

AS FUNÇÕES DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA (O CONTROLE DA MORALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA)*

Judith Martins Costa

Auditora Substituta de Conselheiro do TCE/RS. Professora de Direito Civil na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na Escola de Preparação à Magistratura da Associação dos Juizes do RGS - AJURIS e na Escola Superior do Ministério Público do RGS.

Sumário: Introdução. I) Funções Positivas do Princípio da Moralidade: a. 1) Função de “mandado de otimização” da conduta administrativa; a.2) Função de cânone hermenêutico. **II) Funções Negativas do Princípio da Moralidade Administrativa:** b.1) Função de limite à ação administrativa; b.2) Função de controle do desvio de finalidade. Conclusões.

Uma das mais árduas tarefas dos que têm por mister aplicar normas jurídicas - seja na posição de julgador, seja na de administrador, seja a especial posição dos membros do Tribunal de Contas, no julgamento das contas públicas e na apreciação de atos administrativos de despesa - diz com a concreção dos princípios jurídicos, em especial o **princípio da moralidade administrativa**. As dificuldades que aí se põem decorrem, de um lado, da fluidez do próprio termo “moralidade”¹, vinculando-se, de outro, a certa perplexidade quanto às funções do princípio na ordem prático-jurídica, motivo pelo qual será interessante averiguar não só a sua extensão mas, bem assim, certos modos concretos de operacionalizar o controle dos comandos jurídicos que o mesmo contém.

Desde logo cabe assinalar que o assunto não poderia ser mais oportuno à discussão em um congresso dos Tribunais de Contas. É voz corrente a afirmação de estarem estes órgãos jungidos a apreciar as **contas** de responsabilidade dos administradores públicos. A afirmação denota, subjacentemente, uma falsa compreensão do alcance e significado da expressão “prestar contas”² quanto um

* Tese apresentada e aprovada no XVII Congresso dos tribunais de Contas do Brasil, realizado em São Luis do Maranhão, de 20 a 24-09-93.

¹ Para uma análise da linguagem jurídica, em especial dos chamados “conceitos indeterminados” ou conceitos vagos socialmente típicos”, Claudio Luzzati, **Lavaghezza delle norme**, Ed. Giuffrè, Milão, 1990, p. 330 e ss.

² A expressão é tradicional no nosso direito para significar o dever que incumbe aos **mandatários** ou a todos os que praticam atos e exercem poderes, **em nome alheio** - tais como os administradores, curadores, gestores de negócios, etc - de esclarecerem o mandante ou ao Poder Público e se responsabilizarem pelos atos praticados. Na obrigação de prestar contas dos gestores de negócios compreendem-se, segundo o magistério de Orlando Gomes, “*a de ressarcir todos os danos resultantes da gestão*” e a de “*restituir qualquer proveito retirado da gestão*” (in **Contratos**, Forense, 1991, p. 392). Como se vê a expressão “contas” contém um

equivoco limite posto à extensão da competência constitucional dois Tribunais de Contas, como se esta tivesse por fronteiras tão-somente a verificação de certos critérios contábeis de “verificação” das contas públicas. Contudo, diferentemente do que um leigo poderia supor ao ouvir tal afirmação, as “contas” que estes Tribunais julgam, bem assim como os “atos de despesa” que apreciam resultam, sempre, de **atos administrativos**, os quais consubstanciam principalmente **atos jurídicos**.

Por esta razão justifica-se, também aos Tribunais de Contas, no uso da competência constitucional que lhes foi deferida, o controle da moralidade dos atos administrativos que apreciam, o qual nada mais consubstancia do que o **controle da juridicidade - ou da legalidade substancial - de certos atos jurídico-administrativos dos quais resultaram despesas públicas**.

O exame das funções do princípio da moralidade conduz, ainda que introdutoriamente, a referir o papel da principiologia no direito público. Este tema tem sido posto com cada vez mais frequência na doutrina³, sendo fundamental a sua compreensão no campo do direito público até porque é, este, um direito **não codificado**: justamente por não configurar certa concepção sistemática de “ordem e unidade” internamente considerada - como ocorria com o direito civil correspondente ao paradigma oitocentista e expresso nos códigos do final do século XIX e início deste⁴ - no direito administrativo os conjuntos normativos hábeis à regulação punctual dos diversos campos de interesse público - por exemplo, o da reforma administrativa⁵, o das licitações e contratos⁶, os estatutos que definem o regime jurídico dos servidores⁷, os que sancionam certas condutas dos agentes públicos que caracterizam atos de improbidade⁸ ou os que instrumentalizam a conduta dos cidadãos em face de atos administrativos lesivos⁹, entre outros, - **necessitam articular-se entre si, conexiando-se com a Constituição**.

