

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

MARCOS HENRIQUE RODRIGUES

**MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE
1988: CONCEITUAÇÃO E INTERPRETAÇÃO ATRAVÉS DE UM
PARADIGMA HISTÓRICO**

POUSO ALEGRE - MG
2020

Marcos Henrique Rodrigues

**MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:
CONCEITUAÇÃO E INTERPRETAÇÃO ATRAVÉS DE UM PARADIGMA
HISTÓRICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito com área de concentração Constitucionalismo e Democracia, na linha de pesquisa Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientadora: Profa. Dra. Ana Elisa Spolonzi Queiroz Assis

FDSM-MG
2020

FICHA CATALOGRÁFICA

R637 RODRIGUES , Marcos Henrique
MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988: CONCEITUAÇÃO E INTERPRETAÇÃO
ATRAVÉS DE UM PARADIGMA HISTÓRICO . / Marcos Henrique
Rodrigues . Pouso Alegre: FDSM, 2020.
127p.

Orientadora: Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis.
Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito do Sul de Minas,
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. moralidade administrativa. 2. Maurice Hauriou. 3. boa-fé objetiva.
4. dever de probidade. I Spaolonzi Queiroz Assis, Ana Elisa . II
Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em
Direito. III Título.

CDU 340

AGRADECIMENTOS

Em sede de notas iniciais, venho render meus mais sinceros agradecimentos a todos que contribuíram, direta ou indiretamente, para a consecução deste trabalho científico que se torna um divisor de águas na minha vida.

Assim, glorifico o onipotente Deus, razão do meu existir e sustentáculo nos momentos de dificuldade, amargura, impaciência e desespero.

À professora Dra. Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis, que compreendeu as minhas inquietudes no Direito Administrativo, pela inquestionável contribuição no rumo a ser traçado e no caminho percorrido, pela paciência com as minhas aflições, compreensão com as minhas dificuldades, pelos valorosos ensinamentos, e, mais ainda, por acreditar e possibilitar que esse sonho se tornasse realidade.

Aos meus pais, meus irmãos e noiva, que tiveram compreensão nos meus momentos de ausência, que não foram poucos, pelo companheirismo e apoio incondicional.

Agradeço aos amigos do mestrado pelo companheirismo, pela partilha de conhecimento e pelos momentos de descontração, em especial aos amigos Adelino e Ana Paula, que me propiciaram o prazer de suas companhias no percurso Lavras à Pouso Alegre, com ricos debates jurídicos e ótimas risadas.

Por fim, à Faculdade de Direito do Sul de Minas, na pessoa do Coordenador Professor Dr. Rafael Lazzarotto Simioni, estendendo meus agradecimentos ao corpo docente e funcionários que proporcionaram um ambiente agradável ao aprendizado, estrutura de qualidade e a aceitação de um projeto de pesquisa que, hoje, toma corpo e se torna uma dissertação e ideias futuras.

“A educação é a arma mais poderosa que você pode usar para mudar o mundo”

(MANDELA, Nelson. *Lighting your way to a better future*. 2003)

“É muito melhor lançar-se em busca de conquistas grandiosas, mesmo expondo-se ao fracasso, do que alinhar-se com os pobres de espírito, que nem gozam muito nem sofrem muito, porque vivem numa penumbra cinzenta, onde não conhecem nem vitória, nem derrota.”

(ROOSEVELT, Theodore. *The strenuous life: essays and adresses*. 1924)

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo refletir sobre o conceito de moralidade administrativa, visando a identificação de uma definição que possibilitasse maior efetividade ao direito fundamental, erigido pela Constituição Federal de 1988. Assim, procedeu-se um estudo da doutrina que deu azo à moralidade administrativa, elaborada pelo autor francês Maurice Hauriou e Henri Welter. Portanto, através da pesquisa qualitativa exploratória, por meio de referências bibliográficas, sob o enfoque histórico vivenciado pelo Brasil e França, no que tange ao Direito Administrativo, mormente o instituto da moralidade administrativa, foi possível evidenciar a consolidação de uma teoria propícia à efetividade do direito fundamental, não se desapegando de suas raízes teóricas. Nesta senda, a aglutinação de uma perspectiva histórica e da teoria sobre a moralidade administrativa dá ensejo à uma concepção objetiva, relacionando-se à boa-fé objetiva e à boa administração, bem como, no caso específico do Brasil, que atribuiu à moralidade administrativa como instrumento de combate à corrupção, o dever de probidade, essa levando em consideração o elemento volitivo do agente.

Palavras chave: moralidade administrativa; Maurice Hauriou; boa-fé objetiva; dever de probidade.

ABSTRACT

This paper aims to reflect on the concept of administrative morality, in order to identify a definition that would allow greater effectiveness to the fundamental right, established by the Federal Constitution of 1988. Thus, the procedure will be a study of the doctrine that gave rise to administrative morality, prepared by the French author Maurice Hauriou and Henri Welter. Therefore, through a qualitative exploratory research, by means of bibliographical references, under the historical focus experienced by Brazil and France, regarding Administrative Law, especially the institute of administrative morality, it was possible with the scope of consolidating a theory propitious to the effectiveness of the fundamental right, not detaching itself from its theoretical roots. In this path, the agglutination of a historical perspective and of the theory on administrative morality gives rise to an objective conception, relating to objective good faith and good administration, as well as, in the specific case of Brazil, which has attributed to administrative morality as an instrument to combat corruption, the duty of probity, this taking into consideration the agent's volitional element.

Keywords: administrative morality; Maurice Hauriou; objective good faith; duty of probity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 ORIGEM DO DIREITO ADMINISTRATIVO E DOS CONSELHOS DE ESTADO: IMPORTÂNCIA PARA A GÊNESE DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA	13
1.1 TRAÇOS HISTÓRICOS DA FORMAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	13
1.2 DIREITO ADMINISTRATIVO E O CONSELHO DE ESTADO FRANCÊS.....	24
1.3 O DESVIO DE FINALIDADE, LEGALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVA.....	33
2 MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL	48
2.1 O CONSTITUCIONALISMO E AS LEIS INFRACONSTITUCIONAIS SOB O PRISMA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.....	48
2.2 O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO	57
2.3 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	69
3 A BUSCA POR UM CONCEITO DE MORALIDADE ADMINISTRATIVA	79
3.1 A MORALIDADE ADMINISTRATIVA SOBRE O PRISMA DE HELY LOPES MEIRELLES E ANTÔNIO JOSÉ BRANDÃO	79
3.2 BOA-FÉ, BOA ADMINISTRAÇÃO E MORALIDADE ADMINISTRATIVA	88
3.3 O DEVER DE PROIBIDADE E A MORALIDADE ADMINISTRATIVA	103
CONSIDERAÇÕES FINAIS	111
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	115

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o condão de suscitar a reflexão sobre um conceito de moralidade administrativa que possibilite maior efetividade do direito fundamental, em um Estado Democrático de Direito. Assim, através de uma pesquisa qualitativa exploratória, por meio de referências bibliográficas, sob a luz histórica vivenciada pelo Brasil e França, no que tange ao Direito Administrativo, mormente o instituto da moralidade administrativa, para, ao final, possibilitar uma evidência de sua aplicação no Direito Brasileiro atual.

Neste intuito, realizou-se uma análise da origem do Direito Administrativo na França, traçando relações com o Conselho de Estado Francês, demonstrando sua influência na consolidação de diversos institutos do Direito Administrativo, dentre os quais, vários foram incorporados ao Direito Brasileiro (GUANDALINI JUNIOR, 2016).

A investigação sobre o conceito de moralidade administrativa, indubitavelmente, perpassa pela teoria do autor francês, Maurice Hauriou e, também abordada por seu seguidor Henri Welter, onde é possível observar a ideia de moralidade administrativa tratada na França.

A Identificação da concepção de moralidade administrativa caminha, ainda, pelas veredas históricas vivenciadas no Brasil até a inclusão do instituto nos textos constitucionais, possibilitando conhecer as diferenças entre o Brasil e a França que resultaram em uma convicção sobre a moralidade administrativa no Direito Brasileiro.

Para a perquirição da moralidade administrativa utilizar-se-á obras dos autores franceses Maurice Hauriou e Henri Welter, importantes autores na consecução da ideia de moralidade administrativa na França, teoria esta que se difundiu pela doutrina brasileira.

Inicialmente se destacou que diversos doutrinadores designam a França napoleônica, mais especificamente a do final do século XVIII, como nascedouro da ciência moderna do direito administrativo, em evidente decorrência da atividade exercida pelo Conselho de Estado, o qual detinha a função judicante administrativa (Lei de 16-24 de agosto de 1790, através de

seu artigo 13, título III), responsável pela jurisprudência do direito administrativo, devidamente separada da justiça comum (BACELLAR FILHO, 1998).

Neste período, a França vivenciava um momento peculiar de sua história, o enfretamento de um processo revolucionário, o qual propiciou, indubitavelmente, mudanças na administração e condução da *res publica*, e por consequência, trouxe reflexos na ciência do direito administrativo da época (SODRÉ, 1983).

Remontado o período histórico vivenciado na França, em que o direito administrativo teve seus primeiros contornos, depara-se com um momento de revolução, onde se superava um Estado de Justiça. Os ideais liberais-democráticos encontram-se em ebulição, em discussão a teoria sobre a repartição dos poderes em legislativo, judiciário e executivo, e a edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (MAFRA FILHO, 2004).

Não por outra razão, o direito administrativo, quando de seu surgimento na França, dedicou-se a estabelecer regramentos para nortear a nova realidade social e econômica que se vivia naquele país, bem como disciplinar o processo de reorganização da microfísica política e do aparelho estatal (GUANDALINI JUNIOR, 2016).

Assim, após a criação da ciência do direito administrativo, foram encampadas teorias que possibilitassem o acompanhar e direcionar dos atos administrativos que realmente refletiriam os valores sociais dos cidadãos, ou seja, que necessariamente perseguiriam o interesse público.

Marco de grande relevância para o direito administrativo foi a consolidação do Conselho de Estado Francês. O Conselho de Estado reuniu-se pela primeira vez em 25 de dezembro de 1799 (TÁCITO, 1954). A separação da Administração ativa da julgadora implicou em uma nova era para o Direito Administrativo. A Lei de 24 de maio de 1872 consagrou esta evolução instituindo, definitivamente, para o Conselho de Estado a justiça delegada. (BACELLAR FILHO, 1998):

Investido da qualidade de órgão principal e, em muitos casos, exclusivo do contencioso administrativo, o Conselho de Estado desenvolveu a extraordinária função criadora do Direito Administrativo

na França. Em seus arestos, na continuidade de sua jurisprudência, modelaram-se os institutos e as tendências que, tendo sede no território francês, se universalizaram no pensamento jurídico contemporâneo (TÁCITO, 1954 p. 459).

O Conselho de Estado, dentre suas diversas jurisprudências, estabeleceu o recurso por excesso de poder, responsável pela avaliação da legalidade dos atos administrativos. Importante destaque é dado neste trabalho à quarta abertura do recurso por excesso de poder, a qual trata sobre o desvio de finalidade, base para a edificação dos estudos de Maurice Hauriou, autor francês, que se dedicou ao estudo da moralidade administrativa. (MOREIRA NETO, 1992)

Desde então, o conceito de moralidade administrativa vem se transfigurando, assumindo uma gama de significados, transformando-se com o passar do tempo, assumindo noções das mais variadas (GIACOMUZZI, 2013).

No Brasil, hodiernamente, a moralidade administrativa foi erigida pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) como princípio fundamental, além de decorrência direta do Estado Democrático de Direito, passando a figurar essencialmente como protagonista na administração pública, conforme se destaca da redação dada pelo artigo 37 da Constituição Federal¹.

Salutar mencionar que não se pode furtar-se da importância dos meios de controle dos atos administrativos para a Democracia de um país, posto que auxilia no direcionamento dos atos praticados pelo governante, bem como cria parâmetros para persecução do interesse público.

A doutrina e jurisprudência têm atribuído à moralidade administrativa uma plêiade de conceitos e aplicações, estabelecendo-se com fundamentos na teoria encampada inicialmente pelo autor francês, Maurice Hauriou, pioneiro ao tratar sobre o tema (DI PIETRO, 1989).

Salutar frizar que a noção de moralidade administrativa no Brasil, ainda hodiernamente visitada, tem como uma das suas principais influências o autor brasileiro Hely Lopes Meirelles, que encampou a tese firmada pelo autor português Antônio José Brandão, que, por sua vez, afirma a utilização da

¹ Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (BRASIL, 1988)

noção de Maurice Hauriou em diversas passagens de seu artigo (GIACOMUZZI, 2002).

Assim, o presente trabalho científico inicia sua análise nas bases jurídicas do autor francês, estabelecendo uma matriz teórica, buscando a ideia esposada por Maurice Hauriou sobre a teoria da declaração, de cunho objeto, e o ideário de boa-fé, aquele advindo do tráfego jurídico-privado do direito alemão (§ 157 e § 242 do Código Alemão).

Partindo desta análise das bases solidificadas da doutrina de Hauriou, constou-se que a ideia de boa-fé utilizada pelo autor francês, importada do direito alemão, especificamente § 157 e § 242, com influências de Stammler, hodiernamente, segundo Martins-Costa (2000), conduz nossa análise à ideia de boa-fé objetiva no estudo da moralidade administrativa.

Contudo, o Direito Administrativo Brasileiro carrega consigo peculiaridades que devem ser consideradas para confluência do significado de moralidade administrativa. O Brasil por séculos é assolado pela corrupção, acompanhada pela impunidade de seus opressores, o que levou a se depositar na moralidade um significante que busca o combate deste mal incontrolável. Esta premissa pode ser avalizada pela simples análise da Lei de Improbidade Administrativa, situação que não foi evidenciada em outros países (GIACOMUZZI, 2013).

Nesta toada, observam-se duas ideias de importantes vertentes a serem tratadas por este estudo, a moralidade administrativa sob o viés da boa fé objetiva, a qual conduz a ideia de lealdade e honestidade, vinculando-se à percepção de boa administração, que segundo Moreira Neto (1992) possibilita a aferição da finalidade da Administração, que deve ser o interesse público.

Ainda nesta vereda da moralidade administrativa, a avaliação de uma possível imoralidade deve se voltar aos motivos e objeto do ato administrativo para sua conseqüente anulação, considerando o caráter objetivo. Não havendo que perquirir sobre a intenção do agente, mas sobre os motivos e o objeto que foram imprescindíveis à consecução do ato administrativo.

Em um segundo momento, observando-se o caráter subjetivo que a moralidade administrativa assumiu no Direito Administrativo Brasileiro,

considerando a necessidade de instrumentos mais eficazes no combate à corrupção, é atribuído ao agente o dever de probidade (GIACOMUZZI, 2013).

Neste diapasão, a doutrina de Moreira Neto (1992) atribui a estes casos de imoralidade a forma qualificada pelo dano ao erário. José Guilherme Giacomuzzi (2013), por sua vez, estabelece que a forma qualificada se dá pela necessidade do elemento subjetivo do agente.

Enfim, buscou-se uma reflexão sobre o conceito de moralidade administrativa, visando identificar uma definição que possibilite maior efetividade ao direito fundamental, proporcionando um maior contato entre a moralidade administrativa inaugurada por Maurice Hauriou e a vivenciada no Brasil em tempos atuais.

Em sede de considerações finais, observou-se que a moralidade administrativa não se dispôs a assumir uma conotação estritamente subjetiva, como faz crer parte da doutrina, mas também se insere em uma ideologia objetiva, advinda da boa-fé objetiva.

1 ORIGEM DO DIREITO ADMINISTRATIVO E DOS CONSELHOS DE ESTADO: IMPORTÂNCIA PARA A GÊNESE DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

1.1 Traços históricos da formação do Direito Administrativo

Ante a estreita relação entre o direito administrativo, mais especificamente o ato administrativo, e a moralidade administrativa, alvo do presente estudo científico, fulcral remontar a vereda histórica percorrida para a formação do referido direito na Europa, fonte primeva desta ciência jurídica no Brasil.

Constatando-se os contornos históricos que antecederam a formação do direito administrativo, e conseqüentemente, da moralidade administrativa, pode-se delinear o verdadeiro objetivo dos autores da época, com o fim precípua de perquirir e interpretar a essência do instituto jurídico posto em estudo.

Neste sentido Hespanha (1999, p. 48) retrata a importância da história no estudo do direito, utilizando-se de uma comparação com a psicologia:

Contudo, o direito e a doutrina jurídica não se limitavam a receber o senso comum e ideias difusas. Uma vez recebidos, desenvolviam e elaboravam estes materiais "brutos" (ruda aequitas, equidade rude) numa teoria harmônica e argumentada. De certo modo, os juristas tornavam explícito aquilo que a vida quotidiana mantinha implícito, se bem que activo. Tal como os psico-analistas, que revelam em discursos explicados o inconsciente individual, eles explicitavam em teorias o inconsciente social. E, feito isto, devolviam-no à sociedade sob a forma de uma ideologia articulada que se convertia em norma de acção, reforçando ainda o primitivo imaginário espontâneo. Muitas vezes, fazem isto sob a forma de uma literatura altamente sofisticada; outras vezes, apenas por meio de ditos soltos (brocarda), demnemónicas, de formulários documentais ou de ritos processuais. De uma forma ou de outra, eles desempenham um papel importantíssimo na reprodução de padrões culturais e na construção de esquemas mentais que permanecerão activos, durante séculos, na cultura europeia. E é por isto que a história do direito não pode ser ignorada sempre que se tenha em vista a compreensão, global ou sectorial, da antiga sociedade europeia.

O ponto nevrálgico a ser transcorrido na abordagem histórica sobre a gênese do direito administrativo se atém às discussões dos regimes políticos-jurídicos relevantes, bem como às formas de instituições administrativas

desenvolvidas, expansões das atividades administrativas e a maneira com que estes direitos eram aplicados durante os períodos históricos.

Esta digressão se inicia na análise sobre as funções públicas realizadas durante o medievo, onde se atribuía força de lei à vontade do príncipe, conforme o princípio *quod principi placuit habet legis vigorem*², sendo ele o detentor do poder responsável pelas prescrições jurídicas, ou seja, detinha a atividade de produzir preceitos jurídicos (DI PIETRO, 2017).

Não é demasiado lembrar que essa produção de preceitos jurídicos, de forma inaugural, se refletia em uma atividade legislativa mais constricta a uma recepção das regras de ordem natural, não se distanciava da aplicação constante das normas sociais, minimizando discrepâncias entre a lei e as decisões (GUANDALINI JUNIOR, 2016).

O poder conferido ao monarca se destinava principalmente a contemplar solicitações de seus súditos, as quais se direcionavam a ele, visando atender suas expectativas legítimas quando o sistema jurídico não lhes socorria, o que retrata a manifestação da justiça distributiva da graça (MANNORI; SORDI, 2006, apud GUANDALINI JUNIOR, 2016).

Segundo Mannori (1990, apud GUANDALINI, 2016) no exercício deste poder, manifesto como *iurisdictio*, podem ser observadas duas ideias distintas, quais sejam: a finalidade e o grau de vinculação. Na concretude da finalidade, o exercício deste poder pode se nortear pela *utilitas privada* ou a *utilitas publica*. Noutra senda, o grau de vinculação pode ser *officium iudicis mercenarium* ou *officium iudicis nobile*³. No primeiro, são accertamentos de elementos de fato, e, no segundo, o detentor do poder pode modificar a interpretação jurídica de seus súditos.

Salutar mencionar que no período dos Senhores, considerando a fragmentária situação política e administrativa do feudalismo⁴ e a pluralidade

² Aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei (DI PIETRO, 2017).

³ Segundo Hespanha (2015) o ofício nobre, em que o juiz exercia de forma oficiosa, ou seja, por sua própria iniciativa ou com fundamento em uma denúncia, com vista pura e simplesmente na utilidade pública. Noutra banda, o ofício mercenário, onde o juiz agia a requerimento das partes, em que o juiz procedia em função da solicitação das partes, em vista da utilidade privada.

⁴ Segundo Hespanha (1982) o feudalismo teve como marca indelével um regime jurídico-político marcado pela relação entre senhorio e vassalo, com relações interpessoais de

de instituições – pulverização do poder político – não se propiciou, naquele período, terra fecunda para uma relação sólida das funções públicas centralizadas. Guandalini (2016, p. 88/89) destaca que na França:

(...) até o século XIII a Senhoria aparecia como o modelo por excelência de exercício do poder político, consistindo em uma unidade militar, financeira, fiscal e judiciária por meio do qual o Senhor organizava em seu próprio interesse o território sob seu controle. As funções públicas eram objeto de apropriação privada, o que promovera o enfraquecimento da antiga distinção romana entre direito público e privado, e a transferência do poder central a grupos particulares – que passaram a se comportar como autoridades locais. Não existe, nesse período, um centro político administrativo capaz de dominar o território, dividido em uma pluralidade de instituições, que compartilham o exercício de poder político de modo fragmentário, complexo e não coordenado.

Segundo Hespanha (1982), o regime jurídico político instalado neste período – feudalismo – visava simplesmente manter as condições necessárias para que o sistema funcionasse, criando mecanismos para que a classe feudal se apropriasse do excedente da produção social, eminentemente agrária (setor mais importante à época).

Quelle était la situation de la France au x^e siècle? Ce n'était qu'une immense chose privée, c'est-à-dire une agglomération de propriétés privées. Non seulement les terres étaient toutes possédées à titre privé, em alleu, censive ou fief, mais les anciens droits régaliens de l'état romain, les droits de justice, police, finances, monnaies, etc., étaient possédés à titre privé par le seigneur dans sa seigneurie.⁵ (HAURIOU, 1930)

Diversos fatores foram as causas da desestruturação do modelo feudal instalado e conseqüentemente a instituição de um modelo monárquico, onde se promoveu o fortalecimento da autoridade do rei. Ressalta-se como fatores primordiais de decadência do feudalismo a significativa diminuição gradual da servidão, as revoltas dos camponeses, considerando as grandes explorações dos senhores, e o desenvolvimento do comércio (COTRIM, 2003.).

submissão, no qual o vassalo prometia serviços e fidelidade em troca de concessão de terras.

⁵ Qual era a situação da França no século VII? Era apenas uma imensa coisa privada, ou seja, uma aglomeração de propriedades privadas. Não somente as terras eram todas possuídas a título privado, como alleu, censive ou feudo, mas os antigos direitos soberanos do estado romano, os direitos de justiça, polícia, finanças, moedas, etc., eram de propriedade privada do senhor em senhorio.

Os senhores e os administradores das comunas não possuíam o intento na centralização da política, todavia, parte da nobreza e burguesia, vislumbrando um Estado com instrumentos mais eficazes, visando a melhoria das estradas, mais segurança pública, uniformização das moedas, padronização dos pesos, criação de leis e procedimentos jurídicos de âmbito nacional e na busca pelo desenvolvimento econômico, se interessaram pelo fortalecimento do rei (ALMEIDA; SILVEIRA, 2013).

Assim, com o início do enfraquecimento do feudalismo, no século XIV, o poder público retorna paulatinamente ao príncipe, que assume um poder central. Desta sorte, o poder político era, essencialmente, centralizado, isto é, todas as funções típicas do Estado eram exercidas por um só homem, o monarca, atribuindo-se à ele o dever de proteger os súditos e o corpo do estado (CARVALHO, 2018).

A ideia de benefício comum, neste momento instituída, foi instrumento para legitimar a limitação da ação do administrador e, ao mesmo tempo, impelir a supremacia de ações sobre o interesse privado. Observa-se um condicionamento do poder real ao bem comum. Nesta vereda, o poder real deixou de ser visto como prerrogativa pessoal para estar juridicamente condicionada à satisfação do interesse geral (MESTRE, 1985 apud GUANDALINI JUNIOR, 2016).

Houve relevantes alterações na estrutura do Estado, onde se consubstanciou uma diferenciação entre as funções domésticas e as funções públicas da Casa do Rei. Foram criadas instituições específicas com técnicos para o exercício das diversas atividades administrativas. Podem ser observadas: a criação do Conselho do Rei, com função de aconselhamento administrativo, político, financeiro e judiciário; o Parlamento, que realizava o julgamento, a elaboração de ordens reais, a própria jurisdição, com a delegação do Rei; a Câmara de Contas que zelava pela boa administração do tesouro real (GUANDALINI JUNIOR, 2016; GAZIER, 1984).

Assim, entre o final do século XV e início do século XVI, observa-se uma gama de atividades administrativas passando por um processo de centralização, criando-se um aparelhamento estatal com o objetivo de garantir

ao governo central o controle sobre território, rendas e comunicação com os súditos (GUANDALINI JUNIOR, 2016; RANIERI, 2013).

Importante destacar, de forma comparativa, que em um momento histórico pretérito, feudalismo se caracterizava por uma descentralização do poder público, noutra banda, a monarquia, se caracteriza por um movimento de organização da estrutura administrativa do Estado, ou seja, o início da institucionalização, e também o processo de centralização do poder público pelo príncipe.

Neste sentido, Guandalini (2016, p. 91) destaca que “o ordenamento jurídico-político pré-moderno se caracteriza então, por se encontrar a meio caminho entre o mundo corporativo e o fragmentário da sociedade medieval e a ordem política moderna, dominada pela supremacia do poder central”.

Até o momento, ainda se observa uma característica dualista do governo, onde se destacam o rei, ainda detentor do *iurisdictio*⁶, e os demais membros que integram a estrutura administrativa, ou seja, a comunidade política (RANIERI, 2013). Assim, observa-se nesse período uma agregação federativa, destacando-se uma composição plural de organismos, não sendo decorrentes de um ato criativo central.

Não há, nesse momento, uma diferenciação entre a atividade administrativa e a atividade judicante; assim toda aquela atividade já identificada como administrativa é reconhecida autonomamente e organizada de um modo específico, se submetendo ao tradicional método do judiciário, respeitando a ordem jurídica objetiva (GUANDALINI JUNIOR, 2016; DI PIETRO 2017).

Portanto, denota-se a ausência de uma organização estatal, não havendo uma burocracia executiva do Estado, o que implica que o direito administrativo seja fragmentário em diversos estatutos jurídicos desiguais, e da mesma forma, uma desigualdade de sujeitos, nos quais são depositados a atribuição de cuidar do interesse público.

A desigualdade de sujeitos se operava de acordo com a equidistância do Estado e do poder público, enquanto que os mais próximos da sociedade

⁶ Segundo Guandalini Junior (2011, p. 43) “o poder de um governo que se apresenta como jurisdição, atuando como um veículo de um dispositivo de poder soberano que assegura o controle sobre um determinado território e o açambarcamento da produção.”

civil, não dispunham de poderes de supremacia, regendo-se por um estatuto paraprivatista, aquele pertencente ao corpo do Estado, imbuído do poder público, manifestando-o sob a forma judiciária (GUANDALINI JUNIOR, 2016).

Em suas conclusões, Mannori e Sordi (2006, p. 34/35, apud GUANDALINI JUNIOR, 2016, p. 93) esclarecem:

Em conclusão a esta primeira etapa de nosso percurso constatamos, portanto, que uma parte notável do cuidado dos interesses coletivos se desenvolvia no Estado pré-moderno, segundo um estatuto legal não categoricamente distinto em relação àquele que regulava as relações entre particulares. Tratava-se, certo, de um estatuto nada paritário. Tanto as administrações corporativas quanto a fiscal se utilizavam de um direito pontuado por fortes elementos de especialidade, que desequilibrava manifestamente a relação a favor da parte pública. É claro, porém, que permanecia estranha àquela relação a ideia de comando de obediência.

(...) A separar a administração autoritária de antigo regime daquela contemporânea resta (...) um hiato insuperável: constituído do fato de que a primeira não era conceitualmente separável da justiça – o melhor, era a justiça em sua própria essência.

Pode-se observar que por intermédio do poder judiciário eram realizadas as medidas necessárias à proteção dos direitos inerentes às coletividades políticas e ao poder central. Ranieri (2013) destaca, ainda, durante o medievo, mais especificamente a partir do século XIII, três importantes fases na organização política do Estado, sendo:

- A) O primeiro período, onde o príncipe utiliza-se das forças sociais (nobreza, clero e comerciantes) para a organização de assembleias deliberativas, atribuindo-lhes poderes políticos, de forma que essas forças sociais erigem-se à altos cargos administrativos e políticos; em contrapartida, o príncipe recebe auxílios na gestão financeira (RANIERI, 2013).
- B) O segundo momento, inaugura-se com conflito entre a posição dos responsáveis pela produção de capital e as posições das classes sociais. Ademais, observa-se um Estado mais autossuficiente financeiramente, se dedicando a uma gestão eminentemente política e administrativa, delimitando-se a uma esfera pública (RANIERI, 2013).

C) Por fim, no terceiro período, havendo um controle sobre as finanças do Estado, há um distanciamento, de forma gradual, entre as forças sociais e o príncipe (RANIERI, 2013). Nesta fase, considerada a partir do século XVI, destacam-se dois pontos de extrema importância para o regime jurídico político, quais sejam: i) o príncipe se torna a origem de todos os poderes existentes e ii) faz jus à possibilidade de derrogar o direito objetivo pela simples manifestação de sua vontade, recorrendo-se ao poder de *imperium absolutum* (GUANDALINI JUNIOR, 2016; SKINNER, 2011).

Salienta-se que outrora o príncipe já aglutinava um poder central, com perspectivas de produção de prescrições jurídicas, mesmo que de forma constricta. Contudo, a partir do século XVI, denominado historicamente como absolutismo, o interesse do príncipe passa a preponderar sobre o ordenamento jurídico. Neste sentido, Quentin Skinner (2011, p. 14) destaca em sua obra, *Uma Genealogia do Estado Moderno*, o pensamento político à época:

Os Reis são, assim, os ungidos do Senhor, os vice-regentes de Deus na terra, e conseqüentemente detêm um poder supremo e inquestionável sobre o corpo da comunidade política ou do estado. Estes argumentos foram retomados por um grupo de polemistas cuja principal era justificar – contra apologistas católicos, como Kelison - o argumento de que os governantes temporais têm direito a um controle absoluto sobre questões quer eclesiásticas, quer civis.

