

O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

DIONY PEREIRA DOS SANTOS¹ & CAROLINA RODRIGUES SCHETTINO VALENTE²

¹Graduado em Direito, dionypereira@outlook.com

²Professora do Curso de Direito, carolschettino2008@hotmail.com

Caderno Saberes, n. 7, 2021

RESUMO - O trabalho abordou o Princípio da Moralidade Administrativa como meio de controle dos atos administrativos discricionários, tendo como justificativa a violação da moral institucional. O presente estudo justificou-se pela necessidade de proteger o Estado e toda a coletividade, assegurando a preservação da boa-fé, lealdade e probidade. Buscou-se demonstrar a importância do Princípio da Moralidade Administrativa e seu papel limitador ao poder discricionário. A pesquisa utilizou-se de textos doutrinários e consulta legislativa e jurisprudencial. Conclui-se com a pesquisa que o Princípio da Moralidade Administrativa é um vetor para que a Administração Pública conduza suas atividades em obediência a probidade administrativa, em que seus administradores estão obrigados a uma atuação pautada no respeito à instituição e a todo o regramento jurídico. Desse modo, a Moralidade Administrativa pode ser utilizada, como justificativa de controle jurisdicional do ato discricionário, sempre que a Administração se distancie do interesse público, buscando satisfazer interesses contrários aos da coletividade, da moral institucional, e que ofendam a ética, a boa-fé e a probidade do serviço público.

Palavras-chaves: Boa-fé. Ética. Moral. Probidade. Serviço Público.

INTRODUÇÃO

Em observância ao Princípio da Legalidade, a Administração pública está obrigada a fazer unicamente o que a lei determina, desse modo, para a realização e a entrega do serviço público, a lei confere à Administração a possibilidade de agir, conferindo poderes para que ela pratique seus atos, no entanto, a própria lei estabelece se esse ato será um vinculado ou discricionário.

Um ato vinculado se dá quando a lei predetermina a única conduta a ser tomada diante do caso concreto, devendo a Administração agir conforme pré-estabelecido pela lei, por outro lado, quando o texto legal confere à Administração margem de opção para que ela escolha diante do caso concreto a opção mais oportuna e conveniente, estamos diante de um ato discricionário.

Desse modo, quando o ato a ser praticado pela Administração for um ato discricionário, será conferido ao

administrador público margem de escolha para que ele atue conforme juízo de conveniência e oportunidade.

No entanto, essa margem de escolha que também é classificada pela doutrina clássica como mérito administrativo, deve observar limites, sob pena de contrariar a Constituição de 1988, e incidir a possibilidade de controle jurisdicional.

Desse modo, o presente estudo consistiu em analisar a possibilidade de controle do ato discricionário pelo Princípio da Moralidade Administrativa. Para tanto, baseou-se nos ensinamentos doutrinários de Mello (2006) e (2014), Pietro (1991) e (2015), Carvalho Filho (2018), Meirelles (2013) e Justen Filho (2015), bem como, a Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

MATERIAL & MÉTODOS

Para a realização deste estudo, esta pesquisa utilizou-se da coleta de dados bibliográficos. Sendo analisados materiais

publicados, como livros, leis e jurisprudência. À vista disso, iniciou-se estabelecendo a importância dos princípios e sua força normativa. Logo após, tratou-se do Princípio da Moralidade Administrativa, seu surgimento e o nascimento do Direito Administrativo no Brasil, após, analisou o advento da moralidade administrativa na constituição de 1988. Sem demora, foi analisada a discricionariedade administrativa, sua terminologia, conceitos e controle jurisdicional da discricionariedade. Em seguida, foi examinado o Princípio da Moralidade Administrativa e o controle do ato discricionário, seus aspectos gerais e teorias adotadas. Para tanto, realizou-se profunda análise jurisprudencial e doutrinária, bem como, a legislação pertinente para se alcançar um entendimento intuitivo acerca das premissas levantadas.