Incompreensivelmente, consideram alguns que os princípios constituem normas desprovidas de eficácia depende de punctual regulamentação

significado jurídico preciso, não devendo ser conotada aos significados aritméticos que parentura, em outro contexto, poderiam lhe ser atribuídos.

³ Ver Joseph Esser, **Princípio y Norma en la Elaboracion Jurisprudencial del Derecho Privado**, trad. de Eduardo Vaelenti Fiol, Ed. Bosch, Barcelona, 1961, Ronald Dworkin, **Los Derechos en serio (Taking Rigts Seriously)**, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, 1989, José Joaquim Gomes Canotilho, **Direito Constitucional**, 5ª edição, Almedina, 1991, p. 171 e ss e Eros Roberto Grau, **A Ordem Econômica na Constituição de 1988, Interpretação e Crítica**, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, em especial capítulo quarto.

⁴ Sobre as noções de sistema no direito, Claus-Wilhelm Canaris, **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema no Direito**, trad. de A. Menezes Cordeiro, Lisboa, 1989, Lawrence M. Friedman, **II sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociale (The Legal Sytem. A Social Science Prospective)**, trad. de Giovanni Tarello, Il Mulino, Bolonha, 1975 e Michel Van de Kerchove e François Ost, **Le Système Juridique entre Ordre et Desordre**, PUF, Paris, 1988.

⁵ Decreto-Lei nº 200/67.

⁶ Lei nº 8.666/93.

⁷ Lei Federal nº 8.112/90

⁸ Lei Federal nº 8.429/92

⁹ Lei nº 4.717/65, que regula a ação popular.

legislativa. Nada mais inexato, no entanto, como se verá. É bem verdade que a sua aplicação, contudo, exige do intérprete um trabalho mais exaustivo do que aquele desenhado pelo raciocínio lógico-subsuntivo porquanto os princípios suscitam problemas de **importância, ponderação e valia** - e não apenas de validade, como as regras¹⁰ - por forma a exigir, do intérprete, a atividade de concreção ou “concretização” do princípio. Para tal atividade se considera, entre outros elementos, que as normas jurídicas se colocam no sistema, necessariamente, em relação de conexidade e articulação ora, a “ponte” que viabiliza tal conexão, permitindo não apenas a articulação das diferentes normas entre si mas, igualmente, a sua interligação com os mandamentos constitucionais é formada, justamente, pelos princípios jurídicos, em razão de sua especial dimensão e capacidade de expansão no ordenamento.

Traduzindo valores, os princípios são eminentemente multifuncionais ordem desempenhar função argumentativa, “*permitindo, por exemplo, denotar a ratio legis de uma disposição, ou revelar normas que não estão expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito*”¹¹ ou, ainda, criar normas de conduta, positiva ou negativa aos que se encontram sob o seu comando.

Se impõe, por consequência, o exame de algumas das funções desempenhadas pelo princípio da moralidade administrativa no que diz com o controle de atos administrativos que geram despesa pública. O exame que se seguirá parte dos pressupostos ora lançados. Como se vê, as perspectivas de análise abertas por tão fascinante tema não poderiam ser mais vastas. Contudo, com a finalidade de operacionalizar o debate, estarei restrita tão-somente a abordagem de **algumas das funções** do princípio da moralidade administrativa. Para tanto, apontarei a quatro campos de função preenchidas pela pauta da moralidade administrativa, do ponto de vista positivo, como **ampliação de deveres** (I) e negativo, como **limite a condutas e ações** (II), correlacionando-os com o dever de controle constitucionalmente atribuído aos Tribunais de Contas.

I) Funções positivas do princípio da moralidade

Até a entrada em vigor da atual Constituição, princípios jurídicos de exponencial relevância para a ação administrativa como os da **legalidade** e da

¹⁰ Canotilho, op. cit., p. 174. Para a distinção entre princípio e regra jurídica - espécies que pertencem, ambas ao gênero “norma jurídica” - segui o critério proposto por Ronaldo Dworkin, op. cit. também acolhido por Canotilho.