Observa-se, no que tange ao modelo administrativo de um Estado absolutista, uma forma diversificada de poder público, ou seja, a existência de determinadas modificações do modelo anteriormente narrado, mormente o monarca, para um modelo em que o príncipe exerce um poder absoluto, que, por sua vez, também se retrata diverso de um modelo administrativo posterior, denominado contemporâneo.

Interessante destacar a teoria elaborada pela doutrina alemã, com o escopo de enfrentar o poder soberano do príncipe, sendo elaborada a teoria da bifurcação da personalidade do Estado. Com a teoria mencionada foram idealizadas duas personalidades para o Estado, uma, a pessoa política, com características de direito público, dotada do poder de império, aplicando-se a teoria da irresponsabilidade; e a segunda, o Fisco, dotado de personalidade

privada, administradora do patrimônio público, responsável pela prática dos atos de gestão, submetidas aos Tribunais comuns, do direito privado (DI PIETRO, 2017).

A teoria alemã da bifurcação da personalidade do Estado possibilitou amenizar o sistema absolutista, mas não foi suficiente para extingui-lo. Ademais, necessário mencionar que se tratava do direito público, não se referia a direito administrativo, ainda então inexistente como ramo autônomo, mas, conforme retratado, ocupava-se da aplicação ao Estado de um direito eminentemente civil, considerando a característica do Fisco enquanto direito privado. Contudo, reconhece-se que a teoria aventada traçou um sentido para a submissão da Administração Pública à lei e ao controle judicial (DI PIETRO, 2017).

Durante o século XVI, em um momento de expansão das atividades públicas, advindas da descoberta de uma vastidão de tarefas do aparato público, as quais se encontravam dissociadas de novas funções públicas, a atividade jurisdicional teve grande aumento.

Esclarecem Mannori e Sordi (2006, p. 55 apud GUANDALINI JUNIOR, 2016, p. 96)

Eis que a progressiva aparição daquelas longas listas de deveres “públicos”, tão características da política absolutista, por mais tempo não determinou nada além de uma expansão da tradicional atividade jurisdicional. Ao crescimento das tarefas públicas (isto é, dos fins do Estado) não correspondeu o nascimento de novas funções públicas (isto é, de novas modalidades jurídicas de exercício do poder). A própria reclassificação da atividade segundo categorias como justiça-financeira-polícia teve um valor material, mas não funcional. Traçando sistematizações deste tipo, os juristas somente se deram conta de como, ao lado de uma atividade jurisdicional mais antiga e destinada à satisfação de interesses públicos e coletivos: sem, porém, que uma e outra conduzissem a estatutos operativos diversos.

Mesmo depois das mudanças ocorridas durante o século XVI, a espinha dorsal do aparato público continua sendo integrada pela atividade jurisdicional, portanto, o que realmente tem importância é o poder de julgar. O direito administrativo ainda não ostenta autonomia.

Não se pode olvidar que o modelo jurídico adotado até o século XVI, tinha esteio em uma relação entre sujeitos de direitos, sendo formada entre os direitos originários e os privilégios ancestrais. Neste contexto, os discursos se

direcionavam a legitimação de um direito soberano e, por consequência, um dever legal dos súditos de obediência (FOUCAULT, 2005).

É de importância fulcral rememorar o modelo jurídico adotado, considerando os imperativos de aumento de arrecadação advindos no início do século XVII, decorrentes das guerras e financiamento de um exército profissional. O poder soberano conjugado com o modelo de governo jurisdicional começa a demonstrar suas limitações. Destacam-se, neste período, duas questões de relevo: a primeira se refere à ideia de exagero nos impostos, e segundo os privilégios fiscais concedidos aos superiores da pirâmide social, o que implicava em sobrecarga dos inferiores da pirâmide (GUANDALINI JUNIOR, 2016).

Desta sorte, considerando que os ofícios não se caracterizavam mais como instrumentos eficientes para a arrecadação de impostos, os governantes optaram por pessoas das suas esferas de confiança. Portanto, da mesma forma que o soberano deslocava o poder para fora (instituição dos ofícios), agora, o poder se deslocava para dentro, pessoal ou através de emissários.

Surge então um novo modelo denominado Monarquia Administrativa, onde se desmembram duas ramificações, sendo a primeira àquela advinda da concepção medieval, onde se destina a conservar em si a justiça, e, em segundo plano, um novo aparato público, responsável pela política fiscal e militar (GUANDALINI JUNIOR, 2016; FOUCAULT, 2005).

No final do século XVI, em alguns Estados, já havia a instituição de comissões especiais, sendo promovidas, no século XVII, a normatização destas comissões, atribuindo-lhes poder decisório, com autonomia às decisões dos magistrados (GUANDALINI JUNIOR, 2016).⁷

Mannori e Sordi (2006, p 128, apud GUANDALINI JUNIOR, 2016, p. 106) ressaltam que:

O absolutismo se limitou a adequar a velha ordem de classes às competentes exigências da guerra moderna, sem propor um repensamento radical daquela constituição pluralista à qual o próprio monarca confiava a sua legitimação. Daí decorre uma modernização

⁷ Na França, a partir de 1634, “o governo decide retirar a coleta de impostos da responsabilidade dos ofícios ordinários, confiando a tarefa a comissários do rei, enviados regularmente às províncias com o título de Intendentes de Justiça, Polícia e Finanças”. (GUANDALINI JUNIOR, 2011, p. 71.)

institucional sempre circunscrita ao plano quantitativo e pouco diferenciado no plano funcional, geralmente voltada à correção das disfunções mais evidentes dos velhos aparatos, e de qualquer modo ancorado (para além das declarações de motivos mais ou menos exageradas) em um único objetivo verdadeiro: o aumento da receita fiscal.

A revolução francesa propiciou significativas alterações nas concepções jurídicas até então vivenciadas, proclamando os direitos do homem, constantes em sequência na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fundando-os na própria natureza destes, sendo considerado pelos ideais revolucionários como invioláveis e irrenunciáveis (CAETANO, 1983).

Não se pode esquecer a singularidade da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que foi instrumento a propiciar a modificação da forma de tratamento dos cidadãos. Salutar ressaltar que gradativamente as instituições administrativas e judiciárias, outrora criadas pela monarquia, foram desfeitas, tais como: Parlamentos, 1789; os intendentess, 1789; o Conselho do Rei, 1791 (GUANDALINI JUNIOR, 2016).

Por vezes aponta-se como marco inicial do Direito Administrativo a Lei Francesa do ano de 1800 (28 pulvisioso do ano VIII), que tratou sobre a organização da Administração de forma estável, garantindo uma aplicação à todos os governados. Atribui-se, ainda, como fundamentos da gênese do Direito Administrativo a ideia, à época consagrada, da separação dos poderes e do Estado Liberal (TÁCITO, 1954; MEDAUAR, 1992).

Binenbojm (2008 b) acredita ser mais acertada a concepção que afirma que o direito administrativo surgiu de premissas teóricas advindas da ideia de preservação do princípio da autoridade, ou seja, retrata a superação de um regime antigo, servindo como instrumento para manutenção do poder, através de uma nova estrutura.

Salienta Walter Guandalini Junior (2011, p 2):

Em suma, o direito administrativo e a ciência jurídico-administrativa se afirmam sobre a base de um discurso que se reconhece como racionalização a posteriori de uma realidade considerada previamente existente. Independente da (errônea) auto-percepção dos pioneiros da disciplina, que não compreendiam que a construção do direito administrativo construía também a própria administração que se pretendia regular, o fato é que o advento da ciência na Europa assinala a maturidade do processo histórico de edificação de um Estado nacional autônomo e capaz de regular as suas próprias

atividades. Pode-se compreender, então, a organização deste novo ramo do saber jurídico como mais um dos múltiplos relés de causa-efeito ativados pela transformação radical que ocorre no dispositivo de poder existente nas sociedades européias do início da modernidade: de sociedades de soberania, marcadas pela existência de um Estado de Justiça que fundamentava suas práticas de poder em uma legitimidade originária, para uma sociedade disciplinar, organizada em torno de um Estado de Polícia que exerce seu poder de forma regulamentar, visando à proteção permanente da sociedade e ao crescimento contínuo das forças do Estado.

Durante essa transmutação de estruturas de poder, institutos foram criados e, conforme mencionado, outros foram extintos. Destaque deve ser dado ao Conselho de Estado, que segundo Binenbojm (2008 a), foi instituto singular na gênese do direito administrativo e estruturação da nova base de poder.

Segundo Guandalini Junior (2011, p. 2):

Assiste-se, portanto, na Europa dos séculos XVIII e XIX, a um intenso processo de criação do direito administrativo e autonomização da ciência jurídica administrativista. A profundidade e a velocidade destas transformações podem ser explicadas: no século XIX as revoluções burguesas já haviam conseguido efetuar com sucesso a separação entre a administração pública e o poder jurisdicional típico da idade média, assegurando ao Estado a autonomia de que necessitava para promover a centralização do poder político, a regulamentação da cidade e a construção de uma ordem capitalista.

Denota-se, com a criação do Conselho de Estado (*Conseil d'État*), o controle da atividade administrativa que, outrora era julgado pelo poder judiciário, a partir de então, passa a ser submetido ao julgamento do referido Conselho, criando-se um contencioso administrativo, passando, doravante, a existir a dualidade de atuações: o Judiciário e o Conselho.

Por esta razão, considerando a atribuição inerente ao Conselho de Estado que consiste no poder de julgar a esfera administrativa, as jurisprudências exaradas pelo *Conseil d'État* tiveram importantes contribuições nas edificações de institutos do direito administrativo.

1.2 Direito Administrativo e o Conselho de Estado Francês

Conforme apontado anteriormente, o Conselho de Estado Francês instituído no período napoleônico, foi de grande importância e influência na consecução do Direito Administrativo e, por consequência, reflexos nos institutos jurídicos consagrados por esta ramificação do direito.

Conforme se observará no desenrolar da presente produção científica, as primeiras cátedras de direito administrativo são direcionadas ao estudo das jurisprudências emanadas pelo Conselho de Estado e das legislações editadas para disciplinar o Estado e suas atividades, ou seja, as leis que tratavam da esfera administrativa.

Guandalini Junior (2016, p. 136) afirma que:

É somente com o nascimento de uma doutrina administrativista que se afirma uma imagem explicitamente tridimensional do ordenamento político, em que se atribui à função administrativa um peso institucional perfeitamente equivalente ao das demais funções. (...) procura assumir o papel de função logicamente primária no âmbito das várias atividades estatais, concebendo-se como ação constante e ininterrupta de proteção do interesse coletivo.

Remontado o período histórico vivenciado na França, em que o direito administrativo teve seus primeiros contornos, depara-se com um momento de revolução, onde se superava um Estado de Justiça. Os ideais liberais-democráticos encontram-se em ebulição, em discussão a teoria sobre a repartição dos poderes em legislativo, judiciário e executivo, e a edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (GUANDALINI JUNIOR, 2016; MAFRA FILHO, 2004).

Caio Tácito (1997, p. 2) salienta que:

O Direito Administrativo, como disciplina jurídica autônoma, nasce com o Estado Liberal. A atividade administrativa é inerente a qualquer grupo social organizado, por mais primitivo que seja. Contudo, somente quando a norma estatal afirma o direito dos administrados e, como consequência, limita a amplitude do poder político, é que a Administração do Estado ingressa no plano formal da legalidade.

O ideário liberal consagrou como princípio a garantia de que os direitos individuais poderiam ser oponíveis a terceiros e até mesmo ao próprio Estado,

porém, esses direitos foram erigidos como limitados, considerando por vezes a necessidade de prevalência do interesse público, ou seja, o indivíduo absoluto em seus direitos se curva a necessidade absoluta do Estado (TÁCITO, 1997).

Desta sorte, atribui-se ao poder público gerir e propiciar uma relação de equilíbrio entre os direitos que se colidem, mediante, por exemplo, o poder de polícia, competência atribuída ao Estado, imanente ao poder/dever de agir da administração.

Os primados da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 tiveram influência sobremaneira na Constituição Francesa de 1793, onde se reafirmou, em seu preâmbulo, os principais fundamentos da Declaração. Desta sorte, observa-se que o espírito revolucionário, bem como os Constituintes daquele período, se encontravam imbuídos das diretrizes consagradas pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.⁸

A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 estabeleceu em seus artigos a necessidade de uma separação de poderes (art. 16º)⁹, a conservação de direitos naturais, como a liberdade, segurança, propriedade e resistência à opressão (art. 2º)¹⁰, e a proclamação da igualdade de todos os cidadãos, inclusive diante da função pública (art. 12º)¹¹.

Nesta Declaração, conseqüência dos ideais iluministas, a abordagem revolucionária, inicialmente, foi a nacionalização das atividades administrativas, excluindo a capacidade jurídica exorbitante e os privilégios, o que culminou, por consequência, no rompimento da dualidade existente do antigo regime entre a

⁸ Segundo Canotilho (2004, p. 51): O povo francês, convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do homem são as causas das desgraças do mundo, resolveu expor, numa declaração solene, esses direitos sagrados e inalienáveis, a fim de que todos os cidadãos, podendo comparar sem cessar os atos do governo com a finalidade de toda a instituição social, nunca se deixem oprimir ou aviltar pela tirania; a fim de que o povo tenha sempre perante os olhos as bases da sua liberdade e da sua felicidade, o magistrado a regra dos seus deveres, o legislador o objeto da sua missão. Por consequência, proclama, na presença do Ser Supremo, a seguinte declaração dos direitos do homem e do cidadão.

⁹ Artigo 16º- Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição. (FRANÇA, 1789)

¹⁰ Artigo 2º- O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.(FRANÇA, 1789)

¹¹ Artigo 12º- A garantia dos direitos do Homem e do Cidadão carece de uma força pública; esta força é, pois, instituída para vantagem de todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada. (FRANÇA, 1789)

administração dos governados e a administração soberana (GUANDALINI JUNIOR, 2016; SODRÉ, 1983).

Todavia, nas abordagens revolucionárias, a nova estrutura não se imiscuiu nas hipóteses de execução da lei, ou seja, não atribuiu à administração a autonomia de mitigar a liberdade natural dos cidadãos, ademais, ainda criou diversas restrições ao direito de limitar essas liberdades. Assim a execução dos atos inerentes às atividades administrativas continuaria a cargo do poder judiciário (GUANDALINI JUNIOR, 2011; CAETANO, 1983).

Apesar das estruturas e organizações delineadas pelos ideários revolucionários, ainda não concebeu, conforme retratado, a necessária autonomia executiva à administração de seus conteúdos, para os atos executórios de suas atividades ainda seria necessário a atuação do poder judiciário.

Constatada a realidade de ausência de autonomia executiva, a partir de 1792, inicia-se uma transformação de grande relevo, diversos dispositivos legais foram editados investindo à administração poderes de disposição e intervenção na esfera de liberdade dos indivíduos. Nesta senda, Guandalini Junior (2016, p. 129) ressalta que “ao final das contas, o próprio modelo revolucionário, tendo descoberto a insuficiência empírica da lei para tudo prever, vê-se obrigado a atribuir ao executivo o poder necessário à realização de suas finalidades”.

Gradativamente, nos anos seguintes, edifica-se a tese de que existem diversas áreas e ações de caráter eminentemente administrativo, subtraídas da apreciação do poder judiciário. Assim, à medida que as funções administrativas se expandem, cria-se por consequência uma extensão de jurisdição do executivo, até o momento que se atribui à administração o julgamento dos seus próprios atos (GUANDALINI JUNIOR, 2011; MAFRA FILHO, 2004).

A lei de 16-24 de agosto de 1790, através de seu artigo 13¹², título III, imbricou na legislação francesa a separação entre as autoridades administrativas e judiciárias, transferindo a competência dos corpos

¹² Artigo 13. As funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de alta traição, perturbar, de qualquer maneira, as operações dos corpos administrativos, nem citar perante eles os administradores em razão de suas funções. (GUANDALINI JUNIOR, 2016, p. 127.)

administrativos, eleitos em 1789, para três funcionários nomeados pelo executivo, quais sejam: *préfet* (Departamento), *sous-préfet* (*Arrondissement*) e *maire* (Comuna) (GUANDALINI JUNIOR, 2016.)

Assim, pode-se afirmar que a primeira expressão legislativa advinda da Revolução Francesa, a célebre Lei de n 16, de 24 de agosto de 1790, onde se estabeleceu que as funções estatais estarão e sempre permanecerão separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de prevaricação, obstaculizar de qualquer maneira as operações dos corpos administrativos nem citar os administradores em razão de suas funções (BACELLAR FILHO, 1998).

Segundo Tácito (1954, p. 458):

A Revolução Francêsa implantou o princípio da separação absoluta entre as autoridades administrativas e judiciárias. O art. 13 da lei de 16-24 de agosto de 1790, completado pelo decreto de 16 fructidor ano III, proibiu aos tribunais, sob as penas da lei, o conhecimento dos atos administrativos. A administração ativa era o juiz de seus próprios atos (sistema da *administration juge*).

O ideário revolucionário que propiciou a estruturação de uma jurisdição administrativa fundou-se na hipótese de que sendo designada ao judiciário a possibilidade de julgamento das atividades administrativas, haveria a implicação de uma atribuição de poder que poderia dificultar toda essa atividade administrativa, o que, indubitavelmente, comprometeria a independência administrativa (BACELLAR FILHO, 1998).

Este pensamento revolucionário guarda grande relação com o período histórico antecedente, rememorado no tópico anterior, haja vista a existência de um sentimento de desconfiança relacionado ao Poder Judiciário, considerando os Parlamentos do antigo regime. Assim, a revolução se orientava no sentido de que o Judiciário era um adversário do Poder Administrativo (BACELLAR FILHO, 1998).

Ademais, as Leis de n 7, de outubro e a Lei n 6, de setembro de 1790, são de grande importância, considerando que criaram o sistema de "administração-juiz", que consistiu em confiar o contencioso administrativo aos órgãos da própria Administração, ao rei, ministros e administradores de departamentos, complementando a lei de 16-24 de agosto de 1790. Tratava-se

da separação dos poderes, onde uma parte da função de julgar foi conferida às autoridades administrativas (BACELLAR FILHO, 1998).

Guandalini Junior (2011, p. 100) ressalta que:

(...) o surgimento de uma administração necessariamente investida de amplas prerrogativas de império, como o direito de emanar os regulamentos necessários à execução das leis, reconhecendo-se como válidos até mesmo os regulamentos autônomos; também o desenvolvimento de uma série de técnicas de governo não legislativo, como as intervenções do Estado sobre a difusão do pensamento, as atividades econômicas, a higiene pública; e por fim o estabelecimento de uma relação de supremacia também com os seus fornecedores de bens e serviços.

Portanto, inicia-se um movimento em que a atividade administrativa se transfere ao Estado, na concepção de que o Estado é o único representante do interesse público. A sociedade se torna um coadjuvante dentro da atividade administrativa atribuída ao Estado, sendo seu consenso irrelevante para a ação administrativa, ou seja, a tarefa do Estado consiste na administração de interesses supraindividuais, sendo atribuição do Estado a responsabilidade pela estabilidade social.

Importante se faz mencionar que se destacam três pilares nevrálgicos para a concepção do direito administrativo como fundamento de uma disciplina autônoma, sendo: i) a existência da administração, ii) a ausência de pontos de intercessão com o poder judiciário, e iii) o fato de constituir-se como um poder estatal (GUANDALINI JUNIOR, 2011).

Ainda como ato de autonomia desta estrutura, como forma de consagração da atividade administrativa, Napoleão organiza uma instituição de grande relevo no Direito Administrativo. Houve a estruturação do Conselho de Estado, o qual adveio do ideário de separação entre o judiciário e o administrativo, propiciando um poder de julgamento próprio da esfera administrativa.

Segundo Tácito (1954) o Conselho de Estado reuniu-se pela primeira vez em 25 de dezembro de 1799 (4 nivôse ano VIII), onde a função judicante pertencia ao Chefe de Estado, sendo papel do referido órgão de natureza opinativa. Contudo, com a Lei de 24 de maio de 1872, nasce efetivamente a

atividade jurisdicional do Conselho de Estado, tornando-se o juiz natural nas matérias administrativas.

A separação da Administração ativa da julgadora implicou no marco de uma nova era para o Direito Administrativo. A Lei de 24 de maio de 1872 consagrou esta evolução instituindo, definitivamente, para o Conselho de Estado a justiça delegada (a qual já havia funcionado, episodicamente, de 1848 a 1852). Por consequência, o Conselho de Estado passa a atuar regularmente no contencioso administrativo. Desta forma, resolve, por si só, os litígios, sem intervenção do Chefe de Estado. Destaca-se, também, sua característica como Tribunal de conflitos de competência que, porventura, surgissem entre a Jurisdição Administrativa e a Judiciária (BACELLAR FILHO, 1998):

Investido da qualidade de órgão principal e, em muitos casos, exclusivo do contencioso administrativo, o Conselho de Estado desenvolveu a extraordinária função criadora do Direito Administrativo na França. Em seus arestos, na continuidade de sua jurisprudência, modelaram-se os institutos e as tendências que, tendo sede no território francês, se universalizaram no pensamento jurídico contemporâneo (TÁCITO, 1954 p. 459).

Importante questão deve ser salientada, haja vista que neste momento a administração conquista a possibilidade de modificação, criação e extinção unilateral de entendimentos jurisprudenciais, independente da concordância ou decisão do judiciário, onde se adquire a possibilidade de solução de seus próprios conflitos.

Fundamental observar que a existência, na França, de uma jurisdição administrativa distinta do judiciário foi produto de uma vivência histórica, onde sua semente original se concebeu na monarquia e o conseqüente enraizamento através dos ideais revolucionários, propiciando eclosão de um direito administrativo autônomo, colacionado por uma teoria de separação absoluta de poderes.

Destaque deve ser dado ao julgamento do caso *Cadot*, no qual sobreveio a distinção definitiva entre justiça administrativa e administração ativa, datado de 13.12.1889. No caso posto à baila, o Conselho de Estado Francês decidiu por suprimir a jurisdição ordinária de primeiro grau do Ministro,

abdicando de funcionar como mero Tribunal de apelação (BACELLAR FILHO, 1998).

Bacellar Filho (1998, p. 67) retrata a situação em que o Conselho de Estado se posiciona além da função de Tribunal de Apelação, senão vejamos:

É certo que a teoria do "Ministro-Julgador" minimizou a reforma do ano VIII à medida que manteve o Juiz administrativo de direito comum como representante da Administração ativa e fez dos Tribunais, recentemente criados, Cortes de Apelação. Com a Lei de 24 de maio de 1872 e a interpretação conferida pelo Conselho de Estado no aresto citado anteriormente, o sistema francês adquire o contorno de jurisdição administrativa, que o caracteriza até hoje: ao lado do princípio da separação das autoridades administrativa e judiciária, adiciona-se a separação da Administração ativa e contenciosa.

As decisões e manifestações consultivas do Conselho de Estado foram significativas para a constituição e evolução dos diversos institutos do direito administrativo, até mesmo para sua constituição como órgão julgador do contencioso administrativo, com grande influência de conceitos e interpretações de institutos contemporâneos.

Segundo Gazier (1955, p. 7):

Por meio de uma jurisprudência abundante e ousada, renova completamente o direito administrativo. Com espírito extremamente liberal, transforma-o em direito autônomo, inteiramente diferenciado do direito privado e baseado nas noções de poder público e de serviço público, visando manter harmonioso equilíbrio entre as necessidades do funcionamento dos serviços públicos e as garantias dos administrados. Através de uma série de sentenças célebres, firmou os princípios de legalidade e reponsabilidade da ação administrativa, facultando cada vez mais aos indivíduos tanto o recurso de excesso de poder (pour exès de pouvoir), que permite anular os atos administrativos ilegais, o recurso de indenização, que visa a condenar o Estado a determinada reparação pecuniária, na hipótese de desconhecimento dos direitos do requerente.

Não é excessivo, após uma correlação do direito administrativo e do Conselho de Estado, gizar as características e funções inerentes ao referido órgão administrativo, possibilitando o entendimento da influência de suas decisões e manifestações na prática das atividades administrativas, com específica atenção ao recurso por excesso de poder.

Inicialmente, nos anos de 1800, o Conselho de Estado assumiu como principal função a redação das leis, que posteriormente seriam discutidas em

assembleias designadas, emitia pareceres ao Governo sobre diversas questões de âmbito administrativo e detinha a incumbência de resolução de imbróglis entre governantes e governados. Neste período inicial, as resoluções de conflitos procediam-se através de pareceres, o Conselho de Estado ainda não atuava como tribunal (GAZIER, 1955).

O Conselho de Estado foi marcado pela contribuição de ilustres autoridades das mais diversas formações, como Juristas, administradores, militares, engenheiros. Em atuação conjunta aos Conselheiros estavam os Auditores, jovens que conviviam com os mais experientes Conselheiros, visando a aglutinação de habilidades profissionais, para que, futuramente, fossem designados à cargos administrativos (GAZIER, 1955).

Após a queda do primeiro império (1815 – Derrota de Waterloo) o Conselho de Estado Francês teve supressões em suas atividades, houve a extirpação das atividades legislativas, mantendo-se, de forma discreta, com o desenvolvimento de suas jurisprudências (GAZIER, 1955).

Na segunda República (1848-1852) e principalmente no Segundo Império (1852-1870), Napoleão restaurou diversas atribuições do Conselho de Estado, mas não se reestabeleceu a atribuição concernente à edição das leis, considerando a Câmara Legislativa existente à época e ocupada por deputados eleitos. Porém, as atividades relacionadas ao contencioso foram expandidas (GAZIER, 1955).

Impulsionado pelas interferências nas liberdades políticas dos indivíduos, facilitou-se a possibilidade de recorrer ao Conselho de Estado sobre os excessos de poder, havendo maior controle dos serviços públicos. Segundo Gazier (1955, p. 7) “dessa época datam principalmente as primeiras anulações de decisões administrativas inquinadas de excesso de poder”.

Com a queda do Segundo Império, em 1870, o Conselho de Estado Francês manteve-se na estrutura administrativa, com atribuições consultivas das questões legislativas, mas continuou com grande relevo em suas atribuições administrativas. Segundo Gazier (1955, p 7)

Desde 1872 o regime de justiça delegada substituiu o da justiça homologável. O Conselho cessou de emitir, em matéria contenciosa, pareceres que, na verdade, o Chefe de Estado não mais era obrigado

a adotar. Tornava-se verdadeiro tribunal soberano, que pronunciava sentenças.¹³

No que concerne ao contencioso administrativo, consolidou-se suas jurisprudências desde os primórdios do século XIX. Dentre suas atribuições do contencioso administrativo, o controle da legalidade se exerceu através do recurso de excesso de poder (*recours por excès de pouvoir*) sobre todas as decisões das diversas autoridades administrativas, visando contribuir deveras para manter a administração francesa, em todos os graus da hierarquia, no respeito ao direito (GAZIER, 1955; MAFRA FILHO, 2004).

O recurso por desvio de poder, no Conselho de Estado Francês, se estabeleceu para confrontar quatro tipos de ilegalidade, sendo elas: o desvio de poder, o vício de forma, a incompetência e a violação à lei (GIACOMUZZI, 2013).

Ainda no que concerne ao recurso por desvio de poder, são delineados dois pontos característicos, sendo: 1) trata-se de um recurso objetivo, direcionado à uma resposta de violação objetiva¹⁴ de um direito, ou seja, violação da constituição, lei, jurisprudência, regulamento etc; e 2) é um recurso de utilidade pública, considerando a guarida que a legalidade é um bem de todos, o interesse público prima pela legalidade dos atos administrativos (GIACOMUZZI, 2013).

Portanto, o Conselho de Estado Francês teve significativas contribuições à ciência jurídica, mormente na discussão de questões de grande relevância no Direito Administrativo, destacando-se para fins do presente trabalho, as ideias debatidas sobre o ato administrativo e sua correlação com o desvio de finalidade.

¹³ Bacellar Filho (1998, p. 68) observa a existência de dois sistemas, quais sejam: *justicia retenida* e a *justicia delegada*. No primeiro, o próprio Poder Executivo tem o poder de solucionar os seus conflitos, através do sistema *ministro-juez*, a interveção de outros órgãos é simplesmente consultiva. Noutra senda, o segundo, a Administração delega a função judicante a determinados órgãos, mesmo que formados por seus próprios elementos, mas com reconhecida independência.

¹⁴ Segundo Giacomuzzi (2013) as normas contratuais não eram submetidas ao recurso por excesso de poder, haja vista que as cláusulas contratuais eram consideradas alienígenas ao direito objetivo.

1.3 O desvio de finalidade¹⁵, legalidade e moralidade administrativa

Os traços históricos até então apresentados são de grande importância para delinear a origem do Direito Administrativo, bem como traduzir o nascedouro e, por ventura, as transformações dos institutos jurídicos da seara administrativa. Essas veredas históricas demonstraram a correlação do Direito Administrativo com o Conselho de Estado Francês, demarcando a influência dos ideais revolucionários, necessários à superação de um regime absolutista.

A influência do Conselho de Estado na origem do Direito Administrativo é de salutar reconhecimento, e sua atuação, através de pareceres consultivos ao Chefe de Estado ou, *a posteriori*, através de suas próprias decisões, resultou na ebulição de diversos institutos do Direito Administrativo.

Observa Marcelo Caetano (1983, p. 10)

A escassez de princípios com que se depara na nova província da ciência jurídica foi sendo suprida pouco a pouco pela jurisprudência do Conselho de Estado. É através das queixas formuladas pelos recorrentes contra os actos das autoridades que, caso a caso, as soluções vão permitindo desvendar horizontes e generalizar regras.

Portanto, destas decisões emanadas pelo Conselho de Estado Francês, faz-se necessário destacar o surgimento de um instituto de grande relevo para a seara do Direito Administrativo, o desvio de finalidade¹⁶, o qual também é tratado pela teoria de Maurice Hauriou.

