

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA

Acácia Regina Soares de Sá

**A MORALIDADE COMO ELEMENTO AUTÔNOMO NAS CONDENAÇÕES POR
ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA *STRICTO SENSU***

BRASÍLIA

2020

ACÁCIA REGINA SOARES DE SÁ

**A MORALIDADE COMO ELEMENTO AUTÔNOMO NAS CONDENAÇÕES POR
ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA *STRICTO SENSU***

Dissertação apresentada como requisito para
conclusão do Mestrado em Políticas Públicas
do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Professor Doutor Ivo Teixeira
Gico Júnior, Ph. D.

BRASÍLIA

2020

ACÁCIA REGINA SOARES DE SÁ

**A MORALIDADE COMO ELEMENTO AUTÔNOMO NAS CONDENAÇÕES POR
ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA *STRICTO SENSU***

Dissertação apresentada como requisito para
conclusão do Mestrado em Políticas Públicas
do Centro Universitário de Brasília

Aprovada em: __/__/2020

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Ivo Teixeira Gico Júnior, Ph. D.
Orientador (CEUB)

Título nome
Membro (Instituição)

Folha destinada à catalogação após a apresentação e a aprovação. A Biblioteca é que preenche

Dedico a presente dissertação ao meu pai Moizés Alves de Sá (*in memoriam*) e à minha mãe Eldina Soares de Sá, responsáveis por tudo que conquisei na minha vida, que me ensinaram, desde pequena, os principais valores da vida e que se desdobraram para que eu chegasse até aqui.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, que permitiu que tudo isso acontecesse, Aquele que esteve a meu lado ao longo da minha vida em todos os momentos, Aquele que é o maior Mestre a nos guiar e a nos dar forças em todos os momentos, especialmente naqueles mais difíceis, quando surge como uma luz e solução para tudo.

Ao Centro Universitário de Brasília, seu corpo docente, direção e administração, que oportunizaram a janela de conhecimento como início de muitas outras realizações

Ao Prof. Dr. Ivo Teixeira Gico Júnior, pela oportunidade e apoio na elaboração da presente dissertação.

Ao meu pai Moizés Alves de Sá (*in memoriam*) e à minha mãe Eldina Soares de Sá, por terem me permitido chegar até aqui, sem eles não seria nada.

Ao meu amigo e colega de profissão Prof. Dr. Paulo Afonso Carmona, que me incentivou para a realização deste Mestrado desde seu início e contribuiu de modo fundamental em todas as suas fases.

Aos amigos que estiveram ao meu lado durante essa caminhada.

E a todos que, direta ou indiretamente, fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

A corrupção dos governantes quase sempre começa com a corrupção dos seus princípios.

Montesquieu – Do Espírito das Leis.

RESUMO

O princípio da moralidade administrativa alcançou importância e destaque no cenário do direito público brasileiro, especialmente no âmbito da probidade administrativa, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo tratado como símbolo de combate à corrupção, e sua violação é considerada como ato de improbidade administrativa, nos termos trazidos pelos art. 11, *caput*, da Constituição Federal.

No entanto, tratando-se de um princípio que possui conteúdo vago e com uma alta carga de subjetividade, faz-se necessária a utilização de parâmetros objetivos para a caracterização de sua violação de modo a impedir a violação de direitos e garantias fundamentais, a exemplo do contraditório e da ampla defesa.

Assim, a presente dissertação se destinou a analisar, por meio de uma pesquisa empírica das petições iniciais e dos julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, os parâmetros utilizados para a condenação pela prática de ato administrativo em razão da violação autônoma do princípio da moralidade administrativa, a fim de verificar quais os parâmetros objetivos utilizados. Para tanto, foram selecionados e analisados os julgados que se referiam, simultaneamente, aos termos improbidade e moralidade do período de 1993 a 2019. A pesquisa se valeu igualmente de revisão bibliográfica com base na literatura vinculada direta ou indiretamente ao tema, bem como revisão documental.

Ao final, foi possível concluir a inexistência de parâmetros objetivos para a fundamentação da eventual condenação pela prática de ato administrativo em razão da violação autônoma do princípio da moralidade administrativa, sendo o referido princípio, na maior parte dos casos, utilizado como reforço argumentativo para embasar a condenação pela prática de ato de improbidade administrativa diverso. Nesse sentido, em razão da referida inexistência de parâmetros constatada, verificou-se ainda que pode ocorrer a violação de garantias e de princípios constitucionais, a exemplo do contraditório e da ampla defesa e de princípios, como a segurança jurídica e a impessoalidade. Entretanto, ainda que se tenha que a inexistência acima mencionada inviabilize sua utilização como norma sancionadora, constatou-se a centralidade do princípio da moralidade administrativa no âmbito da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, sendo considerado um dos seus pilares, o que justificou sua utilização como reforço argumentativo em uma parcela dos julgados utilizados, ainda que o motivo da

condenação se fundamentasse na prática de ato de improbidade administrativa diverso de sua violação.

Dessa forma, ao final da pesquisa realizada e frente à análise dos resultados encontrados, foi possível observar que a manutenção da violação do princípio da moralidade administrativa como hipótese autônoma de condenação pela prática de ato administrativo subtrai parcela da efetividade da Lei n.º 8.429/92, tendo em vista que não se verifica sua viabilidade prática, uma vez que na maior parte dos casos a violação ao referido princípio está vinculada à prática de um ato de improbidade administrativa previsto nos arts. 9º, 10 ou em algum dos incisos do art. 11 do diploma legal acima mencionado, o que traz como consequência indireta o enfraquecimento do combate à corrupção no Brasil.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Moralidade. Parâmetros objetivos. Ausência. Centralidade.

ABSTRACT

The principle of administrative morality has reached greater importance and prominence under Brazilian public law scenario, especially within the scope of administrative probity, which gained more relevance after the enactment of the 1988 Federal Constitution. Since then, it has been treated as a symbol in the fight against corruption and its infringement is deemed to be an administrative improbity act, pursuant to the terms of art. 11, *caput*, of the Federal Constitution.

Yet, since it is a vague principle which holds high level of subjectivity, it is necessary to apply objective parameters to characterize its infringement in order to prevent violations of fundamental rights and guarantees, such as the adversary system and full defense.

Thus, this master thesis intended to analyze, the parameters applied as grounds for the conviction for the carrying out of administrative acts due to an autonomous violation of the principle of administrative morality, through an empirical research of statement of claims and judgments rendered by the Federal District Court of Appeal (*Tribunal de Justiça do Distrito Federal*), in order to verify which objective parameters are applied thereto. To this end, the judgments that simultaneously referred to both improbity and morality terms, during the period ranging from 1993 to 2019, were selected and analyzed. The research also used a bibliographic review based on the literature directly or indirectly linked to the subject, as well as desk reviews.

In the end, it was possible to conclude that there were no objective parameters being used as grounds to an eventual conviction due to the carrying out of administrative acts on account of an autonomous violation of the principle of administrative morality, being such principle, in most cases, used only as an argumentative reinforcement to support a conviction for the carrying out of different acts of administrative improbity. In this sense, due to the aforementioned lack of applied parameters, it was also found that there may be a violation of constitutional guarantees, such as the adversary system and full defense and principles such as legal certainty and impartiality. However, even though the above-mentioned non-existence makes unfeasible its use as a sanctioning rule, it was ascertained the centrality of the principle of administrative morality in the context of public civil actions on grounds of administrative improbity. Such principle is deemed one of the improbity pillars, which justifies its use as an argumentative reinforcement in a portion of the judgments analyzed, even if the reason for the

conviction was based on the practice of an act of administrative improbity different from its violation.

Thus, at the end of the research carried out and of the analysis of the results thereof, it was possible to observe that the maintenance of the violation of the principle of administrative morality as an autonomous hypothesis for the conviction for the carrying out of administrative acts diminishes the effectiveness of Law No. 8,429/92. It should be borne in mind that its practical feasibility is not verified, since in most cases the violation of the referred principle is linked to the carrying out of an act of administrative improbity provided for in arts. 9 and 10 or in any of the subparagraphs of art. 11 of the aforementioned legal document, which has the indirect effect of weakening the fight against corruption in Brazil.

Keywords: Administrative Improbity. Morality. Objective parameters. Absence. Centrality.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	A CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO ART. 11, CAPUT DA LEI N.º 8.429/92	15
2.1	O objeto das ações civis públicas por ato de improbidade administrativa previsto no art. 11, caput da Lei n.º 8.429/92	18
2.2	A violação ao princípio da moralidade administrativa	21
2.3	O princípio da moralidade administrativa e as condenações por ato de improbidade administrativa stricto sensu	35
2.3.1	Posições doutrinárias	36
2.3.1.1	Posições contrárias	36
2.3.1.2	Posições favoráveis	38
3	A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE NAS CONDENAÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA STRICTO SENSU PELO MPDFT E TJDFE: UMA ANÁLISE	47
3.1	O princípio da moralidade administrativa nos pleitos condenatórios por ato de improbidade administrativa segundo o MPDFT	48
3.2	Os julgados das ações civis públicas por ato de improbidade administrativa e o princípio da moralidade administrativa no âmbito do TJDFE	53
3.3	Análise das decisões nas ações civis públicas por ato de improbidade administrativa e o princípio da moralidade administrativa no âmbito do TJDFE	53
3.3.1	Análise de resultados	54
3.3.1.1	A inexistência de critérios objetivos para a configuração da violação ao princípio da moralidade administrativa no âmbito da ação civil pública por ato de improbidade administrativa	57
3.3.1.2	Ausência de uniformidade da caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa como fundamento autônomo de condenação no âmbito da ação civil pública por ato de improbidade administrativa	59
3.3.1.3	A possibilidade de violação às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa	61
3.3.1.4	A violação ao princípio da segurança jurídica	66
3.3.1.5	A violação ao princípio da impessoalidade	70
3.4	Conclusões parciais	74

4	ENTENDIMENTOS FIRMADOS	79
4.1	A ausência de parâmetros objetivos para a caracterização da violação ao princípio da moralidade como ato de improbidade administrativa stricto sensu	80
4.2	A impossibilidade da condenação por ato de improbidade administrativa stricto sensu com fundamento autônomo no princípio da moralidade	88
4.3	A imputação subjetiva da condenação por ato de improbidade administrativa stricto sensu com fundamento autônomo no princípio da moralidade	92
4.4	A posição do princípio da moralidade administrativa na Lei n.º 8.429/92	95
4.5	Conclusões parciais	100
5	CONCLUSÕES	104
5.1	A condenação por ato de improbidade administrativa stricto sensu	106
5.2	A ausência de conteúdo jurídico do princípio da moralidade administrativa	108
5.3	O princípio da moralidade administrativa e a Lei n.º 8.429/92	110
5.4	Considerações finais	112
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	120
	ANEXO I - Julgados selecionados de acordo com a metodologia adotada para a pesquisa	125
	ANEXO II - Julgados analisados (Processos referentes a ações civis públicas por ato de improbidade administrativas após a exclusão realizada conforme a metodologia adotada)	129
	ANEXO III - Julgados analisados que trouxeram a descrição da violação (ou não) ao princípio da moralidade	132

1 INTRODUÇÃO

O texto constitucional de 1988, ao consagrar o princípio da moralidade administrativa como vetor da atuação do administrador público, consagrou também a necessidade de proteção à probidade e da responsabilização do administrador público, mas por outro lado, também definiu como garantias fundamentais o contraditório e a ampla defesa, razão pela qual a descrição do ato de improbidade administrativa, por violação de princípios constitucionais administrativos, deve observar as duas garantias mencionadas.