¹¹ Assim José Joaquim Gomes Canotilho, op. cit. p. 173.

impessoalidade da conduta, o da ampla **publicidade** dos atos administrativos, o da **economicidade** da gestão da coisa pública e o da **moralidade** administrativa, ou vinham dispersos nos variados conjuntos normativos existente no ordenamento público brasileiro, ou, mesmo, eram tidos como pré-positivados, como se em “estado de latência” no ordenamento¹². É certo que mesmo aí não se poderia pensar que, pelo fato de estarem dispersos no ordenamento, tais princípios fossem aplicáveis tão-somente no punctual campo normativo onde inseridos. Forçoso é considerar, contudo, que a sua elevação ao status constitucional, sua alocação no pórtico do capítulo concernente à Administração Pública ou do seu controle externo¹³, facilitaram a compreensão dos intérpretes e aplicadores da lei, porquanto melhor evidenciaram o caráter sistemático do ordenamento jurídico.

A pauta da moralidade administrativa, aqui a ser especificamente tratada, se espraia por toda a atividade jurídico-administrativa, impondo aos seus destinatários a atuar segundo princípios éticos¹⁴, daí derivando o aumento de deveres que lhes incumbem.

I.1) a função de “mandamento de otimização” da conduta administrativa.

Em estudo recentemente publicado bem lembrou José Augusto Delgado verificar-se a circunstância de, no desenvolvimento da aplicação da lei pelo administrador público, “*aparecerem atos que, não obstante se apresentarem como bons e legais, embutem, um desvio, uma vontade particular do administrador, em suma, uma violação do dever de exercício de uma boa administração e um atentado ao bem comum*”¹⁵. A citação introduz, em primeiro lugar, ao tema relativo ao **dever de bem administrar**, cerne da atual teoria da Discricionariedade, o qual *impõe-se como um princípio não escrito (porque se o fora, seria até gritantemente pleonástico) de que o Estado Democrático de Direito deve bem atender ao interesse público, para cuja realização enfim, existe*¹⁶.

A preocupação teórica com o dever de bem administrar surgiu como consequência da hipertrofia do Estado, a qual não foi acompanhada por um

¹² Existem princípios, assegura Esser, que decorrem da natureza das coisas ou das instituições. Tais princípios não estão necessariamente postos em determinado texto legislativo, sendo “descobertos” mediante a atividade de interpretação de um determinado conjunto normativo, em especial através da atividade jurisprudencial. Ver. op. cit., p. 7. É o que ocorre, v.g., com o **princípio da razoabilidade**, no âmbito da atividade administrativa. A este respeito ver, entre nós, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, **Legitimidade e Discricionariedade - Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade**, Ed. Forense, 1991, p. 33 e ss.

¹³ Constituição Federal, art. 37, caput e art. 70, caput.

¹⁴ Neste sentido Celso Antônio Bandeira de Mello, **Elementos de Direito Administrativo**, 3ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1992, p. 61. grifos do Autor.

¹⁵ Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição Federal de 1988, in Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, 1993, 1.p. 209, grifos meus.

¹⁶ Assim Diogo de Figueiredo Moreira Neto, op. cit., p.30.

aperfeiçoamento das instituições e mecanismos voltados ao seu controle. Como assinala Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “à hipertrofia do Estado seguiu-se, como seria de se esperar, um geral e insopitado abuso da função administrativa... A pretexto de desenvolver uma administração ‘eficiente’, o Estado freqüentemente ultrapassava os limites; mal demarcados, da legalidade e da legitimidade, como se ambas fossem estranhas ou incompatíveis em relação à eficiência”¹⁷

Tal fenômeno suscitou questionamentos que culminaram, na Europa, na primeira metade do século com o delineamento do conceito do dever de boa administração, cujo fundamento se ancora no dever geral de atuação do Estado¹⁸. Contudo, embora seja assente que a *Administração, como órgão a que se atribui parcela do poder do Estado, tem o poder-dever de atuar (...) nisso não se esgota o conteúdo desse específico dever: é preciso que sua ação se volte concretamente à satisfação de um ‘interesse’ público; seu dever de administrar não se cumpre cabalmente se não for entendido como um dever de bem administrar*¹⁹

É justamente para que cumpra com este dever que é deferida, à Administração, a **discricionariedade**, dever-poder necessário ao desempenho da função administrativa. Sabe-se, entretanto, que o controle da discricionariedade - melhor dito, o controle de atos administrativos praticados no exercício do dever-poder da discricionariedade - apresenta peculiaridades. É justamente neste campo que o princípio da moralidade administrativa incide para **aumentar o dever de boa administração**, já que os princípios jurídicos se apresentam como **mandados de otimização de condutas**.