Repisando o que foi dito anteriormente, enquanto órgão de jurisdição, o *Conseil* realizava a apreciação da legalidade dos atos administrativos, sendo tal controle exercido pelo recurso por excesso de poder (*recours pour excès de pouvoir*), podendo ser constatadas quatro aberturas: o desvio de poder, o vício de forma, a incompetência e a violação da Lei (HAURIOU, 1914).

¹⁵ Necessário mencionar que as expressões “desvio de poder” e “desvio de finalidade” serão tratadas como sinônimos.

¹⁶ Fulcral se faz, *ab initio*, a diferenciação do instituto do desvio de finalidade e do poder discricionário. Segundo Franco Sobrinho (1974, p 180) a discricionariedade, como faculdade, é aquela permissão que se concede à Administração de agir ou deixar de agir dentro de um limite estabelecido pela norma jurídica. O desvio de poder, como atividade é aquela ação efetivada do espírito da lei, ou melhor, exercida fora do fim previsto, qualificado, considerado como finalidade própria do ato.

O Conselho de Estado Francês estabeleceu em sua jurisprudência que o desvio de poder seria um instrumento para uma investigação intrínseca do ato administrativo, “une théorie aussi ingénieuse permet d'atteindre dans l'acte administratif le vice le plus caché et le plus imperceptible, et peut-être le plus dangereux, le détournement de pouvoir”¹⁷ (EBREN, 1901, p. 28).

Inicialmente Hauriou, ao realizar uma abordagem sobre o desvio de poder, esclarece:

C'est le fait d'un agent de l'administration qui, tout en accomplissant un acte de sa compétence et en suivant les formes prescrites, use de son pouvoir dans un but et pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été attribué, c'est-à-dire pour des motifs qui ne sont pas ceux de la bonne administration, qui sont réprochés par la moralité administrative. (HAURIOU, 1914, p. 457)¹⁸

Existe na noção de excesso de poder um princípio específico que não deve ser abandonado porque é dotado de maior elasticidade do que o princípio da legalidade. O excesso de poder é um tipo de delito profissional cometido não em desafio, não em lei, mas em máximas profissionais, cujos postulados podem levar muito mais do que prescrito por lei. É o mesmo para a administração como indivíduos. Percebemos que um profissional pode cometer muitas vilanias amparadas por lei. A noção de excesso de poder é, portanto, muito mais extensa do que a da legalidade, corresponde à moralidade, que é mais extensa que a lei. Assim, em particular, o conceito de excesso de poder pode se aplicar mesmo a decisões que contêm apenas avaliações factuais e não levantam nenhuma questão de direito (WELTER, 1929).

Maurice Hauriou (1914) e Henri Welter (1929) ressaltam que o controle dos motivos dos atos administrativos retrata uma questão muito delicada no direito francês, considerando que, em princípio, as autoridades administrativas

¹⁷ Uma teoria tão engenhosa permite atingir no ato administrativo o vício mais escondido e mais imperceptível, e talvez o mais perigoso, o desvio de poder (tradução livre).

¹⁸ É o caso de um agente da administração que, ao realizar um ato de sua competência e de acordo com as formas prescritas, usa seu poder para atingir um fim e por outras motivações além daquelas pelas quais esse poder lhe foi atribuído, ou seja, por razões que não são as da boa administração, que são reprovadas pela moral administrativa. (tradução livre)

não são obrigadas a fundamentar suas decisões, salvo no caso de reclamação por desvio de poder, momento em que a autoridade externará seus motivos.¹⁹

O ato administrativo era processado em si mesmo, ou seja, as reclamações e recursos eram direcionados ao próprio ato administrativo, não sendo atribuído ao responsável por sua feitura, isto é, o ato era considerado em si mesmo. Assim, segundo Hauriou, através da abertura do desvio de poder, o ato administrativo eivado de vício pelos seus motivos seria censurado pela moralidade administrativa.

Le droit administratif français a inséré se racine juridique dans l'acte d'administration et s'y est solidement implanté.Ç'a été, dès le début, l'acte qui s'est trouvé l'objet des réclamations et des recours. Pour des raisons politiques, ce n'est pas le fonctionnaire qui a été directement responsable, c'est l'acte considéré en soi qui a répondu de sa validité; on a fait le procès à l'acte comme le moyen âge faisait le procès au cadavre. Ç'a été d'abord une sorte de droit disciplinaire, car l'excès de pouvoir est un vice et comme une faute de l'acte, c'est l'acte qui est vitupéré et amendé au nom de la moralité administrative, l'annulation ou l'anéantissement de l'acte sont comme des pénalités. (HAURIOU, 1914, p. 102)²⁰

Perante o *Conseil*, o desvio de poder poderia resultar na confissão por parte da autoridade administrativa ou da apresentação dos documentos necessários à comprovação dos motivos que deram causa ao ato, uma vez que o Conselho de Estado Francês, sequer poderia requerer o depoimento pessoal da autoridade administrativa (HAURIOU, 1914).

¹⁹ C'est dans les motifs de l'acte que le détournement de pouvoir est saisissable. En principe, les autorités administratives ne sont pas obligées de motiver leurs décisions, mais il est dans les traditions administratives de le faire. En principe, le Conseil d'Etat ne se permet pas d'apprécier les motifs des décisions qui lui sont déférées, ceux-ci représentant la part d'autonomie qui doit rester à l'administration active. Mais en cas de réclamation pour détournement de pouvoir, il est bien obligé d'apprécier les motifs. Même, dans ce cas, l'examen des motifs de l'acte est considéré comme chose très délicate. Il faut que le détournement de pouvoir résulte des documents versés ou de l'aveu de l'administration, car le Conseil d'Etat ne peut ni mander l'administrateur à la barre, ni procéder à des enquêtes en dehors de l'administration. (HAURIOU, 1914, p. 458)

La question de la stabilisation des directives administratives est, d'ailleurs, d'autant plus délicate que l'administrateur n'est pas, en principe, tenu de motiver ses décisions. (WELTER, 1929, p. 43)

²⁰ O direito administrativo francês inseriu sua raiz legal no ato administrativo e nele está firmemente estabelecido, tendo sido o ato desde o início objeto de reclamações e recurso. Por razões políticas, não era o funcionário quem era diretamente responsável, era o ato considerado em si que era responsável por sua validade; o processo ao ato foi feito como a idade média tentou o cadáver. Foi, em primeiro lugar, uma espécie de direito disciplinar, pois o excesso de poder é um vício e, como se fosse um erro do ato, é o ato que é vituperado e emendado em nome da moral administrativa, a anulação ou aniquilação são como sanções.

Neste contorno jurisprudencial, à época, a simples aplicação da legalidade, segundo Hauriou (1914), não possibilitava o controle dos motivos que o fazem agir, atribuindo a moralidade administrativa, através da possibilidade de aplicação da abertura advinda do desvio de poder e, conseqüentemente, o *recours pour excès de pouvoir*, a função de penetrar nos motivos sem devastar a espontaneidade da discricionariedade.

Portanto, o autor francês de Toulouse pontua sobre o desvio de poder e a moralidade, retratando que a legalidade não tem o condão de penetrar nos motivos que deram ensejo ao ato administrativo, o que culminou na edificação de uma teoria que possibilitasse que o *Conseil* adentrasse na seara dos motivos do ato administrativo, isto é, a moralidade administrativa foi e é um instrumento que possibilita que os motivos do ato administrativo sejam perquiridos.

Hauriou (1914) destaca que o desvio de poder retrata o respeito do poder administrativo ao bem do serviço, refere-se que a noção ultrapassa a legalidade, posto que objetiva reprimir os motivos que deram origem ao ato, ou seja, as circunstâncias que fizeram agir. Neste ínterim, a legalidade, de regras rígidas, não permite adentrar na seara dos motivos, incumbindo à moralidade essa função de se imbricar nos motivos que originaram o ato administrativo.

José Guilherme Giacomuzzi (2013, p. 55/56) resume a intenção de Maurice Hauriou na edição de sua teoria sobre moralidade administrativa:

(...) foi tentando estender a possibilidade de controle jurisdicional da Administração Pública que Maurice Hauriou fez, no início do século XX, aparecer no mundo jurídico a noção de moralidade administrativa, ampliando a zona de abrangência da sindicabilidade do ato administrativo via alargamento dos poderes jurisdicionais, uma vez que somente se podia – repito –, pelo recurso por excesso de poder, atingir (controlar) a legalidade do ato. A clara função da moralidade administrativa era, portanto, a de permitir o controle jurisdicional sobre a finalidade do ato.

Neste contexto é que surge a teoria da moralidade administrativa de Maurice Hauriou, que tem nascedouro vinculado à declaração de vontade, a teoria da causa e do ato jurídico administrativo, com estreito liame ao desvio de finalidade, com norte de criar uma moldura à ação discricionária do

administrador, assim, em linhas gerais, permitir o controle jurisdicional sobre a finalidade do ato (GIACOMUZZI, 2013).

Para que se possa conceber o entendimento do conceito de moralidade administrativa, importante o conhecimento prévio dos caminhos percorridos pela teoria de Hauriou até a consecução do instituto do Direito Administrativo, assim, faz-se necessário retratar o momento da teoria francesa sobre o ato jurídico e o entendimento externado pelo autor de Toulouse.

Importante rememorar que, como toda instituição tem em si a ideia de fim que, em pleno positivismo jurídico, se encontrou o fundamento para o desenvolvimento da teoria do desvio de poder, como primeira manifestação da importância da teoria da moralidade administrativa, porém não foi tão cortejada pela doutrina francesa. Hodiernamente foi devidamente reconhecida, assumindo uma abrangência que abarca a ideia de desvio de poder, como também os casos em que o agente atua em desacordo com seu dever de fidelidade à disciplina interna da Administração, conforme veremos em capítulo específico (MOREIRA NETO, 1992)

A aceção trazida pela teoria de Maurice Hauriou, e, por consequência, a interação entre o desvio de poder e a moralidade administrativa, criam a necessidade imperiosa de rememorar que durante os séculos XVIII e XIX o voluntarismo era o pensamento filosófico e jurídico dominante na França, o qual tem como fundamento que as manifestações de vontade dos indivíduos são a principal causa do Direito (GIACOMUZZI, 2013).

No Direito Civil Francês durante os séculos XVIII e XIX atribui-se grande importância à vontade do indivíduo²¹, sendo esta instituída como fonte e criação do direito. Destarte, o Direito Francês alocou seu posicionamento na seara da teoria da vontade, conforme se extrai com clareza das premissas adotadas pelo *Code Civil* de 1804.

A teoria da vontade, defendida por Savigny e Windscheid, leva em voga a intenção, vontade interna, como elemento responsável pelos efeitos

²¹ A influência da autonomia da vontade no Direito Francês, mormente nos contratos, pode ser comprovada através do próprio *Code Civil* de 1804, que retrata em seu art. 1.134, vejamos: 1134. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. (FRANÇA, 1804)

jurídicos que advém do negócio. Assim sendo, havendo conflito entre a intenção, vontade interna e a declaração, isto é, a intenção e o que se declarou expressamente, a primeira tem preponderância sobre a última, isto porque é na intenção que se encontra a força jurígena do ato jurídico (RODRIGUES, 2007; GIACOMUZZI, 2013).

Na teoria da vontade, a vontade psicológica – interna – tem grande destaque na abordagem do ato jurídico, posto que quando viciada, o ato jurídico se caracteriza como natimorto, ou seja, nasce eivado de vícios, o que traduz e demonstra a grande relevância atribuída à autonomia da vontade, sendo esta preponderante sobre a declaração exarada (RODRIGUES, 2007).

Todavia, com a possibilidade da insegurança jurídica na teoria da vontade, considerando que o indivíduo pode alegar erro em sua vontade, o que tornaria o ato jurídico viciado e, por consequência geraria a invalidade do respectivo ato (RODRIGUES, 2007), no que concerne aos atos administrativos, Maurice Hauriou filiou-se a teoria da declaração, com raízes no Direito Alemão, diferente da teoria da vontade, onde aquela se refere à vontade exteriorizada, a qual se sobrepõe à vontade interna (GIACOMUZZI, 2013).

A teoria da declaração retrata um contraponto na teoria da vontade, ou seja, através da teoria da declaração a exteriorização do intento da Administração é mais relevante para o direito administrativo do que a própria vontade interna, ou seja, a exteriorização do ato deve preponderar.

Não é demasiado mencionar que o Conselho de Estado Francês também solidificou seu entendimento na teoria da declaração, isto porque perpassava pela análise do ato administrativo sob a égide da declaração externada, conforme mencionado em linhas anteriores. Nesta vertente, não se investiga as intenções psicológicas, mas o sentido da declaração exteriorizada (GIACOMUZZI, 2013).

Portanto, a teoria de Hauriou se edificou com estruturas fincadas na teoria da declaração, ou seja, atribui-se grande relevância à declaração de vontade da Administração na consecução do ato administrativo, por seu turno, para consecução do ato administrativo, há necessidade de exteriorização da vontade pelo gestor da *res publica*. Silvio Rodrigues (2007, p 171) ressalta que

“a vontade em si é, por si só, importante e eficaz, mas, como fator interior e invisível, precisa de um sinal exterior que a revele”.

Na busca da origem da noção de moralidade administrativa foi fixado a primeira premissa: o ato administrativo é uma declaração de vontade da Administração, que se torna independente do sujeito e se objetiva por completo no momento da emissão, sendo tendente a produzir, por si, execução. (GIACOMUZZI, 2013, p. 66)

Maurice Hauriou estabelece nítida correlação aos ideários de proteção e segurança nas relações, havidas como propulsoras da teoria da declaração no direito alemão. O autor francês entendia como possível a passagem do tráfico-jurídico administrativo ao tráfico-jurídico privado e entre eles aplicar analogias (GIACOMUZZI, 2013).

Ainda sobre a premissa da teoria da declaração de vontade, que foi fixada como base da edificação da moralidade administrativa, salta aos olhos a dificuldade de identificar, quando o administrador de forma ardil, exterioriza uma declaração de vontade que não possui vícios de legalidade, não havendo aparentemente um vício na vontade exteriorizada pela Administração. Contudo, seu elemento psíquico, ou seja, o móvel do ato administrativo não possui intenção íntegra. Situação esta que deve, também, atrair a atenção do Direito Administrativo, com o escopo de que seja possível um controle, admitindo-se condições de perquirir/limitar a atuação ardil do administrador.

C'est encore un de-, bienfaits de la puissance publique contenue dans l'administration d' avoir engendré un contrôle des actes qui soit exercé au nom de la morale publique, plutôt qu' au nom du droit, et qui, par suite, aille plus loin que le droit, plus loin que la légalité (notamment dans la théorie du détournement de pouvoir). L'honête homme s' élève au-dessus de la loi vulgaire par la sentimento de sa valeur, l'administration aussi, seulement sa valeur ne peut lui apparaitre, d'une façon sere, que sous la forme de pouvoir. Si tout cela disparaissait et que l'on fût réduit aux moyens du droit privé, on serait ramené à l'observation de la loi, mais sans moralité, et l'on s'it combien une conduite strictement légale peut-être, en réalité, immorale.²² (HARIOU, 1910, p 485)

²² Ainda é um dos benefícios do poder público contido na administração ter controle engendrado de atos que são exercidos em nome da moral pública, e não em nome de lei, e que conseqüentemente vai além da lei, além da legalidade (principalmente na teoria abuso de poder). O homem honesto se eleva acima da lei vista pelo sentimento de seu valor, a administração também, apenas seu valor pode lhe parecer, de certo modo, que sob a forma de poder. Se tudo isso desapareceu e foi reduzido aos meios de direito privado, alguém seria

Essa situação se torna de difícil avaliação e controle, haja vista que conforme salientado, à época o Conselho de Estado Francês mantinha sua atuação condicionada a uma análise de legalidade do ato administrativo, não havendo vício aparente, não haveria decisão que caracterizasse a hipótese de anulação do suposto ato administrativo.

O que nos interessa é como o Conselho de Estado avalia essa violência praticada em relação à causa lógica com seu ponto de partida, que é a teoria do ato, que se abstém de procurar vício em outro lugar que na vontade legal da administração, materializada no próprio ato ou em atos anteriores (HAURIOU. BEZIN, 1903 apud GIACOMUZZI, 2013).

Maurice Hauriou adotou a teoria da declaração, de forma diversa do Direito Francês - que por sua vez adotou a teoria da vontade (subjéitiva) -, seu intuito foi buscar objetividade à declaração exarada pela Administração Pública. Assim, nesta seara, sendo o ato administrativo uma declaração de vontade da própria Administração, tratando-se como obrigação desta a exteriorização de seus atos, passa a ter relevante contorno a comparação entre a vontade (móvel) da Administração e o que se exteriorizou.

No Direito Francês, à época, a teoria da causa, com eminente característica subjéitiva, que se coadunou com a concepção de finalidade, defendida na França principalmente por Jean Domat, onde a causa se caracteriza como uma finalidade do ato jurídico, ou seja, se referindo à intenção necessária ao ato, o objetivo (le but) caracterizando-se como verdadeiro elemento essencial à validade e eficácia do ato jurídico (MARTINS, 2008).

A França é reportada pela doutrina como uma das principais representantes da teoria causalista, não por outra razão, o próprio *Code Civil* de 1804²³ fez referência expressa à causa nas relações jurídicas, retratando-a

levado de volta à observância da lei, mas sem moralidade, e sabe-se quanto um comportamento estritamente jurídico pode, na realidade, ser imoral.

²³ 1108. Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: Le consentement de la partie qui s'oblige; Sa capacité de contracter; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement; Une cause licite dans l'obligation. (...)

1131. L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.

1132. La convention n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée.

como elemento essencial para validade das convenções. A causa, no Direito Francês se vincula à problemática da segurança nas relações jurídicas, considerando o caráter subjetivo adotado na França – teoria da vontade –, tratando-se de uma correção ao princípio da autonomia da vontade (MARTINS, 2008; MARTINS-COSTA, 2000).

Maurice Hauriou, em seus estudos sobre o ato administrativo, se volta às concepções do Direito Alemão, se filiando à teoria da declaração (Erklärungstheorie ou objetiva), todavia, no que tange à teoria da causa, em sua obra *La Déclaration de Volonté dans le droit administratif français*²⁴, justifica que a causa, tratada pelo direito francês como finalidade, se confunde com o conteúdo da declaração de vontade, portanto, considerando-a como a própria declaração de vontade, a teoria da causa desapareceria, ou seja, se imiscuiria no próprio conteúdo da exteriorização²⁵ (HAURIUO; BEZIN, 1903, apud GIACOMUZZI, 2013).

Assim, não se esgueirando das matrizes objetivas do Direito Alemão, Maurice Hauriou, em sua concepção voluntarista objetiva, calcou sua teoria em institutos que teriam a aptidão de produzir os mesmos efeitos da teoria da causa, adotando-se de forma análoga, a boa-fé (GIACOMUZZI, 2013). Denota-se outra premissa de grande relevância na teoria de Hauriou, a boa-fé advinda do tráfego jurídico-privado do direito alemão.

Observar-se que a base jurídica para assentamento da teoria da moralidade administrativa foi solidificada por Maurice Hauriou em uma doutrina alemã, sendo necessário à Administração, ao praticar o ato administrativo, proceder à exteriorização de seu ato (Erklärungstheorie), onde externará a vontade da Administração. Aduz, ainda, que a teoria da causa, reconhecida pelo Direito Francês como elemento essencial ao ato jurídico, seria conteúdo inerente à própria exteriorização da vontade, assim, permanecendo em um viés de voluntarismo objetivista e utiliza-se da doutrina alemã para constatação da intenção através dos institutos da boa-fé e da boa administração.

1133. La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. (FRANÇA, 1804)

²⁴ A Declaração de Vontade no direito administrativo francês.

²⁵ Ainsi, avec un in point de départ aussi concret que l'est la déclaration de volonté, la théorie de la cause disparaît comme inutile. (HAURIUO; BEZIN, 1903, apud GIACOMUZZI, 2013, p 70)

Portanto, a teoria da vontade (*Willenstheorie*) e da causa do Direito Francês tiveram grande relevância nos estudos de Maurice Hauriou, posto que com o escopo de afastar sua aplicabilidade dos atos administrativos, ante a corrente voluntarista objetiva, foi que o autor, utilizando-se do Direito Alemão, solidificou seu entendimento na teoria da declaração da vontade, na boa administração e boa-fé.

Maurice Hauriou sustenta que nos casos em que Administração mantém em sua subjetividade interesse que se afasta da integridade, mas exterioriza de forma lícita, a boa-fé seria a forma de garantir a inexistência de arbitrariedades. Assim como no direito alemão, não seria afeto à lei, mas sim à boa-fé (GIACOMUZZI, 2013).

Neste contexto, perpassando pela teoria da declaração, da boa administração e da boa-fé, Maurice Hauriou acredita que a intenção do ato administrativo, poderia ser avaliada pelo *Conseil* através da relação entre o instituto da moralidade administrativa e o desvio de finalidade.

[A moralidade administrativa] surgirá exatamente vinculada ao estudo da declaração de vontade do ato jurídico-administrativo e especificamente ligada ao exame do instituto do desvio de poder, a fim de delimitar a ação discricionária do administrador. (GIACOMUZZI, 2013, p 47)

Todavia, apesar da ideia pioneira apresentada por Maurice Hauriou, o Conselho de Estado Francês manteve sua atuação com uma concepção diversa, relacionando o instituto do desvio de finalidade à legalidade do ato administrativo.

O caso *Lesbats* (Sirey, *Rejante*, t. 9, III, p. 46, decisão de 25.2.1864) é caracterizado pela doutrina como emblemático no trato do desvio de finalidade pelo Conselho de Estado Francês. A decisão exarada optou pela anulação do ato administrativo do Prefeito de Fontanelau, considerando a ocorrência de desvio de finalidade.

A referida demanda ocorreu na cidade de Fontanelau, onde o Prefeito, por ocasião de uma legislação que lhe autorizava regular o estacionamento e circulação de veículos em frente à estação ferroviária, proibiu que determinado motorista estacionasse seu ônibus no pátio daquela estação. O prejudicado

manejou recurso (*recours por excès de pouvoir*) e o Conselho de Estado Francês anulou o ato administrativo sob a égide do desvio de finalidade (*détournement de pouvoir*), considerando que o ato vergastado foi praticado pelo Prefeito visando privilegiar outra empresa, quando a lei não lhe permitia essa discriminação entre as empresas (MEIRELLES, 2016).

Não se esquecendo das contribuições de Maurice Hauriou ao Direito Administrativo e ao instituto da moralidade administrativa, a legalidade como alicerce da justiça administrativa, teve, como tal, grande influência nas decisões emanadas pelo Conselho de Estado Francês, não por outra razão, destacam-se de célebres decisões, emanadas do Conselho Francês, que versam sobre o princípio da legalidade (GAZIER, 1955).

Ademais, a legalidade, em confluência com o próprio Direito Administrativo, tem relações com o liberalismo, haja vista a ideia de confronto com o autoritarismo advindo do período do absolutismo e revoluções subsequentes, considerando a atuação absolutista à margem da lei e do controle judicial, onde a vontade do soberano poderia preponderar sobre a própria norma jurídica.

Também se relaciona com a separação de poderes, teoria insculpida por Montesquieu, posto que o Estado tem como norte a compatibilização à lei, por conseguinte ao necessário reconhecimento da competência para edição do arcabouço normativo por órgão de representação do povo (GIACOMUZZI, 2013).

Nesta premissa que retrata a relação entre legalidade e separação de poderes, importante analisar que a edição das normas é atribuída ao órgão de representação popular, que possui competência para tanto, assim incube à Administração o cumprimento destas normas, privilegiando a legalidade, não podendo emanar atos contrários aos dispositivos legais, sob pena de vício de legalidade.

Viu-se na legalidade administrativa, então, uma hipótese para a inserção do instituto do desvio de finalidade, ou seja, o estudo do desvio de finalidade foi se encaminhando para uma aplicação dentro do conceito de legalidade (BRANDÃO, 1951).

Il faut donc chercher sous les apparences de l'acte, les causes déterminantes. Cela veut dire que l'acte apparaît comme régulier et légalement pris; mais qu'en réalité il est vicié par le but que se proposait l'administrateur en le prenant. (EBREN, 1901, p. 36)²⁶

No desvio de poder, no entendimento trazido pelo Conselho de Estado Francês, ocorre a substituição da vontade da lei pela vontade privada do administrador, devendo, portanto, ser examinado através do controle da legalidade do ato administrativo (EBREN, 1901).

A razão da inclusão, pelo Conselho de Estado Francês, do desvio de finalidade no conceito de legalidade pode ser esclarecido, com maior precisão, pelo fato de que o desvio de poder foi utilizado como um instrumento de controle das “imunidades”, mormente do poder discricionário do administrador público (GIACOMUZZI, 2013).

Com o escopo de aclarar a premissa mencionada sobre a relação entre o desvio de finalidade, a legalidade e as imunidades, faz-se necessário rememorar a Lei de 16-24 de agosto de 1790, na qual se estabelecia a separação entre Justiça e Administração.

A existência da mencionada legislação inferiu que o judiciário não mais poderia intervir nas funções exercidas pela administração, criando, portanto, uma “isenção judicial” aos atos administrativos, ou seja, não se possibilitava o controle judicial, o que acarretou o surgimento de “imunidades” (GIACOMUZZI, 2013).

Giacomuzzi (2013, p. 46) friza a existência de três imunidades conferidas pela legislação à Administração, quais sejam: “os atos discricionários, os atos políticos e os atos normativos ou regulamentados”. Trata-se de atos administrativos, conforme mencionado, que não são sujeitos ao controle judicial.

Assim, nos debruçando sobre os atos discricionários, foco do estudo em espeque, buscando reduzir a amplitude desta imunidade, verificou-se que esses atos discricionários também possuíam vinculação à lei e por esta razão não justificaria a ausência de fiscalização. Desta forma, o desvio de finalidade

²⁶ Portanto, é necessário olhar sob as aparências do ato, as causas determinantes. Isso significa que o ato parece ser regular e legalmente adotado; mas que, na realidade, está viciada pelo objetivo que o administrador propôs em perseguir. (Tradução livre)

foi criado como um instrumento de controle dos atos administrativos discricionários (GIACOMUZZI, 2013).

O pensamento utilizado para redução da imunidade que abarcava o poder discricionário se transcorria por um raciocínio de que, sendo a finalidade prevista em Lei, ou seja, considerando que o administrador deve perseguir o interesse público, demonstrando-se com isso que o ato, apesar de discricionário, possui vinculação com a lei, quando então praticado fora desta previsão legal, haveria o desvio de finalidade e por consequência uma infringência da própria legalidade do ato, um vício de legalidade passível de anulação.

Desta sorte, conforme mencionado anteriormente, considerando que o *Conseil*, no exercício de suas atribuições de contencioso administrativo, poderia somente apreciar a legalidade do ato administrativo, ante a separação absoluta de poderes, através do recurso por excesso de poder (*recours pour excès de pouvoir*), não se adentrando na discricionariedade do ato administrativo, tornou-se necessário a relação entre o desvio de finalidade e a legalidade (GIACOMUZZI, 2013).

Portanto, em resumo, o *Conseil* manteve como jurisprudência que o ato discricionário se vinculava ao fim precípua delineado pela lei, por esta razão quando o administrador se desviasse desse fim, desvio de finalidade, haveria o descumprimento da própria lei, passível de recurso ao Conselho de Estado, considerando que a legalidade do ato administrativo estaria sendo afligida.

No Brasil, em período anterior à Constituição Federal de 1988, a correlação entre desvio de finalidade e legalidade aglutinou adeptos, a título de exemplo, salienta-se a doutrina de Caio Tácito, um estudo sobre desvio de finalidade em 1974, vejamos:

O administrador não gere interesses próprios ou particulares; ele é titular de atribuições que lhe permitem cuidar de interesses coletivos e a sua conduta é determinada por antecedentes objetivos que a inspiram e condicionam. A autoridade competente não atua no vácuo: ela age em função de aspectos de fato ou de direito que determinam as suas deliberações. O ato administrativo mantém nexos de causalidade com os *motivos determinantes*, cuja efetiva existência se torna, assim, condição de legalidade. (TÁCITO, 1974, p. 2)

Observa-se que o autor, em sua obra, quando aborda a relação entre os motivos determinantes e a legalidade, correlaciona que o desvio de finalidade é condição de legalidade, nesta qualidade é inserido no conceito de legalidade do ato administrativo.

Houve decisões judiciais, também no Brasil, que contemplaram em seu bojo a correlação entre legalidade e desvio de finalidade, influenciadas pelas decisões do Conselho de Estado Francês e por autores nacionais, conforme se pode extrair do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte exarada em 1948:

PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO – ABUSO DESSE PODER – MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – No que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro. O ato que, encobrendo fins de interesse público, deixe à mostra finalidades pessoais poderá cair na apreciação do Poder Judiciário, não obstante originário do exercício de competência livre. O “fim legal” dos atos da Administração pode vir expresso ou apenas subentendido na lei. O direito, que resulta não da letra da lei, mas do seu espírito, exurgindo implicitamente do texto, também pode apresentar a liquidez e certeza que se exigem para concessão do mandado de segurança (...) (FAGUNDES, 1948, p. 52)

Parafraseando Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao discorrer sobre moralidade administrativa, ressalta que a teoria da moralidade administrativa surgiu e se desenvolveu sobre a base do desvio de finalidade (DI PIETRO, 1989), porém, em tempos atuais, assume tais proporções, que possui o condão de englobar o próprio desvio de finalidade (MOREIRA NETO, 1992)

No Brasil, há tempos a moralidade administrativa e o desvio de finalidade são debatidos pela doutrina, alguns autores são adeptos à legalidade como instrumento de aferição da finalidade, outros comungam da ideia colacionada pelo autor de Toulouse, Maurice Hauriou, estabelecendo a moralidade administrativa como instrumento de aferição do móvel do ato administrativo.

Apesar das disparidades doutrinárias, o que não se pode perder de vista é que com o advento da Constituição Federal de 1988, a moralidade administrativa passa a ser um instituto previsto expressamente no texto constitucional, devendo ter observância obrigatória pela Administração Pública.