Nesse sentido, é importante pontuar que a probidade administrativa tem relação direta com uma Administração Pública honesta, que busca a proteção da coisa pública, tanto que a Constituição previu a possibilidade de edição de leis a fim de sancionar condutas em caso de sua inobservância em diversos pontos do seu texto, a exemplo do seu art. 15, V, quando traz a condenação por ato de improbidade administrativa como fundamento para a suspensão dos direitos políticos, e o art. 85, V, que estabeleceu como crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de ato atentatório contra a probidade administrativa.¹

Nesse contexto, aproximadamente quatro anos após a promulgação da Constituição Federal, foi sancionada a Lei n.º 8.429/92, que dispôs sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função na administração pública direta, indireta ou fundacional. O art. 11 da referida lei estabelece que “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.”

No entanto, mesmo após mais de 28 anos de sua vigência, a tipificação dos atos de improbidade administrativa, baseados exclusivamente no art. 11, *caput* da Lei n.º 8.429/92, ainda apresenta um grau de vagueza muito grande quando se refere, especificamente, ao princípio da moralidade administrativa, isso porque este não possui conteúdo jurídico próprio, dependendo de uma análise não baseada em critérios objetivos para sua caracterização.

Diante da importância da moralidade administrativa como princípio jurídico para a interpretação das normas jurídicas, especialmente no âmbito da probidade administrativa, é de

¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 jul. 2020.

se esperar que, após todo esse tempo, já houvesse uma construção doutrinária e/ou jurisprudencial que nos auxiliasse a concretizar – ainda que parcialmente – a moralidade enquanto critério de aferição de ato de improbidade administrativa. Todavia, este não parece ser o caso. A presente dissertação propõe-se a investigar se a moralidade pode ser utilizada – do ponto de vista jurídico – como elemento ou fundamento autônomo para fins de condenação de um agente por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*. Dado seu conteúdo subjetivo, é necessário investigar se seria possível a realização de uma interpretação objetiva acerca de sua violação, sem que sejam inseridos elementos e valores pessoais e morais na referida aferição e verificar, por meio de uma análise empírica, como os sujeitos da ação civil pública por ato de improbidade administrativa interpretam, na prática, o princípio da moralidade administrativa.

Assim, a pesquisa pretende investigar a moralidade como elemento autônomo para fins de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, as eventuais consequências advindas da referida utilização e ainda sua posição no contexto da lei que se ocupa da improbidade administrativa.

Para tanto, será feita a análise do dispositivo legal que discorre sobre o tema (art. 11, *caput* da Lei n.º 8.429/92), considerações acerca do princípio da moralidade administrativa e, após uma revisão do estado da arte da doutrina sobre o assunto, em especial para identificar como se referem ao princípio da moralidade administrativa enquanto fundamento em uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa, observando posições favoráveis e contrárias à sua utilização na seara do referido tipo de ação civil. O objetivo desse capítulo é, a partir do direito positivo, tentar descobrir se há elementos suficientes para a utilização da moralidade enquanto fundamento autônomo para a condenação por ato de improbidade administrativa e se a doutrina – nestes quase 30 anos desde a promulgação da lei – construiu critérios operacionalizáveis para a sua utilização. Os resultados da pesquisa demonstram que, apesar de alguns doutrinadores afirmarem ser juridicamente possível tal utilização, nenhum deles oferece critérios objetivos para tanto.

Diante da ausência de critérios objetivos na própria legislação ou de uma alternativa doutrinária que dê efetivo conteúdo operacional à moralidade no âmbito da improbidade administrativa, realizamos uma pesquisa empírica para investigar se o Ministério Público, legítimo titular da ação civil pública por improbidade administrativa, em sua práxis diária, utiliza ou constrói critérios objetivos para tentar responsabilizar eventuais gestores públicos que tenham agido de forma imoral na gestão da coisa pública. O objetivo deste capítulo é testar – empiricamente – se o Ministério Público efetivamente a usa de forma autônoma para tentar

justificar a imputação de uma conduta ímproba. Os resultados demonstram que, apesar de alegarem tal possibilidade, assim como a doutrina, as petições do Ministério Público não indicam ou constroem um critério jurídico objetivo para sua aferição.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios foi considerado como um tribunal representativo do universo de tribunais, sendo analisados os acórdãos do período de 1993 a 2019 que contêm em sua ementa, conjuntamente, os termos improbidade e moralidade. Os resultados demonstram que, apesar de a moralidade ser mencionada em várias decisões, não foi encontrado um único caso em que ela tenha sido utilizada como fundamento autônomo para a imputação de responsabilidade por improbidade administrativa.

Em seguida são apresentadas as impressões acerca dos resultados encontrados e da utilização do princípio da moralidade administrativa como elemento autônomo de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* e sua posição no contexto da lei relativa ao tema (Lei n.º 8.429/92).

Ao final, com base nos resultados empíricos encontrados e na revisão bibliográfica realizada, conclui-se pela não utilização prática da moralidade como elemento autônomo para condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* em razão da inexistência de conteúdo jurídico específico e de parâmetros objetivos, o que corrobora a hipótese de que, na realidade, a moralidade não constitui um fundamento jurídico autônomo. Tal conclusão, todavia, não inviabiliza a sua utilização como elemento norteador da interpretação da Lei de Improbidade Administrativa, dada sua importância e proximidade com a probidade administrativa.

Para subsidiar a pesquisa foram utilizados como referenciais teóricos textos e livros de autores brasileiros que publicam sobre o tema, tendo em vista que sua metodologia é baseada no confronto entre os resultados empíricos encontrados e as posições da doutrina pátria acerca da ação civil pública por ato de improbidade administrativa e o princípio da moralidade.

A metodologia utilizada baseia-se na verificação da existência de parâmetros e de critérios objetivos para a caracterização do ato de improbidade administrativa *stricto sensu* em razão da violação autônoma ao princípio da moralidade administrativa na ótica de alguns dos principais doutrinadores brasileiros que explanam sobre o tema, após a análise de dados empíricos, a fim de verificar se o MPDFT e os julgadores construíram os referidos parâmetros.

Assim, ao final, o trabalho concluiu acerca da inexistência de parâmetros e de critérios objetivos para a caracterização do ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, em razão da violação autônoma ao princípio da moralidade administrativa e das respectivas consequências.

2 A CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO ART. 11, CAPUT DA LEI N.º 8.429/92

A possibilidade de ressarcimento ao erário, em caso de desvios pela prática de atos ímprobos, é recente na legislação brasileira, no entanto, foi a Constituição Federal de 1946², em seu art. 150, §11, que trouxe mais avanços acerca do tema, isso porque previu a possibilidade de sequestro e perdimento de bens em razão do enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função pública, medidas regulamentadas por meio da Lei n.º 3.164/57³ (previu a tutela extrapenal repressiva da improbidade administrativa), da Lei n.º 3.502/58⁴ (tratou do sequestro e perdimento de bens) e da Lei n.º 4.717/65⁵ (ação popular), sanções que se tornaram mais severas com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 1/69.⁶

Foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988, no entanto, que a improbidade administrativa se tornou um modelo vinculado ao direito constitucional e administrativo, tendo o art. 37, § 4º, da Constituição Federal elencado as sanções em caso da prática de atos ímprobos, com o intuito de atender aos anseios da sociedade como forma de combate à corrupção, bem como aos eventuais abusos praticados pelos agentes públicos, buscando preservar a probidade administrativa.

Nesse sentido, Marcelo Bertoncini⁷ sustenta que a probidade administrativa é uma das formas de garantia da execução dos objetivos fundamentais previstos na Constituição Federal,

² BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946. Rio de Janeiro, RJ, 1946.

³ BRASIL. Lei 3.164 de 1º de junho de 1957. Lei Pitombo Godói Ilha. Provê quanto ao disposto no parágrafo 31, 2ª parte, do art. 141, da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 4/6/1957, Página 13802. Rio de Janeiro, RJ, 1957.

⁴ BRASIL. Lei 3.502 de 21 de dezembro de 1958. Lei Bilac Pinto. Lei do Enriquecimento Ilícito. Regula o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 22/12/1958, Página 26947. Rio de Janeiro, RJ, 1958.

⁵ BRASIL. Lei 4.717 de 29 de junho de 1958. Lei da Ação Popular. Regula a ação popular. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 5/7/1965, Página 6241, Rio de Janeiro, RJ, 1958.

⁶ BRASIL. [Constituição (1967)]. Constituição da República Federativa do Brasil. **Emenda Constitucional nº 01 de 17 de outubro de 1967**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Diário Oficial da União - Seção 1 - 20/10/1969, Página 8865.

⁷ BERTONCINI, Mateus. Crise da Jurisdição e a Resolução n. 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público: é possível o ajustamento de conduta em matéria de improbidade administrativa. **Sequência:**

uma vez que propicia o exercício das funções públicas de modo eficiente e honesto. O mesmo autor sustenta que a ideologia constitucional da probidade administrativa deve ainda ser observada em razão da força normativa da Constituição, ofertada por Konrad Hesse.⁸

Assim, verifica-se que a importância da probidade administrativa na sociedade atual é resultado da vontade popular manifestada por meio das decisões dos seus representantes, legitimamente eleitos, que sacramentaram na Constituição Federal várias formas de combate à corrupção como meio de se garantir a observância da probidade administrativa, as quais foram objeto da Convenção das Nações Unidas (ONU) contra a Corrupção em 14.12.2005⁹, que foi ratificada pelo Brasil pelo Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006, o que tornou o combate à corrupção não somente uma obrigação constitucional, mas também um compromisso internacional.

Dessa forma, ao prever sanções pela prática de atos de improbidade administrativa, a Constituição Federal buscou punir o administrador público, bem como o particular, em colaboração que prejudicasse a Administração Pública, buscando, dessa forma, criar uma cultura de probidade administrativa.

Assim, para a caracterização da violação de um princípio administrativo, especificamente do princípio da moralidade administrativa, hábil a justificar a aplicação de uma sanção, em razão da prática de um ato de improbidade administrativa, não se mostra suficiente a menção à sua violação, sendo necessária a demonstração de modo objetivo da referida violação.

Nessa direção, em razão do contexto exposto na introdução do presente trabalho, primeiramente é necessário estudar o disposto legal que descreve como ato de improbidade administrativa a violação a princípio, haja vista que para que se analisar a forma como o princípio da moralidade administrativa está sendo utilizado pelas partes da ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa, é necessário antes entender o dispositivo legal que autoriza a referida imputação.

Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 39, n. 79, p. 63-88, nov. 2018. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2018v39n79p63>>. Acesso em: 12 ago. 2019. Doi: <<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2018v39n79p63>>. Acesso em 12 ago.2019.