A expressão sublinhada deve-se a Robert Alexy. Segundo o autor os princípios constituem “*normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação com as possibilidades jurídicas e fáticas*”²⁰. São portanto, “*mandamentos de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada de seu cumprimento não depende apenas das possibilidades fáticas, mas igualmente, de suas possibilidades jurídicas*”²¹. Desta característica, aliás, decorrerá outra importante característica dos princípios, qual seja, a possibilidade de sua colisão, exemplificativamente, a colisão entre a moralidade e a legalidade.

É o que, v.g. pode ocorrer - e freqüentemente ocorre - na realização de concursos públicos para a admissão de pessoal em cargo ou emprego. Como é sabido, a Constituição vigente atribui competência aos Tribunais de

¹⁷ Idem, p. 29.

¹⁸ Para estas referências, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, op. cit. pp. 29 a 30.

¹⁹ Idem, grifos do autor.

²⁰ Sistema Jurídico, Principios Y Razón Prática. Revista Doxa, Universidad do Alicante, 1988, p. 143, traduzi

²¹ Sistema Jurídico, principios Y Razón Prática. Revista Doxa, Universidad do Alicante, 1988, p. 143, traduzi.

Contas para “apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão” (art. 71, III, primeira parte).

Esta competência deve ser exercida à vista do que contém a mesma Constituição, no art. 37, inciso II, a qual formula, com extrema precisão, a regra do acesso aos cargos públicos mediante prévio concurso de títulos e provas - quaisquer cargos, excetuados aqueles providos em comissão deve ser exercida, principalmente, à vista dos princípios fundamentais da ação administrativa, contidos no *caput* do mesmo art. 37.

É preciso reconhecer que o texto vigente teve o mérito de obstar o sistema de fraudes que vegetava à sombra da Constituição anterior ao exigir o concurso apenas para a “primeira investidura” em cargo público - permitindo, com isto, as justamente mal afamadas “provas de habilitação interna”, atentatórias à garantia da igualdade.

Contudo, mesmo o texto vigente será inefetivo se estiverem os aplicadores da lei - *in casu*, os membros dos Tribunais de Contas - atados a uma concepção meramente formal do princípio da legalidade, não o articulando com os demais princípios e o afastando da pauta da moralidade. Não têm sido poucos os concursos públicos desenvolvidos em fraude à efetiva impessoalidade que deve comandar a competição que privilegia o ingresso consoante o critério da justiça distributiva: a cada um de acordo com o seu **mérito**, a ser demonstrado **na competição**. Nesta perspectiva a conduta administrativa, para caracterizar-se como uma **conduta moral** - na conotação jurídica do termo - deve ser de tal modo que não deixe dúvidas acerca da conformidade à lei, entendida em seu aspecto substancial, isto é, em relação à sua finalidade e não apenas à sua forma. O exame da legalidade dos atos de admissão inclui, pois, necessariamente, o exame da legalidade dos concursos públicos que o antecederam, legalidade a ser apreciada **in concreto** e no que diz com a substância dos atos e procedimentos que a pretendem conformar.

Para tanto, a análise de todo o procedimento, desde a publicação do edital até o ato de posse dos aprovados deve ser realizada pelo Tribunal de Contas, o qual, na apreciação dos atos de admissão, levará em conta o exame das regras, vale dizer, as disposições administrativas reguladoras do procedimento do competitivo à vista do princípio da moralidade entendido como um comando que ordena sejam as regras editalícias conformadas à pauta da moralidade; os deveres da impessoalidade, da publicidade, da razoabilidade, de conformidade entre objeto e ato, de motivação e de eficiência no agir administrativo - todos **deveres de conduta, que nascem da incidência dos princípios, conduzindo à plena efetivação do dever fundamental de bem administrar** - restam, assim, acrescidos.