Portanto, a identificação de um conceito de moralidade administrativa possibilita que o administrador público proceda com efetividade o cumprimento do disposto nas normas constitucionais, pautando suas decisões pelos princípios estampados pelo artigo 37 da Constituição Federal.

2 MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL

2.1 O constitucionalismo e as leis infraconstitucionais sob o prisma da moralidade administrativa

O estudo da história da moralidade administrativa no Brasil tem grande relevância para a presente pesquisa, a fim de se demonstrar que apesar de, por muito tempo se falar em moralidade administrativa no país, o instituto jurídico foi consagrado como direito fundamental recentemente, advinda da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Apesar da moralidade administrativa somente ser tratada como direito fundamental no texto constitucional de 1988, a preocupação com os abusos de poder na prática dos atos administrativos tem assumido destaque por tempos destaque no direito.

Deveras, faz-se crucial o estudo específico das normas constitucionais, bem como das respectivas trajetórias históricas, ressaltando, neste viés, os ideias que lhes influenciaram, posto que uma norma não se origina isoladamente, ela tem seu nascedouro em experiências políticas, sociais ou até mesmo através da importação do conjunto normativo de outros países.

Nenhum texto constitucional, como de resto qualquer norma jurídico-positiva, é elaborada de forma isolada, sem vinculação alguma com as ideias e os “modelos” antecedentes, tanto a nível interno como estrangeiro. Em outras palavras: as ideias políticas e os modelos constitucionais desempenham forte influência e “inspiração” no preparo de uma nova Constituição, ou de sua reforma, o que, por isto só, justifica a importância dos estudos de História Constitucional e Direito Constitucional Estrangeiro, este último sob o enfoque do Direito Comparado. (DANTAS, 1995, p 237-238)

A Constituição do Império do Brasil de 1824, nada previu em seu texto constitucional sobre a moralidade administrativa, todavia, há que se ressaltar que referido texto constitucional teve fortes influências da Constituição Francesa de 1814, dando início à existência de diversas repercussões do Direito Francês no Brasil. Assim como as normas constitucionais, o estudo do Direito Administrativo em determinado momento histórico, também obteve grandes influências dos institutos consagrados na França, como o poder de

polícia, responsabilidade civil do Estado, contratos administrativos, o regime especial dos bens públicos e, especialmente, a moralidade administrativa (GIACOMUZZI, 2013).

Nota-se, na Constituição do Império, mormente seus art. 156 e 157, uma preocupação com os abusos de poder e a prática de atos tendentes à causar prejuízos ao erários público. A primeira disposição constitucional mencionada estabelece responsabilidade aos juízes e oficiais pela prática de abuso de poder e prevaricação, o segundo, quando às mesmas figuras, a hipóteses de ingresso de ação popular pela prática de suborno, peita, peculato e concussão.

Há muito o sistema jurídico não é visto como um sistema estático, isso levando em consideração modelos externos, ou seja, há um dinamismo na recepção de influências externas, e isso podemos observar por diversas normas edificadas nas Constituições brasileiras, exemplo: a Constituição do Império de 1824, com a estruturação do Poder Moderador, ideias difundidas por Benjamin Constant, originariamente, produto do pensamento do Conde de Clermont Tonnerre; na Constituição de 1891, observa-se a instituição do Supremo Tribunal Federal, estrutura implementada pela influência do Direito norte-americano (DANTAS, 2003).

O constituinte, na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, permanece silente sobre o instituto jurídico da moralidade administrativa, não por outra razão, posto que a Constituição de 1891 convergiu para um novo modelo, com influências constitucionais norte-americanas, inspirada em ideais republicanos e liberais (GROFF, 2008), contudo, salutar destacar a previsão de crime de responsabilidade do Presidente quando atentar contra a probidade administrativa, hipótese contemplada pelo art. 54, § 6º, da norma constitucional.

Importante marco legislativo a ser citado é a Lei Federal nº 221, de 20 de novembro de 1894, que em sua ementa aduz: “Completa a organização da Justiça Federal da República” (BRASIL, 1894), onde em seu artigo 13 estabeleceu os casos em que o Poder Judiciário poderia decidir e julgar atos lesivos à direitos individuais por atos administrativos. Vejamos:

Art. 13. Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União.

(...) § 9º Verificando a autoridade judiciaria que o acto ou resolução em questão é illegal, o annullará no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor.

a) Consideram-se illegaes os actos ou decisões administrativas em razão da não applicação ou indevida applicação do direito vigente. A autoridade judiciaria fundar-se-ha em razões juridicas, abstendo-se de apreciar o merecimento de actos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniencia ou oportunidade;

b) A medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionario sómente será havida por illegal em razão da incompetencia da autoridade respectiva ou do excesso de poder. (...)

Neste compasso, a Lei Federal nº 221, de 20 de novembro de 1894, estabeleceu um procedimento especial, com o fim precípua de anular decisões ou atos administrativos que implicassem em lesão aos direitos individuais. Para a compreensão da importância da Lei Federal nº 221/1894 na concepção de moralidade, fulcral lembrar escólios de Castro Nunes, Ministro do Supremo Tribunal Federal, onde relacionava referida legislação ao mandado de segurança e retratava que tem como fim precípua o ajuizamento contra ato da autoridade administrativa eivado de ilegalidade por incompetência ou excesso de poder (NUNES, 1937).

José de Castro Nunes (1937) consigna que a Lei Federal nº 221/1894 aglutinava a possibilidade de exame da legalidade pela legitimidade de motivos do ato administrativo, tratando de forma comparativa com o recurso utilizado pelo Conselho de Estado Francês (*détournement du pouvoir*).

Ainda, retratando sobre a teoria dos fins, José de Castro Nunes faz referência aos autores franceses Renard e Welter (seguidores da teoria de Hauriou), aduzindo que o controle dos fins para os dois escritores franceses alcança a moralidade do ato administrativo, destacando a existência da trilogia: legalidade, moralidade e oportunidade, ressaltando, por derradeiro, que a moralidade trata-se de reduto onde se observa a legitimidade dos fins ou dos motivos do ato administrativo, sendo a oportunidade, onde aloca a discricionariedade do ato administrativo (NUNES, 1937).

Neste sentido, a Lei Federal nº 221/1894 propiciou ao Direito Administrativo brasileiro, mais especificamente no que tange ao ato administrativo, tratar sobre sua legalidade, a forma com que se adotaria a

abordagem dos motivos e fins do ato exarado pela autoridade e, por fim, a concepção de discricionariedade, onde, segundo a própria legislação em comento, não estaria esta última sob o alcance das decisões judiciais.

Posteriormente, em 1934, com a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, apesar das diversas mudanças das estruturas e instituições, realizando-se verdadeiramente a reforma do Estado, o texto constitucional não abarcou em seu arcabouço a moralidade administrativa (GROFF, 2008).

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, inspirada na Constituição alemã de Weimar (Constituição do Império Alemão), direcionou seus principais esforços a uma conotação social, fazendo referência às matérias de ordem econômica e social, à família, à educação, à cultura, e uma forte legislação trabalhista e previdenciária (GROFF, 2008).

Fazendo um adendo no constitucionalismo brasileiro, em seu viés sobre moralidade administrativa, nota-se, com significativa congruência, a costumeira prática da recepção legislativa externa nas normas constitucionais brasileiras, onde no texto constitucional de 1934 observa-se grande influência externa da Constituição de Weimar de 1919 (DANTAS, 1993).

Ponto relevante a ser observado no texto constitucional de 1934 é que apesar de não prever a moralidade administrativa como princípio ou norma a ser perseguida pelo administrador, previu expressamente em seu artigo 113, 30, a possibilidade de anulação de atos administrativos. *In verbis*: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios” (BRASIL, 1934).

No que concerne aos atos administrativos, tendo como pertinente que a ideia de moralidade administrativa será aplicada especificamente a este instituto do Direito Administrativo, denota-se que o texto constitucional consagra garantia individual ao cidadão correlato à possibilidade de pleitear a declaração de nulidade ou anulação de ato administrativo lesivo ao patrimônio público.

Ainda, segundo Groff (2008, p 114) a previsão do artigo 113, 30, da Constituição de 1934, tratava-se de remédio constitucional, “a ação popular,

surgindo assim o primeiro instrumento de defesa da cidadania, para anular qualquer ato lesivo ao patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios”.

Outro marco de grande relevância na Constituição de 1934, para o trato dos atos administrativos, é a institucionalização do mandado de segurança para defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado, por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de autoridade. A Lei Federal nº 191, de 19 de janeiro de 1936, veio regulamentar o processo do mandado de segurança (GIACOMUZZI, 2013).

Apesar dos grandes avanços trazidos pela Constituição da República de 1934, o Estado Social Democrático, instituído pela referida constituição foi de curta duração, haja vista que em 1937, Getúlio Vargas institui o denominado Estado Novo e a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, marcando um retrocesso no constitucionalismo brasileiro, e teve como principal influência a Constituição polonesa de 1935, reconhecidamente de cunho fascista (DANTAS, 1995).

Questão de relevância no tratado dos atos administrativos foi a extinção do mandado de segurança, isto é, a Constituição de 1937 não possibilitou a interposição do *writ* constitucional contra atos praticados pelo Presidente, Ministros de Estado, Governadores e Interventores (GROFF, 2008).

Em busca de uma luta contra o comunismo e inflação, as autoridades militares impuseram a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, o que, posteriormente, também ocorrerá com a Constituição de 1969, ambas, pela maior parte do tempo de sua vigência, submetidas a alterações por Atos Institucionais e Complementares (DANTAS, 1995).

A Constituição de 1937 nada previu sobre o instituto da moralidade administrativa, há previsão sobre moralidade no artigo 122²⁷, nas disposições sobre os direitos e garantias individuais, onde suscita a possibilidade de medidas para impedir as manifestações contra a moralidade pública, que nada

²⁷ A lei pode prescrever: (...) b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude; (BRASIL, 1937).

se relaciona ao instituto em debate neste estudo científico, mas restringe a manifestação do pensamento (BRASIL, 1937).

Em 18 de setembro de 1946 foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, em um momento de redemocratização do país, considerando que ulterior ao regime ditatorial do Estado Novo, na tentativa de implantar no Brasil a democracia, que estava inflamada no mundo pós-segunda guerra mundial.

A Constituição de 1946, apesar de não tratar sobre o instituto jurídico da moralidade administrativa remontou, conforme previsão expressa do artigo 141, § 38²⁸, a possibilidade de anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos que propiciasse lesão ao patrimônio público dos entes federados (BRASIL, 1946).

A ação popular, após a previsão do texto constitucional, teve a edição de um regulamento próprio, a Lei Federal nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que evidentemente denota a ideia dos motivos do ato administrativo, retrata a relação de fato e direito, ou seja, os motivos devem dar fundamentação ao ato administrativo, conforme se observa da dicção do artigo 2º, ao versar sobre os atos administrativos que podem causar lesividade ao patrimônio público passíveis de anulação.

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

d) inexistência dos motivos;

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; (BRASIL, 1965)

A mesma legislação federal conceitua, ainda, o desvio de finalidade como sendo “quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência” (BRASIL, 1965). Importante salientar que não se utilizou a expressão moralidade administrativa,

²⁸ Art. 141. (...)§ 38 - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista (BRASIL, 1946).

mas utilizou-se a ideia de desvio de poder ou desvio de finalidade (GIACOMUZZI, 2013).

O desvio de poder, tratado pelo Conselho de Estado Francês, teve grande influência na doutrina de Maurice Hauriou. No Direito Francês, a quarta abertura do recurso por excesso de poder – desvio de poder – possibilita a análise dos motivos que deram origem ao ato administrativo, ou seja, o móvel do ato perpetrado pela Administração.

Ainda, o texto constitucional de 1946 autorizou que lei dispusesse sobre o sequestro e o perdimento de bens, caso evidenciado enriquecimento ilícito, por abuso de cargo ou função pública, ou de emprego, posteriormente, este temas foram disciplinados pela Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1957 (Lei Pitombo Godói Ilha), e pela Lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958 (Lei Bilac Pinto).

Em 1964, o Brasil experimenta outro golpe de estado provocado pelos militares, sobre o fundamento de defesa da nação da ameaça sobre a ordem pública. Durante o regime militar institui-se a Constituição da República Federativa do Brasil, mais especificamente no dia 15 de março de 1967, e não previu em seu texto expressa referência ao instituto da moralidade administrativa, mas manteve a previsão da ação popular, possibilitando a anulação de atos lesivos ao patrimônio público (BRASIL, 1967).

Ainda no que concerne à Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, o autor Celso Antônio Bandeira de Mello (1996), ao tratar sobre princípios fundamentais de direito administrativo, faz referência ao art. 84, inciso V²⁹, como inclinação à possibilidade de responsabilização do Presidente da República por imoralidade na administração, considerando que o referido dispositivo faz referência à expressão proibida administrativa, expressão que também será utilizada durante o estudo sobre o conteúdo subjetivo da moralidade administrativa.

Outra disposição da Constituição de 1967 que tem grande relevância para o percurso histórico, ora engendrado, é a possibilidade de suspensão dos direitos políticos pela prática de conduta de corrupção, conforme dicção do art.

²⁹ Art. 84 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra a Constituição federal e, especialmente: (...) V - a proibida na administração; (BRASIL, 1967)

151 da Carta Constitucional, a corrupção. A prática da corrupção é de grande relevância para o estudo da moralidade administrativa no Brasil, vez que foi essa conduta, prática de forma reiterada somada a impunidade, que alancou a idealização da moralidade administração como significante do combate à corrupção.

Somente com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a moralidade administrativa foi erigida a direito fundamental, sendo expressamente prevista no artigo 5º, inciso LXXIII, que versa sobre a ação popular, e no artigo 37, onde foi estabelecida como princípio a ser obedecido pela Administração Pública direta e indireta de todos os Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (SILVA, 2005).

A moralidade administrativa, importada pelo direito brasileiro como uma forma de atacar os atos administrativos, que apesar de produzidos sobre a égide da lei, podem aglutinar em seu bojo vícios de moralidade, neste sentido, salutar observação de José Afonso da Silva, senão vejamos:

Pode-se pensar na dificuldade que será desfazer um ato, produzido conforme a lei, sob o fundamento de vício de imoralidade. Isso é possível porque a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração. A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com o intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa (SILVA, 2005, p. 668).

Com a instituição da moralidade administrativa como princípio obrigatório a ser observado pelos gestores da coisa pública, o instituto adquire maior robustez nos estudos sobre Direito Administrativo, mormente sobre a prática do ato administrativo e seus consequentes efeitos executórios.

Assim, com a relevância atribuída pela Constituição Federal de 1988 à moralidade administrativa e sua observância obrigatória na deflagração dos atos administrativos, o legislador editou a Lei Federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992, norma de direito material e processual que trata “sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no

exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências” (BRASIL, 1992).

A Lei de Improbidade Administrativa faz expressa remissão ao dever de observância e obediência dos agentes públicos³⁰ aos princípios constitucionais da Administração Pública, aqueles citados no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade³¹.

A respectiva legislação infraconstitucional, em seu capítulo dois (dos atos de improbidade administrativa), especialmente a seção três, trata sobre o ato de improbidade administrativa atentatório aos princípios que regem a Administração Pública, aqueles outrora citados e elencados no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, estabelecendo sanções ao agente público pela sua inobservância dolosa, estas previstas no artigo 12 da mencionada Lei Federal (SIMÃO, 2017).

Não por outra razão, em consonância às normas constitucionais e infraconstitucionais, bem como à origem do Direito Administrativo Brasileiro, sendo tais nuances tratadas no próximo capítulo deste trabalho, parte significativa da doutrina brasileira se inclinou ao estudo da moralidade administrativa, advinda do Direito Francês.

Assim, conforme menção à moralidade administrativa por diversos autores brasileiros, Hely Lopes Meirelles, em seu livro *Direito Administrativo Brasileiro*, também se debruçou sobre o instituto da moralidade administrativa, utilizando para significação da moralidade administrativa aspectos contemplados pelo artigo escrito pelo autor português Antônio José Brandão, o qual foi intitulado *Moralidade Administrativa*, publicado no Brasil, através da *Revista de Direito Administrativo*, em 1951.

³⁰ A Lei de Improbidade Administrativa define agente público, “para os efeitos da lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior” (BRASIL, 1992).

³¹ Importa mencionar que o princípio da eficiência - que norteia o exercício da atividade administrativa na busca por melhores resultados, considerando os meios escassos de que se dispõe a Administração Pública e o menor custo – somente foi inserido no texto constitucional no ano de 1998, por intermédio da Emenda Constitucional nº 19 (SILVA, 2005)

Neste compasso, e por esta razão, considerando que os estudos de Antônio José Brandão e Hely Lopes Meirelles foram instrumentos de ligação entre o Direito Administrativo Brasileiro e a moralidade administrativa, inquestionável influência nos Tribunais pátrios, impende como necessários determinados esclarecimentos sobre a moralidade administrativa mencionada nas obras de Brandão e Meirelles, a fim de se proceder a uma interpretação e aplicação consentânea e efetiva do instituto no Direito brasileiro, considerando hodiernamente tratar-se de instituto do direito administrativo de obediência obrigatória pela Administração Pública.

2.2 O Direito Administrativo Brasileiro

Antes de se tratar sobre a abordagem de moralidade realizada por Meirelles e Brandão, impede ressaltar que o estudo da ciência do direito administrativo no Brasil nos tempos hodiernos necessita indubitavelmente de uma análise histórica, uma compreensão de todo um contexto em que se desenvolveu e sobrepuiu a disciplina em nosso país, demonstrando-se as influências em nosso Direito Administrativo e conseqüentemente de seus institutos.

A pesquisa aqui proposta se inicia em 1824, momento da promulgação da primeira Constituição do Brasil, a qual foi inspirada em ideais advindos da revolução francesa. A Constituição do Império ostentava contornos liberais e previu, ainda, a divisão e harmonia entre os Poderes (Legislativo, Judiciários, Executivo e Moderador³², conforme artigo 10 da Constituição Política do Império do Brasil) (PIETRO, 2006).

³² Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos. Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma. Art. 100. Os seus Titulos são "Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil" e tem o Tratamento de Magestade Imperial. Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador: I. Nomeando os Senadores, na fórmula do Art. 43. II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio. III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62. IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87. V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a

Optou-se por iniciar a abordagem da história do Brasil pelo período imperial, considerando que no período do Brasil colônia as legislações vigentes eram as Ordenações advindas dos Reis Portugueses. O Código Afonsino foi o primeiro na edição da tríade de leis criadas por Reis de Portugal, elaboradas no período entre a primeira metade do século XV e o início do século XVII (FAORO, 2012).

Todavia, é relevante salientar que no Brasil colônia o sistema político aplicado eram as capitanias hereditárias, inspiradas no sistema feudal, regime outrora vivenciado na Europa. As capitanias eram independentes, não havia interferência umas nas outras (PIETRO, 2006).

Com a instauração de um Governo Geral, observa-se uma estrutura administrativa, onde o poder se centralizava nele mesmo (Governo Geral), sendo as capitanias hereditárias detentoras de um poder reduzido, nos limites de seus territórios. O Governo Geral aglutinava a competência de edição de atos normativos e a presidência da distribuição da justiça. Há que se ressaltar, ainda, no que tange ao sistema político, a existência das Vilas, com poderes locais, constituídos em suas Câmaras, integradas por vereadores eleitos (PIETRO, 2006).

O sistema legislativo consubstanciava-se de diversas disposições normativas advindas da metrópole, sendo a colônia submetida a atos administrativos, os quais se estabeleciam sob a forma de ofícios, bandas, alvarás, cartas régias e outras, coadunavam-se com a legislação local, além de outros atos editados pelos delegados do rei (PIETRO, 2006, p 5).

Ainda, no que concerne ao sistema de leis, importante destaque deve ser atribuído aos três corpos de leis editados por Portugal que se aplicaram ao Brasil: as Ordenações Afonsinas³³, as Ordenações Manuelinas³⁴ e as

salvação do Estado; convocando imediatamente outra, que a substitua. VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado. VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154. VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença. IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado (BRASIL, 1824).

³³ As Ordenações Afonsinas, primeiro corpo de leis, criadas durante o reinado de D. Afonso V, o Código é dividido em 5 (cinco) livros, datam de 1446 e vigoraram até 1511, “obra consequente da Revolução de Avis, preocupam-se, fundamentalmente, com as atribuições dos cargos públicos, inclusive os militares e municipais; os bens e privilégios da Igreja, os direitos do rei e da administração fiscal, a jurisdição dos donatários e as prerrogativas dos fidalgos são

Ordenações Filipinas³⁵. Neste período ainda não existia no Brasil um direito administrativo autônomo, todavia não se pode olvidar da existência de um aglomerado de normas que se aplicavam à Administração Pública (PIETRO, 2006).

Salienta Guandalini Junior (2016) que, após 1808, o Brasil replica a estrutura administrativa da metrópole, implementando o arcabouço administrativo de Portugal e exemplo disso é a instituição do Gabinete Ministerial, o Conselho de Estado, o Conselho Supremo Militar e de Justiça, a Mesa do Desembargador do Paço e da Consciência e da Ordem, a Casa de Suplicação, o Erário Público, a Junta de Comércio e a Intendência Geral de Polícia.

No Brasil, todavia, essa estrutura administrativa importada do Reino enfrentava severas dificuldades, posto que a estrutura burocrática demonstrava-se frágil e incipiente, com impossibilidades técnicas de dar azo às ordens de polícia advindas do planejamento central, isso pela escassez da população urbana, onde havia preponderância de indivíduos ainda alocados nas zonas rurais, sobre a égide do poder dos grandes proprietários de terras e pelo governo fundado, ainda, nas concepções de poder jurisdicionais (GUANDALINI JUNIOR, 2016).

Fato de grande relevância foi a criação do Conselho de Estado no Brasil. O Conselho de Estado foi previsto nas bases da futura Constituição do Brasil de 1824, sendo aprovadas pelas Cortes Extraordinárias e Constituintes

miudamente especificados. Depois de construída a arquitetura administrativa, especificam-se os direitos civil, processual e penal” (FAORO, 2012, p 83).

³⁴ As Ordenações Manuelinas, publicadas em sua versão definitiva em 1521, elaborada durante o reinado de D. Manuel I, também possuía a estrutura com 05 (cinco) livros, sucederam às Ordenações Afonsinas, “reclamadas pela introdução de reformas administrativas e financeiras, sobretudo concernentes à administração local, reformas que alteraram profundamente o novo código. O caráter de compilação, de que se revestia o primeiro, cede lugar a uma reformulação de todo o campo do direito, de que se excluía a legislação sobre a fazenda real, objeto das Ordenações da Fazenda “ (FAORO, 2012, p 83).

³⁵ As Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603, teve sua vigência iniciada durante o reinado de Felipe II, período em que Portugal foi submetido ao domínio da Espanha, conhecida como União Ibérica, o mais persistente código legislativo de Portugal e do Brasil, confirmado, em 1640, por dom João IV, o primeiro rei da dinastia de Bragança. As Ordenações Filipinas são, básica e principalmente, o estatuto da organização político-administrativa do reino, com a minudente especificação das atribuições dos delegados do rei, não apenas daqueles devotados à justiça, senão dos ligados à corte e à estrutura municipal” (FAORO, 2012, p 84).

em 9 de Março de 1821, que serviu provisoriamente de Lei fundamental (ALMEIDA, 2006).

O Conselho de Estado brasileiro foi proveniente da ideia de jurisdição administrativa, com clara influência do direito francês, este último ostentador de premissas de dualidade de jurisdição, ou seja, divisão entre a jurisdição administrativa e a civil (PIETRO, 2006).

Assim, com o processo de independência e com o advento da Constituição do Brasil de 1824, influenciada por ideais da revolução francesa, o direito francês teve importante influxo na legislação brasileira, mormente das decisões advindas do Conselho de Estado daquele país, razão pela qual o sentido na clivagem da história brasileira e o início da pesquisa pelo período imperial, mais especificamente pela promulgação da Constituição do Brasil, que passou a prever alguns institutos também ostentados pela legislação francesa.

Não se pode olvidar que se comparados os textos constitucionais franceses e brasileiros, aquele na qualidade de principal influência filosófica, política e jurídica da Constituição do Império de 1824, se identificou pela submissão do poder da monarquia à autoridade da Lei, isto é, características marcantes de um Estado de Direito. Contudo, a Constituição Política do Império do Brasil se afigurou mais propensa a reforçar o poder concedido ao Imperador (GUANDALINI JUNIOR, 2016).

A Constituição de 1824 foi influenciada pelas idéias liberais e pelo constitucionalismo em voga na Europa. Todavia, a preocupação maior das elites brasileiras era a construção de um Estado-nação, o que relegava para um segundo plano a implantação de uma democracia liberal. O regime monárquico mesclava a adoção de uma lógica e de uma prática liberal e autoritária. A Monarquia era vista como a única maneira de manter a unidade nacional (GROFF, 2008, p. 106).

Em comparação aos modelos desenvolvidos no Brasil e na Europa, observa-se que as premissas interpretativas deste último continente, eram circunscritas pela ideia de legalidade, soberania popular, liberdade individual e limitação dos poderes públicos e privados. Em contrapartida, no Brasil, de forma diversa, destaca-se a grande importância atribuída, no âmbito jurídico-intelectual, da organização de um Estado moderno, burocrático e impessoal.

Não que tenha ocorrido, mas era o padrão interpretativo das decisões (RAMENZONI, 2014).

Apesar do paradoxo histórico entre o texto constitucional brasileiro de 1824 e sua principal influência, a Constituição Francesa de 1814, parte da doutrina tem destacado o período do império como significativo na consecução do advento do Direito Administrativo brasileiro. Segundo CAVALCANTI:

(...) o Direito Administrativo no Império é toda a construção da Jurisprudência administrativa feita pelo Conselho de Estado em suas diversas fases, é toda a legislação sobre terras, especialmente sobre terrenos de marinha e terras devolutas, é a legislação de águas, de minas, é a legislação sobre concessões ferroviárias e de portos, com traços marcantes e bem definidos, é o regime de garantias de juros, base do nosso desenvolvimento na origem da construção do nosso sistema de estradas de ferro e navegação, etc. É todo o debate em torno do contencioso administrativo, da competência dos tribunais administrativos e judiciais. É, ainda, a construção doutrinária, feita pelos professores e pelos tratadistas, como Uruguay, Ribas, Pereira do Rêgo, etc (CAVALCANTI, 1960, p. I-X).

Desta sorte, parte da doutrina acredita que a gênese do Direito Administrativo no Brasil teve nascedouro, de forma parametrizada com o direito constitucional e outros ramos do direito público, no instante em que se iniciou o desenvolvimento do conceito de Estado de Direito³⁶, durante a fase do Estado Moderno, com bases alicerçadas sobre o princípio da legalidade e sobre o princípio da separação dos poderes (PIETRO, 2006).

Pode-se observar, considerando a corrente doutrina ora esposada, a semelhança de proveniência entre o Direito Administrativo francês e o Brasileiro, conforme mencionado alhures, os autores que retratam a origem do Direito Administrativo na França relembram como seus principais alicerces a legalidade, o Estado de Direito e a separação dos poderes.

Ao encontro do Direito francês, a Constituição do Brasil de 1824 previu em seu artigo 137 a instituição do Conselho de Estado, com mandato vitalício, nomeados pelo próprio Imperador, sendo fixado o número de 10 (dez)

³⁶ Hans Kelsen define o Estado de Direito como “uma ordem jurídica relativamente centralizada segunda a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis – isto é, às normas gerais que são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo, com ou sem a intervenção de um chefe de Estado que se encontra à testa do governo -, os membros do governo são responsáveis pelos seus atos, os tribunais são independentes e certas liberdades dos cidadãos, particularmente a liberdade de crença e de consciência e a liberdade de expressão do pensamento, são garantidas” (KELSEN, 2003, p 346).

Conselheiros, que ostentavam a função consultiva em determinadas situações, estas delineadas por previsão dos artigos 142 e 154³⁷, ambos da Constituição Política do Império do Brasil (BRASIL, 1824).

Institui-se no Brasil o Conselho de Estado, todavia, conforme expressa previsão do texto constitucional, somente detinha competência para aconselhamento, ou seja, possuía atribuição consultiva, sem jurisdição própria, diferentemente do Conselho de Estado francês, que aglutinava, além de uma função consultiva, o poder de julgamento das mazelas administrativas³⁸ (implicou em uma pulverização de seus entendimentos/decisões em diversos países, inclusive na concepção do Direito Administrativo no Brasil).

No Brasil, se destacam três momentos históricos onde se constata a presença do Conselho. O primeiro se deu com o Conselho de Procuradores Gerais das Províncias, convocado por D. Pedro em 1822. O segundo, criado por ocasião da dissolução da Assembleia Constituinte, em 13 de novembro de 1823, e conforme mencionado alhures, incluído no texto constitucional de 1824, extinguiu-se em 1834, por consequência do Ato Adicional. O terceiro momento, criando pela Lei nº 234, 23 de setembro de 1841, teve duração por todo o Segundo Império, o Conselho era ouvido em caso relevância (LOPES, 2011).

A inconstância do Conselho de Estado brasileiro, suas “idas e vindas”, ocorreu graças à discordância entre sua existência entre conservadores e liberais. Os conservadores, visando o fortalecimento do Poder Moderador, advogavam a favor da criação do Conselho, noutra banda, os liberais, eram contrários à concepção do instituto, aduzindo que se tratava de uma oligarquia ao entorno do Imperador, que impedia o desenvolvimento político do país e tratava-se de uma instituição retrógrada (CAVALCANTI, 1960).

³⁷ Art. 142. Os Conselheiros serão ouvidos em todos os negocios graves, e medidas geraes da publica Administração; principalmente sobre a declaração da Guerra, ajustes de paz, negociações com as Nações Estrangeiras, assim como em todas as occasiões, em que o Imperador se proponha exercer qualquer das attribuições proprias do Poder Moderador, indicadas no Art. 101, á excepção da VI (BRASIL, 1824).