⁸ “A ideologia constitucional de probidade administrativa na Administração Pública deve ser compromisso finalístico e pragmático do Estado, em todas as suas dimensões, e da sociedade contra a cultura de improbidade, em respeito à força normativa da Constituição, à sua ‘força ativa’”, no dizer de Konrad Hesse. (BERTONCINI, 2018).

⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. 31 de outubro de 2003. Ratificada pelo Brasil, mediante o Decreto 5.687 de 31 de janeiro de 2006. Disponível em: <www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptao/convencao.html>. Acesso em: 27 jul. 2020.

No entanto, antes de adentrar na discussão, é necessário conceituar a própria Lei n.º 8.429/92, diploma legal que pode ser considerado como um conjunto de normas que prevê regras de conduta e sanções por atos praticados em relação à Administração Pública, o qual, além de condutas caracterizadas como atos de improbidade administrativa, traz ainda normas sancionadoras gerais, a exemplo do *caput* do seu artigo 11, utilizadas em conjunto com normas específicas vinculadas a outros temas da Administração Pública.

Para Fábio Medina Osório não há ato de improbidade administrativa sem que haja, “[...] antes, subjacentemente, uma violação de normas setoriais”¹⁰, sob o fundamento de que não há violação direta às normas trazidas pela Lei n.º 8.429/92, já que para o referido autor os princípios possuem a função de controle de validade dos atos administrativos, a exemplo do que ocorre com o princípio da motivação, mas não podem ser utilizados com tipos sancionadores autônomos para condenações no âmbito do diploma legal acima mencionado.¹¹

A partir do conceito da Lei de Improbidade Administrativa, é possível concluir que são elementos do ato de improbidade administrativa o sujeito ativo e passivo, além dos seus requisitos formais e materiais – imputação, injusto culpável e imputabilidade do sujeito. Assim, qualquer ato em que esteja ausente algum desses elementos estará fora do alcance do artigo 11 da Lei n.º 8.429/92.

Nesse sentido, o capítulo primeiramente irá analisar o objeto do art. 11, *caput* da Lei n.º 8.429/92, fazer considerações gerais acerca do princípio da moralidade administrativa, e em uma terceira parte, irá descrever as principais posições doutrinárias pátrias em relação ao princípio da moralidade e a prática de ato de improbidade administrativa.

Para a realização do estudo acima mencionada, foram analisadas as características do ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, traçadas as noções gerais acerca do princípio da moralidade administrativa e, em seguida, expostas as posições favoráveis e contrárias à aplicação da moralidade administrativa no âmbito da ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

¹⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública; corrupção; ineficiência**. 2. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 231.

¹¹ *Idem, Ibidem*.

2.1 O objeto das ações civis públicas por ato de improbidade administrativa previsto no art. 11, caput da Lei n.º 8.429/92

Neste tópico, pretende-se analisar o conceito do ato de improbidade administrativa por violação a princípio, uma das três modalidades previstas na Lei n.º 8.429/92, uma vez que fere, de igual modo, a probidade administrativa, objeto principal de proteção do referido diploma legal.

Carlos Ari Sundfeld¹³ sustenta a existência de um alto grau de subjetividade e de indeterminação do conceito de moralidade administrativa no contexto do art. 11, *caput* da Lei n.º 8.429/92 na atualidade e, em consequência, a dificuldade de sancionar as condutas que violam unicamente os princípios constitucionais administrativos.

Assim, o ato de improbidade administrativa pode ser caracterizado pela presença da ilegalidade, imoralidade e deslealdade, as quais são consideradas, nos termos do art. 4º da Lei n.º 8.429/92, como deveres públicos do agente público vinculados à honestidade administrativa.

Nessa direção, sendo o agente público passível de equívocos não intencionais, é necessário ter cautela para se caracterizar o agente público improbo, já que tal conceito ultrapassa a negligência e a imperícia, uma vez que diz respeito à desonestidade, particularmente quando se refere ao ato de improbidade administrativa *stricto sensu*.

Para José Armando da Costa¹⁴, o elemento do objetivo do ato de improbidade administrativa é a violação do princípio da moralidade, e o elemento subjetivo é o dolo.

Nesse contexto, quando o tema são os atos de improbidade administrativa previstos nos arts. 9º e 10º da Lei n.º 8.429/92, as divergências são menores, em razão da maior objetividade na descrição das condutas praticadas. No entanto, quando se discorre sobre atos de improbidade administrativa previstos no *caput* do art. 11 da Lei n.º 8.429/92, os questionamentos tomam uma maior proporção, porque as condutas tipificadas se referem à

¹² BRASIL. Lei 8.429 de 02 de junho de 1992. Lei da Improbidade Administrativa. Lei do Enriquecimento Ilícito. Lei do Colarinho Branco. 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. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 3/6/1992, Página 6993, Brasília, DF, 1992.

¹³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2.ed. 2. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017.

¹⁴ COSTA, José Armando da. **Contorno jurídico da improbidade administrativa**, 2º ed. Brasília, Brasília Jurídica, 2002.

violação de princípios, o que carrega consigo uma maior carga subjetiva na sua interpretação ante a inexistência de parâmetros objetivos para a caracterização da referida violação.

O ato de improbidade administrativa por violação a princípio é também chamado por Waldo Fazzio Júnior¹⁵ de ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, tendo em vista que para sua caracterização não é necessária a existência de prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito do agente; basta que reste caracterizada a inobservância a um princípio em razão da violação de um dos deveres elencados no art. 4º e art. 11, *caput*, ambos da Lei n.º 8.429/92.

Assim, pode-se dizer que o ato de improbidade administrativa, previsto no *caput* do art. 11 da Lei n.º 8.492/92, é a conduta do agente público ou particular, em colaboração, que ofenda, intencionalmente, um princípio administrativo, violando, por conseguinte, os deveres para com a Administração Pública.

O *caput* do art. 11 da Lei n.º 8.429/92 prevê como ato de improbidade administrativa a ação ou omissão que atente contra os princípios previstos no art. 37 da Constituição Federal, violando os deveres de honestidade, de imparcialidade, de legalidade, e a lealdade às instituições, descrevendo, de forma exemplificada, algumas condutas consideradas como ímprobas.

Nessa linha, o disposto no art. 4º do Diploma Legal retro mencionado reforça a tipificação contida no *caput* do seu art. 11, uma vez que traz como dever dos agentes públicos a observância dos princípios insculpidos no art. 37 da Constituição Federal.

Assim, para a configuração do ato de improbidade administrativa, previsto no *caput* do seu art. 11, é necessário que, além da descrição da violação ao princípio administrativo, seja caracterizada também a intencionalidade do agente em agir em desacordo com o mandamento contido no referido princípio, não sendo suficiente a mera inobservância do princípio por culpa para configuração do ato de improbidade administrativa *stricto sensu*.

Nesse diapasão, pode-se constatar que o ato de improbidade administrativa *stricto sensu* é aquele em que o agente público deixa de observar um princípio administrativo, a exemplo da publicidade, da legalidade ou da moralidade administrativa, entre outros, movido pelo elemento volitivo da má-fé.

¹⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Assim, os elementos que caracterizariam a prática de um ato de improbidade administrativa *stricto sensu* seriam a violação a um princípio administrativo aliado ao elemento volitivo da má-fé.

No entanto, é possível perceber que em relação a determinados princípios, como o da legalidade, não há dificuldades em se caracterizar sua violação, já que esta decorrerá da inobservância de um diploma legal posto, porém, em relação a outros princípios, como o da moralidade ou o da razoabilidade, e em razão da vagueza na delimitação do seu conteúdo, sua caracterização se torna mais difícil, motivo pelo qual é necessário se observarem parâmetros objetivos para tanto.

Assim, no intuito de criar parâmetros para a caracterização do ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, diversos doutrinadores buscam métodos para viabilizar a interpretação dos princípios, quer seja diferenciando-os das normas, como faz Robert Alexy¹⁶, quer tentando criar critérios para sua caracterização, como o faz Humberto Ávila.

Nessa direção, a metodologia utilizada por Humberto Ávila busca definir critérios de utilização de um princípio a fim de evitar sua aplicação de forma subjetiva e demasiadamente ampliada, pois conforme comenta o próprio autor “[...] a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de Estado Principiológico [...]”¹⁷, o que traz “[...] ‘exageros e problemas’, razão pela qual a atividade do intérprete é complexa e deve ser minuciosa [...]”¹⁸, pois “[...] não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos [...]”¹⁹, mas sua atividade consiste em “[...] construir esses significados.”²⁰

No entanto, apesar do esforço teórico para a criação de parâmetros para a interpretação dos princípios, é possível perceber que as teorias propostas não dispõem de critérios objetivos para a caracterização da violação de um princípio, razão pela qual acaba recorrendo-se a conceitos subjetivos ou a outros princípios para tanto, atividades que não se prestam a imprimir objetividade ao princípio.

Assim, o ato de improbidade administrativa deve ser diferenciado do desvio de poder, uma vez que se trata de um ato ilegal qualificado, tendo em vista que sua prática é caracterizada

¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

¹⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. (revisada e atualizada). São Paulo: Saraiva. 2018, p. 44.

¹⁸ *Idem, Ibidem*.

¹⁹ *Idem*, p. 53.

²⁰ *Idem, Ibidem*.

pela execução de um ato que ultrapassa a violação da lei, estando presentes outros elementos, a exemplo do elemento volitivo.

Nessa direção, é possível observar que, apesar do esforço em criar parâmetros objetivos para se caracterizar o ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, os métodos utilizados não demonstram sucesso na referida tarefa.

Dessa forma, para que o dispositivo legal em análise possa ser imputado ao agente público, o autor da ação civil pública por ato de improbidade administrativa deve descrever a conduta que efetivamente violou o princípio administrativo de forma detalhada, não se suprimindo tal necessidade pela menção ao princípio sem que seja vinculado de forma singular ao ato praticado pelo referido agente público.

Nesse sentido, apesar das críticas ao dispositivo legal em comento, sob o fundamento da ausência de tipificação objetiva acerca das condutas que poderiam ser caracterizadas como ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, alguns autores, a exemplo de Emerson Garcia²¹, justificam que o *caput* do art. 11 da Lei n. 8.429/92 não é vazio, possuindo conteúdo, uma vez que cabe ao agente público agir sempre baseado na boa-fé, na honestidade e na razoabilidade. No entanto, tal argumento não consegue suprir a vagueza do referido dispositivo legal, isso porque oferece como parâmetro outros conceitos também vagos e subjetivos, que, igualmente, dependem de complementos, a exemplo de “bom administrador”, permanecendo presente a lacuna conceitual, além de incorporar conceitos não jurídicos, como honestidade.

Pode-se, então, concluir que o objeto das ações civis públicas pela prática de ato de improbidade administrativa *stricto sensu* limita-se à violação dos princípios administrativos genericamente considerados, uma vez que a Lei n.º 8.429/92 não faz a delimitação para sua aplicação, nem traz elementos e parâmetros objetivos para especificar o que pode ser configurado como a violação contida no dispositivo legal ora tratado, aliado ao elemento volitivo do dolo, uma vez que a referida imputação não admite a modalidade culposa.