Por esta razão e à vista do exemplo acima indicado, se desenvolvido o concurso segundo padrões que atentem contra os princípios assinalados deve o Tribunal, cumprindo mandamento constitucional, **negar registro ao ato** de admissão resultante de procedimento concursal assim viciado, resguardado sempre aos prejudicados, o direito ao contraditório.

I.2) a função de cânone hermenêutico.

Regra geral de interpretação de qualquer norma jurídica - princípio ou regra, de direito público ou privado - assenta que, “*na aplicação da lei o juiz atenderá aos **fins sociais** a que ela se dirige e as exigências do **bem comum***”²² o que, por evidente, não pode ser tomado como um preceito vazio. Nesta perspectiva desenha-se outra função do princípio, agora como cânone hermenêutico que se aloca de modo essencial no exame de disposições administrativas de caráter normativo confusas, omissas ou lacunosas, ou ainda como critério de avaliação da aplicação, procedida pelo administrador, de certo comando jurídico.

Quanto à primeira hipótese basta pensar, ainda para **ficarmos na turbulenta** zona dos concursos públicos, em edital que não contenha com clareza, ou não contenha, disposições relativas ao procedimento do exame, pelos candidatos, das provas realizadas por seus concorrentes, ou ainda, que contenha regra vedando tal exame. Aí, o princípio da moralidade, conectado com o da publicidade, preencherá ou suprirá a norma editalícia, retirando a validade e a eficácia daquela disposição que lhe é contrária.

Nesse sentido, aliás, mesmo anteriormente à vigência da atual Constituição, já havia decidido o então Tribunal Federal de recursos, “retirando” do sistema jurídico o princípio da moralidade. Tratava-se de caso em que regra expressa de edital de concurso público **vedava** as “vistas” das provas pelos candidatos. Na ementa do acórdão assinalou o Tribunal que “*em respeito à moralidade da atividade administrativa, impõe-se a concessão de vista das provas em qualquer concurso público*”²³ Por outro lado, quanto à avaliação do critério adotado pelo administrador público na aplicação de comando jurídico que lhe cabia executar, funciona o princípio da moralidade como delineador do campo a ser preenchido pela interpretação: Neste sentido, não se escusará o administrador que, na aplicação de regra jurídica, lhe consignar sentido avesso ou incompatível ao indicado pela *standard* da moralidade este como cânone hermenêutico, vinculará a concreção de conceitos fluidos eventualmente constantes nas leis, o que terá importância capital, por exemplo, no exame das licitações e contratos administrativos, em especial nos casos em que a licitação é dispensada.

²² Lei de Introdução ao Código Civil, art. 5º, grifei.

²³ RED 107827 - DF, Rel. Min. Jesus da Costa Lima, DJ de 26.02.87, *apud* José Augusto Delgado, *op. cit.*, p. 221.

É bem verdade que, nesta acepção, funciona o princípio da moralidade tanto do ponto de vista de acrescer deveres quanto no de impor limites à conduta administrativa. Basta pensar na recente Lei nº 8.666/93, a qual é pródiga, como se sabe, na utilização de conceitos dúcteis ou fluidos. Emprega, assim, expressões tais como “*circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato*” (art. 3º, § 1º, I), estipulando limite à Administração no que concerne aos termos em que o edital convocatório pode ser exarado: contrariaria, incontrolavelmente, a moralidade, exigir, no ato convocatório de Tomada de Preços para a aquisição de determinado bem por ente municipal que a alienante tivesse filiais nas “principais capitais brasileiras”, por exemplo, pois tal faria supor que a regra editalícia estaria traçando o perfil de determinado concorrente.

Já no que concerne a regra do art. 4º, *in fine*, da mesma Lei, o princípio da moralidade acresce deveres à Administração, pois esta terá que garantir efetividade plena ao assegurado exercício do “direito de fiscalização” dos licitantes; não será correta, portanto, a conduta da Administração que apenas assegure, formalmente, o exercício da fiscalização pelos licitantes, devendo esta, mais ainda, **colaborar** para que todos possam efetivamente, conferir se foi ou não fielmente observado o procedimento previsto.

