação da regra jurídica constitucional, os objetivos da ação popular⁽¹⁶⁾. Os seus pressupostos que são absolutamente

possibilidades normais de competição. III - As modificações ou vantagens, inclusive prorrogações, que forem admitidas, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos de empreitada, tarefa e concessão de serviço público, sem que estejam previstas em lei ou nos respectivos instrumentos. IV - A compra e venda de móveis ou imóveis, nos casos em que não cabível concorrência pública ou administrativa, quando: a) for realizada com desobediência a normas legais, regulamentares, ou constantes de instruções gerais; b) o preço de compra dos bens for superior ao corrente no mercado, na época da operação; c) o preço de venda dos bens for inferior ao corrente no mercado, na época da operação. V - A concessão de licença de exportação ou importação, qualquer que seja a sua modalidade, quando: a) houver sido praticada com violação das normas legais e regulamentares ou de instrução e ordens de serviço; b) resultar em exceção ou privilégio, em favor de exportador ou importador. VI - A operação de redesconto quando, sob qualquer aspecto, inclusive o limite de valor, desobedecer a normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais. VII - O empréstimo concedido pelo Banco Central da República, quando: a) concedido em desobediência de quaisquer normas legais, regulamentares, regimentais ou constantes de instruções gerais; b) o valor dos bens dados em garantia, na época da operação, for inferior ao da avaliação. VIII - A omissão quando efetuada sem observância das normas constitucionais, legais e regulamentares que regem a espécie.”

(15) PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, ob. cit., p. 102.

(16) Lembre-se, de passagem, a lição do ilustre PONTES DE MIRANDA: “Na interpretação da regra jurídica constitucional, entende-se: ou a) que foi criada invalidade dos atos estatais por lesividade ao patrimônio da União, ou dos Estados-membros, ou dos Municípios, ou das entidades autárquicas, ou das sociedades de economia mista, ou b) que apenas se dilatou a legitimação ativa, para as ações de nulidade ou de anulação. Se a), bastaria que o ato fosse

concretos. Uma vez que o objetivo principal que fundamenta o próprio conceito da ação popular “é a manutenção do princípio da moralidade na conduta dos poderes públicos, ou das entidades privadas, relativamente à gestão do patrimônio público”⁽¹⁷⁾.

Quanto ao texto constitucional, no direito brasileiro, mantém já uma tradição de simplicidade apologética⁽¹⁸⁾. Não se podendo, jamais, limitar tal direito de ação. Nem tirá-la da generalidade. No interesse público reside o nexo de causalidade. De harmonia ou não entre o ato e a norma de direito. É o que veremos ainda mais adiante.

6. A isonomia como presunção válida

Sem reservas é o princípio da **isonomia** elementar no Direito Administrativo. As fórmulas constitucionais dele partem assentando critérios essenciais de moralidade. Ficou erigido à categoria de princípio constitucional. E portanto, de princípio de moralidade administrativa⁽¹⁹⁾. Não adianta, por isso, alimentar-se a controvérsia. Justifica a procedência da ação popular desde que não permite “qualquer espécie de favoritismo ou desvalia em proveito ou

lesivo, para que nudo fosse, ou anulável. Se b), é mister que haja a nulidade ou a anulação, segundo os princípios, para que se possa propor a ação popular. O ato a que a regra jurídica constitucional se refere pode ser nulo, ou por ser ilícito ou inegociável o objeto do negócio jurídico, ou por defeito de forma, ou pela falta de algum pressuposto que a lei repute essencial à validade, ou por haver lex specialis que dê a sanção de nulidade. tratam-se as ineficácias como se tratam as nulidades, isto é, aqueles casos em que faltam poderes aos órgãos estatais ou às entidades a qu alude a regra jurídica. A fraude à lei sem a sanção da nulidade. O ato a que se refere a regra jurídica constitucional, pode ser nulo; ou anulável, ou ter havido erro, ou dolo, ou coação, ou simulação, ou fraude contra credores, ou porque resulte de texto de lei dependente de anulação a desconstituição do negócio jurídico”. (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, vol. V, São Paulo, 1971, pp. 640-641).

(17) Os argumentos de JOSÉ AFONSO DA SILVA, são irrespondíveis: a) o restabelecimento do estado de moralidade, por meio da ação popular, importa numa técnica de controle jurisdicional de atos do poder público, observado o requisito da lesividade dos atos atacáveis por esse remédio; b) as ações populares surgiram, no direito moderno, como instituto democrático destinado à fiscalização da moralidade na gestão dos negócios públicos; c) a ação popular constitucional brasileira é um meio destinado a provocar o controle da moralidade dos atos públicos ou de interesse público (ob. cit., pp. 112-285).

(18) É claro o entendimento de PONTES DE MIRANDA; “O texto constitucional assegura a ação popular, atribuída e exercível por Brasileiro (“cidadão”, aí, é o Brasileiro), em se tratando de ato nulo ou anulável de que haja decorrido ou possa decorrer dano à União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal, ou aos Municípios, ou às entidades autárquicas e de economia mista, ou outras entidades tidas como públicas. As Constituições estaduais não podem limitar tal direito – no caso de dano aos Estados-membros, ou aos Municípios – aos Brasileiros residentes ou domiciliados no Estado-membro ou no Município, ou não. A regra jurídica constitucional tem toda a generalidade” (ob. cit., vol. V, pág. 639).

(19) Cf. ADILSON ABREU DALLARI, *Aspectos Jurídicos da Licitação*, São Paulo, 1973, pp. 28-29.

detrimento de alguém”⁽²⁰⁾.

Diga-se que uma Constituição não possui somente normas jurídicas **supremas**, mas também princípios jurídicos de alta importância. Assinale-se, com a melhor doutrina, face à isonomia com respeito à possibilidade da ação popular, que as regras de direito público contida numa Constituição são mais do que normas jurídicas. Prevalece nas disposições constitucionais um conteúdo tão forte e tão profundo que escapa da simples interpretação literal⁽²¹⁾.

Consagrando a **ação popular** para o ataque do ato administrativo, tanto basta dizer que “todos são iguais perante a lei” como afirmar que “qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas”⁽²²⁾. Não sendo nunca “o interesse público, algo sobre que a Administração dispõe a seu talante, o tratamento impessoal, igualitário ou isonômico”⁽²³⁾, de comportamento administrativo ou de moralidade, é imperativo de conteúdo constitucional.

A lógica hermenêutica está nesta verdade: “a moralidade do ato administrativo, juntamente com a sua legalidade e finalidade, constituem pressupostos de validade, sem os quais toda atividade pública será ilegítima”⁽²⁴⁾. Os princípios informativos não são só de Direito Administrativo, mas de incontestável natureza constitucional. São princípios que, implícitos ou explícitos, regem a conduta geral ou singular da Administração.

7. Isonomia e moralidade

Isonomia quer dizer **igualdade**, isto é, a igualdade de todos perante a lei. Quando o princípio vulnera a ordem pública, ou mais propriamente a ordem administrativa, é de justificar-se o remédio da ação popular. Não é sem razão que o direito, nascendo da lei, e com fundamento de natureza constitucional, a ele não recorra o administrado quando transformado em parte, ou melhor, **sujeito ativo** da intenção na defesa do patrimônio público.

Os motivos determinantes, permissivos na lei, alguns deles violentam a isonomia e atingem a moralidade. Bastam alguns casos: nas concorrências onde se compromete o caráter competitivo, nos contratos celebrados sem prévia concorrência pública, na compra ou venda irregular de bens móveis ou imóveis,

(20) CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *O conteúdo do regime jurídico administrativo e seu valor metodológico*, in *Revista de Direito Público*, 2/44.

(21) Cf. AGUSTIN A. GORDILLO, *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, 1966, p. 176.

(22) Constituição da República Federativa do Brasil, de 17 de outubro de 1969.

(23) CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *O conteúdo do regime...*, cit., in *Revista de Direito Público*, 2/54.

(24) HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, 1966, p. 57.

em qualquer situação onde o ato apareça sem a observância das normas constitucionais, legais e regulamentares que regem a espécie.

Não se esqueça que a regra de direito normativa é aquela regra que impõe a todo administrado que vive em sociedade uma certa abstenção ou uma certa ação, que são estabelecidas para garantir o respeito na aplicação da norma jurídica⁽²⁵⁾. Distinguem-se na regra normativa ou na norma jurídica implicações econômicas ou morais, na primeira hipótese, de fundo patrimonial, na segunda, de imperatividade moral.

O problema vem de longe e envolve no seu contexto isonômico o princípio da equidade. Não se recorre à equidade só para atenuar o rigor de um texto, mas para preservar também a imparcialidade. Ninguém ignora que a moral deve presidir à feitura de todos os atos jurídicos⁽²⁶⁾, especialmente aqueles atos gerados pelo poder público na esfera de ordem administrativa. Uma vez que esse, o poder público, jamais se aparta da sua natureza tutelar.

8. O mandamento constitucional

Accitando-se que o Estado, na sua ordem exterior deva combater todos os abusos, todo o **mal moral** e, dentro do possível, toda a desordem moral que atente contra o bem comum, ou que os interesses da moralidade pública não sejam negligenciados⁽²⁷⁾, razões maiores de valor transcendental conduzem o poder administrativo a um comportamento de moralidade quanto à aplicação da lei no regime de legalidade. Tanto existe uma **obrigação** interna da Administração como um **dever** externo da autoridade legitimamente constituída.

Quando se resguarda e protege a legitimidade do cidadão (administrado) para propor ação popular, não se está de maneira alguma querendo atingir o princípio da legalidade, mas o princípio da moralidade do ato administrativo atacado. No direito brasileiro a tradição já está a mostrar que instrumento é a ação popular para a defesa dos interesses da coletividade. O particular a promove em nome do bem coletivo e no uso de uma prerrogativa que lhe dá a Constituição.

Para tal, o legislador estabeleceu os requisitos da ação, os modos preventivos e repressivos da atividade administrativa lesiva, a qualidade dos sujeitos, a competência para o conhecimento da demanda, o rito ordinário com algumas modificações, a sentença com prazo certo e punição do magistrado que retarde a decisão, como os recursos *ex officio* e de apelação voluntária com efeito

(25) Cf. LÉON DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1927, vol. I, pp. 105-4 segs.

(26) Cf. CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro, 1965, pp. 187-359.

(27) S.L.J. SALSMANS, *Droit et morale - Déontologie juridique* - Bruges (Bélgica), 1924, pp. 42-177.

suspensivo. O chamamento ao pleito decorre da posição que a autoridade desfrute no sistema da organização político-administrativa.

Convenha-se que a expressividade do mandamento constitucional incorporou-se ao direito positivo e, além do mais, ao Direito Administrativo, impondo conseqüências à Administração e seus agentes, fazendo o Estado responder na lesividade pelos danos provados contra o patrimônio público. Sobretudo para o efeito de desmanchar situações jurídicas já estabelecidas.

9. A ação popular nas Constituições do Brasil

Recorde-se, para firmeza de entendimento doutrinário, a posição de fundamento constitucional do instituto da ação popular. A disposição consagrada, com o toque da **inviolabilidade** do direito, passou a constituir uma das mais importantes conquistas dos tempos modernos. No Brasil a tradição alcança a Carta Imperial de 25 de março de 1824. Deixando um texto influenciado por exigências regradas de moralidade pública e administrativa.

Foi, no entanto, tratnado do **poder judicial** que a inteligência constituinte colocou o problema da ação popular. Considerando-se as impropriedades que cercavam o incipiente Direito Administrativo da época, só a responsabilidade legal e moral dos juizes importava⁽²⁸⁾. Era uma Carta, a de 1824, com tendências marcantes de organização político-administrativa **dividida**, mas bastante sensível à correção na prática dos direitos forenses.

Omissa a Constituição de 1891, com a Carta de 1934 passou o instituto a ter existência efetiva, ainda que por um período muito curto. Na Carta de 1937 desconheceu-se a ação popular, ao contrário da imediatamente anterior, que não disse claramente ao que vinha, mas que se predispôs a proteger o administrado dando-lhe o direito de representação e a legitimidade para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios⁽²⁹⁾.

Mais apropriada ao conteúdo do direito esteve a Constituição de 1946, afirmando *in verbis* qualquer cidadão como "*parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos*" ao patrimônio público, incluindo na inteligência do texto a responsabilidade das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista⁽³⁰⁾.

(28) Cf. JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO, *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império - Da ação popular contra os juizes*, Rio de Janeiro, 1958, pp. 326-327.

(29) Art. 113, n^os 10 e 38, da Constituição de 16 de julho de 1934.

(30) Art. 141, 38, da Carta de 18 de setembro de 1946. Ver nosso trabalho *Autarquias Administrativas - A responsabilidade do Estado e da Administração*, São Paulo, 1939, pp. 111-118.

Já num regime de **legalidade revolucionária**, em 1967 e 1969 amparou-se o administrado contra os atos administrativos lesivos e através do instrumento próprio da ação popular. Ampliando no mérito do direito a superveniência de duas hipóteses de lesividade no sentido de assegurar:

a) a **qualquer pessoa**, o direito de representação e de petição, em defesa de direito ou contra abusos de autoridade;

b) a **qualquer cidadão**, legitimidade para propor ação popular que vise anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas⁽³¹⁾.

Ao que se vê, ganharam maior dimensão os direitos do administrado. Levando à responsabilidade não só a Administração ou o Estado, mas todas as **entidades públicas**. De fins públicos ou que realizem serviços públicos. Tudo isso dentro em tese das mais avançadas. Vinculando o direito processual aos mandamentos constitucionais⁽³²⁾. À projeção dos atos administrativos no campo da moralidade administrativa ou da improbidade funcional.

10. Ação popular e boa administração

Não se diga que, no direito brasileiro, a doutrina não encontrou o melhor caminho assegurador do respeito pela boa ordem administrativa. De um modo geral, a moralidade administrativa passou a constituir pressuposto da validade de todo ato da Administração pública. Não se trata, contudo, da moral comum, mas sim da **moral jurídica**. E para a qual prevalece a necessária distinção entre o bem e o mal, o honesto e o desonesto, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, o legal e o ilegal. Não obedecendo o ato administrativo somente à **lei jurídica**⁽³³⁾.

Na **ação popular**, na negativa do dever de boa-administração, assentam-se as premissas. Desde que a atividade da Administração, *“além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência, terá ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence”*, pois o ato legal **não moral**, infiel à intenção do legislador, viola o *“equilíbrio que deve existir entre todas as funções”*⁽³⁴⁾, isto é, a moralidade administrativa em razão do fim institucional.

As Cartas políticas brasileiras, a exemplo já demonstrado, deram *“dignidade constitucional a esse direito subjetivo”* e asseguraram, assim, *“a*

(31) Art. 150, 30 e 31 da Carta de 24 de janeiro de 1967; Art. 153, 30 e 31 da Carta de 17 de outubro de 1969 e Carta de 1988.

(32) Consultar JOSÉ FREDERICO MARQUES, *As ações populares no direito brasileiro*, in *Revista Forense*, 178/48; PINTO FERREIRA, *Da ação popular constitucional*, in *Revista de Direito Público*, 20/32.

(33) Cf. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, cit., p. 56.

(34) ANTÔNIO JOSÉ BRANDÃO, *Moralidade administrativa*, in *Revista de Direito Administrativo*, 25/454.

qualquer cidadão a função pública de restaurar a dignidade administrativa e a decência governamental, através de ação em que peça prestação jurisdicional que incida sobre essa pretensão, tão justa, da coletividade, de possuir administração sem jaça"⁽³⁵⁾.

Não valem só as palavras. Mas o que representa o instituto nos **direitos**. Na sistemática da legalidade do ato administrativo, e também da legalidade constitucional. Em linhas gerais, no fundamento das decisões, o poder administrativo além de **legal** há de ser **moral**. Como no caso do *habeas corpus*, onde prevalece um interesse geral de defesa da liberdade, no caso da **ação popular** prevalece a liberdade de defesa da moralidade administrativa.

11. O sentido moral na regra constitucional

Ainda que exercida por pessoa indeterminada contra a atuação que o Estado imprime aos serviços públicos⁽³⁶⁾, a ação popular mantém a intenção de controle da legalidade política e constitucional da atividade administrativa⁽³⁷⁾. Não se trata, portanto, de legalidade tão-somente jurídica. No sentido político, há o sentido moral. Na regra constitucional, o princípio da moralidade, da equidade, da exação ou da imparcialidade administrativa.

Importa, está claro, a **ilegitimidade do fim** que o ato administrativo persegue. Contudo, se faz importante saber que esse **fim** há de se compreender na apreciação dos motivos⁽³⁸⁾. E muito mais que isso, no negócio jurídico que a Administração já realizou ou tende a realizar. Caracterizado, todavia, o excesso de poder, o justo para uns e o injusto para outros, o **excesso** aparece violentando a moralidade, e, assim, como vício mais grave, por irracional que é, do que a própria violação da lei⁽³⁹⁾.

No direito público, com maior incidência no Direito Administrativo, os fatos não surgem muitas vezes de intenções claras. Nem os atos, num *quantum* de oportunidades, aparecem como medida fotográfica da vontade real da Administração. Sempre o poder (em qualquer tipo de governo) surpreende quando da aplicação de preceitos legais ou normativos. Numa tendência que é do homem (não das instituições) de quebrantar a normalidade jurídica.

A luta do pensamento doutrinário para maior controle jurisdicional

(35) JOSÉ FREDERICO MARQUES, *As ações populares...*, cit., in *Revista Forense*, 178/48.

(36) Cf. RECAREDO F. DE VELASCO CALVO, *La acción popular en el derecho administrativo*, Madri, 1920, p. 51.

(37) "La acción popular es un recurso esencialmente jurisdiccional y en general judicial. Además, ella se promueve contra actos de cualquier funcionario, sea no superior jerárquico, respecto del hecho o acto que la motiva." (RAFAEL BIELSA, *Derecho administrativo*, cit., vol. I, p. 622).

(38) Cf. LEON DUGUIT, *Lex transformations du droit public*, Paris, 1913, pp. 190 e segs.

(39) Cf. CINO VITTA, *Diritto amministrativo*, Turim, 1950, vol. II, p. 516.

da legalidade dos atos executivos, das decisões administrativas e da constitucionalidade das leis⁽⁴⁰⁾, não é uma posição tão fria como aquela que envolve o entendimento dos textos privados. Vem de uma longínqua determinação de sentimento histórico que as regras constitucionais consagram para que os direitos que se conferem sejam legítima e moralmente respeitados.

12. O interesse juridicamente protegido

Apresentada a situação **na relação** como verdadeira e concreta, não se impõe que o administrado como pessoa se faça portador de um **legítimo interesse** provado, pois o que deve se atender é a uma situação jurídica real, existente⁽⁴¹⁾. Só com a aceitação da arguição se pode compreender a possível natureza da lesão, as demasias administrativas, ou, então, a lei **usada** sem equidade no tocante à boa idéia de comportamento administrativo.

Não se exige, portanto, para a ação popular, que a lesão venha previamente figurada. O critério subjetivo da lei é generalizante. Não se presumem hipóteses que não de ordem material ou moral. A ação, quando proposta, pretende restabelecer a legalidade com a supressão jurídica do ato que a violou⁽⁴²⁾. Discuta-se, destarte, a possível lesão, não o interesse pessoal direto ou indireto.

A lesão é coisa a apurar ainda no litígio provocado. De princípio o que se quer ver é o direito como o interesse juridicamente protegido. Um interesse que carece de proteção jurídica. Abrindo-se para o administrado a possibilidade não de prova, **mas de provar**. Precisamente, nas ações populares mais ampla fica a proteção concedida. Sendo limitada, porém, nos casos estabelecidos no direito positivo, isto é, aos casos já fixados exatamente ainda que o interesse apareça indeterminado na prática e nos efeitos⁽⁴³⁾.

A posição de supremacia da Administração traz problemas de importância investigatória no juízo da tutela jurídica. Um deles é o problema da constante responsabilidade, como é sabido. O fato danoso como a não-juridicidade da conduta, o comportamento diverso do estabelecido como legalidade confrontada com a ilicitude⁽⁴⁴⁾, tornam o interesse legítimo, indiscutível, sobretudo duvidosa com a motivação do ato administrativo.

(40) Cf. MAURICE DUVERGER, *Manuel de droit constitutionnel et science politique*, Paris, 1948, p. 180.

(41) Cf. LÚCIO BITTENCOURT, *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, Rio de Janeiro, 1949, p. 103.

(42) Cf. PIERRE WIGNY, *Droit administratif – Intérêt, lésion ou intérêt*, Bruxelas, 1953, págs. 343-381.

(43) Cf. RUDOLF VON HIERING, *El espíritu del derecho romano*, Trad. esp., Buenos Aires, 1947, pág. 433.

(44) Cf. RENATO ALESI, *Principii della responsabilità civile nella pubblica amministrazione*, Bolonha, 1956, págs. 24-25.

13. A anormalidade no exercício funcional

Corresponde necessariamente a ação popular, no sentido histórico da inspiração romana, a certas condições positivas de anormalidade no exercício da função administrativa, e **condições** que aparentemente não desconformando princípio de legalidade. Fosse apenas a ilegalidade motivo da ação, o **mandado de segurança** não teria lugar no quadro dos recursos contra a prática de atos administrativos lesivos ou abusivos.

O pensamento legislativo, no direito positivo, não se fixa só no ato, mas no fato gerador do ato. Nos motivos e nas conseqüências do ato. Na escala dos direitos, a legalidade é a norma comum de conduta administrativa, conquanto a moralidade seja a conduta não lesiva ou imparcial de comportamento na atividade pública. A exação é uma obrigação relacional-jurídica.

A barreira está precisamente, por isso, no princípio da moralidade, não no princípio da legalidade. Não basta a legalidade aparente ou mesmo substancial quando o **remédio judicial** abrange a natureza do ato e os motivos, os fins do ato e as suas conseqüências. A apreciação vai, ou deve ir, sem dúvida, até onde possam chegar os efeitos negativos ou positivos do ato. Do contrário, a lesividade jamais poderá ficar devidamente caracterizada⁽⁴⁵⁾.

Não é o ato **não legal** que justifica a ação popular, pois legal o ato é, **deve ser**. O que se exige é que, dentro dos pressupostos legais, seja moral, não conflitante com as regras da boa administração, ou com a moralidade administrativa. Não será nunca demais repetir que a equidade e a imparcialidade fazem na normalidade obrigações de relação jurídica. E que o dano, que atinge o cidadão pelos seus efeitos pode atingir a comunidade.

14. A questão da responsabilidade

A doutrina informada pelo direito positivo (e processual) não deixa lugar a dúvidas: a ação popular, como processo de lesividade, regulado por lei, com fim de impugnação do atos ofensivos ao patrimônio, na justificação da ofensa não prescinde por igual do exame da moralidade. Por igual porque, presumida a legalidade, o que resta de valor reside na conduta da Administração, isto é, nos objetivos constitucionais de moralidade administrativa.

Aliás, em muitos pontos, no direito brasileiro, a declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público para a conceituação dos

(45) Cf. AURÉLIO GUAITA, *El proceso administrativo de lesividad - "el derecho vulnerado"* (pág. 42); *"la lesión de intereses"* (pág. 61); *"efectividad de la lesión"* (pág. 68), Barcelona, 1953. Os conceitos são aplicáveis às causas que permitem a ação popular. São conceitos, contudo, relativos aos fatos nos recursos. Mas valem como bons exemplos.

casos⁽⁴⁶⁾ envolve na problemática a figura do **abuso em direito**⁽⁴⁷⁾, numa amplitude que vai além da violação da lei ou da anormalidade no exercício funcional. A catalogação é casuística, informativa, fática, sem outras formalidades senão aquelas que dizem com os requisitos qualificantes da ação.

No entanto, a responsabilidade no anulamento do ato por meio da ação popular sempre consequência não obstante não converter o dano em vantagem para o autor da ação⁽⁴⁸⁾. Mas a responsabilidade existe, permanece e se estende conforme as hipóteses vinculadas à demanda popular. Seja pr ação regressiva ou simplesmente corretiva. Tudo depende do fim-objeto da ação. O ressarcimento do dano decorre da natureza do ato lesivo⁽⁴⁹⁾.