Art. 154. O Imperador poderá suspendel-os por queixas contra elles feitas, precedendo audiencia dos mesmos Juizes, informação necessaria, e ouvido o Conselho de Estado. Os papeis, que lhes são concernentes, serão remettidos á Relação do respectivo Districto, para proceder na fórma da Lei (BRASIL, 1824).

³⁸ Não é demasiado rememorar, conforme delineamento histórico constante do primeiro capítulo, que o Conselho de Estado francês, inicialmente, foi dependente, para efetivação de seus posicionamentos, de um aval da autoridade competente designada pelo Imperador, somente em tempo posterior aglutinou a autonomia de suas próprias decisões.

Parte da doutrina que trata sobre a gênese do Direito Administrativo no Brasil menciona que da institucionalização do Conselho de Estado brasileiro, o referido órgão consultivo parece não se adequar as premissas vivenciadas no país naquele momento, haja vista que a monarquia não compartilhava os ideais de legalização, racionalização e uniformidade advindas da burguesia revolucionária da francesa, o regime à época preponderava pela existência de dispositivos que realçavam a soberania e legitimação do Imperador, ao revés de estabelecer verdadeiramente os ideais de regulação estatal, tratados pela revolução francesa (GUANDALINI JUNIOR, 2016).

Mesmo com a questão paradoxal vivenciada no Brasil, consistente na influência de institutos franceses, advindos de ideais revolucionários, os quais não foram vivenciados no Brasil neste momento histórico, o Conselho de Estado teve significativa contribuição para o estudo da administração pública, haja vista que possibilitou o acesso às discussões daquela época sobre o contexto da administração pública no país, considerando que ainda não haviam se alavancado a um *status* acadêmico (GUANDALINI JUNIOR, 2016).

Portanto, é relevante sopesar as veredas percorridas pelos dois entendimentos doutrinários, dando guarida a uma análise crítica do diálogo entre os documentos que consubstanciam a significação histórica do Direito Administrativo e de seus institutos (RAMENZONI, 2014).

Apesar das dificuldades do Conselho de Estado, considerando que pouco se manifestou sobre o Direito Administrativo propriamente dito, inegável, sua relevância na discussão de questões inerentes à administração pública, isso pode ser retratado pela análise das atas do referido Conselho de Estado brasileiro (GUANDALINI JUNIOR, 2016).

Tabela 1 – Decisões do Conselho de Estado Brasileiro (GUANDALINI JUNIOR, 2016, p 173).

Temas Gerais	Temas Específicos	Quantidade	Percentual ⁶⁴	Percentual Geral ⁶⁵
CONSTRUÇÃO DO ESTADO	Organização do Conselho de Estado	1	1,31%	1,31%
	Nomeação de Senadores	4	5,26%	
EXERCÍCIO DO PODER MODERADOR ⁶⁶	Convocação e Suspensão da Assembléia	1	1,31%	60,5%
	Sanção de Resoluções da Assembléia	16	21,05%	
	Sanção de Resoluções das Províncias	1	1,31%	
	Suspensão de Magistrados	6	7,89%	
	Perdão, Comutação e Anistia	18	23,68%	
EXERCÍCIO DO PODER EXECUTIVO ⁶⁷	Celebração de Tratados Internacionais	2	2,63%	31,56%
	Apresamento de Embarcações	5	6,57%	
	Outras Relações Internacionais ⁶⁸	7	9,21%	
	Finanças Públicas	7	9,21%	
	Segurança Interna ⁶⁹	3	3,94%	
DEBATES JURÍDICOS	Interpretação da Constituição	2	2,63%	3,94%
	Eleições	1	1,31%	
	Direito Administrativo	0	0%	
OUTROS	Assuntos Pessoais do Imperador	2	2,63%	2,63%
TOTAL	-	76	100%	100%
MATÉRIA ADMINISTRATIVA	Finanças, Burocracia, Direito	7	9,21	

Pode se observar que as manifestações consultivas do Conselho de Estado brasileiro, se mantiveram em debate sobre questões inerentes à Administração Pública, ou seja, questões mais políticas do que jurídicas, o que também tem relevância para o Direito Administrativo. Todavia, não houve tantos debates sobre os institutos do Direito Administrativo, *in casu*, sobre os atos administrativos.

Denota-se da própria competência do Conselho de Estado, estabelecida pelo art. 7º, 1º, da Lei nº 234/1841, que seria ouvido em questões que se relacionassem ao Poder Moderador (LOPES, 2011).

Guandalini Junior (2011) retrata que o Conselho de Estado brasileiro teve significativo vínculo com a atuação do Poder Moderador, onde grande parte de seus esforços era garantir a legitimação do poder ao soberano, tendência que já havia sido observada no Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias³⁹.

Enquanto o Conselho de Estado francês se debruçava sobre questões jurídicas, ou seja, trançando precedentes jurisprudenciais (não se refuta que o Poder Soberano detinha influência nos seus atos), o Conselho de Estado

³⁹ O Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias, criado pelo Decreto d 16 de fevereiro de 1822, visando atender requerimento das províncias de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro, que pugnavam pela criação de um conselho de representação local. O Conselho tinha como atribuições: aconselhamento, quando mandado, em todos os negócios mais importantes e difíceis; examina os grandes projetos de reforma da Administração Geral e do Estado, que lhe forem comunicados; propor medidas e planos; e advogar e zelar pelas utilidades de suas províncias (GUANDALINI JUNIOR, 2011)

brasileiro se atinha a consultas mais relacionadas à Administração Pública, a debates um tanto quanto políticos, conforme se observa da análise dos dados apresentados na tabela supra.

Cavalcanti (1960, p 39) ressalta:

Mas, juntamente com o Poder Moderador, a existência do Conselho de Estado acha-se intimamente ligada à formação histórica da nossa estrutura política constitucional. Foi por intermédio dele que o primeiro imperador elaborou o projeto de Constituição e nele certamente se apoiou como uma instituição que completaria a estrutura de seu governo.

Houve valorosas contribuições do Conselho de Estado brasileiro, no âmbito da Administração Pública, sendo de grande relevo na origem do Direito Administrativo brasileiro as contribuições trazidas pelas suas análises legislativas (RAMENZONI, 2014).

(...) havia muitos casos que chegavam ao Conselho de Estado como reflexo dessa demanda interpretativa formal, tais como, a incompatibilidade do exercício de diversos cargos pela mesma pessoa, a organização constitucional e a barreira entre legislador e julgador. (RAMENZONI, 2014, p. 85)

Não se pode olvidar que os pareceres do Conselho de Estado brasileiro tiveram influência jurídico-política concomitante dos ideais portugueses e franceses sobre a área do Direito Administrativo, sendo evidente, em parte significativa dos pareceres exarados durante a permanência do Conselho de Estado no Brasil, marca indelével do Direito Administrativo francês (CAVALCANTI, 1960).

No período do império já se constatava a existência de uma Administração Pública organizada, surgindo uma consciência de que o Direito Administrativo detinha distinção do Direito Civil e foi ainda nesta mesma época do Império que se criou a primeira cadeira de Direito Administrativo no Brasil, instalada na Faculdade de Direito de São Paulo (PIETRO, 2006).

Entre nós, o destaque do Direito Administrativo entre as matérias do currículo jurídico, cogitado em 1833 em RELATÓRIO de CAMPOS VERGUEIRO, vem a afirmar-se em lei de 1851 e faz nascer uma especial bibliografia didática, inaugurada, em 1857, com "Elementos de Direito Administrativo Brasileiro, comparado com o Direito Administrativo Francês, segundo o método de P. Pradier Fodéré" ,

publicados, por VICENTE PEREIRA DO REGO, seguido, a breve espaço de tempo, pelo Direito Administrativo Brasileiro de VEIGA CABRAL (1859), o "Ensaio de Direito Administrativo" do VISCONDE DE URUGUAI (1862) o "Excerpto de Direito Administrativo Brasileiro" de FURTADO DE MENDONÇA (1865), o "Direito Administrativo Brasileiro" de ANTONIO JOAQUIM RIBAS (1966) e o "Epitome de Direito Administrativo Brasileiro" de JOSÉ RUGINO DE OLIVEIRA (1884). (TÁCITO, 2005, p 152)

A influência do Direito Administrativo francês na dicção dos autores da doutrina e do Conselho de Estado brasileiros permanece latente, não por outra razão, considerando que o nascedouro de tal ciência jurídica, conforme demonstrado, se deu na França, por essa razão as grandes influências na consecução da ciência jurídica em outros países.

Assim, a importância de se desbravar a história do direito administrativo, considerando a grande remissão ao Direito Administrativo francês, havendo a necessidade de compreensão, através de um paradigma histórico, de institutos consagrados pelo Direito Administrativo brasileiro. Por esta razão, a ideia de propiciar, através do Direito Administrativo franceses terra fecunda para o estudo da moralidade administrativa.

Todavia, conforme demonstrado, determinado período da história do Direito Administrativo brasileiro foi, deveras, influenciada pela ideia de legitimação do poder soberano, deixando se perder as ideias que deram origem a criação do Direito Administrativo, ou seja, ideias de legalidade e separação de poderes, ostentadas na França, foram diminutas frente à manutenção de um poder soberano no Brasil.

Conclui-se, então, que durante todo o período imperial a ciência brasileira do direito administrativo não desempenhou uma função tipicamente administrativa, tendo atuado com essência constitucional e soberana. Mais do que fortalecer a administração pública personalizada e estabelecer um campo de atuação para exercício do poder administrativo (como poder autoexecutável de transformação da vida social com base em um projeto ativo de governo dos indivíduos e populações), a ciência do direito administrativo que se desenvolve no Brasil do século XIX parece estar preocupada com o fortalecimento da posição política do Imperador, considerando ponto de origem de toda a soberania nacional e fundamento de legitimidade autoevidente de todo governo político. Com isso, pretendia assegurar a centralidade de seu poder político em todo o território nacional e a continuidade da ordem política brasileira, que havia sido colocada em risco com a perda do seu fundamento jurídico de legitimidade após a independência. Assim, atuou essencialmente como elemento de fundação e estruturação do Estado brasileiro, desempenhando uma

função acessória ao direito constitucional, em vez da função específica que desempenhava na Europa, de organizar juridicamente o exercício do recém-criado poder administrativo. (GUANDALINI JUNIOR, 2016, p. 255)

Desta forma, a remissão a esses períodos de formação dos institutos jurídicos no Brasil podem propiciar terreno fértil para concretização do pensamento e produção jurídica do direito, a fim de que a mescla entre os institutos vigentes e o estudo de sua origem – inclusive conceitos relacionados – possam trazer maior inteligibilidade e eficiência à sua aplicação hodierna.

E o estímulo à produção de pensamento no ensino jurídico administrativo, junto ao cultivo de doutrinas, à manufatura consultiva do Conselho de Estado, à legislação, aos julgados do legislativo e do judiciário, são estas fontes históricas que podem contribuir para a discussão sobre a construção desta área específica da cultura jurídica brasileira. (RAMENZONI, 2014, p 73)

Partindo da premissa, ora demonstrada que o Direito Administrativo brasileiro, apesar da existência de paradoxos históricos que diferenciam o momento de surgimento nos dois países, o Brasil teve raízes sólidas advindas de um Direito francês, o qual também teve sua parcela de contribuição para o momento de formação do Direito Administrativo, e, conseqüentemente, trouxe grande influência na consolidação de diversos institutos, os quais são utilizados e aplicados até os tempos atuais.

Nesta senda, compreender o modelo administrativo, sob o prisma do aprendizado e do saber jurídico é de grande importância, bem como estabelecer o entendimento de que a cultura jurídica brasileira traduziu na academia as estruturas jurídicas administrativas estrangeiras, em destaque para o sistema administrativista francês (RAMENZONI, 2014).

Todavia, não se pode olvidar, que apesar das diversas influências do Direito Administrativo francês, o Direito brasileiro também teve suas peculiaridades, as quais também propiciaram sua parcela relevante no influxo na consolidação de institutos jurídicos do Direito Administrativo brasileiro.

Destaque deve ser dado justamente na ocorrência destes influxos à corrupção que, inexoravelmente, influenciou a tendência do Direito brasileiro e, por consequência, apresentam uma peculiaridade histórica sobre a ótica do Direito Administrativo. Assim, esses influxos na história do Brasil,

especificamente os atos de corrupção, deságuam, de forma direta, na ideia de moralidade administrativa, sendo posteriormente encampada pela norma vigente no Brasil como instrumento de combate à corrupção.

Segundo Simão (2017), precisamente o poder, representado como uma necessidade humana, passando a ser revelado como um atributo de dominação, onde o detentor do poder detinha a autoridade dominante. O poder, assim, aglutinava consigo a possibilidade de obtenção de benesses e vantagens, sendo, portanto, que alguns membros da sociedade passaram a buscar esse poder visando em especial os benefícios e vantagens que dele derivavam.

A corrupção gravemente perniciosa é a que assume o caráter subagudo, crônico, impalpável, poupando cuidadosamente a legalidade, mas sentindo-se em toda a parte por uma espécie de impressão olfativa, e insinuando-se penetrantemente por ação fisiológica no organismo, onde vai determinar diáteses irremediáveis. Quando sai do poder um governo dos que cultivam esse gênero de corrupção, a herança de interesses ilegítimos que ele semeou, tem deitado no solo raízes reprodutivas, que consumirão os mais estrênuos esforços e as mais heróicas intenções do seu sucessor, em longo, ingrato e muitas vezes improficuo trabalho de escalar. (BARBOSA, 1889, p 145)

Observa o autor que a corrupção mais grave é aquela que assume uma roupagem de legalidade, ou seja, aquela que se impregna em um ambiente aparentemente saudável, vai aos poucos se entranhando e assumindo proporções e depois de certo momento passam a ser irremediáveis, ultrapassando governos e se estendendo até mesmo em governos que buscam se esgueirar desse mal.

Em sua obra Queda do Império, Rui Barbosa, ainda ressalta:

Sem contestar os graves defeitos do sistema que nos dirige, é nossa convicção íntima que a opressão deste país não deriva tanto da má organização das funções representativas, como da corrupção do rei e das amplas atribuições que facilitam o desenvolvimento de suas tendências pessoais.

O manifesto liberal, descrevendo as propensões tirânicas do governo imperial, parece que não determinou em todo o seu alcance a influência individual do rei no plano que tem reduzido o Brasil às condições atuais.

É preciso confessar a ideia que se agita no espírito de todos, e que a timidez congela nos lábios de muitos: a causa primitiva, essencial e permanente de nossa desmoralização é a imoralidade política do Sr. D. Pedro II. (BARBOSA, 1889, p 62)

Não é o ponto nevrálgico do presente trabalho pormenorizar a corrupção no Brasil, contudo, a corrupção no país teve forte influência na concretude do princípio da moralidade administrativa, com o escopo justamente de colocar fim no mal irremediável que assola o Brasil por diversos séculos.

Queiroz (2018) pontua que os altos níveis de corrupção no Brasil são derivados de sua história. Por ser uma democracia relativamente jovem que, inicialmente, teve uma colônia extrativa e corrupta por vários séculos, ainda, um período de grande corrupção e turbulência no governo Collor. A corrupção se estende por longo período na política brasileira e em tempos atuais podemos ressaltar grandes escândalos como o Mensalão, Lava Jato e Petrolão.

Todos esses esquemas corroborados pelo baixo índice educacional⁴⁰, também altos níveis de desigualdade no país, níveis de grande pobreza e uma questão de grande relevância, o alto índice de impunidade, todos esses fatores contribuíram para o aumento de agentes públicos que se afastam do dever de probidade na administração pública (QUEIROZ, 2018).

E diante destes influxos se desenvolveu o conteúdo da moralidade administrativa no Brasil, conforme será observado no terceiro capítulo, apesar das características objetivas dotadas da teoria de Maurice Hauriou, a moralidade administrativa teve que se adequar à corrupção e, estabeleceu através da Lei de Improbidade uma característica *sui generis*.

Portanto, faz-se crucial rememorar as ideias importadas ao Brasil sobre moralidade administrativa, as quais foram tratadas no país por Hely Lopes Meirelles, com influências do autor português Antônio José Brandão, remontando-as, de forma comparativa, com o pensamento do autor pioneiro à escrita sobre o tema, o francês Maurice Hauriou, possibilitando o entendimento de um conceito, com o escopo de aplicação efetiva do instituto, erigido a princípio constitucional.

2.3 O Estado Democrático de Direito e os princípios constitucionais

⁴⁰ Levando em consideração o PISA (Programa de Avaliação Internacional Estudantil) de 2012, o Brasil é 58^o colocado no ranking de 65 países (QUEIROZ, 2018).

O intento do presente trabalho é identificar um conceito de moralidade administrativa autônomo aos demais princípios administrativos, os quais se encontram estampados pelo texto normativo do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, possibilitando um conteúdo jurídico próprio ao respectivo direito fundamental.

Pois bem, nesta senda, os cidadãos possuem certos direitos contra as intemperes governamentais, os quais são designados como direitos fundamentais, oriundos de certos direitos morais transformados pelo constituinte em normas jurídicas, através de sua inclusão no texto constitucional (DWORKIN, 2002).

Portanto, na dicção do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, optou o legislador que os princípios ali contemplados direcionassem a Administração Pública na prática de seus atos administrativos, mas também possibilitou uma forma de limitação dos poderes governamentais, impondo a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Desta forma, não se dissociando da premissa de Ronald Dworkin, outrora parafraseada, a moralidade administrativa, consagrada pelo art. 37 do texto constitucional, além de possuir seu caráter de garantidor, considerando-o como meio de proteção do cidadão contra atos governamentais, detém também um conteúdo moral.

Portanto, cabe a identificação de um sentido ou um conteúdo dogmático à moralidade administrativa, tratando-se de importante tarefa voltada aos estudos científicos, possibilitando meios racionais ao intérprete do Direito para efetividade da norma jurídica, *in casu*, a moralidade administrativa estampada pelo artigo 37 da Constituição Federal de 1988 (GIACOMUZZI, 2013).

Assim, não por outra razão, a concepção pós-positivista utilizada no capítulo em testilha permite perpassar por alicerces jurídicos, recuperando ao estudo do direito os valores éticos e princípios morais que serão importantes para consecução do conceito de moralidade administrativa, que em momento passado foram desacreditados pelo positivismo (SIMIONI, 2014).

Observou-se entre as críticas ao positivismo jurídico a ausência de critérios valorativos para aplicação da norma, podendo implicar em decisões desarrazoadas, teratológicas e até mesmo afastadas dos ditames de justiça. Assim, o pós-positivismo busca solidificar fundamentos filosóficos para instituir direitos constitucionais sob o prisma de verificações axiológicas das normas aplicáveis concretamente (FERNANDES; BICALHO, 2011).

Bicalho e Fernandes salientam que o pós-positivismo, por um lado, possui uma concepção integradora, no que tange a relevantes aspectos do positivismo, jusnaturalismo e realismo jurídico, e, noutra banda, ostenta a superação do tratamento segregado do positivismo, jusnaturalismo e realismo jurídico, possibilitando a identificação de características importantes, quais sejam:

a) a abertura valorativa do sistema jurídico e, sobretudo, da Constituição; b) tanto princípios quanto regras são considerados normas jurídicas; c) a Constituição passa a ser o *locus* principal dos princípios; e d) o aumento da força política do Judiciário em face da constatação de que o intérprete cria norma jurídica (2011, p 114).

Nesta toada, a utilização das teorias pós-positivistas, possibilitam agregar ao direito, princípios morais e valores éticos indispensáveis à edificação da norma, por seu turno, também imperiosos a consolidação de um conceito jurídico próprio do princípio da moralidade administrativa.

Por sua vez, Franco Sobrinho (1974) salienta que o interesse público pode ser entendido sobre três aspectos: o político, o jurídico e o moral, não basta a noção política como não basta a noção jurídica, o exame da responsabilidade administrativa, no âmbito público, abrange situações que pela prova do fato envolvem a moralidade.

Ademais, ao mesmo tempo, o pós-positivismo volve-se a aglutinar em seu bojo uma gama de teorias do direito com o intento de reestabelecer zonas de aderência entre o direito, os princípios morais e os valores éticos da comunidade, sem, contudo, cair na metafísica jusnaturalista, não se perdendo de vista os ganhos de cientificidade e de racionalidade propiciados pela concepção positivista (SIMIONI, 2014).

Nesta esteira de raciocínio, conforme delineado por este estudo, a moralidade administrativa explicitará um conteúdo de caráter objetivo, inerente à boa administração e boa-fé, e um de caráter subjetivo, que se refere ao dever de probidade do agente público.

Desta forma, não por outra razão, os princípios estampados pelo art. 37 da Constituição Federal, aqueles direcionados aos atos perpetrados pela Administração Pública, também tiveram matrizes em princípios morais e valores éticos (GIACOMUZZI, 2013).

Portanto, a importância de uma aglutinação conceitual das ideias de moralidade administrativa, difundidas por Maurice Hauriou, e as concepções pós-positivistas, que propiciaram a aderência entre direito, princípios morais e valores éticos, possibilitando a identificação de um conteúdo jurídico autônomo para a moralidade administrativa. Não se pode afastar que, conforme mencionado, a moralidade foi erigida pela Constituição de 1988 como direito fundamental.

As noções de direitos fundamentais e de democracia foram as principais conquistas na moralidade política. Por esta razão, se configuram como expressão jurídica e política dos mais comezinhos valores da sociedade de um país, tais como: liberdade, igualdade, segurança, dentre outros. Assim, os direitos fundamentais e a democracia participam, sem sombra de dúvidas, da estruturação e legitimação de um Estado Democrático de Direito (BINENBOJM, 2008 b).

Por sua vez, segundo Binenbojm (2008 b, p. 22) democracia se traduz em:

(...) um projeto moral de autogoverno coletivo, que pressupõe cidadãos que sejam não apenas os destinatários, mas também os autores das normas gerais de conduta e das estruturas jurídico-políticas do Estado. Em certo sentido, a democracia representa a projeção política da autonomia pública privada dos cidadãos alicerçada em conjunto básico de direitos fundamentais.

Desta forma, através de um processo democrático⁴¹, ou seja, através da participação dos cidadãos que compõe determinada sociedade, são criadas

⁴¹ Norberto Bobbio salienta a importância do processo democrático, até mesmo em um viés internacional. “O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem são a base das

regras gerais de conduta, de estruturação política e organização do Estado, protraindo a vontade dos cidadãos no direcionamento das normas de seu país.

O Brasil, neste norte, consolidou-se como Estado Democrático de Direito, sendo tais bases solidificadas expressamente pelo texto constitucional, conforme consagrado pelo artigo 1º da Carta Magna: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos” (BRASIL, 1988).

Não à toa, o texto constitucional, fundado em um Estado Democrático de Direito, deve ser interpretado para o fim precípuo de trazer melhorias a um sistema de direitos fundamentais, com o escopo de proporcionar garantias às autonomias pública e privada.

Assim, há entre uma relação de interdependência e reciprocidade entre direitos fundamentais e democracia, sendo que a aglutinação desses dois institutos é que dá origem ao Estado Democrático de Direito, estruturado com o objetivo de proteger e promover a dignidade da pessoa humana (BINENBOJM, 2008 b).

A ideia de dignidade da pessoa humana proveniente do postulado kantiano de que cada homem é um fim em si mesmo, quando erigido à condição de princípio, dá ensejo e fundamento a todos os direitos fundamentais. Portanto, o centro moral da dignidade do homem, no plano dos valores, se relaciona diretamente, ao centro jurídico dos direitos fundamentais, quanto ao plano do sistema normativo (BINENBOJM, 2008 b).

constituições democráticas e, ao mesmo tempo, a paz é pressuposto necessário para a proteção efetiva dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional. Vale sempre o velho ditado – e recentemente tivemos uma nova experiência – que diz *inter arma silente leges*. Hoje, estamos cada vez mais convencidos de que o ideal da paz perpetua só pode ser perseguido através de uma democratização progressiva do sistema internacional e que essa democratização não pode estar separada da gradual e cada vez mais efetiva proteção dos direitos do homem acima de cada um dos Estados. Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos que surgem entre os indivíduos, entre grupos e entre grandes coletividades tradicionalmente indóceis e tendencialmente autocráticas que são os Estados, apesar de serem democráticos com os próprios cidadãos (BOBBIO, 2004, 203).

Vidal Serrano Nunes Junior (2009, p 11) conceitua direitos fundamentais como:

(...) um sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos e seus destinatários, ora conformando a forma de ser de atuar do Estado que o reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais e culturais) em relação à sua preservação (solidariedade).

A doutrina constitucional pós-positivista se aninha na guarda, garantia e solidificação dos direitos fundamentais, consubstancia o pensamento jurídico administrativo sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana, não apenas nos direitos conferidos à Administração, mas também nos deveres para com os seus administrados (BACELLAR FILHO, 2010).

Neste íterim, torna-se hialino que a base de um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, se funda em valores de uma sociedade, erigidos a direitos fundamentais, sendo que tais valores são atribuídos a esse fim precípua através de um processo democrático, com fundamento e objetivo de proteção e garantia dos direitos do homem.

(...) as capacidades morais de cidadãos livres e iguais estão na base da ideia de razão pública, que permite a formulação, por sobre todas as diferenças, de um consenso sobreposto (overlapping consensus) acerca dos princípios básicos de justiça e dos direitos e liberdades fundamentais que serão constitucionalizados. (BINENBOJM, 2008 b, p. 53)

John Rawls (2000), utilizando-se da noção de uso público da razão⁴², estabelece elementos constitucionais essenciais, os quais são divididos em duas formas distintas, sendo: a) os princípios fundamentais, como aqueles que singularizam a estrutura do Estado e os processos políticos; e b) os direitos e liberdades fundamentais.

⁴² Immanuel Kant (1784), em sua obra Resposta a questão: O que é esclarecimento?, o autor explicita sua compreensão “sob o uso público de sua própria razão aquele que alguém faz dela como instruído diante do inteiro público do mundo letrado” (KANT, 1784), a título de exemplo, retrata que o uso que um ministro faz da palavra em sua paróquia, ensinando aos seus paroquianos não se reflete como uso público da razão, mas tão somente como uso privado, haja vista que não é livre, encontra-se incumbido de uma tarefa alheia. Todavia, na qualidade de pessoa instruída que escreve para o público, servindo-se de liberdade, ou seja, escreve em seu nome e com sua própria razão, usufrui do uso público da razão.

Atendo-se às liberdades e direitos fundamentais, as quais, segundo Rawls (2000), detêm *status* especial, ostentam prioridades, podendo apenas ser limitadas em função de outras liberdades individuais, possibilitando, assim, a formação de uma estrutura que abarque todas as liberdades e direitos fundamentais, propiciando um encaixe entre elas. Essas liberdades e direitos carregam prioridades, esse *status* especial, traduz ainda o peso absoluto sobre o bem-estar geral ou valores perfeccionistas.

As liberdades e direitos fundamentais quando incorporadas aos princípios de justiça, levariam as partes a concordar com esses princípios, atingindo o objetivo inicial que é a justiça como equidade. Assim, sendo garantido aos cidadãos as liberdades e direitos fundamentais de forma equânime, no sentido de autodeterminação do indivíduo, indene de constrições estatais, possibilita-se o desenvolvimento de duas capacidades morais, quais sejam a capacidade de ter uma concepção de bem e justiça (RAWLS, 2000).

Desta forma, os cidadãos são aptos a externar, utilizando-se do uso público da razão, determinados valores políticos básicos, inerentes à cultura política democrática, valores estes que possuem uma convergência na sociedade (BINENBOJM, 2008 b).

Os valores políticos básicos de uma sociedade, através do uso público da razão, são consignados nos textos constitucionais, portanto através de um consenso sobreposto (*overlapping consensus*) há a formação de princípios básicos de justiça e liberdades e direitos fundamentais que se tornarão constitucionalizados, ou seja, serão introduzidos no arcabouço do texto normativo da constituição (BNENBOJM, 2008 b).

Não se distanciando das concepções de John Rawls, Ronald Dworkin defende que uma comunidade verdadeiramente democrática não somente admite a defesa de posições contra majoritárias, forjada por indivíduos que admitem ser governados por princípios comuns e não por regras advindas de um compromisso político, os quais são padrões de moralidade política de uma comunidade (BNENBOJM, 2008 b).

Segundo Simioni, na concepção do autor inglês, os princípios:

(...) são aquelas pressuposições, aquelas preconcepções, que nós utilizamos para justificar a interpretação de uma regra como a melhor

interpretação possível para os casos. Os princípios são aquelas convicções de moralidade política mais profundas, mais intuitivas, mais originais e autênticas, que justificam uma determinada interpretação do direito como a melhor interpretação possível. (SIMIONI, 2014, p 339)

Dworkin traz no bojo de sua teoria que os princípios são identificados através de um processo de argumentação, sendo que os princípios são os fundamentos, as razões de ser das próprias regras, as que melhor justificam as práticas realizadas por uma sociedade. Tais convicções, nominadas por Dworkin como moralidade política, não podem ser tratadas como uma moralidade pessoal, mas a questão dos princípios é correlata à moralidade objetiva (SIMIONI, 2014).

Nas decisões judiciais, tanto nos casos fáceis quanto nos difíceis, Dworkin afirma que sempre deverão ser geradas por princípios, desta forma, nas decisões jurídicas os juízes devem pautar-se por princípios, ou seja, o direito dos indivíduos deve ser tratado como uma questão de princípios, fazendo uma distinção entre princípios e regras, com o escopo de aclarar que os juízes podem exarar suas decisões para além das regras, através dos mencionados princípios (DWORKIN, 2002).

Assim, a Constituição e seu sistema de direitos fundamentais são incorporados com princípios morais, devem ser compatibilizados com as decisões jurídicas e as legislações infraconstitucionais. Neste sentido a tese defendida por Dworkin é uma leitura moral da Constituição, com o intento de possibilitar que a moralidade política assuma espaço no direito constitucional. Portanto, a concepção do autor inglês pressupõe que o aplicador do Direito deve se imbuir de um comportamento ativo e construtivo, esforçando-se para uma interpretação do sistema de princípios como um todo compreensível e acorde dotado de integridade (BNENBOJM, 2008).