2.2 A violação ao princípio da moralidade administrativa

A moralidade surgiu como princípio primeiramente no direito privado por meio de conceitos, como locupletamento ilícito e obrigação natural, ingressando no direito público em

²¹ GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraivajur, 2017.

virtude dos estudos de Hauriou, quando trouxe em sua obra o conceito de moralidade administrativa vinculado aos fins da administração.

Immanuel Kant, na sua obra *Crítica da Razão Pura*, associa a moralidade a uma vontade autônoma, sendo uma conduta pautada pelo respeito ao dever ser, e a legalidade desprovida de um elemento volitivo no sentido, limitando-se ao cumprimento da norma posta.

Posteriormente, o referido autor defendeu que a principal diferença entre a moralidade e a juridicidade é o fato de que a moralidade se associa à autonomia da vontade, e a juridicidade (legalidade) à coercibilidade.²²

Conforme acima mencionado, o princípio da moralidade, no direito administrativo, retomou suas primeiras anotações com Maurice Hauriou quando, em 1910, buscou introduzi-lo no Conselho de Estado da França - órgão responsável pela jurisdição administrativa na França - desenvolvendo suas bases por meio da conceituação e da sanção do desvio de poder, a fim de possibilitar o controle dos atos administrativos discricionários, tendo em vista que, à época, somente era permitido o controle dos atos administrativos vinculados, buscando-se, com a referida inovação, uma maior atuação e controle das ações governamentais pelo referido Conselho.

Maurice Hauriou trouxe na décima edição de sua obra o conceito de moralidade administrativa como o “[...]conjunto de condutas tiradas da disciplina interior da Administração [...]”, tendo acrescentado na edição seguinte que se reportava à “disciplina interna da Administração”, conforme informa Antônio José Brandão²³ em artigo publicado na Revista de Direito Administrativo.

Posteriormente, Marcel Waline²⁴ posicionou-se contrariamente a Hauriou, sob o argumento de que a sanção deve ser a violação à lei e não à violação da sua intenção como se previa com a aplicação do princípio da moralidade, a qual não poderia ser punida.

Georges Vedel²⁵ também fez críticas à teoria do desvio de poder suscitada por Hauriou, no entanto buscou aproveitá-la com algumas mudanças, asseverando que o desvio de poder, na verdade, é uma violação ao princípio da legalidade, o que acaba por incorporar o princípio da

²² KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Coimbra: Atlântida, 1960.

²³ BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 25, p. 454-467, jul. 1951, p. 457. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12140>>. Acesso em: 28 jul. 2019.

²⁴ WALINWE, Marcel. **Précis de Droit Administratif**. França: Montchrestien, 1970.

²⁵ VEDEL, Georges. **Droit Administratif**. França: Editora PUF, 1976.

moralidade. Assim, a inobservância ao princípio da moralidade seria sancionada com o reconhecimento da violação ao princípio da legalidade.

Posteriormente, Renard e Welter desenvolveram a ideia institucional do governo ligado à moralidade administrativa.

Welter²⁶, em 1930, também se debruçou sobre o estudo do princípio da moralidade administrativa e escreveu:

A moralidade administrativa que nos propormos estudar, não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela ideia geral da administração e pela ideia da função administrativa²⁷.

Analisando o conceito posto por Welter, Antônio José Brandão levanta importante questão em relação ao termo boa administração, argumentando que diz respeito a um conceito subjetivo e que exige a avaliação de valores pessoais a fim de viabilizar a consecução dos fins institucionais da Administração, explicando-a:

[...] não se trata de Administração como entidade pública, mas da chamada gestão administrativa, que consiste em aplicar normas de direito público, satisfazer interesses gerais mediante serviços burocráticos apropriados a exercerem poderes de polícia dentro dos próprios fins assinalados ao poder de polícia pela função administrativa [...] É a referida gestão que, para ser “boa”, dos administradores requer, por um lado, o exercício do senso moral com que cada homem é provido, a fim de usar retamente – para o bem, entende-se, - nas situações concretas trazidas pelo cotidiano, os poderes jurídicos e os meios técnicos, e por outro lado, exige ainda que o referido bom usos seja feito em condições de não violar a própria ordem institucional, dentro da qual eles terão que atuar, o que implica, sem dúvida, uma sã noção do que a Administração e a função administrativa são.²⁸

Ainda na França, Henri Welter²⁹ trouxe um conceito de moralidade com as noções de legalidade interna, que diz respeito ao conteúdo e quanto aos motivos do ato administrativo.

O autor, também francês, Lacharriere, em sua obra *Le contrôle Hierárchique de l'Administration dans la forme juridictionnelle*, define moralidade administrativa como:

²⁶ WELTER, Henri. **Essai Sur L'Histoire Du Cafe (1868)**. (French Edition) (French) Paperback Kessinger Publishing, LLC September 10, 2010.

²⁷ *Idem*, p. 459.

²⁸ BRANDÃO, *op. cit.*, p. 459.

²⁹ WELTER, *op. cit.*, 2010.

[...] o conjunto de regras que para disciplinar o exercício do poder discricionário da Administração, o superior hierárquico impõe aos seus subordinados semelhantes regras que não se confundem, porém, com as regras da Moral comum: são regras de boa administração.³⁰

O referido autor adota ainda que a boa administração “[...] é noção complexa, em que entram, a par de certas regras da moral vulgar, prescrições de caráter técnico.”³¹

No entanto, apesar de extremamente divulgada no mundo e abraçada por diversos países, entre eles o Brasil, e de o Conselho de Estado Francês ter admitido a persecução da exatidão dos motivos declinados por Hauriou, a moralidade administrativa não teve grande prestígio na doutrina e jurisprudência francesas, sendo que os vícios atribuídos à moralidade são entendidos como vícios de legalidade interna.

Em Portugal, Antônio José Brandão, autor do artigo intitulado “Moralidade Administrativa”, publicado na Revista de Direito Administrativo (Rio de Janeiro, v. 25, p. 454-467, jul. 1951), o qual é considerado como uma “[...] referência quando se trata de moralidade administrativa, uma vez que se opôs às ideias positivistas que o antecederam e perfilhou a submissão das atividades jurídicas às preocupações morais, o que ele denominou de ‘Moralização do Direito’”³², também tratou do princípio da moralidade.

Segundo Antônio José Brandão, a teoria do enfrentamento do desvio de poder, sustentada por Hauriou, representou a introdução do elemento moral no cenário jurídico do direito público.

Para Antônio José Brandão, moralidade administrativa é o parâmetro de validade da conduta do administrador público, razão pela qual, para que se possa caracterizar uma boa administração, é necessário que o agente público observe seus valores morais na execução de suas tarefas de ofício, a fim de garantir que sejam realizadas de modo a observarem os preceitos éticos da Administração Pública.³³

Ainda sobre os deveres do agente público para com a Administração Pública, Antônio José Brandão reconhecia que os conceitos de boa administração e honestidade deveriam estar

³⁰ Cf. BRANDÃO, *op. cit.*, 1951, p. 459.

³¹ *Idem, Ibidem.*

³² Cf. BRANDÃO, *op. cit.*, 1951, p. 459.

³³ BRANDÃO, *op. cit.*, 1951, p. 459.

presentes sempre na atuação do referido agente, a fim de que suas funções fossem cumpridas de forma eficiente e em consonância com a ordem jurídica.³⁴

O autor faz, ainda, a diferenciação do controle entre moralidade administrativa e a legalidade, de modo que buscou demonstrar as diferenças e a independência entre ambos os princípios, ressaltando que “a noção de moralidade administrativa é, assim, mais ampla do que a noção de legalidade jurídica. E, por isso, as exigências da moralidade administrativa são mais fortes que as exigências da legalidade jurídica.”³⁵

Antônio José Brandão descreveu, em seu texto, a diferença entre a moral aberta e a moral fechada, tirada das lições do filósofo Henri Bergson, a qual é utilizada como parâmetro para caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa, afirmando que existem duas modalidades da moral, uma aberta, que se refere aos valores pessoais de cada indivíduo, e outra fechada, referente à vida em sociedade, mais ligada a valores que devem ser respeitados na vida social.³⁶

Ainda acerca da moralidade administrativa, Antônio José Brandão entende que, mesmo estando em posições distintas, um tipo de moral influencia à outra, já que a moral fechada, jurídica, possui seus limites estabelecidos por normas da sociedade, no entanto, reconhece que a ideia de moral não havia sido positivada, mas ainda assim seria o pressuposto de aplicação das normas administrativas.

A fim de confirmar suas afirmações quanto à independência entre os princípios da legalidade e da moralidade, o autor comparou o desvio de poder no direito administrativo ao abuso de poder no direito civil, justificando que ambos possuíam a imoralidade como causa comum, e, sendo este último sancionado dentro do ordenamento jurídico, mostrar-se-ia justificada a sanção em razão da inobservância da moralidade administrativa, já que partem do mesmo fundamento.³⁷

Explanada sua ideia acerca da moralidade administrativa, Antônio José Brandão buscou descrever os requisitos para a construção dos parâmetros para que um agente público fosse considerado um bom administrador:

[...] é o órgão da pública Administração que, usando de sua competência para o preenchimento das atribuições legais, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum. Se os primeiros delimitam as

³⁴ *Idem*, p. 464.

³⁵ *Idem*, p. 458.

³⁶ *Idem*, p. 460.

³⁷ BRANDÃO, *op. cit.*, 1951, p. 464.

fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto positivos – a segunda espera dêle conduta honesta, verdadeira, intrínseca e extrinsecamente conforme a função realizada por seu intermédio.³⁸

Utilizando os parâmetros de bom administrador, o autor busca demonstrar como o agente público deveria se portar de modo a obedecer à moralidade administrativa no desempenho de suas funções.

Assim, pode-se observar que, dada à posição de destaque que Antônio José Brandão dispensou ao princípio da moralidade administrativa, considerando-o como um dos pilares da Administração Pública, seria possível a aplicação de sanções em razão de sua inobservância, principalmente caso os gestores públicos deixassem de observar seus deveres, isso porque o referido autor tentou construir parâmetros do que poderia ser considerado como um “bom gestor”, como força de viabilizar a punição pela inobservância do princípio em discussão.

No Brasil, o princípio da moralidade administrativa foi incorporado legalmente como forma de combate ao desvio de poder, em 1965, com a sanção da Lei n. 4.7617/65 – Ação Popular, mas ganhou patamar constitucional na Constituição Federal de 1988 e foi melhor detalhado pela Lei n.º 9.784³⁹ (Lei do Processo Administrativo).