A questão da responsabilidade, todavia, se coloca nos argumentos de fato e de direito que se possam aduzir. As leis especiais, (ação popular ou mandado de segurança), como todas as demais, obviamente estão assentadas no lineamento estabelecidos na Lei Fundamental. O lícito, aqui, não exclui o injusto. O fundamento que manda **responder** pode até não ser de direito, mas ser de equidade, de moralidade administrativa.

15. O aperfeiçoamento do controle jurisdicional

Na sistemática processual, os trâmites da ação popular não apresentam peculiaridades e nem singularidades de relevo a anotar. Bastam na simplicidade para o exame da verdade na controvérsia. Mas da verdade legal, jurídica, formal ou do ato no seu aspecto de vontade declarada? Não, está evidente! A regra, para não dizer o princípio constitucional, tornando o administrado instrumento de defesa dos interesses coletivos, leva a muito mais...

A finalidade da lei, a intenção do legislador no acautelamento da ordem administrativa, manda que a lesividade também seja apurada em razão da moralidade. Do contrário, o exercício do direito à ação não alcançaria jamais os propósitos pretendidos, uma vez que se apreciando apenas a legalidade nada de novo se faria em favor da tutela do patrimônio público.

Os exemplos dos casos estão a evidenciar que a ação popular é o

(46) Art. 4º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular. (47) Cf. MARCEL WALINE, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative - L'abus de droit et le détournement de pouvoir; Le théorie du Doyen Hariou*, Paris, 1962, págs. 185 e segs. Duas indagações deixamos aos pesquisadores do fato: a) é o ato abusivo um ato ilícito mas não ilegal? b) ilegalidade e ilicitude são duas expressões sinônimas no conceito de violação do direito? Quanto a WALINE (págs. 438-439), expõe não dando resposta. Na verdade, o ato abusivo (não moral) reveste-se de todas as aparências de legalidade.

(48) "Par-delà sa valeur pratique, toute théorie de la responsabilité reflète une certaine forme de civilisation" (JEAN RIVERO, ob. cit. - *La responsabilité administrative*, pág. 222).

(49) Consultar JOSÉ AFONSO DA SILVA, ob. cit., pág. 250; PINTO FERREIRA, *O conceito e a natureza da ação popular*, in *Revista de Direito Público*, págs. 20/37.

único meio idôneo para o administrado pleitear a invalidação de atos lesivos ao patrimônio público, não apenas para "restabelecer a legalidade, mas também para punir ou reprimir a imoralidade administrativa"⁽⁵⁰⁾. Continua o mesmo, nas premissas, o equacionamento cautelar⁽⁵¹⁾, ressalvada a evolução institucional jurídica. A preocupação pelo homem (administrado, cidadão), no contexto do poder político e, em consequência, do poder administrativo.

Não se veja na apreciação da moralidade, aqui, nada mais que um aspecto do princípio da legalidade. O corretivo na jurisdição é uma imposição não de hoje, mas da história no processo de formação dos valores jurídicos⁽⁵²⁾. Os cânones clássicos apenas se transformaram nas construções jurídicas modernas. Construções que deram maior significação ao controle jurisdicional. No exame da moralidade dos atos está o que poderíamos chamar de aperfeiçoamento do controle jurisdicional da legalidade.

(50) HELY LOPES MEIRELLES, *Mandado de Segurança ...*, cit., pág. 56.

(51) FRANCO CASANOVA, *Studi sulle azioni popolari ...*, cit., págs. 16 e segs.; TOMASO BRUNO, *Azione popolare*, in *II Digesto Italiano*, pág. 951; JOSÉ AFONSO DA SILVA, ob. cit. - *Fontes históricas do Instituto*, págs. 11 e segs.; VEZIO GRISAFULLI, *Azione popolare*, in *II Digesto*, pág. 138; LIVIO PALADIN, *Azione popolare*, in *II Digesto*, pág. 88.

(52) "O restabelecimento do estado de moralidade, por meio da ação popular, importa numa técnica de controle jurisdicional de atos de poder público, observado o requisito da lesividade dos atos atacados por esse remédio" (JOSÉ AFONSO DA SILVA, ob. cit., pág. 112). Na lição de MAURICE DUVERGER: "Un contrôle juridictionnel complet doit comprendre deux degrés: a) en premier lieu, un contrôle de la légalité des actes du pouvoir exécutif; b) en second lieu, un contrôle de la constitutionnalité des lois" (ob. cit., pág. 180). Sobre o controle da legalidade influem os elementos formadores do ato. Sobretudo para efeito da ação popular (art. 2º da Lei nº 4.717). Elementos esses que levam necessariamente ao anulamento do ato, observada: a) a conceituação dos casos; b) as normas prestabelecidas (parágrafo único do art. 2º).

Capítulo VII

A MORALIDADE ADMINISTRATIVA E O DESVIO DE PODER

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O entendimento na aplicação da lei. 3. A obrigação jurídico-administrativa. 4. O espírito e a letra da lei. 5. A certeza na interpretação. 6. A função moral do administrador. 7. Incidências da moralidade no ato. 8. Vício de moralidade que afeta o Ato. 9. Os vícios objetivos e subjetivos. 10. A ordem pública na ordem jurídica. 11. O desvio como abuso. 12. Os deveres públicos. 13. O moralmente necessário. 14. A inexistência ou ilicitude de causa. 15. Vício oculto e motivos determinantes.

1. Introdução

Em tese, o desvio de poder, pela própria expressão conceitual, já envolve **valor** de moralidade administrativa. Contudo é preciso, em termos doutrinários, não confundir **desvio de poder** com discricionarismo ou **poder discricionário**. É possível que, em muitos casos fáticos, os dois fenômenos apareçam numa mesma oportunidade relacional. No entanto, ainda que circunstancialmente se baralhem, não representam um mesmo tipo de atividade funcional.

O corrente na doutrina urge ser revisto. Reformuladas devem ser as posições de crítica na análise jurídica. Os padrões de algumas tendências pouco racionalizantes. Os mesmos motivos que levaram a confundir **arbítrio** e poder discricionário, levaram o pensamento jurídico contemporâneo a estabelecer margem de identidade sem confronto. Como o problema não é de direito legislado, ambas as faculdades ficam circunscritas a operações administrativas diferentes, ou simplesmente diferenciadas.

Estamos em face de duas posições bem distintas. Ou que estão exigindo **distinção** na especificidade ou na singularidade. Em qualquer processo

jurídico as funções devem vir definidas. No capítulo anterior, mal ou bem, procurou-se superar as indecisões doutrinárias. A tarefa foi árdua, e não menos complexa. Uma vez que a lei, como sabemos, não pode regular toda a atividade administrativa e nem prever todas as hipóteses de relacionamento jurídico.

Que se marquem, no entanto, duas situações:

a) a **discricionariedade**, como faculdade, é aquela permissão que se concede à Administração de agir ou deixar de agir dentro de um limite estabelecido pela regra jurídica;

b) o **desvio de poder**, como atividade, é aquela ação efetivada longe do espírito da lei, ou melhor, exercitada fora do **fim** previsto, qualificado, considerado como finalidade própria do ato.

As duas situações, uma já estudada, a outra por estudar, nem de longe configuram o **abuso de direito** porque, tanto no ato discricionário como no praticado com desvio de poder, aparece a vontade administrativa com a **intenção de prejudicar**. No entanto, não é a intenção que traz o problema, mas a desfiguração do fim em razão do ato administrativo que se pratica.

2. O entendimento na aplicação da lei

Deixando de lado o poder discricionário, o **desvio de poder** nada mais é que **desvio de finalidade**, que ora aparece como **excesso** de poder, ora como **abuso** de poder (não de direito), expressões que, apesar de não sinônimas, se apresentam fundadas numa mesma realidade conjuntural. Essa realidade é o **poder público** nas suas várias manifestações ativando-se dentro de regras estabelecidas, isto é, nos limites legais circunstancialmente permitidos.

A rigor, não há função administrativa que não se enquadre na ordem jurídica. Na chamada esfera de “liberdade”, bastante imprecisa na temática doutrinária, a Administração deve fazer valer a lei através apenas de duas maneiras diferentes: ou bem executando-a fielmente, ou então ajustando-a aos seus fins⁽¹⁾. Outras posições de atividade não prevalecem no contexto das decisões administrativas. Ou o Estado (Administração) executa a lei ou se mantém nos limites do seu poder legal.

Explica-se facilmente: a Administração possui um campo de livre iniciativa, mas esse **campo**, que pode ser limitado pela regra jurídica, não diz e não se determina pelo conteúdo da própria regra. E o que vem a ser conteúdo na espécie legal? Nada mais que isto: a matéria de um conceito ou a designação do significado. De onde se conclui que a substância do conteúdo, sem prejuízo da regra, pode possuir diversos sentidos, elementos que ampliam o entendimento na aplicação da lei.

(1) Consultar BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, vol. I, Buenos Aires, 1949, pp. 10-11; SANTIROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milão, 1912, pp. 3-5.

3. A obrigação jurídico-administrativa

O problema, portanto, como se apresenta, conduz a uma outra imposição institucional na ordem jurídica: é sempre aconselhável no Estado moderno, com a freqüente expansão das suas funções, que as situações ocorrentes de fato sejam para bem entender a atividade administrativa, senão aos fatos tornados em atos administrativos. Nada mais que isto, no processo histórico, tem procurado fazer a Ciência da Administração⁽²⁾. Fixar uma realidade é, sem dúvida, o que importa. Mas uma realidade informada também pelos critérios morais.

A obrigação jurídico-administrativa, quando aparece, afirma-se de pronto pelas obrigações que nascem da lei. A esse respeito, no entanto, a literatura jurídica criou inadequados conceitos gerais, isto é, conceitos que não formalizam condutas generalizantes, mas comportamentos de configuração legal circunscrita à tipicidade das organizações políticas estatais. A teoria dos atos administrativos sofre com isso evidente interesse comparado, uma vez que os direitos, quando se distinguem, refletem influências locais nacionais.

São os denominadores comuns, destarte, que dão a natureza dos fenômenos. Ainda hoje a influência francesa continua preponderando no nosso direito⁽³⁾. Da França nos veio o princípio da Administração-poder. Como também a orientação doutrinária que justifica o intervencionismo estatal em virtude do crescimento quantitativo dos fins públicos em razão das diferentes formas de ação administrativa. Não há exemplo mais flagrante quando se trata de psicografar os atos administrativos, inclusive aqueles exteriorizados com desvio de poder, ou melhor, com distorção da finalidade.

(2) Ver na evolução do pensamento jurídico administrativo: RAFAEL BIELSA, *Ciencia de la administración*, Rosário, 1937; AGUSTIN A. GORDILLO, *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, 1966; SALVATORE CIMMINO e FREDERICH MOSHER, *Elementi di scienza dell'amministrazione*, Milão, 1959; ENRICO PRESUTTI, *Principii fondamentali di scienza dell'amministrazione*, Milão, 1910; RECAREDO FERNANDEZ DE VELASCO CALVO, *Resumen de derecho administrativo y de ciencia de la administración*, Barcelona, 1930; LEONARD D. WHITE, *Introduction to the Study of Public Administration*, Nova York, 1961; FERNANDO GARRIDO FALLA, *Las transformaciones del régimen administrativo*, Madri, 1962; DONATO DONATI, *Principii generali di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, Pádua, 1932.

(3) Para falar com precisão, a influência francesa fez o pensamento jurídico brasileiro. Sobretudo no Direito Administrativo desde o Visconde do Uruguai, cuja conhecida obra *Ensaio sobre o Direito Administrativo* teve a sua primeira edição por volta de 1862. Nesse importantíssimo trabalho hoje histórico, as **Notas Bibliográficas** assentam no que havia de melhor na cultura de França no tocante à incipiente Ciência administrativa e seu direito. O mesmo aconteceu com algumas das mais importantes figuras que muito contribuíram para a formação do Direito Administrativo no Brasil. A lembrar: ANTONIO JOAQUIM RIBAS (1866) P.G.T. VEIGA CABRAL (1859), VICENTE PEREIRA DO REGO (1860), até já neste século algumas figuras como: AUGUSTO OLYMPIO VIVEIROS DE CASTRO (1906), ALCIDES CRUZ (1914) e OLIVEIRA SANTOS (1919).

4. O espírito e a letra da lei

Acontecendo que o uso da faculdade discricionária se faça com **fim diverso**, aí temos o ponto de aproximação entre o poder discricionário e o desvio de poder, e sem que se precise confundir as noções no exame da livre atividade estatal. Há que necessariamente distinguir, para maior exatidão na qualificação dos conceitos, o **espírito da lei** em oposição à **letra da lei**, ou tudo quanto possa levar à **ilegitimidade de motivo**⁽⁴⁾, ou então ainda ao **conteúdo-substância** a que já fizemos alusão.

As sutilezas são muitas e sensíveis. No **desvio de poder**, muito mais que em outros aspectos fáticos da ação administrativa, a **moralidade** se torna elemento catalisador, tão importante quanto qualquer outro elemento essencial do ato administrativo. Acentua-se a moralidade administrativa precisamente naquele instante em que os critérios fiquem falseados, isto é, violentem o escopo final da lei. Não pesam, contudo, na circunstância, quaisquer argumentos que se inclinam a justificar o **desvio** como uma faculdade discricionária, e porque não o é evidentemente...

Nessa passagem não se faz explícito o pensamento italiano quando em tese (está claro) vincula o uso da faculdade discricionária diversificada no **fim-finalidade** à explicação do desvio de poder⁽⁵⁾. As causas não são as mesmas e nem semelhantes as motivações. Na prática, as aparências não fazem realidades de conteúdo substancial. A moralidade no **desvio** é uma, na discricionariedade é outra. Cabe assim, tanto ao hermenauta como à doutrina, separar de uma vez por todas as duas situações para o controle normal da legalidade, e isso em razão do ato e do fato.

Quando o controle se efetiva apurando motivação insuficiente, contraditória ou irracional, o princípio da moralidade passa a influir na tutela da

(4) Reportemo-nos para a compreensão ao ponto de vista de RENATO ALESSI: "*Il punto di partenza del concetto di 'sprit de là loi' in opposizione alla lettera della legge. Si prese in considerazione lo scopo, la finalità avuta di mira dalla legge nel suo spirito, nel concedere una data facoltà discrezionale all'amministrazione, e si colpì l'uso di tale facoltà per uno scopo estraneo allo scopo avuto di mira dalla legge. Tale appunto è il concetto di sviamiento di potere adottato dal Consiglio di Stato italiano sulle tracce di quello francese, ancorchè varie siano le formule usate per indicare questo sviamiento: 'contraddizione ai criteri di legge', 'falsare e travisare lo scopo finale della legge', 'atto determinato da tutt'altro fine che quello di favorire un pubblico interesse', 'uso di una facoltà per uno scopo diverso da quello avuto di mira dalla legge' e così via". (Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano, Milão, 1953, p. 307).*

(5) Ainda é RENATO ALESSI falando: "*Si può anche notare che lo sviamiento di potere, vale a dire l'uso di una facoltà discrezionale per un fin diverso da quello per cui fu concesso, può apparire direttamente dalla motivazione del provvedimento (ed allora la giurisprudenza parla di 'motivi illeffittimi'), oppure può essere rivelata da sintomi vari, quali la contraddizione del provvedimento con atti precedenti, la motivazione insufficiente, la motivazione contraddittoria, l'irrazionalità del procedimento seguito per l'emanazione del provvedimento, la contraddizione del provvedimento con le risultanze degli atti, ed il travisamento dei fatti"* (ob. cit., p. 307).

legalidade. O motivo **ilegítimo** interessa à análise dos critérios de “boa administração”, e portanto, à moralidade administrativa. Não basta que a legalidade seja apreciada *stricto sensu*, mas sim num sentido mais lato e tomando como importante a conduta regular ou irregular da Administração através da qualificação do ato já materializado.

5. A certeza na interpretação

A condição da **certeza** na interpretação do ato administrativo é uma necessidade de relação jurídica. Alia-se aos direitos individuais e à própria segurança na aplicação das normas. Todo ato administrativo de decisão, seja discricionário ou simplesmente normativo, importa numa interpretação da norma legal e até constitucional. O que se quer, no litígio, ou na controvérsia, resume-se em soluções estáveis e uniformes⁽⁶⁾.

Condenem-se, no entanto, as fórmulas interpretativas clásticas e sem projeção na realidade. Elas são sensoriais e podem desservir ao direito ou à ordem jurídica. Quando **gramaticais**, sobretudo, podem levar ao arbítrio interpretativo, o que não é nunca aconselhável. Muitas vezes, não é fácil entender os conceitos genéricos de utilidade pública, ordem pública, moralidade pública, a moral e os bons costumes⁽⁷⁾, e assim, a moralidade administrativa no que tange à singularidade das situações imprevistas.

A contenção na ação que condiciona o indivíduo administrado, obriga o Estado, e Administração, aos órgãos administrativos. Nenhum ato, depois de materializado, fica imune à interpretação. Qualquer que seja o ato, para sua validade, há de vir fundado numa idônea manifestação de vontade, ou melhor, legitimado pelos seus elementos essenciais⁽⁸⁾. E a **certeza** de que foi exercitado

(6) “*Interpretar es indagar el sentido de una declaración de voluntad. Interpretar las normas es fijar el verdadero sentido y alcance de éstas, de acuerdo con los preceptos de otras normas - que denominaremos procedimentales de la interpretación - que fijan las pautas a que habrá de ceñirse el intérprete para alcanzar ese verdadero sentido y alcance.*” (MONICA MADARIAGA GUTIERREZ, *Derecho administrativo y seguridad jurídica - Certeza en cuanto a la interpretación de las normas*, Santiago do Chile, 1965, p. 102).

(7) JUAN FRANCISCO LINARES faz ampla dissertação para distinguir o arbítrio **ordinário** do arbítrio **extraordinário**. Mas o arbítrio não é conceito propriamente jurídico. Jamais justifica o ato administrativo naquela formalização definida na existência de fórmulas elásticas, está admitindo que a moralidade administrativa deve ser preservada (*Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958, p. 18). No melhor sentido, JEAN RIVERO procura, no relacionamento, evidenciar: a) o controle dos motivos; b) a qualificação dos fatos; c) a apreciação da oportunidade (*Droit administratif*, pp. 215-217). VICTOR NUNES LEAL estuda a problemática com muita acuidade doutrinária quando analisa a ação arbitrária da Administração e os seus limites, não obstante, em muitos pontos, se deixar impressionar pela largueza da conveniência e da oportunidade (*Problemas de Direito Público - Desvio de Poder* - Rio de Janeiro, 1960, pp. 286 e segs.).

(8) A clareza de DOMENICO MARIANI coloca a questão nos seus devidos termos: “*L’atto*

com lisura, dentro da moralidade administrativa, com possibilidade e licitude, *ad substantiam*, se diga, dá ao intérprete condições de apreciação nos seus efeitos de eficácia.

Quando a Administração já é por si discricionária, quando o poder administrativo possui uma tendência inata a desviar-se dos seus limites legais para fins emergentes e até necessários, as cautelas de interpretação quanto à **certeza** e ao valor do ato conduzem ao verdadeiro sentido da decisão e à extensão ou alcance da norma. Não vale só o arbítrio, pois a lei, para adquirir **outro conteúdo**, não pode prejudicar a norma. Tudo é, no momento da prática do ato, uma questão de moralidade administrativa.

6. A função moral do administrador

Óbvio que o administrador nas suas atribuições e competência, não ignora nem a extensão, nem a profundidade do ato administrativo exercitado. A alegação de boa-fé não procede. Tanto a eficácia, como os efeitos de um ato, como elementos quase-materiais, possuem origem de valor jurídico legal que só o exame do **fato** poderá explicar.

Com respeito à figura do **administrador**, carecendo ele de **poder legal** em qualquer dos seus aspectos nominais, uma vez que o poder legal para muitos efeitos não se faz somente através da **competência**, o ato que praticar sempre há de refletir externamente uma atitude moral de escolha diante do **fato**. Atitude **moral** que se confunde com a **vontade** manifestada.

A moralidade, sem dúvida, bem examinado o ato, aponta uma conduta regular ou irregular, ainda que de poder legal. Na verdade: se a manifestação de vontade ou o poder legal existem, porém irregularmente manifestados ou exercidos, então o ato jurídico-administrativo passa a **irregular**⁽⁹⁾.

administrativo' deve possedere i seguenti elementi essenziali per la sua validità: a) il soggetto, cioè una persona giuridica pubblica che si manifesta a mezzo della persona fisica che legittimamente la rappresenta, nell'ambito della competenza per quella determinata categoria di atti, presenti gli elementi che alla competenza riferiscono, e cioè: la materia; il grado; il territorio; b) l'oggetto, che è la cosa o il rapporto di cui l'atto si occupa e deve essere, come nel diritto privato, possibile e lecito; c) la volontà, che serve a determinare l'effetto voluto e conferire efficacia autoritativa e nello stesso tempo a delineare la causa, cioè lo scopo che la volontà si propone con l'emanazione dell'atto. Come per i negozi di diritto privato, così anche nel campo del diritto amministrativo, la volontà non deve essere viziata per violenza, per errore e per dolo, da chiunque sia stato posto in essere; d) il contenuto, che varia a seconda della categoria, cui l'atto amministrativo appartiene, e cioè se con esso si intende disporre, ordinare, permettere, attestare, certificare, ecc.; e) la forma, necessaria solo per quegli atti per i quali è espressamente richiesta ad substantiam; mentre in generale, perchè sia valido l'atto amministrativo, è sufficiente una idonea manifestazione di volontà, quale ne sia la forma". (Diritto amministrativo e costituzionale, Roma, 1951, p. 61).

(9) Cf. EUSTORGIO SARRIA, *Derecho administrativo*, Bogotá, 1957, p. 38.

A moralidade afeta a inteligência moral do administrador no momento exato de escolher o caminho ou de discerni-lo. É uma **função** não equívoca. Uma **função** que afronta o princípio da igualdade jurídica, e portanto o princípio da moralidade administrativa⁽¹⁰⁾. Uma função caracteristicamente de atos administrativos arbitrários. Nunca recomendáveis no plano do direito.

7. Incidências da moralidade no ato

Sejam quais sejam os atos, atos-regras, atos subjetivos ou atos-condições, a posição da Administração é a mesma quanto à moralidade na conduta de orientação administrativa. Daí, a importância, na jurisdição, da certeza na interpretação. Não só na aplicação, portanto. Mas, sobretudo, porque no direito público, as normas se deixam influenciar em aberta conexão com os fatos.

A moralidade do direito não é uma hipótese, mas uma experiência que abrange os mais variados contornos do desenvolvimento dos sistemas jurídicos de garantia dos administrados. Experiência intersubjetiva nos seus valores-fontes. Por onde a predeterminação formal do direito passa a corolário da bilateralidade relacional⁽¹¹⁾. A questão, portanto, não é de pessoas, mas de valor num conjunto de elementos que dão forma e conteúdo do ato.

Algumas noções **incidentes** merecem relevo no pensamento jurídico e na doutrina. Não mereceriam menção, caso não tivessem permanência constante na ordem dos motivos administrativos. Na linguagem jurídica são elas: a da usurpação, a do excesso e a do desvio de poder, quase todas as três manifestas numa única, a do **desvio de poder**.

Na **usurpação**, o que vemos? Uma manifestação de vontade não correspondente ao poder legal necessário. O ato material exteriorizando-se onde não existe competência. E no **excesso**? Simplesmente a mesma manifestação de vontade resultante do exercício irregular de um poder legal. Conquanto no **desvio** haja a competência divorciada do fim previsto pela norma⁽¹²⁾.

(10) Cf. ANACLETO DE OLIVEIRA FARIA, *Do Princípio da Igualdade Jurídica – Distorções no âmbito do Direito Administrativo*, São Paulo, 1973, pp. 149-201.

(11) Cf. MIGUEL REALE, *Il diritto come esperienza*, trad. ital. Milão, 1973, pp. 465-472; VICTOR NUNES LEAL, ob. cit. - *O critério aconselhável*, pp. 290 e segs.