II) Funções Negativas do Princípio da Moralidade

Sublinhou Karl Larenz serem os princípios, todos, “*mais fáceis de ‘aplicar’ em sua função negativa que na positiva*”²⁴. Talvez por esta razão, não obstante a inegável importância das funções positivas do princípio da moralidade administrativa, costumam os autores ressaltar a força limitadora de que o mesmo é dotado, em especial no que concerne ao estabelecimento das fronteiras entre a discricionariedade e o arbítrio e na correção dos atos praticados em desvio de finalidade, mediante o seu expurgo do mundo jurídico através do expediente da inactivação. Ambas as pautas interessam de perto ao exame que é procedido pelo Tribunais de Contas.

II. 1) A função de limite entre a discricionariedade e o arbítrio

A melhor doutrina há muito estabeleceu os pontos de apoio hábeis a delimitar a fronteira entre o arbítrio da Administração e a discricionariedade administrativa²⁵ - esta, antes um **dever** do que uma **faculdade**, ou nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “*uma competência para definir administrativa-*

²⁴ *In Derecho Justo - Fundamentos de Ética Jurídica*, trad. de Luiz Diez-Picazzo, Ed. Civitas, Madri, 1985, p. 143, traduzi.

²⁵ Relembra-se, o clássico **O Controle dos Atos administrativos pelo Poder Judiciário**, de Miguel Seabra Fagundes, publicado em 1941.

mente, no caso, o interesse público”²⁶. Considerados os cinco elementos de validade do ato administrativo - competência, finalidade, forma, motivo e objeto - constitui a discricionariedade, portanto, um dever-poder de **ponderação ou valoração de motivos e escolha do objeto** a ser exercida pelo agente à vista das circunstâncias específicas²⁷, sabendo que os demais elementos, vale dizer, a competência, a finalidade e a forma não são passíveis de discreção administrativa.

Muito embora a exaustividade com que o tema tem sido tratado, os casos concretos trazem, por vezes, dificuldades aos que têm a função de controle da ação administrativa. Neste campo, o princípio da moralidade mostra todo o seu vigor, justamente no que concerne à delimitação, no caso concreto, do interesse público específico, motivo ou causa do exercício da discricionariedade.

Não há interesse público **contrário** à moralidade administrativa. Por igual, não será moral a conduta, aparentemente discricionária, que ultrapasse as balizas demarcadas pelos princípios da **realidade** e da **razoabilidade** que estão postos no ordenamento jurídico de forma implícita e inafastável. Como assevera Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“ O entendimento do princípio da realidade parte de considerações bem simples: o direito volta-se à disciplina da convivência real entre os homens e todos os seus atos partem do pressuposto de que os fatos que sustentam suas normas e demarcam os seus objetivos são verdadeiros (...) O Direito Público, ramo voltado à disciplina da satisfação dos interesses públicos, tem, na inveracidade e na impossibilidade, rigorosos limites à discricionariedade. Com efeito, um ato do Poder Público que esteja lastreado no inexistente, no falso, no equivocado, no impreciso e no duvidoso não está, por certo, seguramente voltado à satisfação de um interesse público; da mesma forma, o ato do Poder Público que se destine à realização de um resultado fático inalcançável não visa a satisfazer a um interesse público. ”²⁸

Não há portanto discricionariedade - mas haverá, certamente, arbitrariedade e imoralidade administrativa - na prática de um ato fundado em motivo

²⁶ Op. cit., p.33.

²⁷ Para a classificação dos elementos de validade, Celso Antônio Bandeira de Mello e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, obras citadas.

²⁸ Op. cit., p. 37, grifos do autor.

inexistente ou um motivo **simulado**, como por exemplo, ocorrerá se a Administração valer-se da exceção posta no art. 37, inciso IX da Constituição Federal para **contratar pessoal por tempo determinado**, motivada em situação de “*necessidade temporária de excepcional interesse público*” quando inexistir necessidade temporária de excepcional interesse público - como seria o caso da contratação de professores existindo, paralelamente, professores concursados aguardando a sua nomeação, ou quando o número de escolas públicas, ou, ainda, a relação entre o número de escolas e o dos professores em exercício não configurar o motivo consignado na lei, isto é, a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Também não haverá legítima discricionariedade, mas prática vedada pelo princípio da moralidade a realização de licitação para a contratação de “pessoal técnico especializado”, supostamente para suprir carências de ordem técnica quando o ato tiver por escopo a contratação de apaniguados, ou o beneficiamento de empresas, contratando-se, na realidade, pessoal não técnico e não especializado, como contínuos, porteiros, assistentes administrativos ou semelhantes. Por igual a dispensa da licitação fundada na exceção da “notória especialização” quando inexistir a notoriedade da especialização profissional do contratado.