Conforme postulado por José Cretella Júnior, em artigo publicado em 1968, o Decreto n.º 19.389/30 já permitia a anulação de contratos contrários à moralidade administrativa, para quem, citando Seabra Fagundes, também estava previsto no art. 11, § 38 da Constituição Federal de 1946, o qual corresponderia ao controle da moralidade.⁴⁰

No entanto, o referido autor entendia que não se tratava de um princípio hábil a justificar a anulação de um ato administrativo, isso porque o fato de o ato ser imoral não seria suficiente para sua anulação, desde que tivesse observado o princípio da legalidade, tendo em vista que a lei é produto dos anseios sociais, refletindo o momento histórico, político e econômico no qual foi elaborada, razão pela qual deveria ser o parâmetro utilizado, sustentando,

³⁸ *Idem, Ibidem*, p. 462.

³⁹ BRASIL: Lei N° 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Lei Geral do Processo Administrativo; Lei do Processo Administrativo Federal. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 1/2/1999, Página 1. Brasília, DF, 1999.

⁴⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. Princípios informativos do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 93, p. 1-10, ago. 1968. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/31516>>. Doi: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v93.1968.31516>> Acesso em: 7 set. 2020.

aliado ao referido fundamento, que seria necessário observar também que não estaria ligada a escolhas arbitrárias, mas a um processo legislativo positivado.

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, já em 1974, defendia a possibilidade do controle dos atos administrativos por meio da aplicação do princípio da moralidade administrativa, no entanto sua posição era minoritária a essa época.

Para o referido autor, a aproximação entre a moral e a lei fortaleceria a ordem jurídica, tendo em vista que o pensamento doutrinário e a realidade social se identificavam na ação administrativa. Nessa direção, é importante ressaltar que o autor não advogava o fim da discricionariedade administrativa, mas apenas o “policiamento moral na aplicação das leis.”⁴¹

Para Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, a legalidade englobava não só as regras positivas, mas também as regras sociais, razão pela qual estaria ligada a questões fáticas.⁴²

Nessa direção, o autor sustentava, ainda, que o círculo da moralidade seria maior do que o círculo da legalidade, sendo que esta cuidava das questões taxativas, enquanto a moralidade se preocupa com questões de fato mais amplas, razão pela qual não seria o caso de se utilizar uma interpretação alargada da legalidade, mas sim a exploração do conceito do princípio da moralidade administrativa de forma independente.

O autor sustentava, também, a possibilidade de aplicação de sanções em razão da violação ao princípio da moralidade sob o fundamento de que a lei (legalidade), por ser taxativa, permitiria um menor controle do ato administrativo do que a moralidade, tendo em vista que esta adentrava no campo psicológico das intenções do administrador público.

Após a vigência da Constituição Federal de 1988, com a elevação do princípio da moralidade administrativa ao patamar constitucional, alguns autores, reconhecendo a subjetividade do conceito do referido princípio, passaram a vinculá-la ao desvio de finalidade, a exemplo de Almiro de Couto e Silva⁴³, que entendeu que o referido princípio estaria englobado pelo princípio da legalidade, a exemplo de Caio Tácito.

⁴¹FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. As práticas administrativas e o controle da moralidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 115, p. 1-14, nov. 1974 (p. 6). ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/articleview/39295>>. Doi:<<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v115.1974.39295>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

⁴²“[...] legalidade se compreende não só nas regras resultantes dos textos escritos, sessão também nas regras de costumes aceitos como princípios sociais, há de se compreender que o problema vincula a questão da legalidade a uma correspondente questão de fato. Nesta vasta área vazia de conteúdo jurídico emerge a moralidade.” (FRANCO SOBRINHO, 1974, p. 09).

⁴³SILVA, Almiro Couto e. Princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.).

Celso Antônio Bandeira de Mello foi o primeiro autor brasileiro a estabelecer, após a promulgação da Constituição, uma relação entre moralidade e boa-fé.⁴⁴

Apesar das tentativas de vinculação direta entre os princípios da legalidade e da moralidade administrativa, não se mostra possível discutir a moralidade administrativa sem que se adentre na discussão acerca da moral, não a moral privada, mas sim a “moral pública”, a qual é o objeto da proteção do princípio da moralidade administrativa.

Nesse contexto, pode-se conceituar a moral privada como a relacionada à vida íntima do indivíduo, na sua esfera de privacidade e intimidade, relacionada a fatores pessoais, já a moral pública está vinculada a aspectos externos da moral ligados à vida em sociedade, especialmente em relação a valores frente ao outro e à coletividade como um todo, a exemplo da honestidade.

Os conceitos acima referidos também recebem outras denominações, a exemplo de moral aberta e fechada, as quais denotam significados similares.

Nesse diapasão, Fábio Medina Osório defende que: “O Direito é o campo por excelência da ética pública. Por tal motivo, as normas jurídicas não devem adentrar o campo privado dos comportamentos imorais, eis um outro pilar da autonomia destas instâncias de controle.”⁴⁵

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro admite que a moralidade do ato administrativo está vinculado à moralidade da instituição⁴⁶, a qual é conceituada por Fábio Medina Osório como a “[...] moral fechada, com um conteúdo bastante específico, podendo revestir-se de juridicidade específica do Direito Administrativo”⁴⁷ e continua dizendo que “[...] é extremamente complicado estabelecer em parâmetro adequado ou universal ao juízo de moralidade comum, donde incabível confundir, de forma direta, moral comum e moral administrativa ou pública, em que pese a possibilidade de convergência em muitos casos.”⁴⁸

Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. NUNES JR., Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/17/edicao-1/principio-da-seguranca-juridica-no-direito-administrativo-brasileiro>>. Acesso em: 07 set. 2020.

⁴⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁴⁵ OSÓRIO, *op. cit.*, 2013, p. 251.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 109, 110 e 118.

⁴⁷ OSÓRIO, *op. cit.*, 2013, p. 253.

⁴⁸ *Idem, Ibidem*.

Fábio Medina Osório conclui seu pensamento alegando que o princípio da moralidade administrativa não pode ser aplicado em razão somente da violação de um preceito moral, o que afrontaria o princípio da legalidade e o próprio Estado Democrático de Direito, uma vez que as punições ocorreriam com base no fundamento de suposta imoralidade, sem que se observasse se o agente público agiu em conformidade com a lei, sem principal parâmetro de atuação, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, o que traria riscos também para os administrados, tendo em vista que os agentes públicos agiriam de acordo com a moralidade e não conforme o princípio da juridicidade, tendo como consequência a confusão de instâncias.⁴⁹

Hely Lopes Meirelles⁵⁰, na sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, associa a moralidade administrativa ao conceito de bom administrador, citando Franco Sobrinho, para o qual o bom administrador era “aquele que, usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum”, defendendo que a moralidade administrativa integra o Direito como elemento de necessário na sua aplicação e finalidade, razão pela qual estaria ligado à legalidade.⁵²

Wallace Paiva Martins Júnior classifica o princípio da moralidade como um “superprincípio”, razão pela qual perpassa por todos os demais princípios constitucionais administrativos.⁵¹

Já Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵² sustentou que o princípio da moralidade administrativa era um elemento do ato administrativo e que seu parâmetro de utilização era a finalidade pública⁵³, ainda que existam fragilidades quanto à sua caracterização, tendo em vista que trata com regras de moral interna.

Dessa forma, o referido autor afirmava que em razão da moralidade vir camuflada de legalidade, a única forma de deixá-la à mostra seria analisar se o motivo e o objeto do ato administrativo questionado possuíam relação direta com o interesse público, razão pela qual a

⁴⁹ OSÓRIO, *op. cit.*, 2013, p. 254.

⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

⁵² “A moralidade administrativa está ligada ao conceito de “bom administrador”, que no dizer de Franco Sobrinho, “é aquele que, usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum.” (MEIRELLES, 2015, p. 93-94).

⁵¹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibição administrativa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2006, pp. 168-169.

⁵² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa do conceito à efetivação; **RDA, RJ**, 190-44, out/dez 1992.

⁵³ *Idem. Idem.* p. 9.

imoralidade do ato estaria caracterizada nos casos em que seu motivo fosse inexistente, insuficiente, inadequado, incompatível ou desproporcional.⁵⁴

Nessa direção, Diogo de Figueiredo Moreira Neto entendia que violar atos administrativos em razão dos vícios acima mencionados também viola o dever da boa administração, contrariando, por conseguinte, o princípio da moralidade administrativa, salientando que os deveres do administrador público estariam associados a uma escolha pessoal em assumir o ônus trazido com a assunção do cargo público, esclarecendo que a violação ao princípio da moralidade administrativa não estaria vinculada ao fato de não ter sido tomada a melhor decisão, mas sim ao fato de que não tenha sido observada a eficiência no momento da execução do ato administrativo.⁵⁵

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o estudo da moralidade administrativa tinha por finalidade garantir o exercício de uma boa administração e, nesse contexto, o agente público que não atendia ao interesse público acabava por violá-la.⁵⁶

Ainda para o autor, a moralidade administrativa possui uma “[...] tipificação especial, como uma espécie de deontologia exigida dos agentes públicos, extensível a quaisquer indivíduos que se relacionem com a gestão da coisa pública.”⁵⁷

Diante desse contexto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em razão da elevação do princípio da moralidade ao patamar constitucional, sustentava a necessidade da adaptação do Poder Judiciário às novas necessidades ocorridas na sociedade, a fim de conceder ao princípio em comento, no âmbito da análise das questões relacionadas às ações praticadas pelos administradores públicos, notadamente, pelo fato de que as funções do Poder Judiciário ultrapassariam a mera análise da legalidade dos atos praticados, mas passaria também a abranger a análise do finalidade perseguida pelo agente público, a qual, no entanto, não deveria ser confundida com sua intenção, a qual não seria pauta de julgamento.⁵⁸

Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵⁹, já em 1992, concluía suas afirmações acerca do princípio da moralidade administrativa, assumindo que para a garantia da sua observância e,

⁵⁴ MOREIRA NETO, *op. cit.*, 2006, p. 11.

⁵⁵ “[...] sem se chegar ao ponto de exigir do administrador público a melhor solução, embora até existam publicistas que o reclamam, deve-se demandar, como Alessi, que a ação administrativa satisfaça um grau mínimo de interesse público, abaixo do qual se caracteriza a ineficiência capaz de ser detectada pelos órgãos do Poder Judiciário, a cargo dos quais ficou a competência para essa investigação e para essa avaliação, anular o ato assim viciado.” (MOREIRA NETO, 1992, p. 14).

⁵⁶ MOREIRA NETO, *op. cit.*, 1992, p. 15.

⁵⁷ *Idem, Ibidem*, p. 39.

⁵⁸ MOREIRA NETO, *op. cit.*, 1992, p. 16.

⁵⁹ MOREIRA NETO, *op. cit.*, 1992, p. 16.

em consequência, de uma boa administração na qual os interesses públicos fossem a principal finalidade, haveria a necessidade do desenvolvimento de institutos de participação política no controle da administração pública; bem como a ampliação da legitimidade das pessoas da sociedade civil para provocar o controle e, por fim, o aperfeiçoamento das funções essenciais à justiça, assegurada a autonomia.

Na mesma linha de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Celso Ribeiro Bastos⁶⁰ sustentava que a moralidade administrativa “[...] impõe a obediência à lei, mas não só no que ela tem de formal, mas na sua teleologia.”