(12) Para EUSTORGIO SARRIA: “*Como en el fondo lo que existe es un ejercicio irregular del poder, la desviación es exceso de poder. a) La usurpación y el exceso de poder implican generalmente una transgresión de la ley penal, y así aparecen definidos y sancionados en los respectivos códigos. Pero una es la responsabilidad penal personal del agente y otra la responsabilidad administrativa; su calificación, contenido y efectos jurídicos son diferentes; son independientes, no conexas. b) La usurpación, el exceso o la desviación de poder configuran lo que en el lenguaje jurídico se denomina **via de hecho**, causa de un perjuicio al administrado que debe repararse*” (ob. cit., p. 39). Lembre-se, para esclarecimento, que a doutrina do **desvio do poder** (construída por HAURIOU e RENARD), não diz com a legalidade e sim com a

Espécie de ilegalidade ou não, o desvio de poder consagra na vontade administrativa, desnecessariamente, um pressuposto de **imoralidade** tal e qual a usurpação e o excesso. A vinculação legal ao ato não basta no domínio dos motivos⁽¹³⁾. Não se podem esquecer nunca as diretrizes subjetivas do próprio poder administrativo dimanadas de uma obrigatória **boa administração**.

8. Vício de moralidade que afeta o ato

Entendido o **desvio de poder**, de um modo geral, “*como o uso indêbito que o agente faz do poder para atingir fim diverso do que a lei lhe confere*”⁽¹⁴⁾, forçoso é admitir a importância do elemento **moral** na formação do ato, embora a legalidade não apareça discutível.

A ausência de moralidade, ainda que seja apenas um pressuposto, traz como efeito imediato a dúvida no processo do ato. A ilegitimidade⁽¹⁵⁾, e não possivelmente a ilegalidade. Ilegitimidade que se torna sinônimo de **não-moralidade** face à conduta da Administração.

Devemos, no plano do direito, ir pouco mais além. O desvio de poder não é só um fruto do autocontrole da Administração, mas de interesse também do direito objetivo. A presunção de **fim legal** equivale à presunção de moralidade. Tanto resulta o **desvio** de erro de interpretação da norma ou como conseqüente da intenção preferencial de um interesse.

Muitas vezes, em muitos casos expropriatórios, a substituição do fim especificamente visado na lei, não obstante, porém, por outro fim também de interesse público, leva não a um erro de interpretação, mas a uma situação dolosa no tocante ao interesse do particular⁽¹⁶⁾.

Os vícios resultantes da omissão ou descumprimento de formalidades que dão origem ao ato administrativo contestado, não supridos antes de praticado o ato definitivo, assemelham-se a vícios **morais** ainda que o apelo recursal aponte carência de forma legal.

moralidade administrativa. Para RENATO ALESSI, contudo, o que basta para justificar o *sviamento di potere (détournement de pouvoir)*, como *l'ecceco di potere*, é produto de um período revolucionário em França (ob. cit., pp. 304-305).

(13) Cf. MAURICE HAURJOU, prefácio no livro de RECAREDO F. DE VELASCO, *El acto administrativo* Madrid, 1929; HAURJOU, *Précis de droit administratif*, Paris, 1921, p. 352.

(14) J. CRETELLA JÚNIOR, *Do Desvio de Poder*, São Paulo, 1964, p. 28.

(15) Cf. RENATO ALESSI, ob. cit., p. 305.

(16) Cf. MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Desapropriação - As figuras para-institucionais*, São Paulo, 1973, pp. 145 e segs.

9. Os vícios objetivos e subjetivos

Vício moral, não é sem razão que o desvio de poder haja sido incluído entre as causas de anulação do ato administrativo⁽¹⁷⁾. Atinge a moralidade o simples fato do administrador usar de seus poderes para fins diversos daqueles conferidos por lei⁽¹⁸⁾. Ainda que não se diga, ou não se queira, os móveis característicos assumem condicionamentos morais.

Todos os vícios de **tipo objetivo** da vontade administrativa nas suas hipóteses mais comuns, os que estão na **origem** da vontade, na **preparação** da vontade ou na **formação** da vontade⁽¹⁹⁾, inclinam-se para a infringência da condição moral, isto é, traduzem efeitos cuja natureza não é propriamente jurídica e nem afrontosa da norma jurídica.

De igual maneira, os vícios de **tipo subjetivo** da vontade administrativa, no entanto, com maior gravidade, afetam a atividade administrativa com respeito ao seu concreto, uma vez que não se trata de simples irregularidades de preparação ou de integração da vontade, mas de fatores que se vinculam ao conteúdo do ato⁽²⁰⁾, e de valor teleológico.

Ao contrário da discricionariedade, que se pode apresentar como uma faculdade incrente ao poder administrativo para criar uma norma, através de processo racionalizante ou racional, no **desvio de poder** os pressupostos são outros e o problema não encontra razão em nenhum motivo determinante. Não há no **desvio** fatos antecedentes de causa ou de esperado efeito.

Basta aqui uma verdade: o interesse público que orienta o poder administrativo responde a valores **avaliados** e às necessidades coletivas. Daí para diante passa a ser interesse jurídico-administrativo. Identificado com a ordem jurídica. Disciplinado normativamente. Marcando **intensidades** que não tentam contra o interesse “juridicamente protegido” do administrado.

10. A ordem pública na ordem jurídica

Na França não são as hipóteses que explicam o **desvio de poder**, mas as realidades de fato que incidem sobre o ato administrativo na sua extensão de aplicabilidade dogmática. Quando levantado o problema da moralidade, não foi sem razão de ordem prático-jurídica, pois não cabe à Administração agir

(17) Alguns Códigos **provinciais** argentinos (Santa Fé, La Rioja, Córdoba, Jujuy e Santiago del Estero) fizeram incluir o **desvio de poder** como causa de anulação dos atos administrativos. (Cf. PEDRO GUILLERMO ALTAMIRA, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1971, p. 1.039).

(18) Cf. PEDRO GUILLERMO ALTAMIRA, *ob. cit.*, pp. 1.039-1.040.

(19) *Id.*, *ibid.*, p. 363.

(20) *Id.*, *ibid.*, p. 364.

senão dentro da lei e dos propósitos legais.

Difícilmente, ainda hoje, aceita-se a figura do **desvio de poder**, não pelo que ela possa representar na teoria, mas pelo que representa nas situações relacionais fáticas⁽²¹⁾. No entanto, é de convir, mesmo na teoria, a noção não ultrapassa o princípio da legalidade e nem da moralidade. Valem os motivos determinantes. Circunstanciais e de oportunidade.

Sem dúvida, contudo, a **não-moralidade**, qualquer que seja a forma da sua manifestação, só interessa à teoria jurídica "na medida em que provoca repercussões jurídicas". Aparece assim o problema de saber "por que modo a imoralidade administrativa penetra no mundo jurídico"⁽²²⁾. Prejudicando a regra permanente ou os resultados não admissíveis na ordem positiva das garantias jurídicas estabelecidas.

A ordem pública, ao que sabemos, inscreve-se na ordem jurídica. O direito, apesar de se realizar em vários planos, não se classifica por compartimentos estanques. É um só em razão ao fato social e à natureza moral do homem. Os problemas são sempre relacionais. Quer atinjam a conduta pública, quer se manifestem através das várias funções de caráter administrativo.

O vínculo de ordem jurídica, entre o *jus abutendi* (direito de abusar) e o *jus agendi* (direito de agir) afirma-se no *jus et obligatio sunt correlata* (a todo direito corresponde uma obrigação). Os axiomas fazem disposição moral. No direito público, moralidade administrativa. No Direito Administrativo, responsabilidade estatal.

11. O desvio como abuso

Não se pode nunca esquecer que o ordenamento jurídico está constituído por normas de direito objetivo. Em linhas gerais, é de dizer-se, e em relação aos distintos sujeitos que atuam no "comércio jurídico", que a norma jurídica provém, ou da possibilidade de atuar num determinado sentido (poderes), ou de uma limitação com respeito à liberdade de agir (deveres). Exteriorizando, pois, situações jurídicas de **poder** e situações jurídicas de **dever**⁽²³⁾.

As regras, ao que se vê, não são apenas de sujeição jurídica, mas sobretudo de imposição moral. Na boa doutrina civilista o direito cessa onde começa o abuso. Não pode haver uso abusivo de um direito qualquer, pela

(21) Consultar ROGER BONNARD, *Précis de droit administratif*, Paris, 19035, p. 67; LOUIS ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Paris, 1938, p. 308; RAYMOND MALEZIEUX, *Manuel de droit administratif*, Paris, 1954, pp. 138-221; GEORGES VEDEL, *Droit administratif*, vol. II, p. 389; JEAN RIVERO, *Droit administratif*, Paris, 1960, p. 213.

(22) ANTÔNIO JOSÉ BRANDÃO, *Moralidade administrativa*, in *Revista de Direito Administrativo*, 25/462.

(23) Cf. FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, vol. I, Madri, 1964, p. 344.

simples, irrefutável razão de que um só e mesmo ato não pode ser ao mesmo tempo “conforme e contrário ao direito”⁽²⁴⁾. Não se diga, portanto, que entre o desvio de poder e o abuso de direito não haja semelhanças.

Sem dúvida, na materialização das noções, cabe reconhecer que estreitas relações se mantêm entre ambas as teorias. Na noção de **abuso** do direito encontramos limitações ao poder discricionário da Administração, isto é, uma clara presunção do desvio de poder⁽²⁵⁾. A problemática se instala entre a atuação (poderes) e a limitação (deveres).

Antes de mais nada deve-se considerar:

- a) que a conduta quando amparada pela norma, é uma conduta **lícita**;
- b) que a norma se impõe para a proteção do administrado e em benefício de um interesse.

Aparece o direito público **subjetivo** quando a Administração entra em relação com o administrado. A conexão existente entre direito subjetivo e ordenamento jurídico “é de tal natureza que o desconhecimento ou a vulneração daquele constitui sempre e simultaneamente infração de uma norma jurídica”⁽²⁶⁾. Sejam as normas de **relação**, sejam elas de **ação**, impõe-se sempre uma conduta obrigatória para a Administração.

A essência do abuso de direito, como a essência do desvio de poder, é quase sempre a **ilicitude**. Ilicitude que se define na relação de contrariedade que fica estabelecida entre a conduta da Administração e o ordenamento jurídico. A norma de ação, ou o ato propriamente dito, é que dá a extensão da capacidade de intervir do Estado no rigor do que é moral e jurídico⁽²⁷⁾.

(24) MARCEL PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, vol. II, Paris, 1926, p. 298.

(25) “La noción del abuso de poder aparece, pues, como un nuevo límite el ejercicio del poder discrecional, complementando la teoría de la desviación al afirmar que el poder, por más discrecional que sea, no puede ejercerse arbitrariamente, y que no todos los medios justifican el fin a alcanzar.” (JULIO A. PRAT, *De la desviación de poder*, Montevideo, 1957, p. 265).

(26) GARRIDO FALLA, ob. cit., vol. I, p. 360. Grande maioria dos civilistas franceses (JOSSERAND, DEMOGUE, MAZEAUD, COLIN e CAPITANT) vê no desvio de poder uma aplicação do abuso no Direito Administrativo, como igualmente alguns administrativistas ilustres (JÈZE, HAURIU, WELTER e BONNARD), não obstante algumas diferenças de matéria ou de fins (Cf. JULIO A. PRAT, ob. cit., p. 263).

(27) O pensamento lógico de LINO RODRIGUES-ARIAS BUSTAMANTE, apontando o abuso de direito como uma inadaptação entre a realidade social e a realidade jurídica, chega para o abono da tese aqui defendida. Senão, assim, vejamos: “El orden social contiene como principios condicionantes el de **moralidad** y el **interés colectivo**, que en la medida que se realizan contribuyen a la satisfacción de las necesidades espirituales y materiales de la persona humana, quien encuentra en ellos la razón de ser de la existencia de la vida en común... La convivencia humana exige del hombre - para hacer posible el orden social - que actúe dentro de la **licitud**... La persona incurre in culpa, o sea, falta a la licitud cuando en el ejercicio de su derecho lesiona las **buenas costumbres**... Infringirá este orden quien en el ejercicio de sus derechos no observe la subordinación al bien común que requiere la permanencia de un equilibrio social total, en el que hallemos perfecta adecuación, entre el orden social y la justicia... Un ejercicio anormal de los derechos es consecuencia de un desequilibrio producido en el seno de las relaciones entre la justicia y la seguridad en el plano superior de la objetividad del derecho, cuya existencia precisamente es salvaguardia del orden social”. (*El abuso del derecho*, Buenos Aires, 1971, pp. 148-152).

Eis em verdade, na lógica dos fatos, o que se nos apresenta no amplo campo das relações jurídicas:

a) no mundo ético, as interferências da moral e do direito são mais freqüentes do que se julga;

b) a ordem jurídica, preocupando-se embora com o sentido jurídico da conduta, também considera o sentido moral dela⁽²⁸⁾.

Colocado, no entanto, o fenômeno, o fenômeno-noção nos seus devidos termos, o abuso de direito ou de poder caracterizam um mesmo conceito informativo no direito. Contrapõe-se aqui, portanto, na distinção, a norma e a moralidade. Os meios e os fins, não obstante os fins procurarem justificar os meios.

12. Os deveres públicos

As potestades administrativas, aquelas que pertencem ao Estado, não apresentam nenhum problema. Ninguém contesta a supremacia estatal ou o *status subjectionis* do administrado. O que a doutrina precisa, na realidade, é estabelecer uma distinção mais adequada nos sistemas de direito. E no sentido dos **deveres públicos** não submeterem apenas o particular.

Exato que há deveres **positivos** que obrigam o administrado a um comportamento **certo**, como aqueles de **dar** ou de **fazer**. Também exato que existem deveres **negativos** que responsabilizam a Administração e que implicam no **não-fazer** ou no **contestar**. As duas situações permitem a possibilidade de atuar, mas fazem o conteúdo de uma relação jurídica.

Este o motivo fundamental da noção clássica do ato administrativo conforme se possa exteriorizar, ou melhor, conforme se exteriorize na normalidade ou na discricionariedade. Noção essa, contudo, que é consequência da submissão da Administração pública a um regime de direito. Qualificando, nas contingências, significações práticas ou propósitos singulares.

Não se pode jamais afastar a personalidade do Estado (Administração) do ordenamento jurídico como organização e como um complexo de normas de comportamento lícito ou de conduta ilícita. A gama dos **deveres públicos** assim se inclui num poder que é **jurídico**. Nada mais que **poder jurídico** legitimado pelo ordenamento jurídico positivo.

Daí a importância dos motivos determinantes do ato administrativo⁽²⁹⁾. Da causa que vincula o ato a uma categoria jurídica. Da causa

(28) ANTÔNIO JOSÉ BRANDÃO, *Moralidade...* cit. in *Revista de Direito Administrativo*, - *Imoralidade administrativa e desvio de poder*, pp. 25/461.

(29) A noção dos motivos determinantes para ILAURIU, que esposa a doutrina administrativa mais realista, é uma noção subjetiva que implica no exame das intenções que propiciaram a prática pela Administração (ob. cit., p. 420). o **desvio de poder** aparece quando o ato realmente existe, mas está viciado por uma intenção diferente daquela prevista (ob. cit., p.443).

objetiva, que é um fato, e não um motivo subjetivo. O vício de causa alcançando os elementos subjetivos do ato, e com isso, violando a lei ou levando ao desvio de poder. A causa assim, na categoria jurídica, como elemento objetivo.

No binômio de que já falamos, **poder-dever**, entre a Administração e administrado, reside o vínculo jurídico que corresponde à relação jurídica. O elemento **relação**, no caso, como garantia de que os poderes, e também os deveres, sejam determinadas obrigações, inclusive a de moralidade e a de boa administração. E no Direito Administrativo, a garantia das relações por ele reguladas.

13. O moralmente necessário

O moralmente **necessário** inclui em seu conteúdo tudo quanto diz com a boa administração e o dever administrativo. Dever **administrativo** e direito **correlativo** são expressões terminológicas afins na prática legal e normativa dos atos administrativos. É evidente que no conceito da **moral** se contém pelo menos duas situações: o moralmente **policionado** e o moralmente **necessário**.

Na primeira, o **poder de polícia** sujeitando o administrado aos padrões legalmente permitidos, isto é, abrangendo as leis "*condicionadoras da liberdade e da propriedade em proveito do bem estar coletivo*"⁽³⁰⁾. Na segunda, uma condição que, envolvendo os deveres públicos, envolve os **direitos morais**, ou melhor, uma atitude imparcial e correta de comportamento público.

A doutrina, no correr deste século, demasiadamente radical no modo dogmático de filosofar, esqueceu os problemas epistemológicos de conhecimento da verdade no direito. Não lembrando que certas ações, além da procedência da legalidade, dizem respeito em primeiro lugar ao **moralmente necessário**. São ilações, no entanto, que não se ajustam à temática em estudo, mas que falam muito de perto aos fins estatais e aos deveres públicos⁽³¹⁾.

(30) Veja-se esta verdade, pelo que tem de fundamental: "*Costuma-se afirmar que o poder de polícia é atividade discricionária. Obviamente tomada a expressão em seu sentido mais amplo, isto é, abrangendo as leis condicionadoras da liberdade e da propriedade em proveito do bem-estar coletivo, a assertiva é válida, desde que se considere a ação do Legislativo como gozando de tal atributo. Em rigor, no Estado de Direito, inexistente, um poder, que seja discricionário, fruível pela Administração Pública. Há, isto sim, atos em que a Administração pode manifestar competência discricionária e atos a respeito dos quais atuação administrativa é totalmente vinculada. Poder discricionário abrangendo toda uma classe ou ramo de atuação administrativa, é coisa que não existe*". (CELSON ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *Apontamentos sobre o poder de polícia*, in *Revista de Direito Público*, 9/61). A posição, no caso, se envolve responsabilidade, ela é jurídica, e de moralidade administrativa. Uma vez que o poder administrativo deve ser corretamente exercido. Conhecendo a Administração realmente as condições de fato da sua atuação.

(31) "*'Legal duty'. That which the law requires to be done or forborne to a determinate person, or to the public at large, and is correlative to a right vested in such determinate person*". Emry

As leis administrativas estão muito mais próximas das leis morais que as leis jurídicas ou as leis políticas. No tocante à atividade administrativa, ainda que ela se mova na área dos direitos e das obrigações, possui ela conteúdo próprio de **dever público** e dever moralmente necessário. Nesse dever moral necessário vai a intenção de se subjetivar o erro e a ilegalidade no ato administrativo⁽³²⁾.

Precisamente por força das regras de boa-administração (regras de moralidade), pressupõe-se que a Administração não se deva afastar de alguns princípios impositivos. Não só do princípio da legalidade ou mesmo da legitimidade, mas também do princípio da igualdade, da racionalidade, da imparcialidade, e portanto, da moralidade necessária.

14. A inexistência ou ilicitude de causa

Os franceses ainda mantêm hoje uma posição de orientação doutrinariamente uniforme. Sobretudo nas teorias sobre o **desvio de poder**, as tendências da causa e dos elementos teleológicos do ato. Apreende-se, do exame doutrinário, que o **desvio de poder** pertence à teoria de causa ilícita⁽³³⁾.

Nunca de todo, essa influência deixou de se exercer em grandes

v. *Water Power Co.*, 111 N.C. 94, 16 S.E. 18, 17 L.R.A. 699. ("Dever legal" - Aquilo que a lei exige que seja cumprido ou cessado, por determinada pessoa ou pelo público em geral e é correlacionado a um direito de que é investida determinada pessoa). In BOUVIER, John, *Bouvier's law dictionary and concise encyclopedia*, 3. rev. (being the 8. ed.) Kansas City, Vernon, 1914, p. 1911. "'duty'. A human action which is exactly conformable to the laws which require us to obey them. That which is right or due from one to another. A moral obligation or responsibility." ("dever" - Ação humana, exatamente ajustada às leis que somos obrigados a obedecer. Aquilo que é direito ou dever de uma pessoa para com outra. A obrigação moral ou responsabilidade). In BOUVIER, John, *Bouvier's law dictionary and concise encyclopedia*, 3. rev. (being the 8. ed.) Kansas City, Vernon, c1914, p. 962. "'amministrazione'. (lat. *administratio-nis*). F. *Complesso di attività che una persona, fisica o giuridica, compie per la cura di interessi economici, morali, intellettuali, fisici, inerenti al proprio fine*". ("administração" - Complexo da atividade que tem uma pessoa física ou jurídica, em busca do interesse econômico, moral, intelectual, e físico, inerente ao seu próprio objetivo). In *Enciclopedia Hoepli*, Milão, U. HOEPLI, c1955, vol. I, p. 200.

(32) Cf. HENRI WELTER, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Paris, 1929, p. 77.

(33) LOUIS ROLLAND coloca a controvérsia entre os casos de anulação do ato administrativo, dando ao **desvio de poder** a mesma importância que tem a incompetência, o vício de forma e a violação da lei (ob. cit., pp. 307-309). ROGER BONNARD dá ênfase a duas situações: a) aquela da obrigação jurídica da Administração; b) aquela que diz com a existência de um direito do administrado (ob. cit., pp. 63-74). De sua parte GEORGES VEDEL esclarece, no tocante à matéria de prova: "*Le détournement de pouvoir est évidemment plus difficile à prouver que les autres vices de l'acte administratif puisqu'il s'agit d'éblir l'intention psychologique de son auteur.*" Como depois explica em HAURIUO, o problema da "moralidade": "*Le doyen HAURIUO avait estimé que, si les trois premières ouvertures soumettaient l'Administration à*

áreas do pensamento jurídico-administrativo, onde o desvio de poder aparece como atividade **não-regular** da Administração, ligado porém à importância que as categorias possam ter na vida jurídica. Aqui está, portanto, a distinção mais sensível, entre desvio de poder e o abuso de direito⁽³⁴⁾.

Em matéria de **desvio de poder**, como já está explícito na própria expressão vocabular, o móvel muitas vezes está na rigidez com que a legalidade é aplicada nas suas formas, ou então na legalidade não adaptada às contingências do fato e que se extravasa em discricionariedade. A equação, pelas suas premissas, conduz a indistintos fins que o direito se permite assimilar.

*un contrôle de légalité de la part du juge, la quatrième ouverture, le détournement de pouvoir, le soumettait à un contrôle de moralité. Cette vue n'est pas exacte de façon absolue car le détournement de pouvoir s'analyse comme une variété de l'illégalité, puisqu'il consiste dans la violation de la loi qui imposait à l'agent de poursuivre un but déterminé à l'exclusion de tout autre. Cependant, l'idée du doyen HAURIUO ne doit pas être complètement rejetée. On a montré plus haut que, dans la définition de la légalité, le juge administratif du fait qu'il peut créer des règles de droit, dispose de larges pouvoirs. Il peut donc se faire que, sous couvert de 'l'esprit' de la loi, ou sous couvert de principes généraux du droit, le juge administratif intègre des directives de moralité à la légalité. Du point de vue du **droit fait**, le détournement de pouvoir n'est qu'une variété de l'illégalité; du point de vue du **droit qui se fait**, le détournement de pouvoir incorpore à la légalité certains principes de moralité dont le juge estime le respect nécessaire". (Droit administratif, vol. II, Paris, 1959, pp. 395-396). Para JEAN RIVERO, no entanto, o problema é este: "Le détournement de pouvoir est le vice qui entache un acte par lequel l'administration, en méconnaissance de ces règles, a poursuivi un but différent de celui que le droit lui assignait, détournant ainsi de sa fin légale le pouvoir qui lui était confié" (ob. cit., p. 213). "Le **détournement de procédure** est une variété de cette forme de détournement de pouvoir: l'administration, qui dispose d'une procédure légale en vue d'une certaine fin, prétend l'atteindre par une autre procédure destinée à une fin différente, mais qu'elle juge plus pratique en l'espèce (par ex.: emploi de la procédure d'alignement pour acquérir un immeuble riverain de la voie publique, afin d'éviter le recours à la procédure d'expropriation)" (ob. cit., p. 214).*

(34) "En la desviación de poder, la administración utiliza sus poderes para perseguir un fin distinto del fin legal. En el abuso del derecho la administración no incurre en una ilegalidad como en la desviación de poder, pero los utiliza en forma exagerada y sin utilidad para alcanzar dicho fin. No es una ilegalidad: es una falta administrativa. Como tal merece ser censurada en virtud de principios de buena administración. Por esta razón **Wei Teng Lin** señala que mientras la desviación de poder es una ilegalidad, el abuso del derecho es una infracción a la buena administración, a la moralidad administrativa en el sentido de HAURIUO. Sin embargo, cabe reconocer que estrechas relaciones se mantienen entre ambas teorías. La noción de abuso del derecho aporta una nueva limitación al poder discrecional de la Administración, pudiendo suplir la desviación de poder en forma de completar el contralor jurisdiccional. Se ha criticado la designación empleada por HAURIUO. Entendemos que la crítica es injusta. HAURIUO empleó otros términos como expresiones equivalentes, moralidad simple, deontología administrativa, etc. Entendemos que esta última es la más fiel al pensamiento del autor, ya que es la que mejor lo traduce a pesar de ser la más rebuscada. HAURIUO no asimila derecho o moral como algunos han pretendido; por el contrario, con el término 'deontología administrativa' afirma el carácter de ciencia objetiva del derecho administrativo. En la concepción institucional de la Administración, la desviación de poder se presenta como un medio en virtud del cual se opera el pasaje de las reglas provenientes del ordenamiento étático, es decir, de la institución administrativa a la legalidad". (JULIO A. PRAT, ob. cit., pp. 250-264).