RESULTADOS & DISCUSSÃO

Inicialmente, compreende-se que os princípios são fontes de interpretação, que oferecem ao intérprete da norma, ferramentas que possibilitam a construção de respostas coerentes ao sistema de regras. Desse modo, princípio

é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para as exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentimento harmônico (MELLO, 2014, p. 986-987).

Nesse sentido, os princípios são fundamentais para a organização e o

direcionamento do Estado, na busca pelo interesse público e satisfação dos desejos da coletividade.

Para Justen Filho (2015, p.199),

os princípios apresentam enorme relevância no âmbito do direito administrativo. A atividade administrativa traduz o exercício de poderes-deveres, o que significa a vinculação quanto ao fim a ser atingido. Em inúmeras oportunidades, a conduta a ser adotada dependerá das circunstâncias, o que não equivalerá a consagrar a liberdade para o agente escolher como bem entender. Nessas situações, pode haver alguma autonomia de escolha quanto ao meio a adotar, e os princípios serão o instrumento normativo apropriado para evitar escolhas inadequadas. Serão inválidas todas as decisões incompatíveis com os fins a serem promovidos e com os valores protegidos pela ordem jurídica.

Assim, no âmbito do Direito Administrativo, os princípios têm maior importância que no Direito Privado, sendo que no Direito Administrativo, tanto as regras quanto os princípios possuem força normativa.

Com tais características, princípios são chaves indispensáveis para a interpretação do conteúdo normativo, servindo como fonte de luz na hermenêutica jurídica, constituindo-se verdadeiro alicerce da construção do Direito.

Nessa perspectiva, surge de forma expressa no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Moralidade Administrativa, sendo tratada nos artigos 5º, LXXIII¹, na qual, dispõe sobre Ação Popular, e também no consagrado artigo 37², que apresenta a moralidade como um

¹LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência

²Art. 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.

dos cinco princípios que regem a Administração Pública.

No artigo 5º, inciso, LXXIII, da Carta Magna (1998) temos, a moralidade no seu aspecto de legalidade interna do ato, ou seja, a imoralidade é o desvio de poder, estando ligada a algum vício, de conteúdo, motivo ou de intenção. Por outro lado, o citado artigo 37, de forma expressa apresenta a moralidade administrativa como princípio do Direito Administrativo.

Justen Filho (2015, p. 203), sustenta que “O princípio da moralidade exige que a atividade administrativa seja desenvolvida de modo leal e que assegure a toda a comunidade a obtenção de vantagens justas. Exclui a aplicação do provérbio de que o fim justifica os meios”.

Assim, cabe a Administração Pública, desempenhar seu papel de gerir a máquina pública, abstendo-se de condutas que sejam incompatíveis, tanto do ponto de vista da moral social quanto da moral administrativa, que em suma, resume-se ao compromisso de assegurar o bem comum à sociedade, colocando o interesse coletivo sempre acima do interesse particular.

É notório salientar que o respeito à moral institucional, também cabe ao particular que se relacione com a Administração Pública, nesse sentido, Pietro (2015, p. 112), leciona que

[...]Sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

Desse modo, é sabido que a Administração Pública, só pode agir com previsão legal, diante do Princípio da Legalidade que, por sua vez, é considerado como parte do alicerce da Administração

Pública. Este princípio é responsável por impor e limitar a atuação da Administração na realização de suas atividades, visando evitar excessos e arbitrariedades.

A atuação da Administração Pública se dá por meio de atos administrativos, que são compreendidos como atos jurídicos, na qual, a Administração exerce sua função pública, manifestando e exteriorizando sua vontade.

Posto isso, os atos administrativos são classificados em atos vinculados, quando a lei estabelece de forma restrita qual a conduta deve ser adotada pela Administração. Pietro (1991, p. 40), diz que “diante de um poder vinculado, o particular tem um *direito subjetivo* de exigir da autoridade, a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial.”

Entretanto, em determinados momentos, a lei não prescreve como a Administração Pública deverá agir, mas oportuniza ao administrador a escolha da solução mais conveniente e oportuna a ser decidida naquele momento.

Nesse sentido, “*Poder discricionário* é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.” (MEIRELLES, 2013, p. 126).