O critério da razoabilidade baliza igualmente esse campo princípio “não escrito”, como o da realidade - embora tenha chegado a constar dos primeiros projetos à Constituição Federal de 1988 - a razoabilidade melhor conforma um *standard* jurídico, arquétipo objetivo que se volta a desenhar a conduta que, em determinadas circunstâncias, em uma dada sociedade historicamente situada, teria o cidadão (ou o administrador) razoável.

Este *standard* jurídico é aplicável a todo o direito, público ou privado. No sistema jurídico norte-americano formidável foi o papel que desempenhou no direito das relações de consumo, permitindo a declaração de nulidade de cláusulas contratuais consideradas abusivas por não conformes ao conceito de “*unconscionable*” permitindo que os tribunais considerassem não escritas as disposições contratuais que ferissem a “consciência” porque “não razoáveis”²⁹. Nos ordenamentos filiados ao sistema da civil law, por seu turno, o padrão da razoabilidade vem, em regra, conectado ao princípio da confiança e da boa fé objetiva.

Já no direito público se toma como padrão, para a aplicação do *standard*, a figura abstrata do **gestor de interesse alheio cuidadoso, diligente e atento**: o administrador da coisa pública, já o advertia Aristóteles, “*deve comportar-se - não como senhor ou dono, - mas como mandatário ou preposto*”, lembrou Ruy Cirne Lima em passagem já incorporada ao patrimônio do direito administrativo

²⁹ Para estas observações consultei Clóvis do Couto e Silva, **O princípio da Boa-Fé e as Condições Gerais dos negócios**, in **Condições Gerais dos Contratos Bancários e a Ordem Pública Econômica**, Ed. Juruá, Curitiba.

brasileiro³⁰. A este padrão, abstrato, é comparado o concreto comportamento do agente público, averiguando-se se agiu em acordo a “*critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida*”³¹ - Isto é, um **administrador razoável**.

Para a concretização deste arquétipo pouco importa, pois, considerar as condições subjetivas do agente, sua intenção ou suas características psicológicas, nem sequer a consciência de estar ou não agindo corretamente; diversamente, importará a objetiva conduta ou ação, se conforme ou não ao padrão do administrador razoável.

Não seria razoável, e.g. que, em município onde se configurasse a carência de escolas públicas ou postos de saúde determinado administrador público, utilizando verba prevista na lei orçamentária municipal para atender ao elemento “obras sociais” - aí consignada a **finalidade** - construísse monumento que homenageasse um amigo ou parente, ou que, ao invés de implantar racional programa de distribuição de alimentação em vilas populares optasse por promover banquetes, regados a bebidas alcoólicas para os funcionários municipais ou outros convidados. Isto porque a razoabilidade deve ser exercida não só na ponderação dos motivos quanto na escolha do objeto, e, em especial, no estabelecimento da relação causal entre um e outro como assinala Diogo Moreira Neto, “*a razoabilidade, agindo como um limite a descrição na avaliação dos motivos exige que eles sejam adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo que o ato atenda a sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à descrição na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida*”³²

A conduta desarrazoada, a aplicação, pelas autoridades administrativas, de norma jurídica de forma que conduza a “*resultados que ignorem, considerem ou traiam os interesses públicos a que devam atender*”³³ denotam não só ilícito exercício de arbitrariedade como conduta incompatível com a moralidade pública. Tal conduta é plenamente sindicável porque, como se viu, está a Administração Pública, no exercício da discricionariedade, “*vinculada à lei, e, por sobre esta, ao Direito, no sentido dos princípios que encontraram expressão na Constituição ou que subjazem de modo cognoscível sob as leis*”³⁴.

³⁰ *In Sistema de Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. Gráfica Editora Santa Maria, Porto Alegre, 1953, p. 19.

³¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, *in Mandado de Segurança contra denegação ou concessão de liminar*, parecer, revista de Direito Público vol. 94. p. 56 e segs, em especial p.64

³² Op. cit., p.40.