A moralidade, portanto, no exercício do ato administrativo, está nisto que é fundamental na sua filosofia positiva:

a) cada categoria de ato administrativo possui um determinado aspecto particular de utilidade pública, conforme bem haja determinado o legislador⁽³⁵⁾;

b) a causa é o motivo prático da vontade, o fim a que esta se propõe ao dar vida ao ato jurídico, podendo ser jurídica (imediate) ou natural (remota), objetiva e subjetiva⁽³⁶⁾;

c) a causa se identifica sempre com o fim, conquanto o fim sempre se refira a um interesse público concreto⁽³⁷⁾.

É a causa que une, vinculando, a decisão administrativa às situações objetivas. Está na base do ato administrativo, não praticamente na lei. Faz a categoria jurídica do ato. Define objetivamente o ato e o direito. A inexistência ou ilicitude de causa, simplesmente material ou jurídica, leva ao pressuposto da não-moralidade administrativa.

15. Vício oculto e motivos determinantes

O princípio racional a regra de boa administração, a igualdade no tratamento administrativo, a imparcialidade nas decisões, a ausência real de um pressuposto, pode muitas vezes ser uma questão de ilegalidade do ato, mas é quase todas as vezes um problema de não-moralidade⁽³⁸⁾.

A delicadeza do conceito reside precisamente nisto: o ato administrativo marcado por **desvio de poder** surpreende por uma aparência externa de regularidade normativa. Tanto a causa como o fim legal podem obedecer a finalidades alheias ao definido como de interesse ou serviço público.

O vício, quando **oculto**, é de difícil averiguação prática. Os chamados **motivos determinantes** nem sempre se percebem claramente. Transformar o fato em **direito** não é tarefa fácil à compreensão de crítica jurídica. Está claro que a moralidade administrativa é algo essencialmente subjetivo⁽³⁹⁾, não obstante poder assumir sentido objetivo⁽⁴⁰⁾.

Há a considerar, portanto, no que o ato administrativo cria na relação, duas valiosas hipóteses circunstanciais:

(35) Cf. CINO VITTA, *Diritto amministrativo*, Turim, 1949/50, p. 85.

(36) Cf. GUIDO ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milão, 1954, p. 250.

(37) Cf. PIETROBODDA, *Oppinioni sulla causa nell'atto amministrativo*, in *Studi giuridico in onore di Santi Romano*, vol. II, Pádua, 1940, p. 59.

(38) Princípio racional (ROGER BONNARD); regra de boa-administração (HENRI WELTER). De plano, o que está em jogo é a moralidade administrativa.

(39) Cf. MAURICE HAURIOU, *ob. cit.*, p. 420.

(40) Cf. HENRI WELTER, *ob. cit.*, p. 77.

a) o excesso, por desvio de poder por parte da Administração ao apreciar erradamente os fatos, violando-se pelo **erro de fato** uma regra sutil de moralidade administrativa⁽⁴¹⁾;

b) o ato administrativo, embora correto em relação ao fim, ao não apresentar uma flagrante ilegalidade propriamente dita, mas vícios ou erros de natureza a romper o equilíbrio entre o direito e o fato⁽⁴²⁾.

A ordem jurídica, contudo, conhece vários instrumentos de conciliação entre o direito e a equidade, entre a vontade psicológica e a vontade normativa, entre a certeza do direito e a aplicação da norma comum legal, entre o que a lei determina e as circunstâncias obrigam.

(41) Cf. MAURICE HAURIOU, ob. cit., p. 430.

(42) Cf. HENRI WELTER, ob. cit., p. 62.

Capítulo VIII

A MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO EXERCÍCIO DO PODER DISCRICIONÁRIO

*SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O fenômeno discricionário. 3. O poder discricionário. 4. O ato discricionário. 5. A competência discricionária. 6. O vínculo **poder-dever** na Administração. 7. Defesa da unidade do direito. 8. O conceito radical na experiência. 9. O problema no pensamento comparado. 10. França. 11. Itália. 12. Argentina. 13. Portugal. 14. Outros sistemas. 15. Os limites do poder discricionário.*

1. Introdução

Presta-se o conceito de **poder discricionário** na Administração a toda sorte de especulações doutrinárias e filosóficas. Pela própria índole, o problema, vago na sua expressão dogmática, merece no plano dos sistemas jurídicos, adequação mais positiva. É **conceito** ainda em busca de uma definição concreta. Sem conteúdo predeterminado. Abstrato, porém, existente. De significado aberto às hipóteses de livre interpretação. Penetrado, no comum das vezes, de larga compreensão exegetica.

O que importa, no entanto, é fixar as linhas mestras do problema. As manifestações de uma vontade que nasce de inevitáveis presunções lógicas. Onde os critérios jurídicos nem sempre se apresentam como de justiça comum. Ou onde os interesses objetivos **determinantes** não extrovertem disposição de lei, embora imponham limites de **moral** nas soluções procuradas, isto é, de moralidade administrativa na conduta do poder administrativo.

Há e não pode deixar de haver, no exercício da discricionariedade, um juízo de valor imanente da ordem jurídica. Um juízo de função social e moral no seu melhor sentido normativo. Sensível ao fato e à lei, ponderado entre o direito

formado e a realidade, traduzido numa expressão, não de antinomias flagrantes, mas de harmonia entre a ação administrativa e o objeto do ato administrativo⁽¹⁾.

No Direito Administrativo, sabemos, não acontece como no Direito Civil. Neste último, os indivíduos são livres de se determinarem. Os motivos subjetivos dos administrados não contrariam a ordem pública. Ao passo que, no Administrativo, não existe sem limites o princípio da autonomia da vontade, pois a Administração não se deve decidir a não ser por razões de fato ou de direito objetivamente estabelecidas⁽²⁾.

A questão, na controvérsia, coloca-se, portanto:

- a) em torno da natureza do **fato**;
- b) na aplicação do direito sem uma operação prévia de interpretação.

São, esses dois momentos, de alta importância. Não cabendo ao hermeneuta desconhecê-los para a aferição da verdade na livre ação administrativa. Considerando que a posição do poder administrativo perante a lei e o direito não é, nos sistemas constitucionais, diferente da de cada indivíduo em particular, ou melhor, do administrado frente ao Estado.

2. O fenômeno discricionário

Como fenômeno pertence à ordem jurídica, a ela se integra. Jamais foi estranho ao Estado de **direito**. Basta essa afirmação para que não possa, pelo ato discricionário, violentar a moralidade interna da Administração. É, de certo modo, um fenômeno de todos os tempos, "*conatural em maior ou menor medida, a todos os sistemas jurídicos*"⁽³⁾.

Não se confunda, no entanto, o **arbitrio** com o fenômeno discricionário. O arbitrio como o oposto do Direito Administrativo objetivo. O problema, assim encarado, não se coaduna com o Estado do direito, nem mesmo com a discricção administrativa. Na **discricção** reside a capacidade de fazer apenas o que é conveniente. Não de se fazer o tudo que se quer⁽⁴⁾.

(1) Cf. JEAN-CLAUDE VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire - Le pouvoir discrétionnaire dans l'acte administratif*, Paris, 1959, pp. 13 e segs.

(2) Cf. GEORGES VEDEL, *Cours de droit administratif*, Paris, 1953/54, p. 672; *Droit administratif*, vol. I - *La nécessaire combinaison du pouvoir discrétionnaire et de la compétence liée*, Paris, 1958, p. 180.

(3) "Mas, para nós, só oferece interesse quando encarado nos sistemas jurídicos em que as autoridades administrativas devam obediência às regras formuladas pelos órgãos legislativos e se institua uma apreciação, pelo menos materialmente jurisdicional, dos seus atos: o ponto-de-partida histórico da questão do poder discricionário é a instauração do sistema da divisão dos poderes. Quer dizer, por conseguinte, que historicamente o problema só verdadeiramente passou a ser visto com os olhos com que hoje o vemos, a partir da instauração do Estado de Direito, no qual a Administração está de qualquer modo submetida à lei." (AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *O Poder Discricionário da Administração*, Coimbra, 1948, pp. 73-74).

(4) A posição de ADOLFO MERKL já não é aceitável, apesar da sua lógica de fato. Radicaliza-

Na conveniência, ou oportunidade, está presente o condicionamento moral, de moralidade interna e externa. Aquela liberdade, dada em certas circunstâncias a uma autoridade administrativa, de tomar, dentro de determinados limites, a decisão que lhe pareça melhor, em atenção a considerações “*de conveniência e oportunidade*”⁽⁵⁾.

Somam-se, destarte, para a figuração do fenômeno discricionário no ato administrativo próprio, algumas circunstâncias absolutamente fundamentais. Para o gozo de certa liberdade, a Administração vincula-se no tempo à conveniência, à oportunidade, ou a limites que só o interesse público urgente, necessário, pode aconselhar e justificar.

No **interesse público** está o limite, mas no interesse garantido pela relevância do fato acontecido ou por acontecer. Ainda que não haja a regra de direito, compreenda-se de uma vez por todas que o fenômeno discricionário faz atividade **vinculada**, não por um dever jurídico imediato, quem sabe, mas sempre vinculada pelo interesse geral e comum.

3. O poder discricionário

Aqui está uma proposição aceitável na boa doutrina: a função do poder discricionário tende a assegurar a adaptação ao **real** da regra de direito⁽⁶⁾. O **real** e o **fático** aqui se identificam, fazem realidade conjuntural. Eis que as contingências não levam ao desnaturamento da ordem jurídica. Nem as perspectivas de não-responsabilidade moral ou jurídica.

Desde que o exercício do poder discricionário depende de **circunstâncias**, aplicado fora dos condicionamentos limitativos afeta a moralidade administrativa. Não é sem lógica que, no tocante ao ato, leve-se em apreço como justificação moral e jurídica não só a **vontade reflexa** como o objeto, os motivos e *le but* que conduz direto ao fim colimado⁽⁷⁾.

Nisto não há nada de novo. Na controvérsia, o que se procura é resguardar a legitimidade do poder administrativo, quando forçado a medidas urgentes ainda passíveis de enquadramento na norma ou de interpretação do direito⁽⁸⁾. Releva notar, contudo, na problemática, as incidências caracterizantes

se demais o fenômeno. E por isso merece reparos. (Ver: *Teoría general del derecho administrativo - El arbitrio administrativo* - trad. esp., Madri, 1935, pp. 185 e segs.). Na teoria jurídica, MERKL o que faz, sem dúvida, é exagerar conceitos. No entanto, contradiz-se quando fala de casos em que, existindo uma norma (p. 198), são possíveis diversas aplicações, juridicamente diferentes. Precisamente nisto, face à norma, distingue-se o arbítrio da discricção.

(5) Grande Enciclopédia Delta-Larousse, Rio de Janeiro, 1970, vol. 4, p. 2.220.

(6) Cf. JEAN-CLAUDE BENEZIA, ob. cit., p. 157.

(7) JEAN-CLAUDE VENEZIA, ob. cit. - *Le pouvoir discrétionnaire et l'objet de l'acte administratif* (p. 19); *Le pouvoir discrétionnaire et les motifs de l'acte administratif* (p. 23); *Le pouvoir discrétionnaire et le but de l'acte administratif* (p. 33).

(8) QUEIRÓ, ob. cit. - **O poder discricionário, problema de interpretação**, p. 17.

da ação discricionária, uma vez que no ato administrativo discricionário não há matéria de conteúdo político.

Nas leis **políticas**, a moralidade do ato as antecede em caráter preventivo, ligadas que estão a fatos cuja apreciação (não decisão) não é administrativa, mas de suporte legal previamente estabelecido. Sejam excepcionais ou não, as **leis políticas** executadas através de atos administrativos não se podem chamar de discricionárias e nem os atos de discricionários, pois a vigência delas emana da própria ordem institucional e de poderes que se conferem às autoridades instituídas⁽⁹⁾.

A distinção se faz necessária para a qualificação do poder discricionário da Administração. Nessa área de atividade, as premissas são de lógica jurídica e de moralidade no sentido de imparcialidade e nunca de justiça comum. Quanto a elas, as leis políticas, não há sequer a possibilidade de controle pelos tribunais. São normas que não tutelam e nem dizem com o interesse geral. Sobretudo quando falam de legalidade revolucionária.

4. O ato discricionário

Tentando explicar no **ato discricionário** o fenômeno discricionário e o poder discricionário, prevalecem algumas proposições doutrinárias que informam a conduta da Administração, e que são:

a) o poder administrativo tem na sua frente um campo de livre iniciativa com limites fixados pelas regras de direito;

b) ao lado dos limites externos circunstanciais existem limitações internas, subjetivas e objetivas;

c) o poder discricionário administrativo não se identifica com o poder arbitrário pelos limites impostos nas leis.

As proposições levantadas, como pressupostos fáticos, envolvem face a uma análise de conjunto, três verdades flagrantes: a primeira, de direito escrito. A segunda, de tônica moral. E a terceira, sem dúvida, de exação moral no comportamento administrativo. Aconselhando todas elas a que se encare o ato discricionário em si mesmo, em razão do processo que o precede.

Ante a imperfeição, ou melhor, a insuficiência da técnica jurídica, o ato discricionário vem, isto é, aparece:

a) em função de uma necessidade pública;

b) em razão de objetividade racional;

c) em função de uma conduta lícita;

(9) No direito político brasileiro, por exemplo, há depois de 1964 alguns documentos altamente ilustrativos: o Ato Institucional nº 1, o Ato Institucional nº 2, o Ato Institucional nº 5, o Ato Institucional nº 39, o Ato Institucional nº 10, o Ato Institucional nº 13 e o Ato Institucional nº 16

- d) em razão do valor jurídico de **fim**;
- e) em função de força jurídica na decisão executória.

Podem até refletir fenômeno de **heteronomia**. Sem com isso perder a **autonomia**⁽¹⁰⁾. Na sua formação, desviando-se das leis conhecidas, ou das leis normais. Considerando-se, na espécie, não uma vontade estranha, mas de vinculação ao fato excepcional. Ainda que não expressamente previstos em lei, não escapam, na especialidade, do que é lícito e permitido.

5. A competência discricionária

Nas situações juridicamente protegidas, o ato discricionário pode corresponder a uma lesão de direito. Como pode também afrontar o simples interesse legítimo qualificado. Nesses casos a responsabilidade quanto aos prejuízos atuais e futuros, tal e qual, como, para outras situações, aconselha a boa doutrina, passa obrigar a reparação patrimonial e moral⁽¹¹⁾.

Não há aqui aquela moralidade interna da lei já aludida anteriormente. Ou então, para maior exatidão, o pressuposto de que toda a lei é moral. Mas permanecem, pela inexistência da regra jurídica, os elementos exteriorizantes do ato discricionário, de estrutura, de fato circunstancial, de racionalidade e conduta lícita. E com esses elementos, o de competência⁽¹²⁾.

Negativos esses elementos, surge a dúvida com respeito à moralidade do ato. Sobretudo no que diz com a **competência**, o ato discricionário não foge às constantes da organização administrativa e funcionamento dos serviços públicos. Os direitos e deveres que integram a competência de um órgão fazem o limite de competência dos demais órgãos. Limite, assim, de fato e de direito. Limite que é jurídico em face das normas reguladoras, que são jurídicas⁽¹³⁾.

Fazer livremente é uma coisa. Fazer livremente fora da competência funcional é outra. Com referência ao sujeito administrativo, a competência constitui qualidade subjetiva de qualquer ato. Muitos, destarte, consideram a competência, como requisito subjetivo do ato⁽¹⁴⁾. Outros, quase na mesma linha de idéias, mas não considerando a competência como capaz de originar direito subjetivo⁽¹⁵⁾.

(10) Cf. JUAN FRANCISCO LINARES, *Poder discricional administrativo*, Buenos Aires, 1958, pp. 15-274.

(11) Cf. GEORGES VEDEL, *Droit administratif*, vol. I, pp. 231-232.

(12) Cf. RAFAEL A. ARNANZ, *De la competencia administrativa*, Madri, 1967, p. 21.

(13) Cf. ARNALDO DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello stato*, Pádua, 1931, p. 81.

(14) Cf. JESUS GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Madri, 1965, pp. 202-203.

(15) Consultar UGO FORTI, *Diritto amministrativo*, vol. VII, Nápoles, 1934, p. 141; GARCÍA TREVUJANO, *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Madri, 1958, p. 573.

São os poderes jurídicos que fazem a competência. O conceito se apura na medida das relações recíprocas entre autoridades e órgãos **na função**. Representa, por assim dizer, uma autorização e uma limitação⁽¹⁶⁾. Ou mais propriamente uma **delimitação** que, quando regulada, alcança a discricionariedade⁽¹⁷⁾. Não havendo, portanto, ato qualquer sem classe de competência.

Antes de mais nada, analisem-se os elementos determinantes da competência, que por sua vez determinam as diferentes classes de funções⁽¹⁸⁾. Também para o ato discricionário é, positivamente, uma questão de território, de matéria e de poderes jurídicos. De divisão de poderes e de funções. De funções jurisdicionalizadas, serviços e normatividade específica.

6. O vínculo poder-dever na Administração

A competência integra assim o ato discricionário vinculando-o como o faz com os demais atos jurídicos. Com efeito, e na verdade, as normas fixadoras da competência não podem ser alteradas por pessoas ou órgãos chamados a exercer poderes. Este é um princípio básico de direito público e de Ciência da Administração⁽¹⁹⁾.

Portanto as teorias do **arbítrio** se tornam inócuas desde quando se confundem com poder discricionário⁽²⁰⁾. A competência, na realidade concreta, limita ou circunscreve a discricionariedade. Além de tudo, as potestades correspondem às funções jurídicas estatais. Ainda que haja órgãos de função administrativa plena e não submetidos a limitações funcionais de qualquer tipo ou classe.

Saiba-se que o direito político, arbitrário ou não, na verdade, "*só pode considerar-se existente na ordem positiva, desde que os cidadãos tenham direitos a que correspondam deveres da parte do Estado em termos tais que aqueles possam ser exercidos com segurança e estes sejam cumpridos ou observados com regularidade*"⁽²¹⁾. Os mesmos limites que atuam no ato político, atuam no ato administrativo discricionário. E com maior razão nestes últimos.

(16) Cf. ERNST FORSTHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, trad. esp., Madri, 1958, p. 573.

(17) Cf. CINO VITTA, *Diritto amministrativo*, Tosina, 1948, p. 160.

(18) Cf. ENRIQUE SAYAGÜES LASO, *Tratado de derecho administrativo*, vol. I, Montevideu, 1953, pp. 191 e segs.

(19) Cf. SAYAGÜES LASO, ob. cit., vol. I, p. 192.

(20) Ver, no equívoco das posições: A. MERKL, ob. cit. - *O arbítrio administrativo*, pp. 185 e segs.; JUAN FRANCISCO LINARES, ob. cit. - *Arbítrio administrativo* - Caps. XIV e XV, pp. 167-201.

(21) MARCELO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Lisboa, 1967, p. 256.

No vínculo **poder-dever** que envolve a Administração reside o princípio da moralidade. Mesmo no ato discricionário, ou de competência discricionária, há uma **relação jurídica** possível, lógica ou necessária. A tese contrária é apenas negativista nos sistemas de garantias jurídicas. Ou melhor, contestadora da relação jurídica **singular** que existe na prática dos atos discricionários.

Precisamente frente à Administração e aos negócios administrativos, no tocante à discricionariedade é preciso lembrar:

a) que o primeiro modo por que se apresenta a garantia da relação jurídica é o da declaração certa e incontestável por parte da autoridade competente da existência e do conteúdo da relação;

b) que o segundo modo da garantia será, portanto, a possibilidade de imposição coerciva dos direitos certos e incontestáveis⁽²²⁾.

A evidência, ou a verdade, serve ao Direito Administrativo. A **imposição**, pois, para ser coerciva, faz relação jurídica. Como a autoridade há de ser sempre competente. Tanto no direito privado, como no direito público, ressalte-se que, pelo interesse objetivo da temática a discricionariedade, só existe e se materializa em relação a poderes e deveres inegavelmente existentes.

7. Defesa da unidade do direito

O que vale para a Administração, vale inclusivamente para o administrado. As regras, quando distinguem, passam ao campo do arbítrio, não são regras gerais ou morais de conduta comum, imparcial, eqüitativa. Não regulam na ordem jurídica estatuída, constituída, consagrada. E não é isso que se quer com a prática **necessária** ou mesmo imprevisível do ato discricionário.

Por isso pensamos, *data venia*, que algumas posições doutrinárias urgem ser revisadas, recompostas nos sistemas de garantias jurídicas e constitucionais. Em defesa da unidade do direito na área da Administração pública. Para que o **poder** não consista apenas na possibilidade de impor. E não se baste tão-somente pelos meios necessários de coação.

A idéia de **poder público** não é conceito divorciado do Direito Administrativo, do qual a Administração pública é parte de incontestável relevo, e como pessoa jurídica. Já passou a época do **imperialismo** do poder administrativo. Ou de situações particularmente exorbitantes ou de privilégio geral. Da noção do ato administrativo como uma noção absoluta⁽²³⁾.

Com isso não perde o Estado o seu caráter de supremacia, nem fica

(22) Cf. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Coimbra, 1956, p. 321.

(23) Consultar LÉON DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, 1913, p. 146; MICHEL ROUSSET, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, Paris, 1960, pp. 26-27.

arranhada a primacialidade do poder político. Nem as faculdades e as prerrogativas públicas se desmerecem. O poder é **poder** nas fronteiras da limitação jurídica. O problema de saber se o poder político, ou o administrativo, é suscetível de ser limitado juridicamente está resolvido nas Cartas constitucionais.

8. O conceito radical na experiência

As hesitações da doutrina e da jurisprudência não mais se justificam no Estado de direito. A força jurídica do ato administrativo nasce do fato e da lei. Na primeira hipótese, a da origem de fato, há muito de discernimento moral. Na segunda, a ordenança é simplesmente normativa. Tal concepção apenas não se acomoda às expressões doutrinárias tradicionais.

Quanto ao **poder discricionário**, dando liberdade de iniciativa à Administração, aparece como resultante das indeterminações das normas jurídicas. Mas em ocasiões de excepcionalidade reconhecida e declarada. Sem que se esqueça, no entanto, daquela medida de submissão da Administração ao direito, da noção das chamadas competências legais e do princípio natural e orgânico da hierarquia das normas⁽²⁴⁾.

O somatório é indispensável, sem dúvida, à racionalidade dos propósitos administrativos. É de perguntar: ainda existe nos sistemas jurídicos, pelo menos mais avançados, indeterminação de regras jurídicas que justifiquem a velha noção de poder discricionário? Daquele poder que pode atuar sem motivos e nem barreiras morais ou legais?

A experiência mostra que, apesar da **medida** da necessidade no tempo, a indeterminação não leva a um conceito radical de ato ou de poder discricionário. A noção de competência dá uma idéia das barreiras que cercam o poder de ação unilateral⁽²⁵⁾. De tal maneira que, guardadas as reservas, pesam-se os motivos da ação de conformidade com a ordem jurídica geral.