Os princípios segundo Dworkin estão, geralmente, constantes nas normas jurídicas erigidas através de um procedimento legislativo, em casos excepcionais, advoga que os princípios podem transcender as normas jurídicas, visando superar injustiças advindas das normas jurídicas contrárias aos princípios, o autor inglês idealiza um modelo que institui direitos (rights model), fundados em princípios morais transcendentais (SIMIONI, 2014).

Os direitos fundamentais, desta forma, são direitos morais, os quais devidamente reconhecidos no seio de uma comunidade política, sendo seus integrantes tratados de forma igual, com respeito e consideração (BNENBOJM, 2008).

Portanto, fulcral ressaltar, de tudo isso, a importância irrefutável dos princípios na teoria do direito, ademais, na argumentação e decisão jurídica, sendo forçoso concluir que os princípios carregam em si valores fundamentais de uma comunidade política.

O que se pretende demonstrar e a despeito das diferentes fundamentações teóricas existentes, é que a doutrina do pós-positivismo reconhece a força vinculante dos princípios constitucionais, que não depende de mediação do legislador para a produção dos seus efeitos. Neste viés, os princípios deixam de ser utilizados apenas em casos de lacunas, convertendo-se em autênticas normas, as quais se encontram no patamar mais elevado da ordem jurídica, tornando-se importante para dinamizar o ordenamento, considerando o permanente dinamismo de uma sociedade (BNENBOJM, 2008).

Assim, retrata Luiz Roberto Barroso:

A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. (BARROSO, 2005, p 16/17)

Fixadas as bases que o Direito Administrativo se submete à conformação jurídica estabelecida pela Constituição Federal de 1988, com a dimensão axiológica e que, por conseguinte, o agir administrativo encontra-se adstrito à regras e princípios constitucionais, salutar o exame da identificação e inserção do princípio da moralidade administrativa no universo do Estado Democrático de Direito (BACELLAR FILHO, 2010).

Nesta esteira de raciocínio, os valores democráticos estampados na Constituição Federal direcionam as ações administrativas que deveram estar

em consonância ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento de um Estado Democrático de Direito, com o espectro de efetivação e solidificação dos direitos e garantias fundamentais e possuem, ainda, o condão de impedir que a Administração utilize de seus direitos com arbitrariedade e perversidade, ante os fundamentos e imperativos da busca pelo interesse público (BACELLAR FILHO, 2010).

Portanto, a moralidade administrativa se reflete como princípio e encontra-se insculpido na Constituição Federal de 1988, haja vista que, no Brasil, ante os imperativos da sociedade, houve por bem a consolidação de um instituto que zelasse pela probidade na Administração, através da responsabilização de seus agentes, e ainda tivesse a possibilidade de anulação dos atos administrativos perpetrados pela Administração que não se direcionam à boa administração.

Ao se interpretar o princípio da moralidade administrativa não se pode afastar a ideologia apresentada e exigida como forma de combate à corrupção, vez que se trata de imperativo social, erigido por uma sociedade e consolidado em nossa Constituição Federal, portanto, os valores Democráticos elevados à normas constitucionais, devem ser interpretados para o específico agir da Administração, não se perdendo de vista a finalidade do interesse público.

3 A BUSCA POR UM CONCEITO DE MORALIDADE ADMINISTRATIVA

3.1 A moralidade administrativa sobre o prisma de Hely Lopes Meirelles e Antônio José Brandão

Ab initio, impede ressaltar a razão de se abordar, no início do presente capítulo, a visão de Hely Lopes Meirelles e Antônio José Brandão sobre o instituto da moralidade administrativa. Primeiro, porque a moralidade administrativa tratada na primeira edição da obra do professor Hely Lopes Meirelles e em suas futuras edições, fazem referência à ideia de moralidade administrativa e se direcionam, por diversas vezes, à obra de Antônio José Brandão.

Neste sentido, aduz MEIRELLES (2016, p. 95):

Já disse notável Jurista luso - António José Brandão - que "a atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence - princípios de Direito Natural já lapidadamente formulados pelos jurisconsultos romanos. À luz dessas ideias, tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda. Em ambos os casos, os seus atos são infiéis à ideia que tinha de servir, pois violam o equilíbrio que deve existir entre todas as funções, ou, embora mantendo ou aumentando o patrimônio gerido, desviam-no do fim institucional, que é o de concorrer para a criação do bem comum".

Assim, emerge o ponto de maior relevância para o presente estudo científico, referente à utilização de conceitos por Meirelles advindos da obra de Antônio José Brandão, os quais são mencionados como de origem francesa, do autor Maurice Hauriou, mas desprovidos de referências e indicações de obras consultadas (GIACOMUZZI, 2013).

Portanto, faz-se necessário destacar que os estudos de Brandão, mais especificamente o artigo intitulado *Moralidade Administrativa*, a *prima face*, se desapega de qualquer tipo de citação ou referência textual, retratando diversas afirmações de Maurice Hauriou, porém não se obriga à realização de

referências das obras consultas, como páginas, nome do livro, ano de publicação e outras informações importantes aos estudos científicos⁴³.

Pode-se observar da obra do autor português referência expressa à Hauriou e outros autores, sem qualquer tipo de referência, vejamos:

Dizia Hauriou que o poder público, a fim de desempenhar a função administrativa, - manutenção da ordem e gestão de serviços - é "instituído" no quadro de uma vasta empresa, cuja estrutura tem a informá-la, como idéia de obra a realizar, a idéia do serviço público. (BRANDÃO, 1951, p. 458)

Segundo ponto é que a obra de Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, foi e é referência na literatura brasileira, sendo fonte de consulta na área de pesquisa do direito e outras matérias correlatas. Assim, o conceito de moralidade administrativa disposto em suas obras vem se pulverizando durante anos nos bancos acadêmicos de Direito Administrativo.

Então, optou-se por percorrer um trajeto pela história da moralidade administrativa no Direito, inicialmente se imiscuindo na própria origem do Direito Administrativo, para, através dos textos constitucionais e legislações infraconstitucionais, destacar o surgimento da própria história da moralidade no direito administrativo e constitucional brasileiro.

Posteriormente, tratar o tema moralidade administrativa sob o prisma apresentado pelo autor Hely Lopes Meirelles e Antônio José Brandão, possibilitando aclarar determinados conceitos, através da doutrina de Maurice Hauriou, com o escopo de identificar o conceito de moralidade administrativa⁴⁴.

Principalmente da obra de Antônio José Brandão denota-se expressões que devem ser tratadas com mais clareza, propiciando, por consequência, um conceito robusto e sólido de moralidade administrativa para a efetividade do direito fundamental consagrado no texto constitucional. O

⁴³ Severino (2002) retrata a importância de citações e referências bibliográficas para a consecução de um trabalho científico, considerando que as citações são os elementos retirados dos documentos pesquisados e que se relevam importantes para corroborar a ideia defendida.

⁴⁴ Importante esclarecer que a obra de Hely Lopes Meirelles foi e é de grande relevância para o Direito Administrativo brasileiro, não sendo o objetivo do presente estudo menoscar o livro *Direito Administrativo Brasileiro*, longe disso, o intento central é revisitar institutos importantes para a conceituação da moralidade administrativa, através da doutrina de Maurice Hauriou e seus seguidores, possibilitando a identificação da concepção de moralidade administrativa consentânea ao pós-positivismo.

presente excerto pode demonstrar com clareza hialina o que se presente aclarar.

a moralidade administrativa, que nos propomos estudar, não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras da boa administração, ou seja: pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa. (BRANDÃO, 1951, p 459)

Ao tratar sobre a moralidade administrativa para fins de anulação de um ato administrativo não há necessidade de se referenciar sobre a intenção do agente, sendo ela má ou boa, tornando-se irrelevante, objetivamente. O que importa é resultado finalístico obtido, ou seja, havendo a prática do ato, este atingiu o interesse público, caso positivo, há o cumprimento do dever de boa administração. Não se pode olvidar, nestes casos, da inquirição do ato quanto a aplicação da razoabilidade (MOREIRA NETO, 1992)

Pois bem, realizada a parte introdutória do presente título, passa-se a análise da moralidade administrativa sobre o prisma de Antônio José Brandão e Hely Lopes Meirelles, elucubrando conceitos e institutos que são de grande relevância para a compreensão da moralidade administrativa sob o prisma de Maurice Hauriou.

Em seus estudos sobre a obra de Maurice Hauriou, Antônio José Brandão faz crer que o autor francês inicia a discussão sobre moralidade administrativa ao analisar o caso Gommel, Sirey, datado de 1917, ao dizer que:

Foi Hauriou, êsse fecundo e operoso agitador de idéias, quem pela vez primeira falou em moralidade administrativa. Em uma das suas magistrais anotações aos acórdãos do Conselho de Estado (caso Gommel, Sirey, 1917, III, 25), 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 dêesses 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 policiamento é a zona da "moralidade administrativa". (BRANDÃO, 1951, p. 457)

Contudo, apesar do autor português fazer menção, como o ponta-pé inicial da moralidade administrativa o caso de Gommel, Sirey, conforme se observa das obras apresentadas no discorrer do presente trabalho, La

Déclaration de Volonté dans le droit administratif français, datada de 1903, Précis de Droit Administratif et de Droit Public, publicada em 1914, e Principes de Droit Public, datada de 1910, todas estas com datas de publicações anteriores ao caso Gommel, Sirey de 1917, percebe-se que Maurice Hauriou, a tempos, escrevia sobre a moralidade administrativa.

José Guilherme Giacomuzzi em sua obra A moralidade Administrativa e a boa-fé da administração pública, ao retratar sobre a obra de Brandão, afirma que o autor português “não menciona a palavra acerca da verdadeira origem da noção de moralidade”, arremata ainda “quando, como se viu acima, seu substrato datava de quase 15 anos antes” (GIACOMUZZI, 2013, p. 83).

Conforme percorrido nas linhas iniciais do presente estudo, Maurice Hauriou iniciou a base de sua teoria pela declaração de vontade, recorrendo, aos elementos objetivos do direito alemão (teoria da declaração e boa-fé) para possibilitar o controle dos elementos subjetivos do agir do agente (WELTER, 1929).

Ao tratar, em sua obra sobre moralidade administrativa, Meirelles (2016), inicialmente ressalta a importância da moralidade administrativa para a validade do ato exarado pela Administração Pública, destacando que em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, da relatoria do Ministro Celso de Mello (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2661)⁴⁵, a Suprema Corte

⁴⁵ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ESTADUAL QUE AUTORIZA A INCLUSÃO, NO EDITAL DE VENDA DO BANCO DO ESTADO DO MARANHÃO S/A, DA OFERTA DO DEPÓSITO DAS DISPONIBILIDADES DE CAIXA DO TESOUREO ESTADUAL - IMPOSSIBILIDADE - CONTRARIEDADE AO ART. 164, § 3º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA NORMATIVA DO ESTADO-MEMBRO - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA - EXISTÊNCIA DE PRECEDENTE ESPECÍFICO FIRMADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR, COM EFICÁCIA EX TUNC. AS DISPONIBILIDADES DE CAIXA DOS ESTADOS-MEMBROS SERÃO DEPOSITADAS EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS OFICIAIS, RESSALVADAS AS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI NACIONAL. - As disponibilidades de caixa dos Estados-membros, dos órgãos ou entidades que os integram e das empresas por eles controladas deverão ser depositadas em instituições financeiras oficiais, cabendo, unicamente, à União Federal, mediante lei de caráter nacional, definir as exceções autorizadas pelo art. 164, § 3º da Constituição da República. - O Estado-membro não possui competência normativa, para, mediante ato legislativo próprio, estabelecer ressalvas à incidência da cláusula geral que lhe impõe a compulsória utilização de instituições financeiras oficiais, para os fins referidos no art. 164, § 3º da Carta Política. O desrespeito, pelo Estado-membro, dessa reserva de competência legislativa, instituída em favor da União Federal, faz instaurar situação de inconstitucionalidade formal, que compromete a validade e a eficácia jurídicas da lei local, que, desviando-se do modelo normativo inscrito no art. 164, § 3º da Lei Fundamental, vem a permitir que as disponibilidades de caixa do Poder Público estadual sejam depositadas em entidades

deliberou sobre a anulação de ato administrativo que atentava contra a moralidade administrativa, portanto, erigindo a moralidade como um verdadeiro pressuposto de validade do ato administrativo.

Não se pode negar que o estudo da moralidade administrativa, tem se tornado solo fértil para os bancos científicos, considerando a dificuldade de consubstanciar uma ideia uníssona de moralidade administrativa, todavia, é através do desvio de poder, como fio condutor, e dos institutos da boa-fé e boa administração que o judiciário poderá se imiscuir na intenção (le but) do ato administrativo praticado pelo agente.

A vontade tem papel importante na consecução do ato administrativo, todavia, também tem outro tanto de importância na sua materialização de resultados patrimoniais, um fim precípua que compõe o quadro ético jurídico do ato administrativo (FRANCO SOBRINHO, 1974).

privadas integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Precedente: ADI 2.600-ES, Rel. Min. ELLEN GRACIE. O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA - ENQUANTO VALOR CONSTITUCIONAL REVESTIDO DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO - CONDICIONA A LEGITIMIDADE E A VALIDADE DOS ATOS ESTATAIS. - A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. A ratio subjacente à cláusula de depósito compulsório, em instituições financeiras oficiais, das disponibilidades de caixa do Poder Público em geral (CF, art. 164, § 3º) reflete, na concreção do seu alcance, uma exigência fundada no valor essencial da moralidade administrativa, que representa verdadeiro pressuposto de legitimação constitucional dos atos emanados do Estado. Precedente: ADI 2.600-ES, Rel. Min. ELLEN GRACIE. As exceções à regra geral constante do art. 164, § 3º da Carta Política - apenas definíveis pela União Federal - não de respeitar, igualmente, esse postulado básico, em ordem a impedir que eventuais desvios ético-jurídicos possam instituir situação de inaceitável privilégio, das quais resulte indevido favorecimento, destituído de causa legítima, outorgado a determinadas instituições financeiras de caráter privado. Precedente: ADI 2.600-ES, Rel. Min. ELLEN GRACIE. A EFICÁCIA EX TUNC DA MEDIDA CAUTELAR NÃO SE PRESUME, POIS DEPENDE DE EXPRESSA DETERMINAÇÃO CONSTANTE DA DECISÃO QUE A DEFERE, EM SEDE DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. - A medida cautelar, em ação direta de inconstitucionalidade, reveste-se, ordinariamente, de eficácia ex nunc, "operando, portanto, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal a defere" (RTJ 124/80). Excepcionalmente, no entanto, e para que não se frustrem os seus objetivos, a medida cautelar poderá projetar-se com eficácia ex tunc, em caráter retroativo, com repercussão sobre situações pretéritas (RTJ 138/86). Para que se outorgue eficácia ex tunc ao provimento cautelar, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, impõe-se que o Supremo Tribunal Federal assim o determine, expressamente, na decisão que conceder essa medida extraordinária (RTJ 164/506-509, 508, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Situação excepcional que se verifica no caso ora em exame, apta a justificar a outorga de provimento cautelar com eficácia ex tunc. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2002)

Ao tratar sobre a moralidade, Hely Lopes Meirelles (2016) destaca que o conceito trazido por Hauriou não se refere à moral comum, mas a uma moral jurídica, mencionando que o agente administrativo deve ser dotado de capacidade de atuar distinguindo o bem e o mal, o honesto e o desonesto. E continua, afirmando que o ato administrativo não deve se limitar à lei, mas deve alcançar ainda “à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto” (MEIRELLES, 2016, p 94), assim, arremata, diferenciando que a moral comum se impõe aos homens em sua conduta externa, enquanto que a moral administrativa será imposta ao agente público, quando de sua conduta interna na Administração⁴⁶ (MEIRELLES, 2016).

Neste mesmo sentido também se direciona os estudos de Antônio José Brandão, que estabelece a seguinte correlação com Maurice Hauriou:

Segundo Hauriou, qualquer sêr capaz de atuar é forçosamente levado a distinguir o Bem do Mal. Sêr atuante, a Administração pública não foge a esta regra. Para atuar, tem de tomar decisões; mas, para decidir, tem de escolher; e não só entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto. O seu comportamento deve, sem dúvida, conformar-se à lei jurídica. Mas não basta. O ato conforme à lei jurídica nem sempre é um ato irrepreensível do ponto de vista moral: "non omne quod licet honestum est", dizia já Paulo (BRANDÃO, 1951, p 457).

(...) "a moralidade administrativa, que nos propomos estudar, não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras da boa administração, ou seja: pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa". (BRANDÃO, 1951, p 459)

Em passagem posterior, podemos observar da obra dos autores Meirelles e Brandão, que fazem referência a um conceito de bom

⁴⁶ Não se trata - diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito - da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como "o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração". Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: "non omne quod licet honestum est". A moral comum, arremata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum. (MEIRELLES, 2016, p 94)

administrador, afirmando que tal conceito tem íntima ligação com a moralidade administrativa, conceituando tal instituto como aquele que se rege pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum.⁴⁷

Na ótica de Moreira Neto (1992), ao fazer referência à boa administração, menciona que não estará sendo julgada a intenção do agente, ou seja, se ela era boa ou má, sendo tal situação irrelevante juridicamente para a anulação do ato da Administração Pública. Nesta toada, conclui o autor que, objetivamente, o importante é o seu direcionamento finalístico, sendo confrontado com o interesse público específico que deveria ser a finalidade a ser alcançada, dentro dos limites do razoável, o ato pode ser adequado, em caso negativo, deverá ser anulado.

E arremata, o julgador ao considerar nulo um ato, por se afastar do interesse público específico, não está decidindo pela moral comum, mas, apenas, reconhecendo que seu agente descumpriu seu dever interno de bem administrar, esgueirando-se da boa administração. Observa-se que neste caso o ato se submete ao julgamento e não o agente, sendo a responsabilização funcional apreciada em outro momento. (MOREIRA NETO, 1992)

Na perspectiva de que a ideia de bom administrador tem íntima ligação com o conceito de moralidade administrativa e seguindo a afirmação dos autores citados de que a moralidade administrativa não se refere à moral comum, não se pode refutar a imperiosidade de esclarecimentos sobre este pensamento esposado pelos autores Brandão e Meirelles. A moral comum poderia ou não se confundir ou, até mesmo, ser inserida na moralidade administrativa? Como seria possível afastar, mesmo que parcial, institutos intimamente ligados como a moralidade e bom administrador, a fim de sobrepujar a moral comum?

Comungando desta vertente, destacando a imprecisão teórica trazida pelos autores Brandão e Meirelles, José Guilherme Giacomuzzi salienta:

⁴⁷ A moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito do "bom administrador", que, no dizer autorizado de Franco Sobrinho, "é aquele que, usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum". (MEIRELLES, 2016, p 96)

"Bom administrador", portanto, é o órgão da pública Administração que, usando da sua competência para o preenchimento das atribuições legais, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum. (BRANDÃO, 1951, p 462)

É que, não obstante ter-se feito alusão à objetivas regras técnicas (Lacharrière), não saímos do campo moral comum. Não avançamos muito no ponto. E não o faremos se mantivermos sempre a visão subjetiva da moralidade. Dela, o que se pode retirar já foi feito pelos franceses, os quais – posso dizê-lo com segurança – não derão eco à expressão “moralidade administrativa”. (GIACOMUZZI, 2013, p 93)

A questão da moralidade administrativa na dicção de Maurice Hauriou, conforme menção realizada no primeiro capítulo, direciona-se a ideia objetiva de moralidade, conforme se extrai da leitura de Martins-Costa (2000). Isto se justifica nas suas bases jurídicas que se filiaram ao direito alemão, apropriando-se de conceitos como declaração de vontade da administração e boa-fé, esta última advinda do tráfego jurídico-privado.

Pode-se observar dos influxos apresentados durante a veia histórica deste trabalho, que o direito brasileiro, deveras, tem peculiaridades, as quais atribuem a moralidade administrativa uma qualificação do elemento subjetivo, todavia, é importante ressaltar que está subjetividade não pode ser interpretada e estendida a todo o conceito de moralidade administrativa.

Especificamente sobre esse viés da teoria da moralidade objetiva adotada por Maurice Hauriou que se sedimentam os esclarecimentos necessários entre a boa-fé e dever de probidade, neste momento que se faz necessário fazer uma diferenciação. Possibilitando aclarar que o ato administrativo, quando, praticado, pode ser analisado sobre o viés objetivo e subjetivo.

A doutrina de Martins-Costa (2000) demonstra que é a boa-fé subjetiva que contrapõe a má-fé, ora citada pelos autores Meirelles e Brandão, ao se referirem a questão de bem ou mal, estamos atingindo o caráter subjetivo da boa-fé. Neste condão, o que se tem defendido é a aplicação de uma boa-fé objetiva. Claro que, conforme é retratado adiante, a Lei de Improbidade atribuiu à moralidade um elemento subjetivo, mas não se resume à todo conteúdo da moralidade administrativa.

No entanto, ajuda muito, na busca do conteúdo da norma, a distinção entre *boa-fé objetiva* e *boa-fé subjetiva*. É que ao invocarmos aquela, algo de essencial à compreensão do tema exsurge: a desnecessidade de investigação do eventual elemento psicológico do agente; ou seja, a boa-fé objetiva prescinde de qualquer consideração subjetiva ou intencional do agente. O ato administrativo que fere a boa-fé objetiva é ato da Administração, pouco importando

de quem partiu e quais suas intenções. O comportamento administrativo, despessoalizado, deve ser conforme a boa-fé objetiva. A “ parte” subjetiva do conteúdo da moralidade administrativa é como já se mencionou, o dever de probidade administrativa (cf. 6, infra). Dá violação deste dever exsurge (...) o ato ilícito civil de improbidade administrativa, entre nós regulado pela LIA (Lei 8429/1992), a qual prevê, sempre, responsabilidade subjetiva ao agente – pessoa individuada física, não mais o ente público Administração, pessoa jurídica – administrativo desonesto. (GIACOMUZZI, 2013, p 246)

Considerando todo esse embaraço trazido pela doutrina dos autores, trazendo ideários de boa-fé objetiva mesclados com subjetiva, sem qualquer distinção, ao final de sua referência à moralidade administrativa, Hely Lopes Meirelles, ao retratar a Lei nº 9.784/99⁴⁸ (regula o processo administrativo no âmbito da administração pública), faz menção à correlação entre a moralidade administrativa e boa-fé, e a posteriori, apresenta a definição de Marins-Costa sobre boa fé objetiva, e no último parágrafo retrata a boa-fé subjetiva. Todavia resta silente sobre a intenção do agente (MEIRELLES, 2016).

São por estas razões que a importante obra do autor Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, mereceu nossa atenção, a fim de que possamos buscar uma distinção e definição dos casos de incidência da

⁴⁸ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito; II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades; IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição; VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei; XII - impulso, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados; XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. (BRASIL, 1999) (grifo nosso)

moralidade com perspectiva da boa-fé objetiva e a moralidade administrativa sob a perspectiva da boa-fé subjetiva.

Portanto, essas perspectivas sobre a boa-fé, boa administração e dever de probidade, serão analisados com maior percuência nos títulos posteriores, considerando a necessidade de se distinguir doutrinariamente a aplicação da moralidade administrativa e sua qualificação pelo elemento subjetivo, possibilitando uma interpretação consentânea à moralidade administrativa, tomada sobre égide das normas constitucionais e infraconstitucionais que tratam sobre o tema no Brasil.

3.2 Boa-fé, boa administração e moralidade administrativa

Considerações iniciais se fazem necessárias ao abordar a moralidade administrativa e a boa-fé. O Direito, enquanto ciência, e suas relações com a moral possibilitaram durante muitos anos uma discussão, propiciando inúmeras possibilidades de respostas sobre a intersecção entre os dois institutos. Alguns conceitos, mesmo durante o período do positivismo, ganharam marca indelével no estudo da moral e do direito (MOREIRA NETO, 1992).

A teoria tridimensional de Miguel Reale, por exemplo, proporcionou uma integração entre fato, valor e norma, alcançando, assim, o fundamento moral (valor) como elemento essencial do Direito. A teoria de Reale representa-se da forma com que o Direito assume, ao mesmo tempo, fato, norma e valor, demonstrando, assim, que a valoração é parte integrante na consecução do direito (REALE, 1994).

O que deve saltar aos olhos é a funcionalidade dos dois institutos, ou seja, o direito atributivo, considerado um ato exteriorizado, independe da convicção do agente, noutra banda, a moral visando à intenção do agente, fala-se da interioridade da vida moral.

As normas morais se cumprem através da convicção íntima dos indivíduos e, portanto, exigem uma adesão íntima a tais normas. Neste sentido, pode-se falar de interioridade da vida moral. (O agente moral deve fazer as suas ou interiorizar as normas que deve cumprir.) As normas jurídicas não exigem esta convicção íntima ou adesão interna. (O sujeito deve cumprir a norma jurídica, ainda que não esteja convencido de que é justa e, por conseguinte, ainda que não

adira intimamente a ela.) Pode-se falar, por isto, da exterioridade do direito. O importante, no caso, é que a norma se cumpra, seja qual for a atitude do sujeito (voluntária ou forçada) com respeito a seu cumprimento. (VÁZQUEZ, 2005, p 98)

Seguindo este norte até então traçado, acompanhando as interseções entre direito e moral, destaca-se uma significativa distinção, qual seja: a moralidade na criação da lei e a moralidade na aplicação da lei, ou seja, a moral no Direito (premissa de que nem tudo que é legal é moral, exemplo clássico, a escravidão) e a moral do Direito (MOREIRA NETO, 1992).

Assim, com essas considerações, encontra-se um grande ponto de contato com a moralidade administrativa – a intensidade em que o ético se insere ou não na aplicação do Direito -, até que ponto a norma moral influencia a aplicação da norma legal. Portanto, partindo-se do enfoque da interseção da moral no direito em termos de aplicação, ponto nevrálgico a ser considerado é a análise do instituto do abuso de direito. O abuso de direito, assim, aqui reconhecido como um instituto jurídico de correção, com o escopo de evitar desvios morais, os quais são praticados na aplicação do direito. (MOREIRA NETO, 1992).

A repercussão das referidas ideias - evitar desvios morais no direito - foi reconhecida no Direito Administrativo, através de uma análise das finalidades que deram origem ao ato administrativo, especificamente através da jurisprudência do Conselho de Estado Francês, utilizando-se para tanto de uma das quatro aberturas, qual seja, o instituto *détournement de pouvoir* (desvio de poder) (EBREN, 1901; HAURIOU, 1914).

Neste sentido, Henri Welter, ao abordar o abuso de direito e desvio de poder, em sua obra *Le Controle Juridictionnel de la Moralité Administrative Étude de Doctrine et de Jurisprudence*, retrata sobre a importância da boa fé na aplicação do direito.

Car nous persisions' à croire que le probleme qui se pose en pareille matière est essentiellement moral et qu'un droit exercé de bonne foi ne devrait pouvoir donner lieu à dommages-intérêts au profit de la

partie qui se prétendrait lésée par des actes rentrant dans les facultés légales de l'exercice de ce droit.⁴⁹ (1929, p 109)

Ainda sobre o abuso de direito, Welter (1929) destaca que a teoria do abuso do direito é pura e simplesmente a consagração da moralidade privada, no sentido de que tende a impedir que qualquer atividade legal e aparentemente regular tome uma direção que lhe daria um caráter de grosseria e maldade. É reduzindo-o a esse papel que será possível preservar sua originalidade e importância prática.⁵⁰

O abuso de direito, caracteriza-se como instituto de correção, com o escopo de evitar desvios morais na aplicação de um direito, como também são os casos dos institutos da boa-fé, da teoria da imprevisão, da teoria da lesão enorme e da teoria das dívidas de valor (MOREIRA NETO, 1992).

Ainda nesta esteira de raciocínio, no que tange ao direito administrativo, coube a Maurice Hauriou a labuta de idealizar uma teoria que versasse sobre o controle dos atos administrativos, a qual foi denominada moralidade administrativa, utilizando-se de entendimento sedimentado pelo Conselho de Estado Francês sobre a quarta abertura, que “em tese, o desvio de poder, pela própria expressão conceitual, já envolve valor de moralidade administrativa” (FRANCO SOBRINHO, 1974, p 179).

C'est encore un de, bienfaits de la puissance publique contenue dans l'administration d'avoir engendré un contrôle des actes qui soit exercé au nom de la morale publique, plutôt qu' au nom du droit, et qui, par suite, aille plus loin que le droit, plus loin que la légalité (notamment dans la théorie du détournement de pouvoir). L'honête homme s'élève au-dessus de la loi vulgaire par la sentimento de sa valeur, l'administration aussi, seulement sa valeur ne peut lui apparaitre, d'une façon sûre, que sous la forme de pouvoir. Si tout cela disparaissait et que l'on fût réduit aux moyens du droit privé, on serait ramené à l'observation de la loi, mais sans moralité, et l'on sait combien une conduite strictement legale peut-être, en réalité, immorale.⁵¹ (HAURIOU, 1910, p. 485-486)

⁴⁹ Pois continuamos a acreditar que o problema que surge em tal questão é essencialmente moral e que um direito exercido de boa fé não deve poder dar origem a danos em benefício da parte que alega ser ferida por atos que contenham os poderes legais para exercer esse direito.

⁵⁰ Importante observar que neste momento de sua obra *Le Contrôle Juridictionnel de la Moralité Administrative Étude de Doctrine et de Jurisprudence* (1929), Welter retrata o abuso de poder utilizando-se de doutrinas civilistas, a fim de criar sustentáculo e bases sólidas à sua teoria de controle da moralidade administrativa.