³³ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, op. cit., p. 39.

³⁴ Assim Larenz, op. cit., p. 166, traduzi.

No controle de tais atos não estará o Tribunal de Contas sindicando o **mérito** do ato administrativo - o que é vedado inclusive ao Poder Judiciário, mas averiguando a licitude de seus **elementos**, motivo e objeto, o que não só lhe é deferido como configura condição inafastável do exercício do controle externo, o qual, os expressos termos constitucionais, deve focar, entre outros, os aspectos da legalidade de *legitimidade* dos atos praticados por todos aqueles que são tidos como “ordenadores de despesa pública” (art. 70, *caput*)

II.2) A função de controle do desvio de finalidade

Em lição que tem sido reiteradamente citada averbou Celso Antônio Bandeira de Mello ocorrer desvio de finalidade “*quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado*”³⁵. Explicita o mestre paulista a assertiva indicando que o desvio pode **manifestar-se** de dois modos: a) “*quando o agente busca uma finalidade **alheia ao interesse público***” e b) “*quando o agente busca uma finalidade - ainda que de interesse público - alheia a ‘categoria’ do ato que utilizou*”³⁶

Nem todo o desvio de finalidade caracteriza afronta ao princípio da moralidade. No segundo caso, exemplificado por Celso Antônio através da punição, a determinado funcionário, por intermédio de sua remoção, quando esta, remoção, não é categoria punitiva, pode não ocorrer imoralidade, embora haja, incontrovertidamente desvio - isto é, o “*desacordo objetivo entre a finalidade do ato e a finalidade da competência*”³⁷. No primeiro caso, contudo, manifesto será o ferimento ao *standard* da moralidade, tenha o agente buscado finalidade pessoal ou de outrem tenha agido para beneficiar amigo ou prejudicar inimigo porquanto desatendido foi o interesse público.

Estarão, aí, claramente desatendidos os valores éticos que compõem o cerne conceitual do princípio da moralidade. A sua violação configurará ilicitude “*que assujeita a conduta viciada à invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de **pauta jurídica**, na conformidade do art. 37 da Constituição*”.

Por esta razão assegurava Hely Lopes Meirelles, na edição do **Direito Administrativo Brasileiro** imediatamente subsequente a entrada em vigor da Constituição conduzir, tal princípio, o exame dos atos administrativos no plano

³⁵ Op. cit., p. 126.

³⁶ Idem, p. 127, grifos do autor.

³⁷ Idem, ibidem, grifos do autor.

de sua **validade** e não apenas ao de sua **eficácia**³⁸ constituindo elemento plenamente sindicável pelos que têm por dever apreciar a legalidade, em amplo sentido, dos atos administrativos.

Conclusões:

1) O princípio constitucional da moralidade administrativa configura um vigoroso instrumento à função de controle de legalidade, legitimidade e economicidade dos atos administrativos dos quais resultam despesas públicas.

2) O princípio atua positivamente, impondo à Administração Pública o dever de bem gerir e aumentando os demais deveres de conduta administrativa, tais como os de agir impessoalmente, garantir a ampla publicidade de seus atos, pautar-se com razoabilidade, motivar seus atos e decisões, agir com eficiência e observar a compatibilidade entre o objetivo de suas ações e o ato praticado para operacionalizar tal objetivo ou finalidade. Bem assim, configura cânone de interpretação e integração de norma jurídicas e/ou atos administrativos.

3) O princípio atua negativamente, impondo limites ao exercício da discricionariedade e permitindo a correção dos atos praticados em desvio de finalidade, mediante o seu expurgo do mundo jurídico através da invalidação.

4) O princípio raramente é “aplicável” isoladamente, compondo-se e articulando-se, normais das vezes, com outros princípios jurídicos.

5) O princípio consubstancia “norma jurídica” e, portanto, ao utilizá-lo no exercício das funções constitucionais de controle dos atos administrativos que geram despesas públicas sob os prismas da legalidade e da legitimidade, não desborda o Tribunal de Contas de sua competência constitucional.

6) Configurada a ilegalidade de ato praticado em afronta ao princípio da moralidade tem o Tribunal de Contas o poder-dever de determinar a sua sustação, responsabilizando os agentes que lhe deram causa, na forma da Constituição e das leis.

³⁸ Op. cit., 14ª ed., p. 79.