9. O problema no pensamento comparado

Não se pode esperar uma doutrina **universal** com harmonia de pensamento. As peculiaridades **nacionais** ainda procedem nos regimes políticos

(24) MICHEL ROUSSET, ob. cit. - *Le principe de la hiérarchie des normes* (p. 110); *La mesure de la soumission de l'administration au droit* (p. 111); *La notion de compétences légales* (p. 112) e *Le pouvoir discrétionnaire* (p. 113). A compreensão do fenômeno há de ser de plano, num sentido global, não isolando posições e separando conceitos que são afins.

(25) "*La pouvoir discrétionnaire représente l'espace qui est compris entre ces barrières.*" (ROUSSET, ob. cit., p. 114).

e nas conseqüências jurídicas. Nem sempre a lei faz sinonímia com o direito. Sobretudo, no Direito Administrativo as desproporções são flagrantes, de relevo conceitual ou de caminhos ainda não bem explorados⁽²⁶⁾.

Em alguns pontos, como veremos, as identidades se fazem afirmativas. Contudo, a controvérsia acerca do poder discricionário se tem orientado em torno de três questões já neste trabalho debatidas em análise de síntese doutrinária: a da justificação da existência do poder discricionário, a da natureza e a da sua extensão⁽²⁷⁾.

Todos concordam que o poder discricionário existe e vem permanecendo no processo jurídico-administrativo. No entanto, cada pensamento, no fluxo da organização administrativa, reflete condições específicas que dificultam a tarefa da ciência jurídica. O que se quer, sem dúvida, na doutrina é, nas dificuldades, explicar a **razão de ser do poder discricionário**.

Levantando, no pensamento doutrinário, o problema na França, Itália, Argentina e Portugal, não nos motiva qualquer preocupação de maior estilo. Apenas queremos, nas situações reais e objetivas, dar à problemática noção de plenitude lógica. Uma vez que a discricionariedade começa onde vários **direitos** começam os juízos de interpretação da norma.

10. França

A doutrina orientada, na França, vem do século XIX. Não interessa, no entanto, para o nosso escorço, voltar ao exame da evolução histórica. O que se pretende é a fixação de alguns princípios gerais, através dos quais se possa determinar aquela **razão de ser** do poder discricionário, e, em virtude dessa razão, a singularidade normativa do ato discricionário.

Tudo partiu, na prática francesa, do fato da Administração não admitir apreciação de ordem jurisdicional para aqueles seus atos que ilegitimamente não ofendiam o direito do administrado. Era o sistema da *justice retenue*. Pela teoria que depois se formou em torno dos **atos de governo**, já se passou a aceitar um sistema de *justice déléguée*, na hipótese imprecisa de certos fins políticos. O que se levantou com essa teoria foi a necessidade de fixar um **limite** perante a jurisdição administrativa desde o momento em que se transformou em **justiça delegada**⁽²⁸⁾. Criava-se, destarte, o conceito **material** de legalidade.

(26) Cf. JEAN RIVERO, prefaciando JEAN-CLAUDE VENEZIA, *ob. cit.*, pp. II e III.

(27) Cf. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo*, Lisboa, 1962, p. 214.

(28) Consultar LÉON DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, 1913, p. 206; MAURICE HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Paris, 1927, p. 400; ROGER BONNARDI, *Mélanges Maurice Hauriou - L'origine de l'ordonnement juridique*, Paris, 1929; HENRI WELTER, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, pp. 136 e segs.

De há muito, o **Conselho de Estado**, veladamente, permitia que as partes pudessem solicitar a anulação dos atos administrativos exercitados com a violação da lei. Com exceção, porém, dos atos discricionários, e que só podiam ser apreciados quando praticados com **excesso de poder**. As implicações, no entanto, não eram poucas. E de tal sorte, como ainda é tendência, que a permissibilidade recursal se ativesse ao "*recours pour excès de pouvoir*"⁽²⁹⁾.

A construção jurídica ganhou amplitude doutrinária no tocante às intromissões da Administração no plano das atividades particulares. Informando a lei como **condição** e não apenas **limite** da ação administrativa. Pressupondo, como obrigação, a essencialidade da norma. Entre uns e outros juízos teóricos, procurando distinguir o poder discricionário do poder arbitrário. Determinando o alcance do poder discricionário da Administração em termos de interesse geral e de competência funcional. O poder administrativo operando força de um poder legal que se define pela competência⁽³⁰⁾.

Como construção dogmática, o pensamento doutrinário francês assentou a regra na **competência**, que só existirá se houver motivos suficientes para a prática do ato discricionário. Com o **institucionalismo** abriram-se novas clareiras. Reconhecendo-se a Administração como **poder**, poder público **instituído**, ou melhor, emanado de uma organização submetida a uma **idéia**, mas como **poder** que tem funções a desempenhar e subordinado à medida de normas exteriores. A verdade se resume, para o conceito de poder discricionário no institucionalismo, em um só dado: das regras da **moralidade administrativa** influndo nos motivos de validade dos atos administrativos como critério ético-subjetivista⁽³¹⁾.

A escola francesa, por assim dizer, marcou profundamente, como veremos mais adiante, as instituições administrativas italianas. Oferecendo-lhes, sem dúvida, os suportes indispensáveis às transformações institucionais. Influência essa, sem dúvida, caracteristicamente universal. E com manifestações ou formas capazes de fixar finalidades públicas a satisfazer sem quebra ou prejuízo da lei e do interesse do administrado.

11. Itália

A tradição do pensamento jurídico com respeito à discricionariedade está firmada em conceitos precisos de justiça administrativa. A *illegittimità*, ou

(29) MAURICE HAURJOU, ob. cit., *L'intérêt public*, apud VEDEL, *Droit administratif*, p. 184.

(30) Consultar ROGER BONNARD, *Précis de droit administratif - Les droits publics subjectifs; L'obligation juridique de l'Administration; Compétence liée et pouvoir discrétionnaire*, Paris, 1935, pp. 62 e segs.; LÉON DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, vol. II, Paris, 1928, pp. 368 e segs.

(31) Consultar, na doutrina: MICHEL ROSSET, ob. cit. - *Le pouvoir discrétionnaire*, pp.

a ilegalidade, marca o limite de domínio do poder discricionário. A jurisdição administrativa, como se organizou funcionalmente, recolhe para si a demarcação rígida da competência e dos fins da Administração.

Ainda que não haja **paralelismo** no pensamento doutrinário⁽³²⁾, as tendências se harmonizam na **jurisdição**, isto é, nos princípios que regem a atividade vinculada, ou melhor, a vontade pública no tocante à diversidade dos fins e dos meios administrativos. Tão-somente porque a atividade jurisdicional traz como objetivo a **observância** do direito.

Tanto é assim que o contencioso anulatório do ato na Itália (jurisdição própria) controla e tutela a *legittimità*. No exame da legitimidade, a justiça administrativa aprecia todos os elementos do ato administrativo, desde a competência até a forma, o objeto, os motivos e o fim, numa análise que envolve a legalidade **interna** e a legalidade **externa**⁽³³⁾.

As excelências do **regime italiano**, assemelhado mas não semelhante ao francês, merecem consideração toda especial. Pelo controle da legitimidade examina-se a legalidade. Não se trata aqui, no entanto, da apreciação da conveniência ou da oportunidade do ato administrativo, pois essa matéria corresponde à verificação dos limites da ação discricionária.

Vale, de passagem, uma indagação: o controle jurisdicional administrativo alcança o poder discricionário? A resposta é **sim**, precisamente quando esse controle busca a verificação dos limites internos da discricionariedade, isto é, quando não seja ultrapassado pela autoridade administrativa, e o que, ao nosso ver, leva à discussão da moralidade do ato.

A verdade do **fato** comanda a verdade do **ato**. As situações peculiares (e que são de moralidade administrativa) como de *travisamento dei fatti* (falsidade na apreciação dos fatos), *insuficienza o inadeguatezza della motivazione* (motivos), são elementos bastantes a considerar na natureza do ato ou da decisão, na dúvida quanto à aplicação do direito⁽³⁴⁾.

Mas sobretudo na disparidade dos critérios de aplicação racional da

113-114; RAPHAEL ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1926; JEAN RIVERO, *Droit administratif - Mesure du pouvoir discrétionnaire; La situation actuelle; Nécessité d'un équilibre* - Paris, 1960, pp. 68-69; MARCEL WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif - Limites du pouvoir discrétionnaire* - Paris, 1950, pp. 134 e segs.

(32) No fundo, o pensamento jurídico da doutrina italiana é o mesmo. Há, contudo, algumas premissas que não são afins. Senão vejamos para ilustrar: UGO FORTI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Nápoles, 1931, pp. 141 e segs.; ORESTE RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milão, 1934, pp. 290 e segs.; SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Pádua, 1932, pp. 2 e segs. RENATO ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milão, 1951, pp. 33 e segs.

(33) Consultar GUIDO ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milão, 1948/54, vol. II, p. 143; RANELLETTI, ob. cit., p. 338; GIOVANNI MIELI, *Principii di diritto amministrativo - Il comportamento dei soggetti*; Pádua, 1953, p. 173.

(34) Consultar GUIDO ZANOBINI, ob. cit., vol. I, p. 313; ALDO M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Nápoles, 1954, p. 259; CARLO RIVARONI, *Teoria degli atti amministrativi*, Turim, 1939, p. 80.

norma jurídica (*disparità di trattamento, illogità, contraddittorietà dei provvedimenti*), afirma-se a moralidade ou não da Administração. Não se negando, na jurisdição, que a decisão administrativa possa ser devidamente apreciada já agora por irregularidades de motivo ilegítimo ou mesmo de fim não lícito⁽³⁵⁾.

Falando dos princípios informadores, na jurisdição própria se resolvem todas as pendências contenciosas. Não se podendo com segurança afirmar que a eficácia da ação administrativa seja prejudicada, pois acima da eficácia está a preocupação pela garantia dos direitos dos administrados.

12. Argentina

Anote-se aqui uma regra a ser examinada na sua expressão doutrinária: a de que os direitos subjetivos nascidos de atos administrativos editados no exercício de atividade **reglada** ou de atividade **discrecional** da Administração, possuem idêntica substância⁽³⁶⁾.

Uma posição real como esta, como que anula todas as outras, ao menos no nosso entender: se o direito nascido de um ato administrativo da Administração no exercício de faculdades *regladas* é irrevogável pela própria Administração, igual prerrogativa deve acompanhar o direito subjetivo nascido de um ato administrativo emitido no exercício de faculdades *discrecionales*⁽³⁷⁾.

Na verdade, essa é uma tese bastante defensável no plano dos direitos e das garantias jurídicas. Razão de lógica jurídica há que prevaleça em contrário. Pouco importa que o ato haja surgido de atividade **reglada** ou **discrecional** da Administração. O direito subjetivo se exterioriza tanto numa como noutra atividade⁽³⁸⁾.

A doutrina, já agora, como se vê, é uniforme. São os princípios constitucionais que abonam tal solução. De vez que a atividade administrativa nunca é totalmente **reglada** ou **discrecional**⁽³⁹⁾. A lição, sem dúvida, harmoniosa, da doutrina argentina, apaga as controvérsias irrelevantes, como também permite melhor exatidão no equacionamento do problema do ato administrativo.

Aceitando-se que discricionarismo não é sinônimo de arbitrariedade, ou que as faculdades discricionárias possuem limites que permitem o controle do exercício de tais atividades⁽⁴⁰⁾, estamos concordes que os que assim não pensam

(35) Consultar CINO VITTA, *Diritto amministrativo*, vol. I, Turin, 1949/50, pp. 426 e segs.; PIETRO BODDA, *Giustizia amministrativa*, Turin, 1952, p. 58.

(36) Cf. MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1965, vol. I, pp. 101-680.

(37) *Id.*, *ibid.*, vol. I, p. 680.

(38) Cf. MANUEL MARIA DIEZ, *Derecho administrativo*, vol. II, Buenos Aires, 1965, p. 328.

(39) Cf. AGUSTIN A. GORDILLO, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1969, pp. 152-153.

(40) *Id.*, *ibid.*, pp. 215-216. Possuem especial relevo doutrinário as colocações de JUAN CARLOS CASSAGNE e JOSÉ ROBERTO DROMI. Merece menção: RODOLFO CARLOS BARRA, *Contrato de Obra Pública*, 3 vols. Buenos Aires, 1988.

desconhecem ou ignoram por certo tudo o que há de mais avançado na teoria e na prática do moderno Direito Administrativo.

13. Portugal

O direito português vem de um longo caminho de experiências administrativas. Com a codificação administrativa de 1896 apareceu o poder discricionário, e portanto, o ato discricionário, numa interpretação que se aproxima da necessidade das relações entre a Administração e o administrado, em razão de um anterior poder discricionário e sobretudo gracioso, ou puro.

É o que depreendemos até aquela data e depois de 1835, fase em que consolidaram-se os conceitos de **administrar** e de **julgar**. Está claro que não nos cabe aqui fazer a história do **contencioso português**⁽⁴¹⁾. Nosso interesse está no fixar a posição de Portugal na problemática, isto é, a posição dos seus juristas especializados frente às situações que se criam da prática dos atos administrativos nascidos da discricção.

Em parte, uma tradição está sendo mantida: a do recurso direto de anulação, que deve ser considerado como uma garantia da observância do **direito objetivo** no que diz com as autoridades administrativas ser, sem distinção entre atividade graciosa e atividade contenciosa, subordinada às disposições de caráter genérico, leis e regulamentos⁽⁴²⁾.

Destarte, do domínio do poder discricionário *“deve ser afastado tudo o que toque na delimitação das competências e nas condições de forma, por nada com ele terem”*. A lei pode fixar ou não as circunstâncias em que a Administração deve agir. *“Mas a fixação de condições de que a lei faça depender a intervenção não implica necessariamente a necessidade ou obrigação dessa intervenção: a lei pode pretender apenas deixar dependente o exercício de uma faculdade da verificação de certas condições.”*⁽⁴³⁾

Localizar, portanto, a discricionariedade no ato administrativo, é melhor tarefa de interpretação. É que subentende, na área de livre ação, um princípio de **moralidade**. Tanto assim que o ato de conteúdo totalmente vinculado é uma hipótese-limite na Administração, enquanto o *“ato de conteúdo totalmente discricionário, esse não pode sequer existir como ato administrativo, já que este é sempre vinculado ao menos quanto à competência e quanto ao fim”*⁽⁴⁴⁾.

(41) Cf. MARCELLO CAETANO, *A Codificação Administrativa em Portugal (Um século de experiência: 1836-1935)*, Lisboa, 1935. O ilustre jurista, nas diferentes edições do seu *Manual*, desde 1937, é a melhor fonte de conhecimento e de investigação.

(42) FÉZAS VITAL, *apud* RODRIGUES QUEIRÓ, *ob. cit.*, pp. 203-204.

(43) ALFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *ob. cit.*, *O poder discricionário no Direito administrativo português*, pp. 204-205.

(44) ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *ob. cit.*, *Localização da discricionariedade no acto administrativo*, p. 263.

No entanto, como se vê, a Administração conserva normalmente a liberdade para ajuizar da oportunidade e da conveniência da prática dos seus atos. Se o ato não pode ser inteiramente vinculado, também não pode ser inteiramente discricionário. Por pequena que seja, sempre existe uma margem de vinculação de competência ao menos para que o ato possa ser definitivo e executório como resultante de vontade administrativa⁽⁴⁵⁾.

Nessa **margem de vinculação**, a norma estabelece as condições de fato ou de direito para a prática do ato. Ainda que não se encontre nela rigorosa definição de **fim** e de **motivo**, nesse caso a apreciação das **circunstâncias** leva a considerações quanto ao comportamento **moral**, ou de **moralidade** na atividade da Administração. Como faculdade, a discricionariedade corresponde a uma alternativa intencional entre o ato e a realidade.

Há de se convir que o *“titular de um poder discricionário tem o dever jurídico, e não simplesmente moral ou funcional, de escolher para o seu ato pressupostos exatos”*⁽⁴⁶⁾. Contudo, o mau uso do poder discricionário não faz moralidade administrativa. O princípio **racional**, na moralidade, responde assim necessariamente à regra-conduta de **boa administração**. Não é preciso que a regra esteja inscrita na lei, mas que esteja subentendida.

E posto o problema, são **irrelevantes** os erros sobre a forma ou sobre o **objeto**. Mas são **relevantes** o erro de fato ou o erro de direito sobre a **causa**, gerando a ilegalidade do ato por falta de causa, ou então gerando ilegalidade do ato por desvio de poder. A ilegalidade não resulta aqui da existência do poder vinculado, *“mas sim da própria natureza do poder discricionário, que não pode agir sem causa”*⁽⁴⁷⁾.

O direito, ao permitir para a Administração áreas de discricionariedade, pressupõe sempre a existência concreta de um fato. A existência real de uma situação de fato está na base como suporte do próprio ato. Esta é a principal condição jurídica de vida do poder discricionário. Fora disso, violenta-se a regra de **boa administração**. No plano do dever, a regra de boa administração informa o princípio da moralidade administrativa.

14. Outros sistemas

As peculiaridades e as singularidades não justificam um estudo em **destaque** do poder discricionário e do ato respectivo noutros sistemas de

(45) MARCELLO CAETANO mantém a sua orientação de pensamento desde a sua obra fundamental publicada em 1937. Nas edições sucessivas do *Manual*, não há por assim dizer, mudança no sentido do pensamento puro do professor de Lisboa. Os conceitos se justificaram no tempo histórico. Apenas se nota, na organização administrativa portuguesa, maior apuro dos instrumentos técnicos de procedimentos.

(46) ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, ob. cit., p. 295.

(47) *Id.*, *ibid.*, pp. 303-307.

organização político-jurídico-administrativa. Ainda que a investigação fosse possível e de valia, as diferenças de posição não são de forma a distanciar idéias que marcam nas fontes (França e Itália), premissas universais e universalizadas. Quanto à divisão de poderes ou à separação de funções, a problemática não oferece específicas divergências. O que importa são os regimes.

No direito anglo-saxônico, ou no direito inglês e norte-americano, a intervenção judicial é quase plena. O ato administrativo não tem essa importância que se dá no direito continental-europeu. Cabe ao Judiciário adequar o direito às necessidades presentes e às tendências futuras. Contudo, tratando-se de procedimento administrativo, inclusive no seu aspecto judicial, a orientação continua aquela assentada na doutrina da separação dos poderes. A tarefa, nos Estados Unidos, é de **função legislativa delegada**. Na Inglaterra, de respeito pelas técnicas de direito consuetudinário⁽⁴⁸⁾.

E o controle judicial, no sistema, para efeitos corretivos, ou de excesso na prática administrativa, provém dos limites determinados nas delegações.

Na Espanha, que possui um dos melhores sistemas de garantias do administrado, a questão se coloca entre o princípio da legalidade e a atividade discricionária. O ordenamento jurídico procura prever todos os aspectos da ação administrativa. Podendo a *potestad discrecional* ser livre em tudo, menos com respeito aos fins que persegue, pois nos fins circunstanciais reside uma posição de moral⁽⁴⁹⁾. Na Alemanha, os tribunais administrativos desempenham importante papel. No entanto, os recursos anulatórios dos atos administrativos se assemelham ao que se passa no sistema francês. Todo ato contém uma declaração de vontade legal. Os atos públicos estatais aparecem como fonte de direitos e deveres. Surgem da lei e são passíveis de impugnação pelo administrado nos casos de ilegalidade ou de inoportunidade⁽⁵⁰⁾.

Na maioria dos países e sistemas nacionais, as variantes não fogem das fontes francesa e italiana. Uma tônica permanece, apesar da não-homogeneidade de alguns sistemas: a da preocupação com a lei e a competência reguladora da matéria jurídica, isto é, a preocupação com os limites de liberdade na ação

(48) Basta lembrar dois substanciosos estudos de BERNARD SHWARTZ: *Direito Constitucional Americano - American Constitutional Law* - trad. bras., Rio de Janeiro, 1966 - *Poderes da Administração pública - Poderes da Legislação delegada, Lei do processo administrativo de 1946 (administrative act), Formas de ação e o controle judicial*, pp. 346 e segs.; *Le droit administratif américain*, Paris, 1952. E também: LEONARD D. WHITE, *Introduction to the Study of Public Administration - Forms of administrative action; The system of responsibility* - New York, 1942, pp. 465-561. Falando não especificamente de moral: ELWOOD STREET, *The Public Welfare Administrator - Staff Discipline and morale* - Londres, 1940, pp. 130 e segs.

(49) Cf. RAFAEL ENTRENA CUESTA, *Curso de derecho administrativo - El principio de legalidad y la actividad discrecional de la Administración* - Madri, 1970, pp. 120 e segs.

(50) Cf. FRITZ FLEINER, *Derecho administrativo*, trad. esp., Madri, 1933, pp. 146 e segs.; com a Constituição de Bonn criaram-se jurisdições administrativas federais, o que assegura a unidade jurisprudencial. Nosso trabalho: *Introdução ao Direito Processual Administrativo - Tribunais administrativos: Alemanha, Alemanha, ontem e hoje*, São Paulo, 1971, pp. 230-233.

discricionária. Excedido o limite da finalidade, todo ato administrativo deixa de ser jurídico⁽⁵¹⁾. E não é precisamente nos **limites de liberdade** que a Administração se faz moral ou não moral? E que entra, na controvérsia, o exame não só da legalidade, mas da moralidade administrativa?

15. Os limites do poder discricionário

Por tudo que se escreveu, a não-moralidade da ação administrativa parte da regra de que o poder discricionário, e portanto o ato discricionário exercitado, não é jamais absoluto nas suas manifestações, quer internas, quer exteriores. É ato de expressão jurídica condicionada. Subentendendo-se a existência de elementos isolados ou em comum, mas de quádrupla limitação⁽⁵²⁾.

A correção, como meio anulatório, após a qualificação do ato na extensão do seu exercício, há de abranger na apreciação:

- a) o sentido do **objeto**;
- b) a **forma** não adequada;
- c) a falta de **motivo**;
- d) o **móvel** não determinado.

As características exigíveis são de fácil verificação. Não apresentam qualquer complexidade quando se quer examinar o ato administrativo na sua expressão de vida jurídica. Mas no conjunto, quando apuradas, refletem condições sem as quais o ato não se compõe para produzir os necessários efeitos.

Pelo **objeto** o ato administrativo traduz criação de peculiar situação jurídica. Modifica ou não situações jurídicas anteriores. Identifica, quase sempre, o conteúdo do ato. Qualifica a relação nas atividades sujeitas à atuação do poder administrativo.

Na **forma**, o ato administrativo aparece exteriorizado na sua esperada perfeição. Sem forma, o ato administrativo inexistente. É ela o elemento **material** do ato, não apenas o elemento figurativo. Só a **forma** mostra a lei no ato. Sem forma, o ato passa a viciado.

Através do **motivo** investiga-se a situação de direito ou de fato que determina a manifestação de vontade. Pelo motivo o ato se justifica e se explica. O motivo aqui identifica-se com a causa. Tudo isto para averiguar-se o erro, a falsa qualificação ou a inexistência de condição.

Quanto ao **móvel** não determinado, chega-se à violação do espírito da lei. Está implícito no objetivo a determinação legal. O desvio no uso de

(51) Cf. CAIO TÁCITO, *Desvio de Poder em Matéria Administrativa*, Rio de Janeiro, 1951, p. 53.

(52) Cf. MARCEL WALINE, ob. cit., *Moyens d'annulation*, pp. 134 e segs.

poderes, ou um poder legal a se examinar, em razão da matéria. No **móvel** reside a própria razão de ser do ato.

O descumprimento dos aspectos característicos do ato administrativo como se enunciam decompõem o próprio ato influenciando na formação da vontade administrativa. Nas características exigíveis estão os limites do poder discricionário. Ainda que a **moral** não seja um elemento do ato, este é falho de moralidade quando imposto sem um dos seus elementos.

Capítulo IX

A LINHA MORAL NA AÇÃO ADMINISTRATIVA

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A razão da certeza jurídica. 3. As novas posições necessárias. 4. O ato administrativo e o direito positivo. 5. O procedimento antes do ato. 6. O ato no bom proceder. 7. Os fatores constitutivos. 8. A linha de ordem moral. 9. A vontade subjetiva da Administração. 10. O valor das leis administrativas. 11. A falibilidade da organização administrativa. 12. Premissas a serem formuladas. 13. Os imperativos morais. 14. Ambivalência do poder administrativo. 15. As limitações do poder estatal.