⁵¹ Esse é outro dos benefícios do poder público contido na administração por ter gerado um controle de atos que é exercido em nome da moral pública, e não em nome de lei, e que

Pois bem, repisando as bases conceituais de Maurice Hauriou, o autor francês se esgueirou da corrente doutrinária adotada no Direito Francês, teoria da vontade e teoria da causa, adotando a teoria da declaração, do direito alemão, estabelecendo correlação com a boa-fé do tráfico jurídico-privado, também com origens no direito alemão, especificamente versada pelos § 157 e § 242 do Código Civil Alemão - Bürgerliches Gesetzbuch (GIACOMUZZI, 2013).

No direito germânico, atribui-se à boa-fé uma conotação de lealdade, sendo entendida como significado de garantia de um dever assumido, contudo, não se vinculava a uma visão subjetivista, portanto não se trata de uma investigação sobre o estado de alma do sujeito, mas, noutra banda, apresentava-se de forma objetiva, relacionando-se com ideia de lealdade, de confiança geral. Nesta senda, emerge a ideia de congruência à conduta, ou seja, segundo a boa-fé, como procedimento de conduta social, tornando-se imperiosa à consecução da confiança geral e do dever de lealdade (COSTA-MARTINS, 2000; CORDEIRO, 1989).

Já por “boa-fé objetiva” se quer significar — segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao §242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da common law — modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual “cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade”. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo. (MARTINS-COSTA, 2000, p 411)

A boa-fé quando subjetiva representa estado de consciência, se caracteriza como subjetiva por levar em consideração a intenção do agente, ou seja, trata-se de instituto de oposição à má-fé. Em contrapartida, a boa-fé objetiva se caracteriza, conforme mencionado, como um modelo de conduta social, trata-se de regra baseada na honestidade, lealdade e probidade,

consequentemente vai além da lei, além da legalidade (em particular na teoria abuso de poder). O homem honesto se eleva acima da lei vista pelo sentimento do seu valor, a administração também, apenas seu valor pode aparecer, de certo modo, apenas sob a forma de poder. Se tudo isso desaparecesse e fôssemos reduzidos aos meios de direito privado, alguém seria levado de volta à observância da lei, mas sem moralidade, e sabe-se quanto um comportamento estritamente jurídico pode, na realidade, ser imoral.

levando em consideração o interesse para com terceiros (MARTINS-COSTA, 2000).

Em adendo ao conteúdo da boa-fé e moralidade administrativa, faz-se necessário mencionar que, no que concerne ao princípio da legalidade, a aplicação da boa-fé ao direito público não constitui óbice à consecução do referido princípio, sobre a invocação da boa-fé no Direito Administrativo, “la cobertura legal previa que condiciona ab initio la legalidad de la actuación administrativa, pero no agota, en modo alguno, la regulación íntegra de esa actuación.” (PEREZ, 1983, p 33).

A ideia de boa-fé e sua correlação com a moralidade administrativa não implicam em menoscabo ao princípio da legalidade ou qualquer outro princípio implícito ou explícito no texto constitucional, a moralidade administrativa e a aplicação da boa-fé no direito público buscam seu espaço próprio, com espeque em sua própria significação no contexto jurídico brasileiro.

Diante da inserção moral no direito, considerando que para absorver o desvio de poder o Direito ampliou seu círculo de abrangência à matéria que antes se referia somente à moral, Di Pietro questiona se seria possível identificar o princípio da moralidade com o da legalidade. A resposta se direciona no sentido de que há autonomia dos dois princípios, ressalta que a moralidade administrativa pode ser aplicada mesmo nos casos onde inexistente ilegalidade na prática do ato administrativo (DI PIETRO, 1989).

Assim, retornando ao estudo da boa-fé e sua aplicabilidade no direito, Henri Welter, em sua análise sobre o controle dos atos administrativos, retrata a importância da moralidade e conformidade dos atos no direito, estabelecendo que a boa-fé, quando perseguida, deve reivindicar a proteção do direito.

Allons plus loin et reconnaissons qu'en droit tout se ramene, eu dernière analyse, à des questions de moralité et de conformité des actes particuliers à certaines fins spéciales déterminées par les règles supérieures régissant les activités-humaines. Il n'est pas téméraire d'admettre que l'activité d'une personne poursuivie de bonne foi et en vue de buts parfaitement légitimes, conformes à la morale sociale, doit, en principe, pouvoir prétendre à la protection du droit, alors même que cette activité irait, dans une certaine mesure, à l'encontre d'une disposition formelle de la loi. Il ne faut pas oublier que la loi, qui, d'ailleurs, ne saurait tout prévoir, n'est pas encore toute la justice et

qu'elle ne bénéficie, au fond, que d'une présomption de conformité, é'aux principes supérieurs du droit.⁵²

A boa-fé se revela como elemento vinculado à moralidade administrativa, como instrumento garantidor desta moralidade administrativa, substanciam os necessários elementos objetivos, com o fim e capacidade de definir métodos e formas práticas de comportamentos administrativos. (BACELLAR FILLHO, 2010).

A boa-fé objetiva, com raízes na teoria do autor alemão Stammer e adotada por Maurice Hauriou para consecução do instituto da moralidade administrativa, propiciou um distanciamento do direito positivo (GIACOMUZZI, 2013).

Não é demasiado mencionar que a boa-fé como obrigação na administração pública foi contemplada pelo ordenamento jurídico brasileiro, como se pode evidenciar pela Lei que trata sobre o processo administrativo (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999), sendo atribuído ao administrado o dever de boa-fé perante a Administração (Artigo 4º, inciso II⁵³), bem como a observância da atuação segundo a boa-fé, esta por parte dos agentes públicos (Inciso IV, do parágrafo único, do artigo 2º⁵⁴).

José Guilherme Giacomuzzi (2013) sustenta que a disposição prevista no inciso IV, do parágrafo único, constante no artigo 2º, da Lei nº 9.784/1999 tem correspondência ao princípio da moralidade administrativa, o qual é previsto expressamente no *caput* do artigo segundo. Argumenta o autor que os

⁵² Vamos ir além e reconhecer que, em direito, tudo se resume, em última análise, a questões de moralidade e conformidade dos atos específicos com certos fins especiais determinados pelas regras superiores que regem as atividades humanas. Não é temerário admitir que a atividade de uma pessoa perseguida de boa fé e com vista a finalidades perfeitamente legítimas, em conformidade com a moral social, deve, em princípio, poder reivindicar a proteção do direito, embora esta atividade seja, em certa medida, contrária a uma disposição formal da lei. Não devemos esquecer que a lei que, além disso, não pode prover tudo, ainda não é toda justa e que basicamente, apenas se beneficia de uma presunção de conformidade com os princípios mais elevados da lei.

⁵³ Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo: (...) II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé; (BRASIL, 1999)

⁵⁴ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; (BRASIL, 1999)

incisos do parágrafo citado possuem suas respectivas correspondências aos princípios constantes no artigo 2º da Lei que regula o processo administrativo.

Maurice Hauriou, em seus fundamentos sobre a moralidade administrativa, mais especificamente ao tratar sobre a teoria objetiva da declaração e a teoria da causa, deixa hialino a equivalência entre boa administração – que veicula uma moralidade objetiva – e boa-fé.

C'est une notion purement objective qu'il est donné au juge administrative d'apprécier souverainement, d'après les circonstances, le milieu, le moment. Elle est l'équivalent de cette notion commune de la bonne foi dans le commerce juridique privé à laquelle se réfère le législateur allemand. Le Conseil d'État part de cette idée que l'Administration est liée par une certaine moralité objective; elle a une fonction à remplir et lorsque les motifs qui l'ont poussée ne sont pas conformes aux buts généraux de cette fonction, le Conseil d'État les déclare illicites. Or, on conçoit combien ces 'buts généraux de la fonction' sont des éléments concrets, objectifs, que le juge puise dans la constatation des faits. Remarquons, en passant, que le Conseil d'État est mieux placé que tout autre pour dégager cette moralité, puisque il est lui-même le conseil administratif le plus élevé et le plus éclairé.⁵⁵ (HAUROIU; BEZIN, 1903, apud GIACOMUZZI, 2013, p 73)

O autor francês cria uma equivalência entre o instituto da boa-fé objetiva, advinda do tráfego jurídico-privado do direito alemão, à ideia de boa administração, visando, de forma objetiva, a aplicação da moralidade administrativa no Direito Administrativo. Observa-se, remontando as ideias trazidas no bojo do primeiro capítulo, que Hauriou se filiou à teoria da declaração, segundo a qual possui o condão de absorver a teoria da causa, difundida, à época, pelo direito francês.

Não é demasiado lembrar que a teoria da moralidade administrativa orbita em torno da concepção objetiva do ato jurídico administrativo, ou seja, a teoria da declaração, dotada de eficácia a partir de sua exteriorização, carrega a impossibilidade de que o julgadores possam investigar as razões, as

⁵⁵ É uma noção puramente objetiva que cabe ao juiz administrativo avaliar soberanamente, de acordo com as circunstâncias, o meio ambiente, o momento. É o equivalente a essa noção comum de boa fé no comércio jurídico privado a que o legislador alemão se refere. O Conselho de Estado parte da ideia de que a administração está vinculada a uma certa moralidade objetiva; tem uma função a cumprir e, quando as razões que a motivaram não se ajustam aos objetivos gerais dessa função, o Conselho de Estado as declara ilícitas. Agora podemos ver como esses objetivos gerais da função são elementos objetivos e concretos que o juiz extrai da observação de fatos. Note, a propósito, que o Conselho de Estado está em melhor posição do que qualquer outro para trazer à tona essa moral, uma vez que ele próprio é o conselho administrativo mais alto e mais esclarecido.

intenções (*le but*) do ato, ocultadas pelo agente, se atendo somente à vontade efetivamente declarada (GIACOMUZZI, 2013).

A boa administração, na teoria de Maurice Hauriou, surge como um elo, possuindo a função, na moralidade administrativa, de possibilitar, por elementos objetivos, a inquirição dos elementos que deram origem à prática do ato administrativo (GIACOMUZZI, 2013). Permite que o julgador possa inferir as verdadeiras razões, intenções que deram origem ao ato administrativo, sendo tal ato declarado ilícito e, portanto, nulo.

Henri Welter (1929), utilizando-se da teoria da instituição, defendida por Maurice Hauriou, menciona que se a natureza autoritária da administração deriva de um princípio que é impossível discutir, o poder administrativo só pode ser realizado com vistas à implementação de objetivos administrativos. O autor remete a possibilidade de execução dos atos administrativos, de forma unilateral, independente de outros Poderes, à existência de um poder autoritário inerente à própria instituição.

Embora o caráter autoritário pertencente à administração reaja à natureza do conteúdo dos atos administrativos, propiciando a eles o benefício provisoriamente de uma presunção de conformidade com a lei, implicando em uma dispersão das discussões preliminares antes da execução da decisão, todavia, o conteúdo estará sempre sujeito a discussão caso não atenda a determinados postulados gerais do Direito. Isso ocorre, segundo Welter, porque os direitos administrativos são de natureza funcional e, como poderes, são dominados pela ideia de fins precisos a serem alcançados, segundo o autor, é essa ideia que se baseia o princípio da boa administração ou da moralidade administrativa (WELTER, 1929).

Ao tratar sobre a prática do ato administrativo pelo agente, destaca-se que não se pode perder de vista os fins da instituição, destacando que quando o ato ultrapassa os objetivos institucionais, a atuação do Conselho de Estado, deve ocorrer, para a anulação do ato.

Il est bien évident que le but d'un acte accompli par un agent public doit, toujours présenter un caractère strictement administratif et être déterminé par la nature même de la fonction exercée par l'agent. Les directives suivies par l'administration, qui se concentrent dans les motifs des décisions administratives, doivent se mouvoir dans une

sphere plus ou moins restreinte. Il y a une limite au delà de laquelle la conduite administrative, quelque libre qu'elle puisse paraître, devient abusive et doit être réprimée parce qu'elle révèle la tendance volontaire ou involontaire de l'administrateur de sortir du but de l'institution. C'est à ce point du pouvoir discrétionnaire de l'administration que le juge peut et doit intervenir pour opposer ses directives propres à celles de l'administrateur, en canalisant l'activité administrative et en la maintenant dans la voie tracée par les buts administratifs à atteindre. Et bien que les diverses applications concrètes de ces règles de but ne puissent être nettement précisées à l'avance pour chaque catégorie d'actes, le pouvoir discrétionnaire devra s'effacer ici devant les nécessités impérieuses de la bonne administration pour faire place au contrôle contentieux de la moralité administrative, dont la jurisprudence de notre Conseil d'Etat nous révèle toute l'importance.⁵⁶ (WELTER, 1929, p. 49)

Moreira Neto (1992), aduzindo sobre a teoria da instituição e sua influência sobre a moralidade administrativa, faz um influxo à teoria filosófica de Bergson, reconhecendo a existência da moral fechada e moral aberta, onde a primeira se refere àquela relacionada a um grupo determinado, tratando-se daquela que possui o condão de proteger os fins específicos.

Observa-se que a moral administrativa, na visão bergsoniana, se referiria à moral fechada, seria a moral específica de um grupo, visando à proteção de fins específicos, seria a moral a ser tratada dentro do círculo da Administração Pública (MOREIRA NETO, 1992). “Ao contrário do que se possa pensar, as regras internas que regulam o ordenamento administrativo são regras de moralidade administrativa.” (FRANCO SOBRINHO, 1974, p 27)

Neste contexto, denota-se a convergência da ideia de moral fechada. Moreira Neto retrata a moralidade administrativa como uma moral fechada, em comparação com a teoria filosófica de Bergson, e neste sentido, Welter retrata no conteúdo da moralidade administrativa e a boa administração os fins

⁵⁶ É óbvio que o objetivo de um ato acompanhado por um funcionário público deve sempre apresentar um caráter estritamente administrativo e ser determinado pela própria natureza a função exercida pelo agente. As diretrizes seguidas pela administração, concentrada nas razões das decisões administrativas, deve se mover em uma esfera mais ou menos restrita. Existe um limite além do qual a conduta administrativa, por mais livre que seja pode parecer abusiva e deve ser reprimida porque que revela a tendência voluntária ou involuntária do administrador de ir além do objetivo da instituição. Isso é o ponto do poder discricionário da administração que o juiz pode e deve intervir para se opor às diretrizes específicas do administrador, canalizando a atividade administrativa e mantendo-a no caminho traçado pelos objetivos administrativos a serem alcançados. E embora as várias aplicações concretas dessas regras objetivas não podem ser claramente e previamente especificadas para cada categoria de ato, o poder discricionário deve ser anulado aqui antes da necessidade imperativa da administração abrir caminho para a revisão de litígios da moralidade administrativa, incluindo a jurisprudência do nosso Conselho de Estado revela toda a importância.

administrativos, ou seja, objetivos a serem alcançados pelos administradores, inerentes à própria administração.

Complementando a ideia de moralidade e ainda possibilitando o enfoque a ser direcionado para a análise de um controle deste instituto pelo Poder Judiciário, importante recurso pode ser importado da teoria de Weber, onde se destaca a moral de intenção e moral de resultado, sendo que este último se refere ao contraste entre o resultado realmente alcançado e a finalidade que se esperava atingir, quando sob a égide dos padrões gerais da lei (MOREIRA NETO, 1992).

A vereda teoria abordada por Moreira Neto (1992), ao utilizar-se da doutrina de Weber, norteia a busca do verdadeiro resultado da instituição na análise da moralidade administrativa. Observa-se que a atividade da Administração deve se direcionar a obtenção dos resultados finalísticos adequados. O que o autor pretende demonstrar é que, por mais bem intencionado que seja o ato administrador, não sendo o ato direcionado ao objetivo finalístico da instituição, tratar-se-á de moral-administrativamente mau.

Assim, chega-se, através do instituto da boa-fé e da boa administração, à ideia do instituto da moralidade administrativa, onde seria caracterizado como um instituto de moral fechada, ou seja, de um grupo específico, inerente à própria Administração Pública, direcionado a uma moral de resultado, ou seja, o ato a ser perpetrado pelo administrador deve ser direcionado aos objetivos finalísticos, portanto, havendo que se comparar o resultado efetivamente obtido pela Administração na prática do ato administrativo e a finalidade que se esperava alcançar, o que se busca, em suma, é uma avaliação se o ato prático, comprado aos objetivos finalísticos, atingiu seu resultado esperado.

Em suma, como se pode observar, a "disciplina interior" (ou interna), a que se refere Hauriou, há de ser entendida como um resultado de conjugação dessas duas vertentes de pensamento: trata-se de um sistema de moral fechada, próprio da Administração Pública, que exige de seus agentes absoluta fidelidade à produção de resultados que sejam adequados à satisfação dos interesses públicos, assim por lei caracterizados e a ela cometidos. (MOREIRA NETO, 1992, p 8)

Não por outra razão, considerando a doutrina de Maurice Hauriou, as regras de moralidade administrativa são aquelas extraídas dos preceitos da

disciplina interna da administração pública, ou seja, segundo a doutrina Bergsoniana, de moral fechada, é justamente quando o olhar se recai sobre o prisma do exame da finalidade que se estabelece a moralidade da atuação pública, esta moralidade investigada "em relação aos seus fins e a seus meios, mas sempre conotada à idéia de legitimidade da ação do Estado no atendimento do interesse público" (MOREIRA NETO, 1997, p 70).

O bom administrador, na busca pelo resultado adequado na administração, deve se direcionar ao fim precípua da Administração, que segundo Moreira Neto (1992) é o interesse público. Neste sentido, os atos administrativos praticados que se distanciam do interesse público, não se inserem na boa administração. Di Pietro (1988) reitera a importância do interesse público na aferição da moralidade do ato administrativo.

Com fincas na doutrina francesa, Márcia Noll Barboza (2002) estabelece uma espinha dorsal de um conceito de moralidade administrativa, estabelece, portanto, quatro elementos, quais sejam: a) constatação de uma moral jurídica; b) extraída da disciplina interna da administração pública; c) seu conteúdo delineado pela ideia de função administrativa, busca por um bem comum, ideário que decore a boa administração; e d) fiscalizada no terreno da discricionariedade, em especial, mas se restringindo, ao campo do desvio de poder.

Neste íterim, cabe ao julgador ou a própria administração quando da análise do ato administrativo verificar se o interesse público foi atingido, ou seja, na prática do ato administrativo houve cumprimento do dever de boa administração, observando-se a razoabilidade para aferição da finalidade última da administração, que conforme mencionado por Moreira Neto e Di Pietro é o interesse público.

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 administrativa 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. Da Administração valorizando o interesse público sem invadir a esfera destinada aos interesses privados. Devendo o bom administrador tomar das práticas

administrativas sem violentar o administrado quanto à conveniência ou à oportunidade do ato. (FRANCO SOBRINHO, 1974, p 102)

Para esse momento da aferição do ato administrativo, independe a intenção do agente⁵⁷ para a anulação do ato administrativo (MOREIRA NETO, 1992), a questão subjetiva do ato será tratada em outro ponto, ao se tratar sobre o dever de probidade e sobre suas implicações na Lei de Improbidade Administrativa, o que é importante observar é a busca pela boa administração na prática do ato administrativo.

Outro ponto de fundamental relevância da teoria de Maurice Hauriou se infere da atuação do julgador, onde deverá, perante os fatos, em uma atuação interpretativa/argumentativa, proceder a observância dos elementos do ato administrativo sob prisma da boa administração. A boa administração, correlacionada à boa-fé, é que auxiliará o julgador na decisão pela anulação do ato administrativo, sob os imperativos da moralidade administrativa.

Chegamos a um segundo momento, a caracterização da infringência à moralidade administrativa, os elementos do ato administrativo que deveriam ser avaliados para aferição de uma suposta imoralidade administrativa, talvez o instante em que se observa o distanciamento da concepção de José Guilherme Giacomuzzi e cria maior peculiaridade com a teoria defendida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

A análise do ato administrativo perpassa por seus elementos que são pautados pela lei, todavia Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, identifica dois pontos de relevância que passam despercebidos da observância jurisdicional da legalidade.

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

⁵⁷ Observa-se da análise da literatura do autor, que ao aduzir em sua obra sobre a irrelevância da intenção do agente para anulação do ato administrativo, se refere ao intento psicológico do agente, não se referindo a vontade declarada e os motivos que com ela são postos para a prática do ato administrativo, posto que a vontade da administração inexoravelmente deve ser externada por seu agente. Isso pode ser observado no seguinte excerto: "Aqui estamos, portanto, como que diante de uma contrapartida publicística dos vícios da vontade. Só que, no Direito Administrativo, não é a vontade da Administração que se apresenta viciada, mas a de seus agentes, e, mais, que esse vício é deontológico, ou, se se preferir, "de não moralidade", como o chama o citado monografista. (MOREIRA NETO, 1992, p 10)

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. (FRANCO SOBRINHO, 1974, p 107)

São esses os flancos que se afiguram um ato legal, mas que se afastam da verdade dos fatos. Portanto, é aqui que se observa, segundo Moreira Neto (1992) e Franco Sobrinho (1974) o ponto nevrálgico de vício da vontade, os atos administrativos, neste momento, poderão ser avaliados levando em consideração os vícios e sua influência na moralidade administrativa.

Todavia, no caso, considerando a especificidade da Administração, a observância a ser dada na exteriorização da vontade deve ser direcionada ao agente, ou seja, a Administração exterioriza a sua vontade através da manifestação exarada por seus agentes. Nesta senda, a vontade declarada tem um fim a ser assegurado, que conforme observado, deve se pautar pelos imperativos da boa administração.

L 'acte administratif, dans le sens le plus élevé de ce terme, se présente sous la forme de la décision exécutoire par laquelle l'administration affirme sa volonté avant de passer à l' exécution et dans laquelle se révèle la nature propre du pouvoír administratif. C'est dans la décision exécutoire que s'expriment, en effet, les directives suivies par l'autorité administrative et que se retrouvent essentiellement les idées de la puissance publique et de l'institution. Elle donne naturellement prise au contentieux objectif et, notamment, au contrôle juridictionnel de la bonne administration, parce que c' est en elle que prennent corps les prétentions de droit de l'administration publique.⁵⁸ (WELTER, 1929, p 18)

Para perquirir o fim a ser atingido pelo ato administrativo, Moreira Neto (1992) e Franco Sobrinho (1974) correlacionam a finalidade à apreciação de dois outros elementos do ato administrativo, o motivo e o objeto. Esse espectro deve ser analisado para que se possa avaliar, também, se o agente ao declarar

⁵⁸ O ato administrativo, no sentido mais elevado deste termo, assume a forma de uma decisão executória pela qual a administração afirma sua vontade antes de prosseguir para a execução e na qual a natureza apropriada do poder administrativo. É na decisão executória que as diretivas seguidas pela autoridade administrativa são expressas e que as idéias da autoridade pública e da instituição são essencialmente encontradas. Ela sustenta formalmente o litígio objetivo e, em particular, o controle jurisdicional da boa administração, porque é nela que as reivindicações legais da administração pública tomam forma.

a vontade da Administração não procedeu à manipulação dos motivos e do objeto para serem abarcados pela finalidade.

Importante observação feita por Moreira Neto (1992) é quando pontua que essa inserção no ato administrativo vai além da legalidade, posto não se estabelecer somente nas questões de validade, a moralidade administrativa vai investigar se, deveras, os motivos e o objeto são realmente suficientes para atingir a finalidade pública.

Ademais, no que concerne aos elementos do ato administrativo, motivo e objeto, Moreira Neto (1992), estabelece, ainda, quais seriam as formas de caracterização da imoralidade administrativa⁵⁹, sendo motivo: a) inexistente; b) insuficiente; c) inadequado; d) incompatível; e e) desproporcional. Ainda, no que tange ao objeto: a) impossível; b) desconforme; e c) ineficiente.

Neste compasso, a inexistência de motivo residente na falta de condições fáticas ou jurídicas para que a finalidade do ato administrativo seja atingido, ou seja, inexistente o motivo que conduz ao cumprimento da finalidade. No caso da insuficiência, o motivo que se relaciona a finalidade do ato administrativo deve ser determinante ou não na atuação da administração e do uso dos seus próprios meios para obtenção do resultado, por exemplo, o exagero no motivo apresentado para consecução de um objeto, que se aplicado o verdadeiro motivo se daria aquém do que se consolidou pelo ato administrativo, o caso de uma agravante, mesmo sem motivos suficientes para sua aplicação, quando a Administração exerce seu poder sancionador (MOREIRA NETO, 1992).

Os motivos inadequados e incompatíveis são aqueles que não se coadunam com o objeto do ato administrativo, todavia, enquanto que no primeiro o motivo não se cria um liame de natureza categorial com o objeto, não havendo relação de causa e efeito, o segundo caso não há relação de causalidade entre o motivo e o objeto que possibilite sua a compatibilização, observa-se aqui uma questão de adequação específica e não categorial. O motivo desproporcional observa-se quando ocorre um erro de estimativa do

⁵⁹ Expressão consubstancia na obra Controle da Moralidade Administrativa de Manuel de Oliveira Franco Sobrinho (1974).

agente, faz-se necessário uma valoração razoável do motivo que conduziram a determinado objeto (MOREIRA NETO, 1992).

Como se pode observar nos cinco tipos de vício de imoralidade administrativa a partir dos motivos, dois foram os princípios aplicados: o da realidade, nos casos de inexistência e de insuficiência, e o da razoabilidade, nos casos de inadequação, incompatibilidade e desproporcionalidade dos motivos. (MOREIRA NETO, 1992, p 13)

No que concerne à caracterização da imoralidade administrativa no objeto, Moreira Neto (1992) retrata como impossível aquele em que o resultado esperado não pode ser alcançado por questões de ilegitimidade, ilegalidade e ilicitude, pode ser de ordem física também, devendo o agente pelos imperativos da boa administração, se ater à prática de atos que tenham objetos possíveis. Objeto pode ser incompatível no caso de incongruência entre este e o interesse público, e, por derradeiro, ineficiente quanto o custo é desproporcional quando comparado ao benefício que o ato administrativo vai carregar, há grave comprometimento do interesse público (MOREIRA NETO, 1992).

Ainda no que concerne ao objeto e sua possibilidade de imoralidade administrativa, na dicção de Moreira Neto (1992), simetricamente aos vícios de motivos, aplicam-se os mesmos dois princípios, sendo que no caso da incompatibilidade, o da realidade, e na desconformidade e ineficiência, a razoabilidade.

Observe-se que, ainda aqui, é irrelevante para o direito público o foro íntimo do agente, perquirindo-se qual foi sua intenção real: o juiz deve ater-se apenas a verificar se foi atendido ou não o standard jurídico da boa administração e, se não o foi, invalidar o ato exclusivamente por essa razão. (MOREIRA NETO, 1992, p 12)

Não se pode olvidar, que na análise objetiva da moralidade administrativa, não se cogita a intenção do agente, o interesse trazido no íntimo de seu inconsciente, o que se observa são os elementos levados à efeito para consecução do ato administrativo, trazendo à baila objeto e motivo para atingir uma finalidade.

Parafraseando Maurice Hauriou (1910), a violação da moralidade administrativa leva à nulidade do ato administrativo, ademais, pode haver dificuldades no desfazimento do ato administrativo adstrito singularmente à

legalidade, assim emerge o fundamento da moralidade administrativa, porém, isso é possível, considerando que a moralidade não possui somente uma conotação subjetiva, não sendo meramente formal, mas tem conteúdo jurídico autônomo quando se leva em consideração as regras e princípios da Administração.

3.3 O dever de probidade e a moralidade administrativa

Não é demasiado salientar que o direito brasileiro atribuiu ao princípio da moralidade uma segunda característica que hodiernamente, se faz muito importante, visando garantir a probidade do agente público, ou seja, visa garantir na administração pública que seus agentes, responsáveis pela exteriorização da vontade da Administração, os realizem dentro dos limites da probidade.⁶⁰

Essa característica pode ser observada da leitura atenta da Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992), mormente o artigo 11, ao versar sobre o ato que atenta contra os princípios da administração pública, os quais estão elencados expressamente no artigo 37 da Constituição Federal, e acrescenta, ainda, o dever de honestidade, legalidade, imparcialidade e lealdade às instituições.

A probidade e seu caráter sancionador também são contemplados pelo texto constitucional, mais especificamente pelo parágrafo quarto do artigo 37, que estabelece as formas de punição a serem atribuídas aos atos de improbidade administrativa (BRASIL, 1988).

Quanto ao outro princípio, que seria específico: "A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o "funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas

⁶⁰ "O ilícito civil de improbidade administrativa, com os contornos que tem no nosso ordenamento, é *sui generis*: só existe no Brasil. Nos demais países da família do Direito Continental a quase totalidade dos atos previstos como ilícito de improbidade entre nós é combatida por meio do Direito Penal. (...) porque no Brasil, infelizmente, o sistema punitivo criminal estatal nunca foi eficiente no que toca à responsabilização criminal pelo que se pode chamar de 'crimes de corrupção'". (GIACOMUZZI, 2013, p 292)

funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer".

A corrupção e a ineficiência do sistema punitivo do Brasil propiciou a edição da Lei de Improbidade Administrativa, visando suprimir a dificuldade existente no país para punição dos crimes contra o erário público ou contra a Administração. Nesta medida, a mencionada lei estabeleceu como ilícito civil a improbidade administrativa, todavia, possibilitou com isso duas grandes evoluções: a) foi demover o foro privilegiado, vez que esses somente se aplicam aos crimes; b) a investigação se estabelece como ofício de instituição que foge do alcance das ingerências políticas, tal qual ocorre com o Ministério Público, que tem se tornado inestimável no combate à corrupção (GIACOMUZZI, 2013).

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão exarado pela Corte Especial, na Reclamação 591 SP⁶¹, estabeleceu, visando dirimir conflito existente na doutrina e jurisprudência, o caráter de ilícito civil dos atos de improbidade administrativa, ressaltando a inexistência de foro privilegiado, *in casu*, de membro do Tribunal Regional do Trabalho, por quanto deveria ser julgado pelo juízo de primeiro grau (BRASIL, 2000).

Nesta senda, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no caso de atos de improbidade administrativa, afasta a aplicação do foro privilegiado, conforme se observa do excerto do voto do Ministro Relator Nilson Naves.