Depreende-se que nesse caso caberá unicamente à Administração decidir qual a melhor solução ao caso em concreto, escolhendo de forma oportuna e conveniente a solução que mais se adequa à situação. Entende-se, assim, que a discricionariedade administrativa é, se não “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito.” (PIETRO, 1991, p. 41)

No entanto, adverte-se que essa margem de liberdade facultada ao

administrador, deve ser entendida sob a ótica da liberdade relativa, isto é, encontra-se limitada pelo ordenamento jurídico, incluindo-se os princípios administrativos.

Em um ato administrativo vinculado, a Administração Pública está proibida de realizar a análise de mérito, devendo agir estritamente como a lei determina, sujeitando-se ao controle jurisdicional caso incorra na violação da lei. No ato discricionário, surge para a Administração Pública, a margem de escolha, sendo sua decisão voltada à conveniência e à oportunidade acerca da melhor hipótese ao caso concreto.

Enfatiza-se que o interesse público deve sempre estar acima do interesse individual, uma vez que a atuação da Administração Pública está pautada em dois princípios, que são por sua vez considerados pela melhor doutrina administrativista como princípios basilares do direito administrativo.

O primeiro destes é o Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Interesse Particular, para Carvalho (2018, p.62),

O interesse público é supremo sobre o interesse particular, e todas as condutas estatais têm como finalidade a satisfação das necessidades coletivas. Nesse sentido, os interesses da sociedade devem prevalecer diante das necessidades específicas dos indivíduos, havendo a sobreposição das garantias do corpo coletivo, quando em conflito com as necessidades de um cidadão isoladamente. Em razão desta busca pelo interesse público, a Administração se põe em situação privilegiada, quando se relaciona com os particulares.

Por seu turno, o segundo princípio basilar, denominado por Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, ensina que a Administração Pública, não pode dispor do interesse público, vez que este interesse é indisponível, Carvalho (2018, p.62) sustenta que

este princípio define os limites da atuação administrativa e decorre do fato de que a impossibilidade de abrir mão do interesse público deve estabelecer ao administrador os seus critérios de conduta. De fato, o agente estatal não pode deixar de atuar, quando as necessidades da coletividade assim exigirem, uma vez que suas atividades são necessárias à satisfação dos interesses do povo[...].

Portanto, a finalidade do ato discricionário, é atender aos interesses públicos, devendo o administrador escolher a forma mais conveniente e oportuna para solucionar o caso concreto.

No entanto, a atuação discricionária, não é ilimitada, a pesquisa se mostrou favorável em aceitar o cabimento do controle do ato discricionário pelo Poder Judiciário, quando a atuação da Administração Pública contrarie a moral administrativa.

Mello (2014, p.1006-1007), ressalta que

assim como ao judiciário compete fulminar todo comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária.

Pontua-se que a atuação do controle jurisdicional dos atos administrativos, tem como finalidade resguardar a ordem pública e o bom funcionamento da Administração. Visto ser garantido a todos o livre acesso à justiça, sempre que for necessária a apreciação do Poder Judiciário, a lesão ou ameaça de lesão a direito, conforme se observa no Princípio da Inafastabilidade da

Jurisdição, expresso na Constituição Federal (1988) em seu artigo 5º, XXXV³.

Cabe dilucidar que “quando a Administração exerce atividade vinculada, o controle judicial pode exercer-se sem restrições, com o fim único de verificar a conformidade do ato com a lei, decretando sua nulidade se reconhecer que essa conformidade inexistiu” (PIETRO, 1991, p. 93), ou seja, sempre que o ato vinculado não estiver em conformidade com o ordenamento jurídico vigente, poderá o Poder Judiciário atuar, decretando sua nulidade.

Em contrapartida, muito se discute acerca dos limites de apreciação jurisdicional do ato administrativo, no que convém a revogação quando este for inconveniente ou inoportuno, Meirelles (2013, p. 220), pontua que “A Justiça somente *anula* atos ilegais, não podendo *revogar* atos inconvenientes ou inoportunos, mas formal e substancialmente legítimos, porque isto é atribuição exclusiva da Administração.”