Já Sérgio de Andréa Ferreira⁶¹ reconhecia que cabia ao administrador público atuar observando não só os parâmetros da legalidade, mas também preceitos de razoabilidade, de justiça e de eticidade, o que, por conseguinte, adentraria no campo da moralidade administrativa.

Carlos Pinto Coelho da Motta⁶² dizia que a moralidade consistia no direito da sociedade a um “Governo honesto.” Já para Emerson Garcia⁶³, quando tratou do princípio da moralidade administrativa e da sua importância em relação à probidade administrativa, defendeu que, apesar da ligação existente entre ambos, o referido princípio teria uma amplitude maior que a probidade administrativa.

Na mesma direção, Juarez de Freitas⁶⁴ afirmava que o princípio da probidade decorria do princípio da moralidade administrativa, sendo que, após a promulgação da Constituição Federal, as posturas antes consideradas como juízos éticos, desconectados ou estranhos à apreciação judicial, não mais se sustentam, o que demonstra a importância do princípio da moralidade administrativa e de sua conexão com outros valores ligados à proteção do patrimônio público.

Márcio Cammarosano⁶⁵, em artigo intitulado *Moralidade Administrativa*, publicado em uma coletânea de direito administrativo, afirma que, além da sua previsão no *caput* do art.

⁶⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, 11. ed., São Paulo: Saraiva, 1989, p. 286.

⁶¹ “Na realidade não basta, conforme salientado, que o legislador se atenha ao estrito cumprimento da legalidade, derivado do exercício dos seus direitos, poderes e faculdades, balizados por parâmetros de razoabilidade e justiça, fazer-se de modo regular, sem abuso, tudo isso informado pelos princípios éticos.” (FERREIRA, 1991, pp. 89-90).

⁶² MOTTA, Carlos Pinto Coelho da. **Curso de direito administrativo**, 2. ed. Belo Horizonte, 1991, pp. 72 -74.

⁶³ GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. **Revista da EMERJ**, v. 6, n.º 21, 2003, p. 220. Disponível em: < https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista21/revista21_211.pdf>. Acesso em 10 ago.2020.

⁶⁴ FREITAS, Juarez de Reflexões sobre moralidade e direito administrativo. **Revista de Direito**, 2008. Disponível em: <www.online.unisc.br>. Acesso em 10 ago.2020.

⁶⁵ CAMMAROSANO, *op. cit.*, 1997.

37, da Constituição Federal, o princípio da moralidade também foi reforçado no art. 5º, LXXIII, o qual prevê a possibilidade de qualquer cidadão ingressar com ação popular em caso da prática de ato administrativo que ofensa à moralidade administrativa.

Sobre o conteúdo do princípio da moralidade administrativa, José Guilherme Giacomazzi⁶⁶ sustenta que a moralidade administrativa possui dois aspectos: o aspecto objetivo, representado pela boa-fé, e o aspecto subjetivo, traduzido por meio do dever de probidade, conceituando-o como a função subjetiva e positiva do princípio da moralidade administrativa presente no art. 37 da Constituição Federal.

Ainda para o autor, a moralidade administrativa aparece na Constituição de 1988 de duas formas diversas, como objeto jurídico, no seu art. 5º, e como princípio jurídico, no art. 37.⁶⁷

Por outro lado, Fábio Medina Osório interpreta o princípio da moralidade administrativa de forma atrelada aos princípios do interesse público, proporcionalidade e razoabilidade. No entanto, acaba por incorrer na mesma questão de outros autores, tendo em vista que não traz o conteúdo próprio do princípio da moralidade administrativa, tendo em vista que necessita de outros conceitos também subjetivos para complementar o sentido do princípio da moralidade.⁶⁸

Osório continua descrevendo as particularidades do princípio da moralidade administrativa e a necessidade de melhor análise do seu conceito e de seus limites, de modo específico, devido à sua relação com o dever constitucional de probidade administrativa.

Fábio Medina Osório, ao rebater José Guilherme Giacomuzzi, sustenta que, apesar de este justificar que a boa-fé é o viés objetivo do princípio da moralidade administrativa, o referido princípio tem um fundamento mais abrangente que a boa-fé, razão pela qual não pode ser englobada por esta.⁶⁹

Nesse sentido, Fábio Medina Osório sustenta que as funções da boa-fé estão englobadas pelo princípio da moralidade administrativa, no entanto, não pode ser resumido a estas. Ou seja, a boa-fé é uma consequência do princípio da moralidade administrativa, no

⁶⁶ GIACOMUZZI, *op. cit.*, 2013.

⁶⁷ *Idem, Ibidem.*

⁶⁸ *Idem, Ibidem*, p.77.

⁶⁹ “Da moralidade administrativa nasceu deveres, inclusive o da boa-fé objetiva, além da boa-fé subjetiva, entre outros. O universo da moralidade administrativa, respeitando suas origens teóricas, é ambíguo e permite a percepção de valores, a partir dos quais são construídos deveres e direitos. Não se pode pretender englobar o mais no menos, o círculo maior no menor.” (OSÓRIO, *op. cit.*, 2013, pp. 80-82).

entanto, não é um dos seus pilares, como sustenta Giacomuzzi, perfilhando a tese de que a moralidade administrativa se destina a criar um ambiente de ética de forma institucionalizada, organizada por meio de deveres e valores implícitos e explícitos a serem observados por quem desempenha uma função pública.⁷⁰

Para Wallace Paiva Martins Júnior⁷¹, conforme já mencionado, a moralidade administrativa não é apenas um princípio, mas também um valor socialmente definido, pertencente à coletividade de forma indivisível e indeterminada. Trata-se de um patrimônio social, razão pela qual é passível de recomposição em caso de lesão por meio de condenação do ofensor à compensação financeira a título de dano moral coletivo.

Citando Hauriou, Marcelo Figueiredo,⁷² quando trata da probidade administrativa, afirma que os deveres dos agentes públicos referem-se à honestidade e à lealdade, os quais se configurariam como conceitos jurídicos complementares, sendo reflexos do princípio da moralidade administrativa.⁷³

Thiago Marrara⁷⁴, em artigo publicado na revista de direito administrativo da universidade de São Paulo – USP, adota a tese de que o princípio da moralidade administrativa tem seu conteúdo jurídico arquitetado a partir de três vertentes: a probidade, a razoabilidade e a cooperação, e afirma que a interpretação literal do princípio da moralidade administrativa não coaduna com sua importância dentro do ordenamento jurídico.⁷⁵

Ainda nessa direção, o autor afirma ser função da moralidade administrativa garantir que os agentes públicos não se desviem das finalidades estatais, utilizando os poderes a eles conferidos como forma de cumprir as referidas finalidades, razão que justifica a inclusão de um

⁷⁰ OSÓRIO, *op. cit.*, 2013, pp. 80-82.

⁷¹ MARTINS JÚNIOR, *op. cit.*, 2006.

⁷² FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**. Comentários à Lei n.º 8.429/92 e legislação complementar. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2009, p. 22.

⁷³ Cf. FIGUEIREDO, *op. cit.*, 2009, p. 119.

⁷⁴ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. **Revista Digital de Direito Administrativo**, volume 3, n.º 1, 2016, pp. 104-120 (p. 106) Doi: <<https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i1p104-120>> Disponível em: <www.revista.usp.br/rdda>. Acesso em: 10 ago.2020.

⁷⁵ “A partir de uma interpretação literal e simplista, a moralidade administrativa como moralidade no exercício da função administrativa não oferece qualquer esclarecimento mais prático acerca dos direitos e deveres que devem ser empregados pelos operadores do direito para verificar, frente a casos concretos, se e em que medida o princípio em questão foi ou não desrespeitado.” (MARRARA, 2016, p. 106).

elemento finalístico na análise da legalidade do ato praticado,⁷⁶ o qual sustenta ainda que a moralidade é uma garantia de legitimidade da manifestação da vontade do Estado.⁷⁷

Para o referido autor, com a constitucionalização do princípio da moralidade administrativa, este passou a “[...] ser parâmetro de verificação de constitucionalidade da ação estatal”⁷⁸, sendo possível o controle por toda a sociedade das ações dos administradores públicos.

Nessa direção, a proibidade administrativa é um dos principais parâmetros de concretização do princípio da moralidade administrativa e considerado como seu primeiro vetor. Já o segundo vetor de caracterização da moralidade administrativa seria a razoabilidade, isso porque o ato administrativo deve ser adequado e praticado em observância às regras de necessidade e de proporcionalidade.

Por fim, o terceiro vetor da concretização da moralidade administrativa é a cooperação, pois, segundo o autor, o exercício da função pública somente é possível em virtude da observância simultânea dos vetores da proibidade, da razoabilidade e da cooperação para, com isso, atingir uma “boa administração”.

Dessa forma, expostos os diversos ângulos de análise acerca do princípio da moralidade administrativa apresentada por Thiago Marrara, observa-se a inexistência de uma interpretação jurídica uniforme acerca do princípio da moralidade - tendo em vista que a construção existente é puramente teórica e que não reflete as situações práticas cotidianas, abrindo margem para um alto índice de subjetividade na sua aplicação ao caso concreto.

Nesse diapasão, é importante ressaltar que ainda persiste certa imprecisão entre os conceitos de moral e de moralidade, já que, em alguns casos, procura-se imputar a agente público um ato como em desacordo com a moralidade administrativa, por entender que diz respeito um ato imoral, quando, na verdade, a imputação deve recair na suposta violação ao princípio da moralidade administrativa, entendido como princípio constitucional e não por

⁷⁶ “A moralidade administrativa serve, pois, para impedir que os dirigentes estatais desviem-se das finalidades do Estado de Direito, empregando seus poderes públicos no intuito de se afastar das vontades estatais democraticamente legitimados. Com isso, insere-se um elemento finalístico na análise da legalidade de todos as ações estatais, de modo que o cumprimento da norma jurídica pela autoridade pública somente pode ser válido quando vinculado aos valores que tal nome se funda.” (MARRARA, 2016, p. 107).

⁷⁷ “Nesse contexto, a moralidade administrativa consiste em uma garantia de constante legitimação da vontade estatal e, não por outra razão, está vinculada ao conceito de desvio de poder ou desvio de finalidade.” (MARRARA, 2016, p. 108).

⁷⁸ MARRARA, *op. cit.*, 2016, p. 107).

violação à moral, uma vez que se fala de um conceito filosófico que extrapola a seara de atuação do direito positivo.

2.3 O princípio da moralidade administrativa e as condenações por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*

É incontestável a importância do princípio da moralidade administrativa no contexto da ação civil pública, por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, tendo em vista que é um dos seus pilares, como forma de atender aos anseios da sociedade por uma administração pública honesta e comprometida com os valores constitucionais, razão pela qual o princípio em comento foi elevado ao patamar constitucional.

No entanto, ainda que o princípio da moralidade administrativa ostente uma posição de destaque no campo da probidade administrativa, há divergências entre autores brasileiros que se dedicam ao tema em estudo em relação à sua utilização na imputação de ato de improbidade administrativa *stricto sensu*.