1. Introdução

A moralidade, é exato, está até certo ponto acautelada pela lei nos termos legais estabelecidos⁽¹⁾. O que a lei, muitas vezes, não pode acautelar é a livre ação administrativa, abonada no excesso de poder e na medida em que o poder atua conflitando interesses que se fazem opostos.

Como reserva à discricionariedade por que não admitir uma **linha moral** para a ação administrativa? Por que não aceitar-se uma teoria já marcada por casos concretos no domínio dos motivos e inspirada na “moralidade” ou na “boa administração”⁽²⁾? O que há de mais ou de menos nisso? Não estará assim melhor respeitada a ordem jurídica?

(1) É o que pensa MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, tomo I, Lisboa, 1968, p. 465.

(2) MAURICE HIAURIOU, *Précis de droit administratif*, Paris, 1921, p. 352. E no prólogo do importante livro de RECAREDO F. DE VELASCO, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, pp. 5-12.

Havendo erro de interpretação do **fim legal**, como havendo fraude ou má fé, as situações se diversificam entre os conceitos de legalidade e moralidade. Ambos os casos estão suscetíveis de apreciação jurisdicional ou de corretivos capazes de proteger o direito ameaçado. Não é necessário que as evidências se conjuguem, mas é indispensável que se comprovem.

2. A razão da certeza jurídica

É de perguntar também: aparecendo na esfera administrativa um ato caracteristicamente jurídico, portanto legal, embora sem as características do ato administrativo, esse ato ofende o princípio da legalidade ou o princípio da moralidade?

Quanto ao valor jurídico do ato **em exemplo** parece indiscutível. No entanto, nesse valor não vai o elemento **eficácia** ou a possibilidade de execução coercitiva. Uma vez que a eficácia não depende da validade, mas da relação entre pessoas, ou melhor, dos efeitos que produz no tocante à execução, ou à executoriedade.

Qualquer ato administrativo possui a sua fundamentação ou a deve possuir contida usualmente nos "*considerandos*"⁽³⁾. Fundamentação que explica as circunstâncias de fato e de direito. Inexistindo essa **fundamentação** está em jogo a legalidade ou a moralidade?

Na índole dos efeitos jurídicos, sem dúvida, para responder a indagação, reside a razão de certeza jurídica, sem a qual a atuação material da Administração leva a equívocos desaconselháveis, isto é, a situações que se indefinem na relação normativa obrigatória.

3. As novas posições necessárias

O problema deve ser posto de tal maneira que a Administração não se desgaste na prática da legalidade. Da legalidade **não sentida** em termos de moralidade ou de rigorosa exação administrativa e funcional.

Reajustando o entendimento dos princípios, alguns fundamentais e outros sujeitos à evolução dos direitos, cabe aos juristas aceitar a imposição das novas posições necessárias sem as quais os sistemas de equilíbrio jurídico se vêem ameaçados de distorção.

O Estado, como está **publicizado**, pouco atende o homem-indivíduo.

(3) Cf. AGUSTINA GORDILLO, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1969, p. 313; MARIA RIVALTA, *La motivazione degli atti amministrativi*, Milão, 1960, p. 183.

A Administração, como age, não protege efetivamente o indivíduo administrado. As prerrogativas de **poder público** se ampliam sob critérios de ordenamento técnico, instrumental e de relação hierárquica, que na própria ordem jurídica as situações se criam conflitantes ou de confrontos não facilmente avaliáveis.

Na sua organização interna, a Administração centraliza e subordina para assegurar a unidade de ação do conjunto⁽⁴⁾. Tornando-se vértice de uma pirâmide de linhas escalonadas de atividade de força específica de coerção e com faculdades que se estendem através de atos capazes de suspender, modificar ou substituir direitos.

4. O ato administrativo e o direito positivo

Daí o relevo do ato administrativo e das práticas administrativas. Dos aspectos afirmativos para a Administração e dos aspectos negativos para o administrado. E do **exercício da coação** nas diferentes formas delegadas ou não de serviço público.

Toda essa imensa atividade, como sabemos, no Direito Administrativo, materializa-se através de atos administrativos. O ato administrativo como um conceito empírico fundado na experiência e não como um conceito apriorístico assentado em considerações abstratas⁽⁵⁾.

Entenda-se que, pelas suas implicações, o ato administrativo apresenta na sua noção formal interesse fundamental, não só para o direito público, mas outro tanto para o direito positivo⁽⁶⁾.

Precisamente neste sentido todos os atos jurídicos de tal espécie estão sujeitos ao controle jurisdicional e podem ser anulados por motivo de falsa cxação ou de falhas nos objetivos de efeitos jurídicos. Não são, assim, instrumentos fora do direito, estranhos à ordem jurídica.

5. O procedimento antes do ato

De que vale o procedimento antes do ato, senão para o reconhecimento das formalidades essenciais, e algumas delas indispensáveis? Não está a declaração

(4) Cf. MANUEL MARIA DIEZ, *Derecho administrativo*, vol. II, Buenos Aires, 1965, p. 53. Duas obras que merecem referência especial: JUAN CARLOS CASSAGNE, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1971; RODOLFO CARLOS BARRA, *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1982.

(5) *Id.*, *ibid.*, p. 203.

(6) Cf. ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, vol. I, Paris, 1963, p. 173.

de vontade subordinada a regras de forma e de procedimento? Não há dúvida que as respostas são conclusivas, pois assim se explica a validade do ato, ou do ato administrativo que segue, antes do seu nascimento, caminho já previamente determinado pelo direito⁽⁷⁾.

Convém, todavia, esclarecer que entre o ato na sua preparação e o ato formalizado há vínculos indestrutíveis que envolvem a intenção pública e a vontade administrativa⁽⁸⁾. Se se trata, na realidade, de “juridicizar” a atuação administrativa, o único meio hábil é o do procedimento administrativo regrado, informado, qualificado, explícito.

Em se procurando averiguar a moralidade lembre-se que é por conta desse tipo de procedimento anterior que se elaboram materialmente os atos administrativos. No tocante à legalidade aparece a composição do ato na sua origem como substancial contribuição ao estudo analítico dos seus fundamentos jurídicos ou dos propósitos de interesse público.

6. O ato no bom proceder

É o procedimento anterior, sem qualquer dúvida, como matéria de prova na esfera recursal, relevante e jamais dispensável para a aferição das condições técnicas e morais que contribuíram para a elaboração e formação do ato administrativo⁽⁹⁾.

Considere-se, para definir o grau de importância, que o objeto-fim de tal procedimento destina-se à proteção dos administrados, pois se constitui num conjunto de exigências que posteriormente se podem transformar em garantia concreta do particular⁽¹⁰⁾.

(7) Cf. JESUS GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1955, vol. II, p. 475; LAUBADÈRE, ob. cit., vol. I, p. 241; JEAN RIVERO, *Droit administratif*, Paris, 1962, p. 190.

(8) “La declaración en que consiste el acto administrativo está sujeta a diversas reglas de forma y procedimiento que condicionan la validez del acto. Los actos administrativos han de seguir, antes de su nacimiento, un camino previamente determinado por el derecho. La administración debe observar un conjunto de trámites y de formalidades para desarrollar su actividad. Este conjunto de trámites y formalidades es el procedimiento administrativo. Se podría decir entonces que se entiende por procedimiento administrativo el conjunto de reglas que rigen la elaboración de los actos administrativos. Se explica por el hecho de que siendo el Estado una persona jurídica, su voluntad se forma mediante la actuación de una serie de voluntades correspondientes a los diversos órganos que intervienen; además en el deseo de juridizar el actuar administrativo” (DÍEZ, ob. cit., vol. II, pág. 233).

(9) Consultar JESUS GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Madri, 1964; MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *A Prova no Processo Administrativo*, Curitiba, 1971; OTTORINO TENTOLINI, *La prova amministrativa*, Milão, 1960.

(10) “El procedimiento administrativo difiere del judicial, no sólo por la diferente naturaleza de los actos que lo componen y del acto final con el que termina, sino también por la gran variedad de elementos correspondientes a la variedad de contenido y estructura del acto

Tanto assim que para um ato passar a ser considerado válido deve a Administração apreciar na oportunidade os pressupostos subjetivos e objetivos⁽¹¹⁾. Agir com prudência nas instâncias inferiores. E antes de editar o ato procurar examinar as condições de fato e as situações de fato e de direito.

7. Os fatores constitutivos

No procedimento para impossibilitar choques contenciosos, uma série de operações estão ligadas à formalização do ato administrativo para que surja de pronto perfeito e acabado.

Concretizam-se por outros atos **simples** que integram a eficácia, e que se chamam de preparatórios e constitutivos.

A falta, contudo, de uma regulamentação orgânica dos variados tipos de procedimento, acarretam dificuldades nos sistemas, e dificuldades que levam à arbitrariedade nos trâmites⁽¹²⁾. Quanto às conseqüências vão aparecer na contestatória, e isso em virtude do ato de viciar antes mesmo de editado. Com repercussões nos efeitos de relacionamento jurídico.

Bem examinado *a priori*, sem desmerecimento dos outros, os fatores originais de constituição, ou **constitutivos**, são no procedimento os mais importantes e de maior relevo exterior. Os **preparatórios** refletem apenas atos de iniciativa que não deixam porém de importar na fase decisória e não deixam de impressionar quando o ato carecer de interpretação na jurisdição⁽¹³⁾.

administrativo, en contraste con la relativa uniformidad del procedimiento judicial. El objeto del procedimiento administrativo es la protección de los administrados. Constituye en conjunto de formalidades que se arbitran en garantía del particular. Al mismo tiempo el procedimiento tiene como objeto lograr el mayor efecto y eficacia en las resoluciones de la administración" (DIEZ, ob. cit., vol. II, p. 234).

(11) *"Los presupuestos subjetivos y objetivos": Para llegar a un acto válido, la administración deberá considerar los presupuestos subjetivos y objetivos. Los presupuestos subjetivos se refieren a la competencia del órgano del que emana el acto, que es de importancia fundamental para la existencia misma del acto administrativo ya que es un elemento del mismo. Deberá también considerarse la situación de los particulares en lo que respecta a su capacidad para realizar el acto, los conocimientos requeridos para ocupar ciertos cargos públicos, las condiciones técnicas y morales necesarias para el otorgamiento de una concesión de servicios públicos, etc. Los presupuestos objetivos que habrán de considerarse consistirán en actos jurídicos precedentes y en condiciones de hecho puramente materiales. Entre los primeros puede citarse la autorización que eventualmente necesitara el órgano de un ente autárquico institucional a los efectos de dictar el acto. En otras oportunidades, la instancia de un particular obliga a la administración a dictar un acto; por ejemplo, en el caso de la admisión, la autorización, etc. En cuanto a las condiciones de hecho son las situaciones de hecho y de derecho que habrá de tener en cuenta la administración para dictar el acto."* (DIEZ, ob. cit., vol. II, p. 235).

(12) Cf. AGUSTIN A. GORDILLO, ob. cit., p. 124.

(13) Cf. ALDO M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Nápoles, 1954, p. 289. E do mesmo administrativista: *Il procedimento amministrativo*, Milão, 1959.

No fator **constitutivo** é que vamos encontrar a determinação real da vontade administrativa, a verificação e a confirmação do fato que conduziu à prática do ato já agora exteriorizado em forma concreta, expressional da eficácia, e assim capaz de resultar em efeitos.

8. A linha de ordem moral

Daqui parte, na sua gênese, aquela **linha** chamada **moral** da ação administrativa. Passando por operações preliminares que vão do fato **existente** ao ato configurado. O ato pronto para ser editado. Refletindo a exata conduta da Administração. Resultados materiais que nem sempre se fazem presentes. Mas resultados jurídicos que fazem efeitos relacionais.

Volte-se, nesse passo, ao que se disse quanto à avaliação da vontade psicológica e da vontade normativa. Ainda que imprecisas algumas concepções com respeito à natureza do ato administrativo, há na conduta da Administração que apreciar a rigor duas realidades: a da norma que exprime o que é e a do ato que extroverte o **dever-ser** moral.

Definida a vontade sem ilações, está definido o ato nas suas repercussões. O que produz como efeitos jurídicos nas suas espécies conhecidas. Fazendo-se, no possível, coincidir a legalidade (de objeto e não presumida) e a moralidade (licitude e razão jurídica) como premissas de uma problemática que diz com os sistemas de garantias, ou melhor, *secundum legem* com a moral na aplicação **comum** (equitativa) da lei.

9. A vontade subjetiva da Administração

No entanto, só vivendo no tempo em que vivemos, torna-se explicável a atualidade da tese da **moralidade administrativa** ou da necessidade do ato administrativo corresponder adequadamente aos fins que lhes sejam próprios na área do interesse ou do serviço público.

Estamos convencidos que a observância das regras de competência, de forma e de respeito à justa finalidade do ato, não resultam apenas de exigências legais. Mas da observância de algo mais profundo como a vontade subjetiva do próprio poder administrativo⁽¹⁴⁾.

(14) "De suerte que en el curso de la evolución histórica la autolimitación subjetiva del poder no cede en nada a la legalidad objetiva; hecho cuyo alcance rebasa la esfera estricta del Derecho administrativo y merece ser examinado con relación también a las demás ramas del Derecho. El acto jurídico, sea el que fuere, tanto si emana del poder de una voluntad privada,

Não se trata, portanto, de uma doutrina ou de uma posição doutrinária a defender, mas de uma condição sem a qual o princípio da legalidade perde o sentido, desfaz-se no desvio de poder ou com o uso mesmo conveniente do poder discricionário.

O que a lei deve querer e dizer, deve dizer e querer para valer. São as leis mal feitas que tornam difícil, senão complexa, a adequada aplicabilidade de muitos mandamentos reconhecidamente inviáveis, não obstante vigentes.

Pudesse a legalidade sempre confundir-se com o desvio de poder, não haveria problema a equacionar. Fosse possível a legalidade livre do acautelamento de polícia hermenêutica e a moralidade jamais scria argüida⁽¹⁵⁾.

*como si procede de una voluntad pública, lleva en si una moralidad interna que se traduce en directivas de orden subjetivo. En la época, aún no demasiado remota, del Derecho consuetudinario, fueron esas directivas morales, implícitas en los actos de los poderes reconocidos, las que crearon los precedentes de que luego surgieron las costumbres. Así fueron lentamente objetivándose en reglas de Derecho las directivas subjetivas del poder. Desparecidos los poderes privados, y no existiendo hoy más que los poderes de carácter público, subsiste sin embargo el influjo de las voluntades de los particulares como creadoras de Derecho en los actos jurídicos bilaterales que llamamos contratos. Y, adviértase bien, son creadoras, no por virtud de la regla contenida en tal o cual artículo del Código, sino por ministerio mismo de su fuerza de moralidad interna; por donde viene a resultar que actúan a modo de colaboradoras de la regla de Derecho, ni más ni menos que en el Derecho administrativo colabora con dicha regla la voluntad del Poder público. Por lo demás, esa colaboración de la regla objetiva con el poder subjetivo no se concibe sino en una fase avanzada de la civilización: cuando ya existe suficiente número de reglas objetivas. En los tiempos primitivos hay que contentarse con que las reglas objetivas se vayan desprendiendo lentamente de la masa de actos jurídicos mediante la repetición de precedentes y el consentimiento consuetudinario. Tal es la verdad histórica, que, a su vez, es la verdad pura y simple. Las relaciones entre el acto jurídico y la regla de Derecho se acomodan, pues, a las siguientes proposiciones: 1º) El acto jurídico es el acto de un poder de voluntad, cuya autoridad se consiente y cuya validez se reconoce, ante todo, teniendo en cuenta la moralidad interna con que aquél se efectuó. 2º) En un primer periodo del Derecho no existen reglas objetivas que permitan apreciar la validez de los actos; antes al contrario, son las directivas internas del poder las que, mediante una elaboración consuetudinaria obtenida a virtud de resoluciones sucesivas, van formando las indicadas reglas objetivas de Derecho. 3º) En un segundo periodo del Derecho, cuando se ha logrado en caudal de reglas objetivas capaz de constituir una legalidad, empiezan los actos jurídicos a depender también de esa legalidad objetiva, siquiera no deriven su virtualidad del hecho de conformarse a la regla jurídica, toda vez que continúan derivándola de su propia moralidad interna, sin que la regla de Derecho represente para ellos más que un límite exterior.” (MAURICE HAURIJOU, *Prólogo*, in RECAREDO F. DE VELASCO, ob. cit., pp. 10-11).*

(15) Dois pontos de partida orientam o pensamento do ilustre MARCELLO CAETANO: a) o desvio de poder é uma espécie de ilegalidade e não, como alguns pensam, mera imoralidade administrativa; b) a moralidade está acautelada pela lei nos termos por esta estabelecidos (ob. cit., tomo I, pp. 464-465). A rigidez de conceitos do distinto professor português não admite sequer que se considere a moralidade. No bom entender hoje a teoria nada tem com as idéias individualistas de MAURICE HAURIJOU acerca da criação do direito a começar da ação do poder (p. 465). Está no mundo moderno já aceita no intimo pela adesão das consciências. Toda crítica de apreciação jurídica sabe quando há moralidade, apesar da lei e do seu uso razoável. A questão é sensível, demasiada sutil, **mas existe**. Com ela estudando-se um direito preterido em favor de um interesse público genericamente considerado. A posição de HAURIJOU, do nosso entender, merece ser revista. Estudada, no que pretende, diante dos novos fatos existentes.

No domínio dos motivos a orientação subjetiva do poder administrativo impõe vontades e atos que para alcançarem fins de interesse público não se medem no rigor da norma, nem se estimam pela conveniência ou pela oportunidade. São decisões, por assim dizer, de valor jurídico não confirmado, sem a interferência não da lei em si, mas do **valor** da lei.

10. O valor das leis administrativas

A lei é, sem dúvida, um juízo comum de valor. Essa verdade prevalece também nas leis administrativas. Tanto na ordem do **ser** como na ordem do **dever-ser**, tanto para a Administração como para os administrados. Numa justa posição de interesses, de equilíbrio entre as partes.

Quanto à apreciação desse **valor**, no Direito Administrativo, é qualidade de uma conduta administrativa igual confrontada com uma norma de justiça, e pressupondo que a norma de justiça e a norma positiva sejam em dado momento simultaneamente válidas⁽¹⁶⁾.

Entretanto, no que diz com as leis administrativas, as duas normas (justiça **igual** moralidade) podem estar em contradição (lei **igual** legalidade), em conflito uma com a outra. Nesse caso, ao hermenauta cabe o peso da valoração para saber, *in concreto*, qual delas pode ser considerada válida. Entendendo-se aqui por validade, a validade **objetiva**, isto é, do direito posto através de atos⁽¹⁷⁾.

A moralidade, no problema, passa a pretender ser categoria, **valor** dentro da legalidade. Categoria de valor, vamos afirmar, no Direito Administrativo. Não importando essencialmente como se coloque no contexto dos ordenamentos jurídicos. Mas importando como medida da conduta administrativa no tocante aos fatos e atos públicos.

Com isso não estamos teorizando novidades nem doutrinando no espaço vazio das abstrações filosóficas. Porque no direito, na relação jurídico-administrativa, os fenômenos se fazem concretos. Materializam-se nos conflitos

(16) Cf. HANS KELSEN, *A Justiça e o Direito Natural*, trad. port., Coimbra, 1963, p. 4, *Teoria Pura do Direito*, trad. port., Coimbra, 1960, vol. I, p. 50. É tradutor de KELSEN, em Portugal, e com impressionante rigor intelectual, o ilustre Dr. JOÃO BAPTISTA MACHADO.

(17) Há premissas em KELSEN, como já anteriormente falamos, hoje discutíveis e algo duvidosas. Explique-se que KELSEN não poderia, na verdade, por não ser um filósofo afeito à marcha do tempo, imaginar outras realidades que não a do tempo em que construiu a sua grande obra. No entanto aqui, o exemplo **kelseniano** é de uma clareza admirável: "*Todo o acto de comando tem por sentido subjetivo que aquele a quem o comando se dirige se deve conduzir de determinada maneira. Mas nem sempre o sentido subjetivo de todo e qualquer acto de comando é interpretado como seu sentido subjetivo, isto é, como norma vinculante. Por aí se distingue o acto de comando de um salteador de estradas do acto de comando de um órgão jurídico. Já anteriormente mostrámos sob que condição o sentido subjetivo de um acto de comando é interpretado como seu sentido objectivo, como norma vinculante*" (*A Justiça e o Direito Natural*, trad. port., p. 5).

e nas contradições. Chegando ao cerne dos direitos que respondem pela ordem natural constituída, ou então, a ordem político-jurídica institucional consagrada no processo histórico.

11. A falibilidade da organização administrativa

Concorde-se, na seqüência do pensamento expositivo, com esta outra verdade: no dia em que se regule o procedimento administrativo de maneira global, de modo que um ato administrativo unicamente se edite depois do cumprimento de toda uma série de trâmites formais e com a participação probante do interessado, com explícitos ditames jurídicos prévios, com fundamentos racionais de fato e de direito, então poder-se-á evitar os desencontros doutrinários, as discussões em torno do ato legítimo e do ato inválido, ou melhor, o debate das situações jurídicas com apenas suporte em presunções⁽¹⁸⁾.

Evidentemente que as dificuldades se tornam gritantes porque nem todas as normas que inspiram a organização administrativa são jurídicas. Há normas de caráter técnico de tanta importância, como já observamos, que muitos acreditam que a ciência da organização é uma “ciência técnica” e “não jurídica”.

Essa afirmação de conhecimento, no entanto, é possivelmente aceitável, já que na ciência da administração complementam-se os princípios técnicos com os jurídicos, não se podendo compreender assim qualquer organização administrativa fora dos processos técnicos e dos modos de direito⁽¹⁹⁾.

(18) Cf. AGUSTIN A. GORDILLO, ob. cit., p. 125. Nossos trabalhos: *Introdução ao Direito Processual Administrativo*, São Paulo, 1971; *A Prova no Processo Administrativo*, Curitiba, 1971. Num mais recente trabalho, investigamos para maior clareza doutrinária, a posição da situação jurídica de poder e da situação de dever, como conceitos que se correspondem e se igualam. Tudo isso para equilíbrio das partes no jogo dos interesses conflitantes (cf. MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Os direitos administrativos e os direitos processuais*, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. III, jan., mar./1973, pp. 33-34).

(19) “La existencia de normas técnicas en la organización administrativa nos hace ver el nexo que existe, en esta materia orgánica, del derecho administrativo con la ciencia de la administración, desde que las ventajas o los inconvenientes en la forma de organización son del dominio de la ciencia de la administración. No es fácil, desde luego, la discriminación de las materias que corresponden a una o otra disciplina. Los autores en general estudian la organización administrativa desde el punto de vista jurídico utilizando, cuando fuere necesario, elementos históricos, políticos y técnicos referentes a determinado tipo de organización política, a pesar de que estos elementos, por su naturaleza jurídica, son examinados por distintas ciencias y en especial por la ciencia de la administración. Existen dos clases de normas que se refieren a la organización administrativa: las instrumentales o de organización y las materiales. Las instrumentales son siempre anteriores a las materiales, es decir, que antes que aparezca una norma en sentido material dirigida a los individuos, es necesario conocer los órganos y el procedimiento de su nacimiento. Las normas instrumentales o de organización fundamental que son las que contienen las Constituciones escritas, ya que en ellas se habla de organización del poder legislativo, de la organización administrativa y de la judicial. b) Junto a estas normas instrumentales de carácter fundamental aparecen las normas primarias, que son

Em verdade: na esfera do Direito Administrativo, atendendo a realidade da organização administrativa, o administrado possui incontestável interesse legítimo na organização. É parte essencial dela, sem o qual a organização (Administração pública) não existe, pois o elemento humano, **homem-indivíduo-pessoa**, é o primeiro elemento de princípio social e de **natural** natureza jurídica. E de tal maneira que as leis administrativas, por força de uma Administração **falível**, fazendo fonte de relação jurídica, se afirmam no **poder de autoridade** nos pontos de exercício pleno de atividade administrativa.