No entanto, embora o Poder Judiciário não possa substituir a vontade da Administração, quando esta se manifestar de forma privativa, isto é, quando ela exteriorizar sua vontade, mas caberá sempre à justiça dizer se a Administração agiu em observância a lei dentro da sua fiel competência.

Deste modo, a lei não poderá excluir apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça de lesão a direito, devendo o controle jurisdicional do ato discricionário ocorrer sempre que este ato violar a norma constitucional. Meirelles (2013, p. 220), assegura que,

O Judiciário não poderá substituir a Administração em pronunciamentos que lhe são privativos, mas dizer se ela agiu com observância da lei, dentro de sua competência, é função específica da Justiça Comum, e por isso mesmo

poderá ser exercida em relação a qualquer ato do Poder Público, ainda que praticado no uso da faculdade discricionária, ou com fundamento político, ou mesmo no recesso das câmaras legislativas como seus *interna corporis*. Quaisquer que sejam a procedência, a natureza e o objeto do ato, desde que traga em si a possibilidade de lesão a direito individual ou ao patrimônio público, ficará sujeito a apreciação judicial, exatamente para que a Justiça diga se foi ou não praticado com fidelidade à lei e se ofendeu direitos do indivíduo ou interesses da coletividade.

Diante do exposto, em consideração a toda fonte bibliográfica, à legislação e à jurisprudência, percebe-se que o Princípio da Moralidade Administrativa é um veículo de controle que protege a Administração Pública, podendo ser usado como meio de controle a atos administrativos discricionários que atentem contra a moral institucional, causando lesão ou ameaça de lesão à Administração.

CONCLUSÕES

Concluiu-se que a Administração Pública desenvolve suas atividades, exteriorizando suas ações por meio de atos administrativos, que se qualificam em vinculados e discricionários. Estes atos administrativos se enquadram como atos jurídicos, que são praticados pelo Estado com o fim de entregar para a coletividade a prestação do serviço público.

A Administração Pública, pratica atos administrativos exercendo a sua função administrativa, sob o regime de direito público, que manifesta sua vontade. O ato vinculado ocorre, quando, de forma objetiva, a lei estipula qual será a atuação da Administração ao caso concreto, já o ato discricionário, surge quando a lei cede para a Administração margem de escolha,

³XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

cabendo à Administração decidir conforme a conveniência e oportunidade, observando sempre os limites estipulados na lei.

Dessa maneira, é correto dizer que não existe dentro do direito administrativo atuações totalmente discricionárias, visto que tanto o ato vinculado quanto o ato discricionário estão submissos à prescrição legal.

Ademais, é sabido que no Brasil vigora o sistema de tripartição de poderes, na qual, as funções do Estado são divididas em legislativas, executivas e judiciárias, e que cada um dos três poderes da República apresenta uma destas funções como típica. Entende-se que estes poderes são independentes e harmônicos entre si, conforme disposto no artigo 2º da Constituição Federal de 1988⁴.

Portanto, caso a atuação da Administração Pública contrarie a normativa constitucional, atentando contra a ideia de honestidade, probidade, lealdade, decoro e boa-fé, este ato estará contrariando o Princípio da Moralidade Administrativa, cabendo ao Poder Judiciário, quando provocado, se manifestar, invocando o princípio supracitado como meio de controle do ato discricionário, sem incorrer em usurpação de poderes.

Por fim, embora possa existir o controle jurisdicional no ato discricionário, tal controle não se trata de substituir a vontade da Administração pela vontade do órgão julgador, mas sim, de corrigir uma violação constitucional ao Princípio da Moralidade Administrativa.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília Senado Federal, 1988. 292 p.
- CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2018. 1232p.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32.ed. São Paulo: Atlas, 2018. 1346p.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Discricionariiedade e controle jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. 110p.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Malheiros, 2014. 1150 p.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discricionariiedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo, SP: Atlas, 1991. 180 p.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2015. 1038p.

⁴Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.