Dessa maneira, parcela da doutrina pátria sustenta a impossibilidade da condenação com fundamentação autônoma no princípio da moralidade administrativa, sem que haja anexada a prática de uma outra conduta tipificada como improba, quer seja por entenderem que o referido princípio está atrelado ao princípio da legalidade, quer seja pela necessidade de complementação na sua fundamentação.

É possível dizer, em uma breve síntese, em relação aos defensores da possibilidade de imputação de ato de improbidade administrativa por violação autônoma ao princípio da moralidade administrativa, que defendem que tal princípio é a base da boa administração pública, sendo, dessa forma, um dos principais fundamentos da ação civil por ato de improbidade administrativa que pode ser utilizado, isoladamente, para caracterizar a imputação da prática de um ato de improbidade administrativa *stricto sensu*.

Em sentido contrário ao retro exposto, outros autores pátrios sustentam que a condenação por ato de improbidade administrativa em razão da violação a princípios administrativos sempre vincula a violação ao princípio da moralidade a outro princípio, a exemplo do princípio da legalidade ou da finalidade, razão pela qual não é considerada como fundamentação autônoma para uma condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*.

A seguir serão expostos alguns dos argumentos acerca da posição do princípio da moralidade no contexto da ação civil pública por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*.

2.3.1 Posições doutrinárias

Em continuidade, analisados os elementos que caracterizam a configuração do ato de improbidade administrativa *stricto sensu* e os principais pontos relacionados à dogmática do princípio da moralidade administrativa, serão descritos os posicionamentos de alguns dos doutrinadores brasileiros que tratam do tema relacionado ao princípio da moralidade e do ato de improbidade administrativa, os quais foram agrupados de acordo com opiniões contrários ou favoráveis à imputação de ato de improbidade administrativa em razão da violação do princípio administrativo em debate.

2.3.1.1 Posições contrárias

Caio Tácito⁷⁹, em trabalho denominado *Desvio de atos administrativos, legislativos e judiciários*, defendia que o desvio de poder, caracterizado pelo desvio de finalidade, é uma ofensa ao princípio da legalidade, razão pela qual não demonstra a existência de uma relação direta com o princípio da moralidade administrativa, tanto que, ao citar a possibilidade de anulação de ato administrativo na ação popular, refere-se ao desvio de finalidade como um desdobramento da violação ao princípio da legalidade.

Ainda que tal posição tenha sido firmada anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, quando o princípio da moralidade administrativa ainda não possuía patamar constitucional, é importante observar que a razão pela qual o autor acima mencionado o vincula ao princípio da legalidade é o seu objeto ligado ao desvio de finalidade, o que - conforme o próprio direito francês também trouxe - é a base do princípio da moralidade.

Assim, é possível observar que o autor retro mencionado, apesar de considerar a relevância do princípio da moralidade administrativa, coloca-o em uma posição de dependência

⁷⁹ TACITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 242, p. 63-74, out. 2005. ISSN 2238-5177. Doi: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v242.2005.42964>>. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42964>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

em relação ao princípio da legalidade, razão pela qual se conclui, dentro desse raciocínio, que, em caso de imputação de ato de improbidade administrativa, o princípio da moralidade sempre estará atrelado a um outro princípio.

No mesmo sentido, Marcelo Caetano⁸⁰ sustentava que a “[...]determinação do fim do poder discricionário é uma vinculação legal e por isso o desvio de poder é uma espécie de ilegalidade e não, como alguns pensam, mera imoralidade administrativa.”

Para Marcelo Caetano, ainda que o princípio da moralidade administrativa seja atrelado ao poder discricionário, sua violação se liga à uma ilegalidade e não a fundamentos diversos de cunho moral, já que o mérito administrativo de um ato, ainda que conceda uma maior liberdade ao agente público, não pode se afastar da legalidade, uma vez que a decisão a ser tomada deve, obrigatoriamente, observar o referido princípio, sob pena de ser anulada.

Na mesma linha de raciocínio, Fábio Osório Medina destaca a função do princípio da moralidade administrativa nesse contexto e a importância de a Lei de Improbidade Administrativa observar os direitos fundamentais das partes envolvidas no processo.

O referido autor, quando discorre sobre a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, reforça a necessidade da garantia da segurança jurídica às partes no processo, notadamente aos acusados, em razão da vagueza contida nos seus dispositivos, razão pela qual necessita da complementação de outros diplomas legais a fim de possibilitar definições mais objetivas como força de afastar eventuais abusos por parte dos operadores do direito.

Nesse sentido, assegura que a necessidade de uma interpretação sistêmica para a caracterização do ato de improbidade administrativa, tendo em vista que, ainda que o princípio da moralidade tenha a função de delimitar seus tipos, os deveres a serem observados pelos agentes públicos são abertos.

O autor em comento afirma que existem algumas vantagens nesse sistema aberto em relação à improbidade administrativa, entre elas a maior mobilidade conferida ao intérprete, a flexibilidade normativa e a possibilidade de se acompanhar a dinâmica da corrupção. No entanto, por outro lado, também expõe desvantagens. “Ocorre que esse mesmo ambiente de flexibilidade é do das incertezas, das injustiças, da arbitrariedade e da insegurança jurídica, sem

⁸⁰ CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1997, Tomo I, (p. 506/509, n.º 207).

falar no voluntarismo político desprovido de legitimação democrática. Daí as desvantagens desse modelo.”⁸¹

Entre as desvantagens, o autor enfatiza o grande espaço discricionário concedido aos órgãos acusadores e julgadores, abrindo espaço para injustiças e arbitrariedades, além dos abusos acusatórios, reconhecendo que a Lei n.º 8.429/92 optou por trabalhar com conceitos abertos, em especial os princípios.⁸²

Na linha da necessidade de garantia da segurança jurídica, Fábio Medina Osório reforça a necessidade da existência de critérios mais específicos para a caracterização dos atos de improbidade administrativa a qual é “[...] um postulado que, em conjugação com a racionalidade, a legalidade e a segurança jurídica, integra a base argumentativa do intérprete no manejo de todo e qualquer tipo sancionador previsto na LGIA”⁸³, e sustenta que existem controvérsias acerca da interpretação da Lei Federal n.º 8.429/92, em razão da existência de interpretações que não condizem com sua real finalidade.⁸⁴

Dessa forma, é possível verificar que, apesar de se reconhecer a importância do princípio da moralidade administrativa no contexto da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, os autores acima citados demonstram a existência de uma ligação entre o princípio da legalidade e da moralidade administrativa, o que, aliado à inexistência de conceitos expostos na Lei n.º 8.429/92 em relação ao ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, trazem insegurança jurídica para o ordenamento pátrio.

2.3.1.2 Posições favoráveis

Em sentido contrário, há autores pátrios que defendem ser a violação do princípio da moralidade, por si só, um ato de improbidade administrativa, entre os quais cita-se Emerson Garcia.⁸⁵

Emerson Garcia sustenta que a importância do princípio da moralidade administrativa, no contexto da improbidade administrativa, deve-se à maior flexibilidade que a regra moral possui, motivo pelo qual é possível que acompanhe de forma mais célere a evolução dos

⁸¹ OSÓRIO, *op. cit.*, 2013, pp. 322-323.

⁸² OSÓRIO, *op. cit.*, 2013, p. 323.

⁸³ *Idem, Ibidem*, p. 212.

⁸⁴ *Idem, Ibidem*, p. 231.

⁸⁵ GARCIA, *op. cit.*, 2017.

influxos sociais, uma vez que esses permitem uma adequação da referida regra aos valores sociais da época, facilitando uma constante atualização dos conceitos ligados à moralidade administrativa em relação aos contextos sociais.

Segundo o autor, para que o agente público haja de acordo com as normas de probidade administrativa, não é suficiente que o agente público obedeça ao princípio da moralidade administrativa, sendo necessário que também obedeça à ética administrativa, estabelecendo uma relação de adequação entre ambos.⁸⁶

Emerson Garcia rechaça os posicionamentos que sustentam a vinculação do princípio da moralidade administrativa ao princípio da legalidade e defende que o princípio da moralidade administrativa é independente em relação ao princípio da legalidade, uma vez que ambos se encontram em idêntico patamar constitucional. No entanto, observa que o referido princípio guarda uma relação de continência com o princípio da juridicidade, pois, segundo ele, se o princípio da moralidade administrativa fosse subordinado ao princípio da legalidade, como asseguram alguns autores, seria necessário que esse abarcasse todos os outros princípios a fim de que tal afirmação pudesse ser confirmada.⁸⁷

Emerson Garcia entende, ainda, que a improbidade administrativa está ligada à violação do princípio da juridicidade, razão pela qual a violação dos deveres previstos no art. 11, da Lei n.º 8.429/92, deve ser interpretada de acordo com o referido princípio.

Na mesma direção, Emerson Garcia rebate os argumentos quanto à existência de *celeumas* na caracterização do ato de improbidade administrativa praticado pelo agente público em razão da violação ao princípio da moralidade administrativa, sob o fundamento de que o princípio da moralidade administrativa é um “mecanismo aglutinador”, razão pela qual pode ser utilizado em conjunto com outros princípios, como forma de se garantir a efetividade, sem que isso se configure como a perda de sua autonomia.⁸⁸

Para justificar a existência de parâmetros objetivos necessários à aplicação do princípio da moralidade administrativa como modalidade de condenação no âmbito da ação civil pública por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, o referido autor defende que a moralidade administrativa possui uma relação de proximidade com o conceito de boa-fé, o

⁸⁶ OSÓRIO, *op. cit.*, 2013.

⁸⁷ GARCIA, *op. cit.*, 2017, p. 401

⁸⁸ GARCIA, *op. cit.*, 2017, p. 412.

qual possui critérios objetivos para sua caracterização, razão pela qual o princípio da moralidade gozaria da mesma objetividade.⁸⁹

Ainda conforme o referido autor, a possibilidade de imputação de ato de improbidade administrativa *stricto sensu* é justificada somente em razão da violação de princípios mediante sua previsão constitucional, uma vez que a prática de qualquer ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei n.º 8.429/02 fere o princípio da moralidade administrativa.⁹⁰

Em linhas gerais, Emerson Garcia põe o princípio da moralidade administrativa como o princípio norteador da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, e tem como parâmetros os preceitos do administrador público honesto que atua de acordo com a boa-fé, tomando tais conceitos como vetores para verificação da existência de ato de improbidade administrativa, a qual deve ser analisada à luz do princípio da juridicidade.⁹¹

Na mesma linha, Wallace Paiva Martins Júnior⁹² desenvolve posicionamento que coaduna com as palavras de Emerson Garcia acerca da posição do princípio da moralidade na ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Para Wallace Paiva Martins Júnior, o princípio da moralidade “[...] é um superprincípio informador dos demais (ou um princípio dos princípios), não podendo reduzi-lo a um mero integrante do princípio da legalidade.”⁹³ Esta é a razão pela qual se constitui como precedente lógico na probidade administrativa e guarda relação com o conceito de interesse público, devendo ser utilizado como o parâmetro de orientação de comportamento do agente público.