12. Premissas a serem formuladas

Em se falando, porém, do Direito Administrativo, é hoje uma ciência ou ramo jurídico suscetível de redução a fórmulas exatas e matemáticas, daquele mesmo tipo de direito que satisfaz os privatistas. As dificuldades que surgem para uma regulamentação positiva encontram-se em duas premissas:

a) aquela que pretende dar supremacia ao poder administrativo no interesse público ou de serviço público;

b) aquela outra que desmerece a posição do administrado apontado a desigualdade física entre as partes, isto é, por motivo de um fim que se diz **maior**, em relação de interesse que se diz **menor**.

Esquecem contudo, os que assim pensam, que o Estado (Administração) também pessoa jurídica, e que como tal, não obstante pública, essa pessoa possui deveres e obrigações que se inscrevem nas cartas constitucionais, nos códigos e em parte substancial do direito positivo⁽²⁰⁾.

O desequilíbrio entre a Administração e o administrado, denunciado por muitos administrativistas que a ele atribuem o mal da hipertrofia executiva, consiste apenas no fato de reconhecer-se que a sistematização do direito privado civil não explica nem ordena nenhum dos grandes problemas que preocupam o Direito Administrativo, não levando em conta a divisão de poderes e funções, a estrutura da Administração, a natureza de cada organismo e sua peculiar atividade⁽²¹⁾.

As duas premissas, portanto, ainda que expressem de momento verdades elementares, estão a exigir reformulação doutrinária e uma nova

aquellas que proceden del poder legislativo y se dirigen a la organización. c) La tercera clase de normas instrumentales es la de las normas secundarias, es decir, las que proceden de la administración. Cabe citar al respecto uno de los tipos de reglamento a que nos hemos referido en tomo primero de esta obra, al hablar de los reglamentos autónomos y tratar en especial los llamados reglamentos orgánicos. (MANUEL MARIA DIEZ, ob. cit., vol. II, pp. 24-25).

(20) Cf. RUY CIRNE LIMA, *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro - Os elementos da relação jurídica administrativa - As pessoas administrativas*, Porto Alegre, 1954, pp. 62-74.

(21) Cf. GORDILLO, ob. cit., p. 33.

tomada de posição realística quanto às relações direito-indivíduo, Estado-cidadão, Administração-administrado. É esse o aspecto que fomos forçados a enfatizar procurando melhor abordar a difícil questão legalidade *versus* moralidade, traço reto e correto para a estabilidade social fundada no direito, ou melhor, no Estado de direito.

13. Os imperativos morais

Há sem dúvida inúmeros argumentos lógicos e psicológicos para justificar a moralidade na Administração. O fenômeno **moral** merece que sobre ele meditemos em virtude de suas largas implicações, quer psicossociais, quer psico-jurídicas.

A moralidade é inseparável do meio ambiente jurídico. Vários **imperativos morais**, como já vimos e ainda veremos, fazem parte do estudo do fenômeno **direito** integrando-o, da eticidade do Estado e da Administração, impondo modos de comportamento e meios de correção do ato administrativo não regular e viciado⁽²²⁾.

Não houvesse o **imperativo moral** como categoria de valor na relação jurídica, a legitimidade do poder administrativo não seria uma verdade fundamental, mas apenas um **critério** fundado na força da conveniência pública, ou até da conveniência simplesmente política.

Esse critério é, acaso seja assim e como provado está, insuficiente para caracterizar os regimes de ordem jurídica, os atos de governo e de autoridade, como também todas as demais formas concretas de exercício exterior da vontade administrativa⁽²³⁾.

São imperativos morais e não somente os formais que dão fundamento lógico-jurídico à teoria das nulidades do ato administrativo. É aqui que se nota uma real e peculiar reação do direito ante a violação de um **dever jurídico**⁽²⁴⁾.

(22) Mandado de Segurança e Ação Popular Constitucional, como válidos instrumentos próprios à defesa do administrado.

(23) Os pressupostos de ação por parte do administrado, são: defesa em juízo, sujeição do ato às instâncias recursais, repúdio ao arbitrio, análise do desvio de poder, contestação do erro, ataque ao dolo, violência ou simulação, apreciação dos efeitos jurídicos e não jurídicos, a forma do ato em face do regime administrativo, a impugnação e busca da proteção jurisdicional, a atuação administrativa e a atuação judicial, a revisão possível das faculdades discricionárias. Vejamos que, na lição de MERKL, o Direito Administrativo constitui a "*escola fundamental do direito orgânico*". E porque a organização administrativa não é privilégio da Administração pública (Cf. ADOLFO MERKL, *Teoría general del derecho administrativo*, trad. esp., Madri, 1935, pp. 398 e segs.).

(24) Cf. ADOLFO MERKL, ob. cit., *A Ciência do Direito Administrativo* (p. 115); *O arbitrio administrativo* (p. 185); *Os atos administrativos* (p. 231); *O procedimento administrativo* (p. 278); *A executoriedade administrativa* (p. 363); *A justiça administrativa* (p. 469). A organização administrativa, no entender de MERKL, é antes de tudo um fenômeno

Está claro, no entanto, que esse **dever jurídico**, imperativo de moral, não se estabelece expressa ou implicitamente com referência aos atos administrativos. Mas sim através da norma cuja existência esteja declarada. Da norma que dá estabilidade e precisão ao ato.

14. Ambivalência do poder administrativo

O que se quer, no Direito Administrativo **missão**, é o que já se disse: que a regra de justiça e a norma de direito positivo sejam consideradas como simultaneamente válidas⁽²⁵⁾. Não é querer demais, sobretudo do ponto de vista da Ciência da Administração. Uma regra de justiça, quando inspira uma determinada conduta, obriga na reciprocidade as partes, e no caso corrente a Administração e o administrado.

Se, no problema da justiça, há questões a decidir quanto à aplicação das leis, com muito mais lógica no Direito Administrativo entre os demais direitos, onde o **poder** espera prover o bem individual e o bem coletivo na gestão dos negócios públicos e de Estado.

Tal posição **ambivalente** estende-se à esfera privada numa intensidade e amplitude que pela própria extensão programática passa a exigir tutela ou controle nos conflitos da autoridade com o particular. O que rege o Direito Administrativo, nós o sabemos de sobejo⁽²⁶⁾.

Em razão da **política** a diversidade dos critérios, dos fins, matérias ou objetos, não invertem a problemática. De resto, no composto de normas de aplicação pública, no que as normas têm de significação histórica, não há nada que possa na análise fazer fugir dos imperativos que postulam atuação.

É sempre a Administração ativando-se que aparece. Não escapando nunca de ser censurável. E fundada, não em fórmulas vazias de conteúdo, mas em normas que se pressupõem de antemão como justas.

15. As limitações do poder estatal

Erradas quanto à realidade estão aquelas doutrinas políticas que apagam a importância do interesse individual (homem) perante o interesse

de "centros de referência" e de "pessoas jurídicas". Por essa razão é lógico que seja o Direito Administrativo aquele ramo do direito mais diretamente ligado ao problema. Não é sem motivo que a Administração venha ligada à forma de Estado (p. 427).

(25) Cf. HANS KELSEN, ob. cit., trad. port., p. 4.

(26) Cf. RUY CIRNE LIMA, ob. cit., p. 26.

público (sociedade). As verdades jurídicas, no tempo, abrigaram transformações imprevistas. Contudo, nem com o predomínio do interesse social, o indivíduo deixa de participar e de representar papel integrativo e integrador.

Com respeito aos **governos** eles se fazem através da pessoa física do homem. Disso não há como fugir. Tornando difícil, no direito, separar a vontade dos indivíduos que governam, da vontade propriamente administrativa. É essa uma tarefa altamente complexa que não se realiza senão de plano e diante da evidência dos fatos.

Não bastasse tão nítido quadro, é de lembrar o relacionamento do Direito Administrativo com o Político e o Constitucional⁽²⁷⁾. Não todavia, somente, em matéria de estrutura organizacional, ou das normas que regulam a estrutura do Estado. Antes do interesse-fim prevalecem os sujeitos da relação jurídica. Haja vista o que ordenam e mandam as Cartas constitucionais⁽²⁸⁾. Face ao administrado protegido, as leis administrativas não contêm privilégios. As disposições instrumentais são de direito **substantivo** e de direito **processual**. Com respeito a privilégios a Administração não os possui, a não ser na medida que a própria lei reconhece e concede.

As limitações do poder estatal são **naturais** porque o indivíduo é um fato social-físico-real. Aqui está a fonte primeira de toda a ordem jurídica. Da necessidade de se respeitar os direitos individuais contidos na lei positiva ou consagrados por imperativos sociais. Não se negue contudo que ao lado dos direitos individuais existem os deveres do indivíduo para com a sociedade e o Estado. Por conseguinte, por não ser o Estado (Administração) apenas poder sem deveres, ressalta-se a importância, no próximo capítulo final do ato e da moralidade nas contas públicas.

(27) *“Dentro do âmbito do Direito público a disciplina com a qual o Direito Administrativo mantém mais estreitas relações é o Direito político ou constitucional: tantas e tão íntimas que muitos problemas lhe são comuns e que as fronteiras que os separam são por vezes imprecisas.”* (MARCELO CAETANO, ob. cit., vol. I, p. 49).

(28) Verifiquem-se nas novas Cartas **constitucionais** os capítulos referentes aos “direitos individuais”. Inclusive nas das Repúblicas chamadas **populares**, como Bulgária (aprovada pelo *referendum* de 16 de maio de 1971), na do Chile (reformada), de 24 de março de 1970, na de Portugal (Lei 3/71, de 16 de agosto de 1971), na da Rumânia (modificada), de 13 de março de 1969.

Capítulo X

CONTAS PÚBLICAS, MORALIDADE E RESPONSABILIDADE

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os sistemas constitucionais. 3. Proteção da moralidade. 4. O equilíbrio regulador. 5. O direito sentido. 6. Corrupção e controle prévio. 7. A violação dos deveres éticos. 8. Controle e responsabilidade no Brasil. 9. Novos meios processuais. 10. Na ação cominatória. 11. Na ação declaratória. 12. Motivos e modos de agir. 13. A individualidade do administrado. 14. A moralidade no precedente de direito. 15. A concepção de responsabilidade legal.

1. Introdução

O problema, em tese, é de **fiscalização financeira**. De execução orçamentária ou de aplicação dos dinheiros públicos. Reflete, no seu conceito, uma posição de moralidade na Administração. A ninguém é dado exercer uma função estatal sem a devida e ocorrente responsabilidade administrativa. Decorre a responsabilidade do exercício da função.

A matéria, bem examinada, é de natureza constitucional. No Brasil, a fiscalização financeira e orçamentária deve ser exercida pelo Congresso Nacional, mediante o controle externo e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por lei. O controle **externo** do Congresso será feito com o auxílio do Tribunal de Contas da União. O controle **interno** visa criar condições indispensáveis que assegurem a eficácia do controle **externo** e a regularidade da execução orçamentária no tocante à receita e à despesa⁽¹⁾.

(1) Arts. 70 e 71 da Constituição Federativa do Brasil de 1967. Na Constituição de 1988, art. 71, II; Art. 73. As normas se identificam pelos fins e criam jurisdição própria.

No direito comparado, o que variam são os sistemas de fiscalização e de controle. Todos, no entanto, levando a um mesmo fim. Objetivando duas situações. Uma de boa e legal exação na aplicação dos dinheiros públicos. Outra de vinculação funcional à responsabilidade no trato das coisas financeiras. Atuando sempre o **princípio da moralidade**. Princípio que aqui aparece consubstanciando regras que conduzem à licitude administrativa.

2. Os sistemas constitucionais

Desnecessário lembrar que os sistemas, tal como se apresentam nas diferentes organizações político-constitucionais, apenas pretendem atingir dois pontos altamente importantes: um de legalidade, outro de controle da moralidade. Exigindo para isso, em razão de normas executórias, regras que mantenham respeitável o regime jurídico-administrativo⁽²⁾. A eticidade do Estado já deixou de ser um pressuposto. Para ser uma condição de tranqüilidade social no processo do desenvolvimento econômico.

A simples aparência formal de legalidade jamais alcançará o controle pleno das finanças públicas. Está certo que a ação fiscalizadora não incide sobre os atos ainda pendentes de eficácia. Que não se concentre no exame de direito afetado. Ou que a intervenção se deva dar antes de plenamente exteriorizado o ato administrativo⁽³⁾. De qualquer maneira, o critério a prevalecer não se limita de espírito à legalidade formal, senão também às circunstâncias que envolvem o ato nas suas condições de licitude provada.

Não se pode negar que o simples registro gracioso autentica ou promove a validade do ato duvidoso. O ato de **contas**, assim, levado à chancela da fiscalização, há de vir **perfeito** nos seus requisitos de fundo e **eficaz** para que possa produzir os devidos efeitos jurídicos⁽⁴⁾. A riqueza pública merece maior respeito que a riqueza particular. De tal jeito que os **sistemas** se afinam e se correspondem. Evidenciando, apenas, posições melhores ou piores, que à crítica compete avaliar nas diferentes estruturas políticas.

De todos os sistemas no entanto, o mais bem adequado à realidade constitucional, à legalidade e à moralidade, é o da fiscalização impeditiva, do veto absoluto ou relativo, do registro sob reservas que traz a responsabilidade administrativa⁽⁵⁾. Na fiscalização *a posteriori*, onde não há a obrigação do

(2) Sobre os diferentes sistemas, consultar: JOSÉ MATTOS DE VASCONCELLOS, *Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1936, vol. I, pp. 415 e segs.; CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR, *Compêndio de Direito Administrativo*, São Paulo, 1969, vol. II, pp. 135 e segs.

(3) Cf. JOÃO LYRA FILHO, *Controle das Finanças Públicas*, Rio de Janeiro, 1966, p. 13.

(4) *Id.*, *ibid.*, p. 47.

(5) É de realçar, como exemplo, as excelências do **sistema italiano**. Consulte-se: ONORATO SEPE e PAOLO PANDOLFO, *La struttura e le attribuzioni della corte dei conti - Elementi del controllo: la registrazioni ed il visto*, Milão, 1962, pp. 101 e segs.

registro prévio, os controles são mínimos para as despesas irregulares ou ilegais⁽⁶⁾. É o que o controle prévio tem por fim: “*neutralizar qualquer tentativa capaz de gerar fraude ou abuso de ato praticado*”⁽⁷⁾, e passível de anulação.

3. Proteção da moralidade

Não se podendo, muitas vezes, reprimir as irregularidades, a função de controle há de apontá-las em caráter sancionador. Não só os assuntos indicados em lei limitam a atividade fiscalizadora. As instâncias administrativas, seja qual for o sistema tutelador, hão de conhecer além dos atos, os fatos em apreciação para o devido pronunciamento definitivo. A posição de direito público é bem diferente da posição de direito privado. As divergências doutrinárias não empanam a realidade no tocante às faculdades na prática administrativa.

Difícil de saber por que o princípio da moralidade no direito encontra tantos adversários. A teoria **moral** não é nenhum problema especial para a teoria **legal**. As concepções na base natural são analógicas. Por que somente a proteção da legalidade e não da moralidade também? A resposta negativa só pode interessar aos administradores ímprobos. Não à Administração, nem à ordem jurídica. O contrário seria negar aquele **mínimo ético** mesmo para os atos juridicamente lícitos. Ou negar a exação no cumprimento do dever funcional.

Os que lidam com dinheiros públicos respondem na escala da própria responsabilidade funcional. A regra de aferição é a moral, conquanto as conseqüências sejam jurídicas. Há um diploma no Brasil altamente consagrador do princípio da moralidade e que diz com a responsabilidade dos prefeitos municipais⁽⁸⁾. Integrado no direito brasileiro, não resguarda apenas a lisura

(6) O exemplo da França: JACQUES MAGNET, *Les cours des comptes - Contrôle juridictionnel; Contrôle administratif*, Paris, 1965, pp. 150 e segs.

(7) JOÃO LYRA FILHO, ob. cit., p. 15.

(8) Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967 - “**Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores e dá outras providências**. Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio; II - utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos; III - desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas; IV - empregar subvenções, auxílios, empréstimos ou recursos de qualquer natureza, em desacordo com os planos ou programas a que se destinam; V - ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes; VI - deixar de prestar contas anuais da administração financeira do Município à Câmara de Vereadores, ou ao órgão que a Constituição do Estado indicar, nos prazos e condições estabelecidos; VII - deixar de prestar contas, no devido tempo, ao órgão competente, da aplicação de recursos, empréstimos, subvenções ou auxílios internos ou externos, recebidos a qualquer título; VIII - contrair empréstimo, emitir apólices, ou obrigar o Município por títulos de crédito, sem autorização da Câmara, ou em desacordo com a lei; IX - alienar ou

administrativa, mas a moralidade na conduta abusiva do exercício de cargo político.

É um diploma esse, que, ampliado, atende à moralidade administrativa nas suas implicações fáticas. Tendo em conta que o funcionamento dos poderes não prescinde da especificidade de funções. Muito menos, sem dúvida, daquelas funções que exigem controle jurisdicional. A garantia do administrado no seu confronto com a autoridade administrativa constitui problema fundamental do moderno direito. Não só com respeito à má administração, mas sobretudo objetivando a defesa dos interesses públicos, comunitários e coletivos.

4. O equilíbrio regulador

A sociedade civil que está por trás da sociedade política tem mais importância real que as formas políticas que a servem. As formas políticas passam, as sociedades civis permanecem e evoluem. Não desmerecendo os direitos privados, os públicos assumem proporções que tocam o homem onde quer que se encontre agrupado. Quando o ato público atinge uma comunidade, preparam-se os incitamentos revolucionários. Não basta, assim, que se considere o Direito Administrativo como o direito fundamental da Administração. Muito mais que isso, é ele o direito do administrado na esfera dos direitos constitucionalizados.

Releva notar, aqui, a importância do Direito Administrativo para o ordenamento jurídico geral. As relações jurídicas que atrai no plano das atividades governamentais. A sua precedência nas situações concretas que se criam em favor ou em desfavor do administrado. O interesse legítimo como interesse à legitimidade do ato de governo. O interesse legítimo como direito subjetivo. Considerando-se o legítimo como um interesse concreto ocasionalmente protegido quando ameaçado ou violado.⁽⁹⁾

onerar bens imóveis, ou rendas municipais, sem autorização da Câmara, ou em desacordo com a lei; X - adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei; XI - antecipar ou inverter a ordem de pagamento a credores do Município sem vantagens para o erário; XII - nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei; XIII - negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade por escrito, à autoridade competente; XIV - deixar de fornecer certidões de atos ou contratos municipais, dentro do prazo estabelecido em lei. 1º. Os crimes definidos neste artigo são de ordem pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos. 2º. A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo, acarreta a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular."

(9) Cf. EUGENIO CANNADA-BORTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milão, 1964, pp. 16-65 Do autor: *Contas públicas, Moralidade, Jurisdição*, in *Diário Oficial da União* de 6/6/91, Brasília, 1991.

A proteção da moralidade atua como pêndulo regulador do equilíbrio entre a legalidade e o exercício da função administrativa. O critério informador é o de justiça nas relações com a Administração. Onde entra para a avaliação o direito subjetivo da autoridade, como também o direito subjetivo do particular. Não se pode negar, para argumentar, que o **poder jurídico** é uma situação jurídica instrumental que tanto serve ao Estado como ao indivíduo.

A bem dizer, o contencioso da legalidade é o contencioso da moralidade. Razão não há para separar os dois fatores quando atuantes. Esquecer a moralidade do ato para circunscrever sua validade nos limites da legalidade escrita. Reportamo-nos, outra vez, diante do fato, não ao formalismo legal, mas à violação da justiça **natural**⁽¹⁰⁾. Nas decisões administrativas se podem declarar os atos ilegais como contrários à justiça **natural**. O equilíbrio regulador está, como no vício, na imparcialidade ou na equidade.

5. O direito *sentido*

Na realidade, as maneiras de controle não se assemelham. As formas, apesar de diferenciadas, no entanto, correspondem a uma mesma finalidade⁽¹¹⁾. Não se há de querer que estruturas constitucionais dessemelhantes apareçam como iguais no funcionamento fiscalizador. Não que os problemas sejam diferentes de conteúdo e na especificidade. Todavia, na evidência do controle, permanecem flagrantes três pressupostos essenciais: o de legalidade, responsabilidade e moralidade.

Sem dúvida, a força do **fato moral** muitas vezes surge maior que a força do **princípio legal**. A lição da experiência ainda possivelmente acarrete a revisão de parte do pensamento doutrinário e da jurisprudência. Continua válida a lúcida expressão de que “o direito não é feito para a comodidade dos juristas”⁽¹²⁾. É feito para ser interpretado, e **sentido**, na aplicabilidade das suas regras, na justeza dos seus objetivos comuns, universais.

Se analisarmos os fatos que se passam na Administração ou os que cercam a atividade administrativa, verifica-se que as regras de conduta ou de “boa administração” nem sempre são as adotadas. Além disso, que existem atos juridicamente lícitos que não o são do ponto de vista moral, pois violentam na aplicação dispar tanto a imparcialidade exigida como a equidade - razão do próprio direito. Cabe ao jurista não acomodado distinguir as coisas sem precisar separá-las⁽¹³⁾.

(10) Cf. GILBERT TIXIER, *Le contrôle judiciaire de l'administration anglaise - Contentieux de la légalité*, Paris, 1954, pp. 111 e segs.

(11) Cf. GILBERT TIXIER, ob. cit., *Violation de la “natural justice”*; *Moyens techniques de contrôle des décisions administratives*, pp. 58-111.

(12) MARCEL WALINE, *Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958*, in *Revue de Droit Public*, Paris, 1959, 75/717.

(13) “Assim sendo, o Direito não é algo diverso da Moral, mas é uma parte desta, armada de

É claro que o jurista de hoje não pode ficar alheio a tais conhecimentos fundamentais, cabendo-lhe, como lhe cabe, no exercício do entendimento da lei, saber quando ela se aplica, o que resulta justo ou menos justo. Voltando à experiência jurídica, traz o problema da responsabilidade e da obrigação objetiva. A mera conversão da falta de moralidade em legalidade simplesmente não confere a ninguém competência para validar atos viciados.

6. Corrupção e controle prévio

A concepção não cabe numa simples discussão acadêmica. As doutrinas jurídicas positivas são elas próprias severamente limitantes a este respeito e o êxito do direito público está em colocá-las em prática obedecendo às exigências de uniformidade, tal e qual acontece no direito privado. A estrutura burocrática clássica, mantendo sem melhor definição a supremacia estatal, não se coaduna com a experiência administrativa, isto é, com as oscilações dos controles legais de procedimento administrativo.

A extensão na fiscalização das contas públicas atende sobretudo ao princípio da moralidade na Administração⁽¹⁴⁾. O problema de discernir razões não é de transcendência metafísica, mas simplesmente problema de alta política administrativa. De modo geral, todos os organismos públicos integrados no corpo do Estado estão sujeitos à fiscalização financeira. Da mesma maneira, todos os organismos privados com a participação estatal hão de sujeitar-se aos mecanismos de controle quando legais⁽¹⁵⁾.

Não se combate assim só a **corrupção**. Mas as ramificações do

garantias específicas." (MIGUEL REALE, *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo, 1973, pág. 60.)

(14) Segundo a valiosa posição de HELY LOPES MEIRELLES, "os tribunais de contas, por seus próprios meios, podem tomar as contas das sociedades de economia mista e empresas públicas. No momento, o que impede isso é apenas a falta de uma norma federal que determine expressamente a obrigação da prestação de contas aos tribunais de contas já existentes, o que leva aquelas sociedades a negarem-se à prestação unicamente com base nas disposições da Lei das Sociedades por Ações, que impõe apenas o controle interno de suas contas pelo Conselho Fiscal e pela Assembléia de acionistas". Ressalta HELY LOPES MEIRELLES que "a regra é a de que quem gere dinheiros públicos deve prestar contas de sua gestão. Mas, inexplicavelmente, as sociedades de economia mista e as empresas públicas têm-se eximido dessa prestação de contas, não obstante recebam imensos recursos públicos para sua constituição e se continuem abastecendo de taxas, tarifas, contribuições e subvenções orçamentárias". A contribuição do jurista paulista foi dada em julho de 1973 perante a Comissão de juristas, encarregada pelos Tribunais de Contas do País, de estudar o assunto.