Se não explicitamente prevista, ao menos implicitamente, a competência em causa achar-se-ia atribuída ao Superior Tribunal, é o que veementemente sustenta o Reclamante, tal derivando-se do foro privilegiado, que a Constituição, como aqui se vem alegando,

⁶¹ Improbidade administrativa (Constituição, art. 37, § 42 ; Código Civil, arts. 159 e 1.518; Leis n. 7.347/1985 e 8.429/1992) - Inquérito civil, ação cautelar inominada e ação civil pública - Foro por prerrogativa de função (membro de TRT) - Competência - Reclamação. 1. Segundo disposições constitucional, legal e regimental, cabe a reclamação da parte interessada para preservar a competência do STJ. 2. Competência não se presume (Maximiliano, Hermenêutica, 265), é indisponível e típica (Canotilho, in REsp n. 28.848, DJ de 2.8.1993). Admite-se, porém, competência por força de compreensão, ou por interpretação lógico-extensiva. 3. Conquanto caiba ao STJ processar e julgar, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho (Constituição, art. 105, I, a), não lhe compete, porém, explicitamente, processá-los e julgá-los por atos de improbidade administrativa. Implicitamente, sequer, admite-se tal competência, porquanto, aqui, trata-se de ação civil, em virtude de investigação de natureza civil. Competência, portanto, de juiz de 12 grau. 4. De lege ferenda, impõe-se a urgente revisão das competências jurisdicionais. 5. À míngua de competência explícita e expressa do STJ, a Corte Especial, por maioria de votos, julgou improcedente a reclamação. (BRASIL, 2000)

assegura aos membros dos Tribunais Regionais do Trabalho. Tal competência estaria implícita no sistema constitucional. No particular, o Reclamante se baseia em doutrina de Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, conforme os quais, referindo-se conclusivamente ao Supremo Tribunal, "Impõe-se, assim, reconhecer a incompetência absoluta dos juízes de 1º grau para julgar ação de improbidade em relação a Ministros de Estados e membros de Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União, sendo o Supremo Tribunal Federal detentor de competência para processar e julgar as referidas ações".

(...)

Sem dúvida que se trata, permitam-me uma expressão shakespeariana, de assunto perturbador do espírito e espantador dos olhos, a estimular reflexões em face do sistema jurídico-constitucional do foro por prerrogativa de função. Ultimamente se noticia, por exemplo, que a Procuradoria da República no Distrito Federal instauraria inquérito para apurar supostos indícios de improbidade administrativa praticada por Ministro de Estado (Folha de São Paulo, 20.11, caderno 1, p. 9). (...)

Do exposto, à míngua de competência explícita e expressa do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, as ações em pauta, não é lógico-jurídico se acuse o Juiz Federal de usurpação, motivo por que julgo improcedente a reclamação. (BRASIL, 2000)

A Lei de Improbidade Administrativa, em resumo, foi uma legislação que veio no afã de possibilitar um eficiente combate à corrupção no Brasil, de bases culturais patrimonialistas, com evidente confusão entre o público e privado, propiciando a desvinculação de um foro privilegiado e estabelecendo a possibilidade de investigações por novas instituições, visando a diminuição de um mal que por muito tempo assola o país.

Com o advento da Lei de Improbidade Administrativa suas sanções não se imiscuíram na seara das penas privativas de liberdade, vez que se traduzem em ilícitos civis, contudo houve a previsão de severas sanções, tais como: ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, imposição de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário (BRASIL, 1992).⁶²

⁶² Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes

Pode ser extraído do texto constitucional (§ 4º, do art. 37, CF) e da Lei Federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992, que as sanções pela prática de ato de improbidade administrativa assumem duas conotações bem delimitadas, sendo a restrição de direitos, aqui incluídas restrições de direitos políticos e administrativos, e a restrição de bens (SIMÃO, 2017).

O constituinte ao estabelecer expressamente as sanções a serem aplicadas quando da prática de atos de improbidade administrativa fez aflorar uma limitação ao poder punitivo, fixando as possibilidades de sanção pelo Poder Público contra seus agentes que praticam atos administrativos imbuídos de deslealdade e desonestidade.

Essa vedação ou limitação no tocante às sanções representa também uma limitação ao *jus puniendi* do Estado. Traduzindo para uma linguagem processual, estaríamos diante do que a doutrina chama de possibilidade jurídica do pedido. Com relação ao Direito Público, em especial no tocante ao Direito Penal e ao Direito Administrativo Sancionador, a possibilidade jurídica do pedido corresponde às sanções previstas. (SIMÃO, 2017, p 68)

Não se pode olvidar que a moralidade administrativa assume, por diversas vezes, até mesmo na doutrina e jurisprudência brasileira, o *standart* de contraponto a atos de corrupção, ou seja, seria um instituto do Direito Administrativo que se incumbe de combater a corrupção, assumindo, indubitavelmente, um caráter subjetivo que, conforme mencionado, se afasta de suas raízes jurídico filosóficas do Direito Francês.

o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos; IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. (BRASIL, 1992)

Moreira Neto (1992) ressalta que os casos de improbidade administrativa, no que tange ao espectro da moralidade administrativa, se caracterizam como uma imoralidade administrativa qualificada, salientando que esta ótica se traduz na qualificação do ato de imoralidade pela ocorrência do dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem.

Indo além, Guilherme José Giacomuzzi (2013) acrescenta que em sua perspectiva, a imoralidade administrativa tem sua qualificação decorrente do caráter subjetivo, ou seja, nos casos de improbidade administrativa o elemento subjetivo – dolo ou culpa – é essencial para consecução da responsabilização do agente. Assim, “se a improbidade tem caráter subjetivo, as condutas do administrador ímprobo, merecedoras das sanções da Lei nº 8.429/1992, há de ser sempre analisada do ponto subjetivo do agente” (GIACOMUZZI, 2013, p 296).

Outro requisito para a configuração do ato de improbidade relaciona-se ao elemento subjetivo do agente ou simplesmente chamado de elemento volitivo. Nenhum agente público pratica um ato ímprobo sem saber. Não existe, portanto, ato ímprobo por descuido do agente público. (SIMÃO, 2017, p 84)

A intenção do agente passa a ter grande relevância para a aplicação da imoralidade administrativa qualificada, considerando que deve levar em consideração a questão subjetiva do agente, ou seja, para aplicação da improbidade administrativa o elemento subjetivo (dolo ou culpa) é indispensável para sanção do agente que praticou o ato administrativo.

Observa-se, *in casu*, não se trata de hipótese de responsabilidade objetiva, vez que a legislação federal busca a responsabilização do agente desonesto e não o incompetente, até por esta razão o artigo 10 da Lei nº 8.429/1992, faz referência expressa ao elemento subjetivo⁶³ (dolo ou culpa). Ademais, o próprio normativo constitucional estabelece em seu artigo 37, § 6º⁶⁴, a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das

⁶³ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (BRASIL, 1992)

⁶⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

peças jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, nos casos de danos a terceiros, e a responsabilidade dos agentes, em caso de regresso, se caracteriza como subjetiva, exigindo o dolo ou culpa.

A responsabilidade estabelecida pelo parágrafo quarto do artigo 37 da Constituição Federal tem aderência à uma responsabilidade administrativa do agente, decorrente de infração de regras e princípios administrativos, todavia, referido poder sancionador deve ser imposto ao agente pelo Poder Judiciário, por intermédio de ação própria por ato de improbidade administrativa. Portanto, neste caso, a autoridade administrativa não tem competência para a imposição das sanções previstas na Lei Federal nº 8.429/1992. A prática de ato de improbidade administrativa exige, assim, a interposição de ação junto ao Poder Judiciário para aplicação das sanções ao agente autor do ato de imoralidade administrativa qualificada (SIMÃO, 2017).

Portanto, não se pode olvidar, ante as razões apresentadas, que a concepção subjetiva se torna imanente à improbidade administrativa e pelo caráter *sui generis* adotado pelo Direito brasileiro, a imoralidade administrativa, mencionada por Manuel de Oliveira Franco Sobrinho, passa a aglutinar uma conotação qualificada, segundo José Guilherme Giacomuzzi, pelo elemento subjetivo (dolo ou culpa).

Ainda sobre a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa ao agente público, salutar se faz mencionar que referida norma tem o condão de sancionar aquele desonesto e desleal que descumpra propositadamente as normas de boa administração, visto que referida legislação não se prestou à punição do agente inábil ou incompetente, para tanto figurando pertinente às normas e princípios democráticos.

A figura do ato de improbidade administrativa estampada pelo artigo 10, diferente do que dispõe os artigos 9º e 11, que admitem somente a forma dolosa, estabeleceu expressamente a possibilidade de sanção do agente por ato praticado na forma culposa ou dolosa.

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988)

Neste caso, cabe ao agente a necessária submissão ao dever de cuidado do patrimônio público, que nas palavras de Giacomuzzi (2013, p 309) se refere à um “dever objetivo de cuidado de regras técnicas (legais e regulamentares) no tratamento da verba pública, somada ao prejuízo ao Erário”. Pode ser observada uma adstrição às mencionadas regras internas da Administração, contempladas pela obra de Henri Welter (1929).

A observância da regra interna da Administração deve ser o caminho necessariamente percorrido pelo agente público e quando abandonando e, com isso, implica em dano ao erário, haverá a possibilidade de um resultado sancionador, considerando, neste caso, o elemento volitivo dolo e culpa na conduta do agente.

Outro ponto de grande relevância no trato da moralidade administrativa, quando tratada como dever de probidade, é a concepção trazida pelo artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, que, através de uma interpretação literal, possibilita uma caracterização de diversos atos de administração como ímprobos, tornando-se uma prescrição normativa demasiadamente abstrata.

O Superior Tribunal de Justiça tem norteado suas decisões em dois pilares. A presença do elemento volitivo do agente e que este elemento seja imbuído de dolo, que por muito tempo se debateu no Superior Tribunal de Justiça qual seu significado - genérico, eventual e específico -, hodiernamente sedimentado pela Corte como essencial a demonstração do dolo genérico⁶⁵. Este mesmo Tribunal Superior em seus acórdãos absolutórios estabeleceu como fundamento: a) a ausência do elemento volitivo (dolo)⁶⁶; b) a característica de que o ato de improbidade administrava não se presta à punir os incompetentes, mas os desonestos, o corrupto, que não possui lealdade e boa-fé no trato da coisa pública⁶⁷ (GIACOMUZZI, 2013).

Todavia, essa forma de interpretação contemplada pelo Superior Tribunal de Justiça na resolução dos conflitos existentes quando da aplicação

⁶⁵ Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, AgInt no AREsp 1585674 / SP, relatora Ministra Assusete Magalhães, DJe10/06/2020.

⁶⁶ Superior Tribunal de Justiça, Decisão Monocrática, REsp 1703330, relator Ministro Gurgel de Faria, DJe 17/04/2020.

⁶⁷ Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, REsp 1835583 / SE, relator Ministro Herman Benjamin, DJe 18/05/2020.

da norma disposta no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa não satisfaz os imperativos de um Estado Democrático de Direito, considerando que há um cerceamento da liberdade de administrar, haja vista que o gestor público, ante a amplitude de norma do artigo 11, fica ao alvedrio do Ministério Público e do próprio Poder Judiciário, sobre a conduta que poderia caracterizar o referido ilícito civil.

Observa-se, em uma interpretação literal, que o simples fato de descumprir a lei poderia acarretar ao administrador uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ademais, neste prisma, toda ação popular e mandado de segurança desaguardaria, necessariamente, em improbidade administrativa do agente público.

Não é, evidentemente, toda e qualquer ilegalidade comportamental que pode configurar improbidade. Ao contrário, em geral, a mera ilegalidade não adentra esse terreno mais estreito. Nem mesmo toda imoralidade administrativa traduz improbidade, o que significa dizer que a patologia aqui tratada requer uma gradação dos deveres públicos, da normativa incidente à espécie e das respostas sancionatórias cabíveis. Assim, repito, somente o processo interpretativo poderá definir, concretamente, um ato ímprobo, o que não impede o reconhecimento de pautas abstratas e objetivas para os operadores jurídicos.

A Lei 8.429/92 não pode ser banalizada, como tantas vezes se percebe, porque a hermenêutica que se exige para sua aplicação requer uma série de ponderações e cautelas, em obediência ao devido processo legal punitivo. Porém, tampouco resulta viável aceitar o outro extremo, vale dizer, o esvaziamento dessa legislação em relação às altas autoridades da Nação, entre as quais estão os agentes políticos. Sobre essa tendência, cabe envidar esforços para recuperar o princípio republicano, envolvendo todos os agentes públicos no ambiente probo e saudável que se pretende construir neste país. Cabe, pois, uma digressão sobre o alcance do princípio da responsabilidade em nosso sistema constitucional. (OSÓRIO, 2005)

Portanto, importante envidar esforços para estudos mais aprofundados sobre o tema, tratando-se sobre a aplicação da moralidade administrativa e da Lei de Improbidade Administrativa em juízo, com o fim de possibilitar maior segurança jurídica ao administrador público no exercer seu *múnus* público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme premissa inicial do trabalho científico, o objetivo foi refletir sobre o conceito de moralidade administrativa e identificar uma definição que possibilite maior efetividade ao direito fundamental, considerando que parte da doutrina demonstra significativa incongruência a ideia de boa-fé objetiva e subjetiva no trato da moralidade administrativa.

Possível constar, inicialmente, que o estudo da moralidade administrativa teve seus primeiros ensaios na França, onde Maurice Hauriou, em análise ao instituto do desvio de finalidade, quarta abertura do recurso por excesso de poder, observou que a necessidade de penetrar nas intenções que deram origem ao ato administrativo, em caso de vícios, para fins de sua anulação.

As bases do instituto do autor se desenvolveram sob a declaração de vontade e sob a ideia de boa-fé, advinda do tráfego jurídico privado do direito alemão, § 157 e § 242 do Código Civil Alemão - Bürgerliches Gesetzbuch. Essa influência, nas palavras de Martins-Costa (2000), conduziu os estudos futuros, considerando a base jurídica do direito alemão, ao estudo da moralidade administrativa mais voltada a ideia de boa-fé objetiva.

Todavia, diante do instituto moralidade administrativa, alguns temas nevrálgicos orbitam ao seu entorno, quanto às suas dimensões no Direito Administrativo Brasileiro, considerando o que foi chamado de influxos na ideia de moralidade administrativa inaugural de Maurice Hauriou e, posteriormente, de Henri Welter, sendo este o ponto de dificuldade na interpretação do instituto no direito brasileiro.

Apesar do Direito Administrativo Brasileiro ter fortes influências do Direito Francês, inevitável que durante os séculos, houve questões que mais se evidenciaram no Brasil do que na França, como é o caso da corrupção. A corrupção, advinda de uma busca inexorável pelo poder nos tempos de colônia, perdura até os tempos hodiernos, situação esta que pode ser facilmente evidenciada pelos diversos escândalos no país, a título de exemplo: Lava Jato, Mensalão e Pretolão.

Esses chamados influxos da história do Brasil aglutinaram características específicas a moralidade administrativa, não sendo observadas em outros países. Parafraseando Guilherme José Giacomuzzi (2013) trata-se de questão *sui generis*. Assim, esta característica ocorre justamente pela luta travada contra a corrupção no Brasil, a moralidade administrativa foi recebida no país após a Constituição Federal como instrumento que se possibilita a “punição” de corruptos, o que propiciou certa dificuldade e estranheza na conceituação do instituto.

Segundo Rui Barbosa (1889) a corrupção se insere na vida corriqueira da Administração Pública, tornando-se um mal que assola até os governos dos mais bem intencionados, considerando que aos poucos se entranha em ambiente saudáveis e tem o condão se imiscuir com área de legalidade.

Desta forma e por estas razões, a moralidade administrativa assume especificamente no Brasil duas características significativas, uma que se refere à boa-fé objetiva que visa anulação do ato administrativo praticado pela Administração, se afastando da intenção do agente, e outra, relacionada à boa-fé subjetiva, que é denominada de moralidade administrativa qualificada pelo elemento subjetivo, onde a intenção do agente é crucial, considerando que este terá sua responsabilidade avaliada, esta imoralidade seria o ato de improbidade administrativa.

Oportunizou-se observar certa confusão nesta dogmática, havendo à inserção da boa-fé subjetiva como característica principal de toda a moralidade administrativa abarcada no Brasil, todavia, houve a oportunidade específica de esclarecer, com fundamentos teóricos quando a moralidade administrativa tem uma perspectiva subjetiva e objetiva.

Assim, dentro dos estudos perpetrados em comparação à doutrina de Maurice Hauriou e Henri Welter, foi possível observar, considerando a boa-fé do direito alemão (§ 157 e § 242 do Código Alemão), a ideia de moralidade administrativa baseada na boa-fé objetiva, um dever de honestidade e leal da Administração, que se relaciona diretamente com a boa administração, que segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto é o interesse público a ser perseguido pela Administração.

Dentro desta teoria objetiva, considerando que a finalidade do ato administrativo é o interesse público, ou seja, o imperativo da boa administração conduz para que a Administração busque o resultado interesse público, a aferição da moralidade administrativa se consubstancia na análise de dois outros elementos do ato administrativo, os motivos e o objeto.

Em uma segunda perspectiva, de modo específico no Brasil, ante a elucubração acima mencionada, a moralidade administrativa assumiu uma característica subjetiva, ou seja, onde a intenção específica do agente tem relevância, isto acontece pelas marcantes disposições trazidas pela Lei de Improbidade Administrativa, que exigem do agente público um dever de probidade.

O dever de probidade, na doutrina brasileira, atribui à moralidade administrativa uma qualificação, que segundo Giacomuzzi (2013) se refere ao elemento subjetivo (dolo ou culpa), essencial à aferição da imoralidade qualificação e, conseqüentemente, à responsabilização do agente público pelo ato de improbidade administrativa.

Fulcral salientar, em linhas conclusivas do presente trabalho, que a doutrina da moralidade administrativa apesar de muito debatida no Direito Administrativo Brasileiro, na França, onde teve seu nascedouro, não adotou tal concepção para a investigação do ato administrativo, mantendo como signo e significante o desvio de finalidade por intermédio da legalidade interna ou substancial (GIACOMIUZZI, 2013).

O próprio discípulo de Maurice Hauriou, Henri Welter, em parte conclusiva de sua obra *Le Controle Juridictionnel de la Moralité Administrative Étude de Doctrine et de Jurisprudence*, reconhece que grande parte das decisões examinadas em sua obra poderiam ser tratadas pela legalidade em sentido amplo.

Certes, un grand nombre de décisions jurisprudentielles que nous avons considéré comme appartenant au contrôle de la moralité

peuvent encore être rattachées au contrôle de la légalité, entendu au sens large de ce mot.⁶⁸ (WELTER, 1929, p. 460)

Por tudo o que foi apresentado, observou-se, ainda, que a moralidade administrativa somente poderá ser identificada ante a ocorrência e perquirição do caso concreto, ou seja, foram apresentadas características e bases para a identificação da imoralidade, sendo possível aferir se naquele caso, respeitadas suas especificidades, o princípio da moralidade administrativa foi respeitado, ou, caso negativo, sendo o ato eivado de imoralidade, a Administração ou Poder Judiciário deverá proceder sua anulação.

Da mesma forma pode ocorrer com a imoralidade qualificada, só será possível sua identificação através da análise dos fatos, ou seja, deverão ser analisados os motivos, objeto, finalidade e, neste caso, especificamente o elemento volitivo do agente, para fins de avaliação sobre o cumprimento do princípio da moralidade administrativa, em caso negativo, se houve o descumprimento do dever de probidade, uma imoralidade, que deverá submeter o agente às sanções pela prática de ato de improbidade administrativa.

Há expectativa na continuidade dos estudos do viés judicial da moralidade administrativa, visando uma dogmática de interpretação e decisão jurídica da moralidade administrativa quando apreciada pelo Poder Judiciário, em casos de ação popular, ação civil pública e outras ações de cunho processual, com escopo de dar azo a melhor decisão no que tange à apreciação dos casos de imoralidade e sua forma qualificada pelo elemento subjetivo.

⁶⁸ É certo que um grande número de decisões judiciais que consideramos estar no controle a moralidade também pode estar ligada ao controle da legalidade, entendido no sentido amplo dessa palavra.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Andréia Fernandes de; Adinan Rodrigues da Silveira. Uma releitura do poder no estado absolutista. Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, jan./jun., p. 69-84, 2013.

ALMEIDA, Pedro Tavares de. O Conselho de Estado na Monarquia Constitucional. Cultura – Revista de História e Teoria das Ideias. v. 22, p. 195-212, 2006.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, n. 40, abr./jun., p. 291-313, 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves Reflexões sobre a Jurisdição Administrativa: Uma Perspectiva de Direito Comparado. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n 211, jan./mar., p. 65-77, 1998.

BANDEIRA DE MELLO. Princípios Fundamentais de Direito Administrativo. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (coord.). Curso de Direito Administrativo. S. Paulo, RT, 1996.

BARBOSA, Rui. Queda do Império Diário de Notícias. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, v. XVI. t. VIII. 1889.

BARBOZA, Márcia Noll. O princípio da moralidade administrativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp->

[content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf](#) Acesso em: 25 de maio de 2020.

BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um inventário de avanços e retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador. n 13, mar./mai., p. 1-44, 2008 a. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/A-Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o-do-direito-administrativo-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 19/03/2019.

BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 23 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008 b.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Ed 20. Rio de Janeiro: Elseveir, 2004.

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

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 20 de janeiro de 2020.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 20 de janeiro de 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Brasília, 24 de janeiro de 1967. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 25 de janeiro de 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 de janeiro de 2020.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 20 de janeiro de 2020.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro, 22 de abril de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 18 de dezembro de 2019.

BRASIL. Lei Federal nº 221, de 20 de novembro de 1984. Completa a organização da Justiça Federal da República. Senado Federal, 20 de novembro de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/L0221-1894.htm. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Brasília, 29 de junho de 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

Rio de Janeiro, 02 de junho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, 29 de janeiro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 23 de março de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação nº 591 SP. Relator: Ministro Nilson Naves, Brasília, 01 de dezembro de 1999. Diário Judiciário, 15 de maio de 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2661. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, 05 de junho de 2002. Diário Judiciário, Brasília, p. 70, 23 de agosto de 2002.

CAETANO, Marcello. Tendências do Direito Administrativo Europeu. Revista da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 1983.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição, Coimbra: Almedina. 7. ed. 2004.

CARVALHO, José Eduardo de Lima. Crises do Estado Moderno: Capitalismo, Desigualdade e Democracia. Revista Direito e Cidadania da Universidade do Estado de Minas Gerais, v. 2, p. 1-14, 2018.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Apresentação in: Paulino Soares de Souza, Ensaio sobre o Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1960.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. Da boa-fé no Direito Civil. Coimbra: Almedina, 1989.

COTRIM, Gilberto. História global: Brasil e geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DANTAS, Ivo. Constitucionalismo brasileiro: ontem, hoje e amanhã. Revista Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais, n 35, p. 237-254, 1995. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/98>. Acesso em: 25 de dezembro de 2019.

DANTAS, Ivo. A recepção legislativa e os sistemas constitucionais. Revista de Informação Legislativa, n 158, p. 7-21, abr./jun., 2003. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/844/r158-01.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 25 de dezembro de 2019.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição Federal de 1988. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1991.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 1989.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Princípio da legalidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1 ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/86/edicao-1/principio-da-legalidade>>. Acesso: 24 de maio de 2019.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EBREN, Henri. Théorie du détournement de pouvoir. Lyon: Typographie & lithographie A. Ducros, 1901.

FAGUNDES, Miguel Seabra. TJRN, Apelação Cível n ° 1422, Rel. Des. Seabra Fagundes. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n 14, out./dez., p. 52-82, 1948.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo. O atual paradigma jurídico constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n 189, jan./mar., p. 105-131, 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 de janeiro de 2020.

FOUCAULT, Michel. Em Defesa da Sociedade. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FRANCO SABRINHO, Manuel de Oliveira. O controle da moralidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 1974.

FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. 02 de outubro de 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 30 de abril de 2019.

FRANÇA. Code Civil des Français. Paris, De L'imprimerie De La République, 21 de março de 1804. Disponível em: https://fr.wikisource.org/wiki/Code_civil_des_Fran%C3%A7ais_1804/Texte_entier. Acesso em: 31 de janeiro de 2020.

GAZIER, François. A experiência do Conselho de Estado francês. Revista do Serviço Público, v 41, n 2, p. 63-67, 1984. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/2751/1/1984%20RSP%20ano.41%20v.112%20n.2%20abr_jun%20p.63-67.pdf>. Acesso em: 04 de maio de 2019.

GAZIER, François. O Conselho de Estado Francês. Cadernos de Administração Pública, n 29, p. 1-35, 1955.

GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa – História de um conceito. Revista de Direito Administrativo, v. 230, p. 291-303, 2002.

GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade e a Boa fé da Administração Pública. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GUANDALINI JUNIOR, Walter. Gênese Do Direito Administrativo Brasileiro formação, conteúdo e função da ciência do direito administrativo durante a construção do Estado no Brasil Imperial. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011.

GUANDALINI JUNIOR, Walter. História do Direito Administrativo Brasileiro - Formação (1821-1895). Curitiba: Juruá, 2016.

GROFF, Paulo Vargas. Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras. Revista de Informação Legislativa. Brasília, n 175, abr./jun, 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176526/000842780.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 20 de dezembro de 2019.

HAURIOU, Maurice. BEZIN, Guillaume. La Déclaration de Volonté dans le droit administratif français. Revue Trimestrielle de Droit, n 3, jul./set., p. 543-586, 1903. apud GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade e a Boa fé da Administração Pública. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2013

HAURIOU, Maurice. Précis de Droit Administratif et de Droit Public. Paris: Recueil Sirey, 1914.

HAURIOU, Maurice. Précis élémentaire de droit constitutionnel. 2 ed. Paris: Recueil Sirey, 1930.

HAURIOU, Maurice. Principes de Droit Public. Librairie de la Société du Récueil. J.-B. Sirey & du Journal de Palais, Paris, 1910.

HESPANHA, António Manuel. Como os juristas viam o mundo 1.550-1750. Direitos, Estados, Coisas, Contratos, Ações, Crimes. Lisboa: Createspace, 2015.

HESPANHA, António Manuel. Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 1999.

HESPANHA, António Manuel. História das instituições. Épocas medieval e moderna. Coimbra: Almedina, 1982.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: O que é o Esclarecimento?. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Brasília: Casa das Musas, 2008.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MAFRA FILHO, Francisco de Saltes Almeida. Nascimento e evolução do Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 238, out./dez., p. 167-174, 2004.

MANNORI, Luca. Per una 'preistoria' della fusione amministrativa – Cultura giurídica e attività dei pubblici apparati nell'età Del tardo diritto comune. Quaderni Fiorentini per La Storia Del Pensiero Giurídico Moderno. Milano, Giuffrè, n 19, p. 323-504, 1990 apud GUANDALINI JUNIOR, Walter. História do Direito Administrativo Brasileiro - Formação (1821-1895). Curitiba: Juruá, 2016.

MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. Stori Del Diritto Amministrativo. 4 ed. Milano: Laterza, 2006 apud GUANDALINI JUNIOR, Walter. História do Direito Administrativo Brasileiro - Formação (1821-1895). Curitiba: Juruá, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS, Joana Graeff. Uma abordagem acerca da causa contratual. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008.

MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em Evolução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MESTRE, Jean Louis. Introduction Historique au Droit Administratif Français. Paris: Puf, 1985 apud GUANDALINI JUNIOR, Walter. História do Direito Administrativo Brasileiro - Formação (1821-1895). Curitiba: Juruá, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 11 ed. São Paulo: Forense, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade Administrativa: Do Conceito à Efetivação. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n 190, out./dez., p 1-44, 1992. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45405/47592>. Acesso em: 22 de dezembro de 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade administrativa: reflexões sobre laudos periciais ilegais e desvio de poder em face da Lei federal nº 8.429/92. Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. 2005. Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicacao_noticia/Improbidade%20administrativa.pdf. Acesso em: 25 de junho de 2020.

PEREZ, Jesus Gonzalez. El principio general de la buena fe en el derecho administrativo. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1983.

PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. 500 anos de Direito Administrativo brasileiro. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, n 5, jan./fev./mar. p 1-25, 2006. Disponível em: <https://turma55fadi.files.wordpress.com/2013/02/artigo-500-anos-de-direito-administrativo-no-brasil-profc2aa-maria-sylvia-di-pietro1.pdf>. Acesso em: 12 de dezembro de 2019.

QUEIROZ, Jorge Washington de. Corrupção o mal do Século: entender para vencer o maior crime contra a sociedade. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. Barueri: Manole, 2013.

RAWLS, John. O Liberalismo político. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito - situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: volume I (parte geral). 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SEVERINO, Antônio Joaquim. Metodologia do trabalho científico. 22 ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25 ed. São Paulo, Editora Malheiros, 2005.

SIMÃO, Calil. Improbidade Administrativa Teoria e Prática. 3 ed. Belo Horizonte: JHMizuno, 2017.

SKINNER, Quentin. Uma Genealogia do Estado Moderno. Tradução: Mônica Brito Vieira. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2011.

SODRÉ, Nelson Werneck. História da Burguesia Brasileira. Petropolis: Vozes, 1983.

SOUZA, Fafina Vilela de. Manual normativo para elaboração e apresentação de trabalhos científicos na FDSM. Pouso Alegre: FDSM, 2019.

TÁCITO, Caio. A reforma da Jurisdição Administrativa na França. Notas e Comentários. p. 548/460. 1954. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/13859/12760>>.

Acesso em: 30 de abril de 2019.

TÁCITO, Caio. A transformação do Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n 242, out./dez., p. 151-158, 2005.

TÁCITO, Caio. Direito Administrativo Participativo. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n 209, jul./set., p. 1-6, 1997.

TÁCITO, Caio. Teoria e prática do desvio de Poder. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. v. 117, jul./set., p. 1-18, 1974.

WELTER, Henri. Le Contrôle Juridictionnel de la Moralité Administrative Étude de Doctrine et de Jurisprudence. Paris: Recueil Sirey, 1929.