(15) Cf. MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Fundações e Empresas Públicas - As fundações e o Direito Administrativo, Regime jurídico das empresas públicas no Brasil*, São Paulo, 1972, pp. 5-43 e 104-149.

processo de corrupção. A normalidade de métodos falíveis quanto ao direito e quanto à moral. O controle centralizado não é, porém, o mais conveniente e racionalizante. Indispensável também que se atinja o clima de relaxamento moral. Subordinando quaisquer órgãos e organismos a uma operação fiscalizadora que chegue à verdade do fato e à natureza intrínseca das direções administrativas⁽¹⁶⁾.

O caráter e as circunstâncias do ato administrativo são obviamente problemas de mais alta importância para a ordem jurídica constituída. Todavia, não se deve exagerar nada. Apesar de todos os defeitos, o controle sempre **prévio** é um dos processos mais eficientes de limitação das facilidades negociáveis: uma condição evidente de contenção de certas prerrogativas governamentais, de cujos perigos os regimes se mostram demasiadamente sofridos.

7. A violação dos deveres éticos

Por paradoxal que pareça, na teoria ou na prática são inúmeros os antagonistas ecléticos que procuram não justificar o princípio da moralidade. Uma área muito pequena de administrativistas aceita aqui a problemática como natural, e noutros regimes⁽¹⁷⁾, não obstante a doutrina pormenorizar informações históricas, situações aéticas, casos de “imprudência”⁽¹⁸⁾.

Não há dúvida, principalmente no Brasil, que as lacunas no procedimento administrativo perturbam um controle decisório mais eficiente de apreciação dos fatos e dos atos administrativos⁽¹⁹⁾. Aliás, sem ele, a noção de

(16) “A corrupção em numerosos e importantes setores governamentais do nosso país assumiu tal intensidade e extensão que, desgraçadamente, parece ter sido institucionalizada. A pertinácia com que a improbidade administrativa se exerce e a apatia da opinião pública em face dela retiraram toda a acústica às vozes isoladas que a denunciam e condenam. Por esse clima de relaxamento moral, em que a corrupção prospera, os principais responsáveis são os governantes sem austeridade.” (FRANCISCO BILAC MOREIRA PINTO, *Enriquecimento Ilícito do Exercício de Cargos Públicos - A corrupção política e administrativa no Brasil*, Rio de Janeiro, 1960, pp. 43 e segs.)

(17) Cf. MAURICE DUVERGER, *Os Regimes Políticos - Controle jurisdicional* - trad. bras., São Paulo, 1966, p. 55.

(18) “Em nosso país, atualmente, ninguém se anima a denunciar as falhas de conduta moral de políticos e servidores públicos, pela certeza de que o seu zelo pela decência da administração não encontrará eco favorável nas esferas responsáveis pela direção do respectivo serviço público.” (FRANCISCO BILAC MOREIRA PINTO, ob. cit., p. 44).

(19) Como resultado da experiência, vale repetir a lição de DUVERGER: “Um controle jurisdicional completo deve compreender dois graus: em primeiro lugar um controle da legalidade dos atos do poder executivo que visa impedir os abusos da Administração para com as leis votadas pelo Parlamento; o recurso por excesso de poder ante o Conselho de Estado, tal como existe na França, fornece um bom exemplo de tal organização; em segundo lugar, um controle da constitucionalidade das leis, de maneira a impedir o Parlamento de violar as disposições contidas na Constituição e na Declaração dos Direitos: o sistema americano pode servir de ilustração desse caso. Esse último controle não é menos indispensável do que o primeiro. Aliás, sem ele, a noção de Constituição perde toda a sua razão de ser da mesma forma

processo interno perde toda a sua substância e razão de ser⁽²⁰⁾. Essa é uma questão que apresenta dois aspectos, o técnico e o político. Sob o ângulo técnico, trata-se de garantir a boa aplicação legal e a igualdade dos administrados.

Não se diga que a legislação brasileira já não é bastante para a proteção da moralidade. O que há é uma profunda distorção entre as normas regulamentares e a prática administrativa. Ou seja, uma flagrante separação entre a regra ordenativa e o livre exercício da função pública. O que prevalece, na relação jurídica, é ainda aquele problema de violação dos chamados deveres éticos⁽²¹⁾. E deveres que são correlacionais.

Também não se afirme que a **crise de moralidade** surpreenda apenas em áreas estanques. A corrupção, como o tráfico de influências, "*constitui um dos mais salientes vícios dos regimes latino-americanos*"⁽²²⁾. E com menos intensidade em alguns outros regimes, porque mais responsáveis, onde o mau trato das coisas públicas chega, na conduta administrativa, não só à violação da eticidade, mas à violação da proteção jurídica.

8. Controle e responsabilidade no Brasil

Entre nós, aqui no Brasil, a execução das atividades da Administração federal há de ser amplamente descentralizada. A descentralização se efetiva em três planos principais:

- a) dentro dos quadros da Administração federal, distinguindo-se claramente o nível de direção de execução;
- b) da Administração federal para as unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
- c) da Administração federal para a órbita privada, mediante contratos e concessões⁽²³⁾.

que uma lei não seria nada, se não houvesse tribunais para fazê-la respeitada, assim a Constituição não passará de uma palavra, se não existir controle da constitucionalidade. De fato, para que serve redigir um texto destinado a opor limites à vontade dos governantes, se não se prevê processo algum para reprimir as violações a este texto?" (ob. cit., p. 56).

(20) Nossos trabalhos: *A Prova no Processo Administrativo*, Curitiba, 1971; *Introdução ao Direito Processual Administrativo*, São Paulo, 1971. Consulte-se para conhecimento: SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *A garantia da ampla defesa no direito administrativo processual disciplinar*, in *Revista de Administración Pública*, 51/104.

(21) Na legislação brasileira: Decreto-lei nº 3.240, de 8 de maio de 1941; Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1957; Lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958; Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967; Lei nº 5.456, de 20 de junho de 1968; Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969; Decreto-lei nº 991, de 21 de outubro de 1969.

(22) FRANCISCO BILAC MOREIRA PINTO, ob. cit., *A crise de moralidade política e administrativa nos países latino-americanos* (pp. 21 e segs.); *A corrupção política e administrativa nos Estados Unidos* (pp. 27 e segs.).

(23) Cf. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Reforma Administrativa Federal* (Decreto-lei nº 200/67), São Paulo, 1971, p. 6.

Compete assim à estrutura central de direção “o estabelecimento das normas, critérios, programas e princípios, que os serviços responsáveis pela execução são obrigados a respeitar na solução dos casos individuais e no desempenho de suas atribuições”⁽²⁴⁾. De tal forma que “os órgãos responsáveis conservarão a autoridade normativa e exercerão controle e fiscalização indispensáveis”⁽²⁵⁾.

Quanto ao **controle** das atividades da Administração ele o exerce em todos os níveis e em todos os órgãos, compreendendo:

a) o controle, pela chefia competente, da execução dos programas e da observância das normas que governam a atividade específica do órgão controlado;

b) o controle, pelos órgãos próprios de cada sistema, da observância das normas gerais que regulam o exercício das atividades auxiliares;

c) o controle da aplicação dos dinheiros públicos e da guarda dos bens da União pelos órgãos próprios do sistema de contabilidade e auditoria⁽²⁶⁾.

Toda orientação tem suporte no princípio da moralidade administrativa. Na esfera da responsabilidade, decorrente da violação dos deveres funcionais, a responsabilidade se avalia dentro da própria ordem administrativa. Pode a responsabilidade ser interna, em face da Administração. Como pode ser externa, para com terceiros lesados com a decisão administrativa.

9. Novos meios processuais

Subentende-se que a Administração, quando atua, há de distinguir forçosamente os caminhos certos. Por ser atuante, não foge à regra das ações privadas. Para decidir tem de escolher, não só entre o legal e o ilegal, mas entre o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, entre o honesto e o desonesto. O seu comportamento deve conformar-se com a lei jurídica. Mas não basta⁽²⁷⁾. Existe também uma **moral positiva** a respeitar.

Nas administrações negligentes, o controle administrativo se faz essencial na sua expressão de força fiscalizadora. Não é, por assim dizer, uma simples função acessória. Abre situações, esclarece controvérsias fundamentais. Dá o direito, reconhece a licitude, como atividade **distinta** das demais atividades de governo. No fundo, ainda que não seja na forma, é de externa substância moral. E isso sob quaisquer aspectos que se apresentem⁽²⁸⁾.

(24) Art. 10, 4º, do Decreto-lei nº 200/67, programas/princípios.

(25) Art. 10, 6º, do Decreto-lei nº 200/67, descentralização.

(26) Art. 13 do Decreto-lei nº 200/67, controle/fiscalização.

(27) Cf. ANTÔNIO JOSÉ BRANDÃO, *Moralidade administrativa*, in *Revista de Direito Administrativo*, 25/457, M. BURJOL, *Droit Administrative*, T. II, *Le Contrôle de la action administrative*, Paris, 1973.

(28) “Le succès du contrôle administratif a conduit à n’y plus voir une simple fonction

Os remédios jurídicos processuais, destarte, constituem o meio, o expediente, o instrumento, pois se “o direito não se realizou, usa-se do meio para chegar ao fim”⁽²⁹⁾. Além dos meios já expostos nos capítulos anteriores, da ação popular e do mandado de segurança, ainda há para o administrado, na esfera jurisdicional, o recurso da ação **cominatória** e da ação **declaratória**. Havendo prática de **não-moralidade**, o que se quer apenas de antemão é que o administrado tenha efetivamente um direito subjetivo contra a Administração.

10. Na ação cominatória

O espírito moral está presente nas cominatórias. Não só o interesse moral na ação. Tanto que o administrado pode lançar mão desse tipo de ação contra a Administração e os seus concessionários, “para exigir que pratiquem ou deixem de praticar ato ou fato, a que, por lei ou contrato, tenha direito a exigir”⁽³⁰⁾. Aparece aqui a cominatória como “elemento de coerção” do administrado contra o poder administrativo e de proteção contra os atos administrativos ilegais⁽³¹⁾.

É essa uma ação que cabe para que o administrado possa obrigar as entidades estatais ao cumprimento das obrigações públicas. É válida contra as autarquias, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as pessoas concessionárias de serviços de utilidade pública⁽³²⁾. O princípio da moralidade

accessoire à l'apurement des comptes, mais à lui donner le rang d'activité fondamentale, sur le même pied que le contrôle juridictionnel. I. Le contrôle sur les ordonnateurs, il s'exerce séparément, au moins pour les deniers de l'État. Il ne s'agit plus de relever occasionnellement les irrégularités imputables aux ordonnateurs découvertes durant l'instruction, mais de les rechercher systématiquement, avec autant de soin que celles du comptable. Il s'agit donc d'un contrôle d'ensemble sur la gestion des finances publiques, poursuivi par deux voies différentes. II. Les contrôles administratifs spécialisés ont été favorisés par l'autonomie prise par le contrôle administratif à l'égard du contrôle juridictionnel, qui a permis de l'étendre à toutes les activités financières des collectivités publiques, lors même qu'elles ne constituent pas une gestion: c'est le cas du contrôle de la légalité des taxes municipales, indépendamment de l'apurement du compte de leur perception, ou du contrôle d'ensemble de l'activité des trésoriers-payeurs généraux comme autorités chargées de l'apurement des comptes locaux, indépendamment des recours juridictionnels ouverts contre leurs arrêtés. Le contrôle a même pu s'étendre à l'utilisation par des personnes privées des fonds qui leur sont fournis par les collectivités publiques. III. Par ce dernier biais, on est même arrivé au contrôle sur la gestion de fonds de caractère privé, dont l'utilisation est faite dans l'intérêt général et surtout risque d'avoir des répercussions sur la situation financière des collectivités publiques; le contrôle prévient dans une certaine mesure la dépense publique qui résulterait de la nécessité de combler un déficit dû à une gestion négligée.” (JACQUES MAGNET, ob. cit., pp. 149-150).

(29) PONTES DE MIRANDA, *Tratado das Ações*, São Paulo, 1970, vol. I, p. 271.

(30) HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, 1966, p. 594.

(31) Cf. SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, 1957, p. 433.

(32) Cf. HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 595.

incide precisamente sobre a exação no comportamento funcional administrativo. Pela cominatória se permite investigação ampla da conduta pública. Através dela o administrado defende o seu direito, um **direito próprio** em virtude não exatamente de ilegalidade, mas de **abusos** da Administração.

O interesse jurídico de moralidade prepondera sobre o interesse **somente** jurídico. Traz ela no seu bojo uma ameaça legal de sanção no tocante à prática ou omissão de determinado ato. É aquele meio instrumental pelo qual o administrado exige da Administração, **sob cominação**, que pratique ou deixe de praticar determinado ato. Os efeitos da **cláusula cominatória** são efeitos de moralidade administrativa. De forçamento de lisura na atividade pública.

O princípio da moralidade, quando denunciado, impõe-se por sobre todos os propósitos humanos e sociais. Jamais será estranho aos sistemas jurídicos. Onde, portanto, o mandado de segurança não entra, pode entrar a ação cominatória⁽³³⁾. O que não pode é o administrado ficar desprotegido, sem recursos de **coerção** adequados à apreciação ou avaliação do ato administrativo violatório ou lesivo.

11. Na ação declaratória

Não se diga que a posição é apenas temática com respeito à moralidade. Ou que só a legalidade aparece como motivo causal da ação, o que não é verdade. Do contrário seriam insubsistentes, senão irrelevantes, todas as teorias que procuram investigar a validade ou a legitimidade dos atos públicos. Faz-se necessário que se ofereça ao administrado **opções** capazes da proteção dos **direitos** violados ou ameaçados de violação. A lição da experiência, repetimos, há de acarretar a revisão da doutrina e da jurisprudência.

Entender-se limitativamente que o direito só resguarda o patrimônio público ou pessoal material, é relegar os outros valores informadores que atuam na formação do ato administrativo e no comportamento dos órgãos de governo. A tutela do direito contra a Administração abrange campo muito mais amplo e largo⁽³⁴⁾, não obstante os regimes jurídicos de diferentes ordenamentos processuais. Em se tratando de **direitos**, as origens são as comuns e as implicações as mesmas no plano da ordem política, social e constitucional.

Os **casos** em que o administrado tem interesse no uso, por exemplo, da ação declaratória são variados e inúmeros. Duas posições, de imediato, se evidenciam: uma para declarar um direito subjetivo, outra para declarar a

(33) Cf. MIGUEL SEABRA FAGUNDES, ob. cit., *Ação cominatória* - pode ser utilizada na carência de elementos necessários ao mandado de segurança, para proteger certos direitos subjetivos - nº 101, nota 2, pp. 356-358.

(34) Cf. LUIGI MONTESANO, *Processo civile e pubblica amministrazione*, Nápoles, 1960, pp. 37-165.

existência de um direito ou de uma relação jurídica. Tanto assim que o interesse jurídico na declaração “*não precisa ser de direito privado, pode ser de direito público, ou moral, no campo privado ou no campo público*”⁽³⁵⁾. O interesse jurídico precisa apenas que se declare⁽³⁶⁾.

A regra, se bem aplicada, não é outra senão a da função integradora da ordem jurídica, que tem a justiça. Quando utilizada, o que se procura com a ação declaratória é o acerto de relações jurídicas entre o administrado e a Administração. Num sentido de moralidade quanto aos atos administrativos, passa a ser um “*eficiente meio preventivo de lesões jurídicas potenciais, definindo direitos e deveres até então incertos ou pelo menos duvidosos na sua extensão e conseqüências*”⁽³⁷⁾.

12. Motivos e modos de agir

Não é moral o ato administrativo que diverge da orientação legal. A Administração não está somente sujeita à lei, pois subordina-se também aos motivos e aos modos de agir. Há que compreender aqui a importância da competência vinculada. A conveniência do ato que faz moralidade administrativa. Fosse a Administração livre, então o problema seria completamente diferente. Mas não é, por razões já expostas e constitucionalmente determinadas na ordem jurídica.

Aparece a não-moralidade quanto à forma no modo de agir quando a Administração não respeita aquele conjunto de solenidades indispensáveis à exteriorização do ato administrativo. Surge a não-moralidade quanto ao motivo quando a Administração foge da oportunidade ou da conveniência. Em ambos os casos a ação é maliciosa, imprudente, pouco escorreita, nada recomendável, ainda que se apele para a duvidosa competência discricionária.

Mesmo que se justifique a **posição discricionária**, existem limitações extrínsecas que a Administração tem de conhecer como limitações internas que são impostas ao próprio poder discricionário. Juridicamente argumentando, em torno dos motivos ou dos modos de agir, o abuso no exercício não explicado do poder discricionário equivale a uma exorbitância dos limites legais⁽³⁸⁾. Em certas

(35) PONTES DE MIRANDA, *Tratado das Ações*, São Paulo, 1971, vol. II, p. 41. A importância está na “*declaração da vontade*”. (CELSO AGRÍCOLA BARBI, *A Ação Declaratória no Processo Civil Brasileiro*, Belo Horizonte, 1955, p. 79).

(36) “*A eficácia preponderante da sentença declarativa é a de coisa julgada material. A eficácia imediata, de regra, é a eficácia mandamental. Na ação declarativa, a sentença que passa em julgado tem eficácia para preceito e a execução do que houver sido declarado somente pode promover-se em virtude de sentença condenatória.*” (PONTES DE MIRANDA, ob. cit., vol. II, p. 41).

(37) HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 597.

(38) Cf. FRITZ FLEINER, *Instituciones de derecho administrativo*, trad. esp., Barcelona/Madri, 1933, p. 119.

circunstâncias a questão não é de lei, mas de moralidade administrativa.

É uma questão jurídica a de saber-se onde começa o poder discricionário e onde termina. Os remédios processuais, como meios específicos, servem para isso. Para a avaliação dos motivos e dos modos de agir. As limitações, que existem, são de ordem jurídica. Quando ultrapassadas, ferem o princípio da moralidade. Atingem o direito em cada caso concreto. Chocam a moral da lei com a moralidade do ato. A execução da lei com o seu espírito.

13. A individualidade do administrado

Em tudo está a **moral**: na economia, na política, no direito. Os atos públicos, não só os privados, como se exteriorizam, completam-se pela sua natureza de moralidade. Nenhuma atividade pressupõe-se indiferente aos elementos da ética. Por outro lado, no direito, a coatividade da norma jurídica prevê também a existência de uma moralidade positiva⁽³⁹⁾.

A necessidade de se garantir a individualidade do administrado e seus direitos é convencimento já radicado na consciência jurídica moderna. Nesse aspecto não só interfere a legalidade externamente exposta, mas a moralidade como um atuar internamente na formação da vontade administrativa. O universo moral do homem é objetivo e subjetivo no direito. A injustiça contra alguns é injustiça contra todos. Equidade, imparcialidade, legalidade e moralidade fazem responsabilidade na preservação dos sistemas de ordenamento das regras jurídicas e constitucionais.

Não há quem possa querer discutir a moral natural do direito, o comportamento moral como condição interior do dever também moral.⁽⁴⁰⁾ Como o homem, indivíduo ou administrado, o Estado é sempre um **ser racional e moral**. Como não há como se possa tergiversar quanto à moral como norma superior às normas do direito positivo⁽⁴¹⁾. O respeito pelos **direitos**, portanto, não nasce das regras imperativas positivas ou normatizadas.

Explique-se, contudo, que o primado do princípio da moralidade não significa um processo de **moralização**⁽⁴²⁾, mas o resultado de valores que compõem a individualidade da pessoa humana. Não é, assim, o Estado, na administração e governo dos homens, que há de, no domínio da vida social, prescrever direitos evidentemente incorporados à condição jurídica.

(39) Cf. GIACOMO PERTICONE, *Lezioni di filosofia del diritto - Il diritto, la morale, l'economia, la politica*, Roma, 1960, pp. 73-74.

(40) Cf. ANTONIO ROSMINI, *Filosofia del diritto*, Milão, 1961, p. 215.

(41) Cf. HENRI ROMMEN, *Le droit naturel - Primauté de la morale sur les autres sciences normatives*, Paris, 1945, pp. 228 e segs.

(42) *Id., ibid.*, p. 229.

14. A moralidade no precedente de direito

O direito não vive apenas em nossa realidade estimativa. Quando existe um precedente, existe através dos valores que encarna e valores que são de formação da conduta intersubjetiva⁽⁴³⁾. Aqui atua o princípio da moralidade. Para não dizer, a obrigação de imparcialidade, o dever de equidade. A igualdade e todos na mesma relação jurídica. A igualdade perante a lei.

O precedente, todavia, faz responsabilidade e moralidade. Não se trata aqui de uma simples teoria ainda não precisamente estudada fora da jurisprudência. Mas do ajuste da prática administrativa à moralidade no comportamento administrativo. Uma vez que o precedente tem existência própria⁽⁴⁴⁾. Produzindo efeitos no mundo jurídico. Não só como algo que conhecemos historicamente, mas como regra condicionante da atividade pública.

O controle da vontade é, em parte, controle da moralidade. O direito não se realiza apenas como forma normativa. Apesar de não regular a moralidade interior da vida do homem, o direito exige adesão íntima à moralidade, isto é, sentido de conduta não arbitrária⁽⁴⁵⁾. Quanto às normas e conduta, sem dúvida, são regulares e objetivas. Ordenam e formam o ato administrativo. O ato como expressão de uma determinação singular e subjetiva.

Os atos, para que se qualifiquem de arbitrários, contudo, não hão de efetivar-se apenas atingindo as normas jurídicas fundamentais de um sistema. A dimensão, em se tratando dos efeitos, é muito mais ampla e larga. O importante está nas conseqüências que se produzem. Na conduta administrativa determinante ou criadora de uma relação jurídica duvidosa. Para a Administração os direitos subjetivos se explicam através de exatos deveres jurídicos.

15. A concepção de responsabilidade legal

Advém a responsabilidade administrativa, em princípio, de uma conduta culposa quanto aos deveres preexistentes assumidos. Não se pode admitir, na relação que se cria com a Administração, o pressuposto de uma vontade administrativa abstrata. Entre responsabilidade **culposa** ou responsabilidade **legal**, a diferença só apresenta características incidentais, pois a responsabilidade sempre se baseia num ato a se apreciar nos conflitos.

(43) Cf. LORENZO CARNELLI, *Tiempo y derecho - El precedente de derecho*, Buenos Aires, 1952, p. 150.

(44) *Id.*, *ibid.*, p. 150 e segs.

(45) Cf. JUAN MANUEL TERAN, *Filosofía del derecho - El derecho, la moral y la arbitrariedad*, México, 1952, pp. 65 e segs.

A exação coloca a doutrina administrativa num ponto não propriamente de segurança coletiva, mas dentro dos ditames da justiça e da moralidade. Até que limite esse ponto deve ser considerado é um problema de responsabilidade, ou melhor, de apreciação do ato em razão do fato. Para que o ato não exceda as possibilidades de realização prática da lei. O tratamento tipicamente administrativo de uma situação jurídica interessa não só à Administração ou ao administrado, mas a um sistema de condicionamentos legais recíprocos.

É moral, assim, que a interpretação quanto à aplicação da norma se entrose com o espírito da legislação. Ou que a função judicial penetre na intenção da vontade administrativa e executiva. Não basta que apenas a letra da lei seja respeitada. Não há função, qualquer que seja, que não tenha um valor ético. De moralidade, não obstante a frieza de certos textos. De responsabilidade, no momento do exercício de uma faculdade jurídica.

Confrontar o direito **positivo** com a moral **positiva**, respeitar a moral nas suas relações com o direito, não isolar a norma jurídica da responsabilidade, é dar ao dever jurídico a importância que ele deve ter nas relações compulsórias entre a Administração e o administrado. O direito considera o ato no seu momento exterior. A moral, no seu momento interior.

Não fosse a norma jurídica essencialmente **bilateral**, não existiria responsabilidade a avaliar. A Administração, pelo Estado, não é um poder qualquer ilimitado, mas simplesmente regulado. Pretensão e obrigação fazem relação de indissolúvel reciprocidade na responsabilidade. Tal conclusão não contrasta com a lógica jurídica natural. Mas oferece ao poder administrativo força para livremente agir e ao mesmo tempo legalmente responder.

GENESIS DI TORA