Martins Júnior⁹⁴ argumenta que a moralidade administrativa é o mais importante dos princípios, porque é pressuposto informativo dos demais (legalidade, impessoalidade, publicidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação), muito embora devam coexistir no ato administrativo, motivo por que é o parâmetro de orientação de comportamento do agente público, sendo que, para a verificação da sua violação, deve-se contrastar a conduta praticada com os requisitos do ato administrativo.

⁸⁹ “A moralidade administrativa também se próxima, em certa medida, da concepção de boa-fé, como referencial objetivo a ser necessariamente observado na atividade estatal.” (GARCIA, 2017, p. 412).

⁹⁰ GARCIA, *op. cit.*, 2017, p. 413.

⁹¹ *Idem, Ibidem.*

⁹² MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁹³ *Idem, Ibidem*, p. 31.

⁹⁴ MARTINS JÚNIOR, *op. cit.*, 2006.

O autor sustenta que há “[...] equívoco, portanto, em colocar o desvio de poder como questão de legalidade administrativa (violação da lei do fim), embora isso tenha proporcionado o seu exame contencioso.”⁹⁵

Em razão da posição perfilhada quanto à posição de *superprincípio* ostentada pelo princípio da moralidade administrativa, Wallace de Paiva Martins Júnior sustenta que a violação de outros princípios, a exemplo do princípio da impessoalidade, também viola o princípio da moralidade.

Para o autor, os parâmetros a serem observados pelo agente público para a caracterização da violação ao princípio da moralidade são a lealdade e a honestidade, tendo em vista que dizem respeito a uma função pública, concluindo que as regras de boa administração estão vinculadas às finalidades públicas do Estado e, fundamentado na lição de Antônio José Brandão, sustenta que a imoralidade hábil a justificar a aplicação de uma sanção está ligada à inobservância das referidas finalidade públicas, caracterizada pelo desvio do interesse público.⁹⁶

Ainda para Wallace Paiva Martins Júnior, em razão da sua ideia matriz quanto à posição de *superprincípio* da moralidade administrativa, a violação dos deveres previstos no art. 11, *caput* da Lei n.º 8.429/92, é uma consequência lógica do princípio da moralidade administrativa.⁹⁷ Wallace Martins Paiva Martins Júnior espousa a ideia de bom administrador como um dos principais parâmetros para a observância do princípio da moralidade administrativa, atrelando-o ainda ao princípio da finalidade.⁹⁸

No entanto, ainda que sustente ser ilícita a violação ao princípio da moralidade administrativa, o autor admite que, em geral, as decisões que reconhecem ofensas ao mesmo princípio apontam, simultaneamente, a violação a outro princípio, em geral, a violação ao princípio da finalidade, demonstrando que o próprio autor reconhece, de forma indireta, a

⁹⁵ *Idem, Ibidem*, p. 33.

⁹⁶ , MARTINS JÚNIOR, *op. cit.*, 2006, p. 57.

⁹⁷ *Idem, Ibidem*, p. 65.

⁹⁸ “A ideia predominante do dever de boa administração é a finalidade do ato ou atividade administrativa, cujo desvio para a satisfação de interesses estranhos ao serviço – particulares próprios ou alheio ao agente público, de terceiros – ou de interesses públicos não expressos na regra de competência vicia o ato. Quanto mais se prestigia a finalidade específica da atividade administrativa se aprimora o controle da Administração Pública, mas se reduz o campo de discricionariedade – afastando a eventualidade do arbítrio, uma vez que a linha que os separa é tênue – e, com maior eficácia garante-se o princípio da moralidade administrativa. A contribuição do dever de boa administração como vetor da moralidade administrativa é essencial na medida em que realça a finalidade específica das atividades da Administração Pública.” (MARTINS JÚNIOR, 2006, p. 7).

ausência de autonomia do princípio da moralidade administrativa para fundamentar uma condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, quando discorre sobre o princípio da moralidade administrativa, sustenta que o referido princípio deve ser utilizado como parâmetro para conceito do que pode ser considerada uma boa administração, hábil a ser utilizado não somente pelo agente público, mas que também serve para a análise de legitimidade do ato.⁹⁹

As palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto demonstram que o princípio da moralidade administrativa, sendo um dos parâmetros a serem considerados para se avaliar a qualidade e eficiência da gestão realizada, pode ser utilizado como parâmetro se analisar sua legitimidade, a qual engloba sua legalidade, o que faz concluir que o autor entende ser possível a aplicação de sanções em razão da inobservância do referido princípio.

Para Márcio Cammarosano¹⁰⁰, em razão da corrupção que assola o Brasil, o princípio da moralidade administrativa passou a ter uma proteção e uma posição de destaque, esclarecendo que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, não ocorreu a constitucionalização de regras morais, pois estas se referem a regras de conduta da sociedade e versam sobre regras e princípios jurídicos informados por meio de regras morais judicializadas, ou seja, preceitos jurídico-normativos, em nome da segurança jurídica.

Márcio Cammarosano¹⁰¹ nega o alcance da autonomia dada ao princípio da moralidade administrativa pelos autores anteriormente citados, justificando sua posição em razão da impossibilidade de se verificar a existência de um ato administrativo que comporte a invalidação baseada exclusivamente no referido princípio, sem que vislumbre a ofensa a um outro princípio.

O autor acima mencionado defende a vinculação do princípio da moralidade administrativa ao princípio da legalidade, quando considerado de uma forma mais ampla, no

⁹⁹ “A finalidade é o parâmetro da moralidade, a ser medida na proporção entre meios e fins, e da legitimidade explicada pela atuação estatal, direcionada ao interesse público. A moralidade administrativa é, pois, orientada pela diferença entre a boa e a má-administração, e a imoralidade ocorrerá tanto pelo desvio de finalidade quanto pela ausência de finalidade somada à ineficácia grosseira do ato. A ideia de boa administração sedimenta-se sobre regras escritas ou não de fidelidade aos fins públicos e não simplesmente sobre mera gestão dos interesses públicos.” (MOREIRA NETO, 1994, pp. 69-70).

¹⁰⁰ CAMMAROSANO, *op. cit.*, 1997, pp. 129-139.

¹⁰¹ *Idem, Ibidem*.

sentido de conformidade com a norma jurídica e não estritamente ligado à violação literal da lei.¹⁰²

O autor sustenta ainda que a moralidade administrativa integra o Direito, mas que nem todo ato ilegal é imoral, isso porque não se pode reconhecer como ofensivo à moralidade administrativa ato que não seja ilegal.¹⁰³

Márcio Cammarosano conceitua o princípio da moralidade administrativa como uma junção de valores que podem ou não ser judicializados, responsáveis por guiar os agentes públicos no desempenho de suas funções.¹⁰⁴

Em sequência, sustenta que a gravidade da violação do princípio da moralidade administrativa está ligada aos valores judicializados que ofendem os deveres de lealdade, da boa-fé e a confiança depositadas no agente público, razão pela qual não se resume a uma mera violação de um diploma positivado, abrangendo valores que norteiam a Administração Pública.¹⁰⁵

Nesse sentido, ainda que Márcio Cammarosano tenha restrições quanto à posição autônoma do princípio da moralidade administrativa em relação ao princípio da legalidade, considerada de forma ampla e adote a separação entre os valores morais judicializados e os valores ligados à moral comum a serem observados por toda a sociedade, o autor assume a possibilidade de sanção em razão de prática considerada improba devido à violação do princípio da moralidade administrativa, desde que ofenda aos deveres do agente público em relação à Administração Pública, a exemplo da lealdade e da confiança, já que a referida violação ultrapassa a violação à lei.

¹⁰² “[...] a moralidade administrativa não pode ser dissociada da legalidade, pelo menos da legalidade em sentido amplo, entendida esta como a qualidade que está conforme ou compatível com a ordem jurídica.” (CAMMAROSANO, 1997, p. 139).

¹⁰³ “Na sequência, afirma que se o princípio constitucional da moralidade estivesse “[...] direta e imediatamente, referido a normas morais prevalentes na sociedade, seria imperioso identificar todas elas, pois estariam a condicionar a validade das próprias leis.” (CAMMAROSANO, 1997, p. 271).

¹⁰⁴ “O princípio da moralidade administrativa, para nós, é constituído por uma constelação de valores judicializados – não todos – e intimamente relacionados sim, com a liberdade de querer e agir, de determinar-se, que a ordem jurídica assegura, aqui e acolá, de forma explícita ou implícita, a agentes públicos. Essa liberdade, observados os limites extraíveis do mundo normativo e das circunstâncias do mundo fenomênico, do caso concreto, diz respeito ao exercício de competência discricionária. Mas o agente público, como homem, é um ser livre. E o poder de determinar-se a si próprio pode levá-lo também a, conscientemente, violar o direito em face do exercício de competência vinculada. A pretexto, pois, de exercitar competências, quer discricionárias quer vinculadas, o agente público pode violar a ordem jurídica simplesmente. Mas pode violá-la em circunstâncias tais que seu agir não se faz apenas inválido, mas ofensivo a moralidade administrativa” (CAMMAROSANO, 1997, pp. 132-153).

¹⁰⁵ CAMMAROSANO, op. cit., p. 271.

Na mesma linha de posicionamento, Maria Sylvia Zanella Di Pietro também apadrinha a posição de destaque dispensada ao princípio da moralidade administrativa a ser observada pelos agentes públicos em relação à ação civil pública por ato de improbidade administrativa. A autora afirma que, em razão da positivação do princípio da moralidade administrativa, sua violação deve ser sancionada, nos termos do art. 11, da Lei n.º 8.429/92.¹⁰⁶

Juarez de Freitas¹⁰⁷ defende que a preponderância do princípio constitucional da moralidade administrativa no ordenamento jurídico pátrio reforça sua caracterização e suas consequências em razão de sua inobservância.

Já quanto aos deveres do agente público, Juarez de Freitas corrobora a importância da observância do princípio da moralidade administrativa como um dos seus principais deveres, o que reforça a necessidade da rigorosa punição em caso de seu descumprimento¹⁰⁸, demonstrando, dessa forma, que entende possível a condenação em razão da prática de ato de improbidade administrativa em razão da violação ao princípio da moralidade administrativa.

2.3 Conclusões parciais

A partir da análise do *caput* do art. 11 da Lei n.º 8.429/92 e das posições doutrinárias apresentadas neste capítulo, é possível verificar que o referido dispositivo legal não traz um conceito fechado acerca do ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública (*stricto sensu*), isso porque se reporta de forma ampla e genérica à ação ou à omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, apontando dez condutas, em seus incisos, apenas de forma exemplificativa, sem que traga critérios para caracterizar a referida violação.

Em razão da incompletude e da generalidade acima mencionadas, para que seja possível uma condenação pela prática de ato de improbidade administrativa, exclusivamente em razão da violação ao princípio da moralidade administrativa, sem que esteja vinculada à prática de uma das demais condutas prevista na Lei n.º 8.429/92 como improba, é necessária a

¹⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 165.

¹⁰⁷ FREITAS, Juarez de. **O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988**, São Paulo: RT 680:38, 1997.

¹⁰⁸ “Dever de a Administração Pública observar rigor e a maior objetividade possível, os referenciais valorativos basilares urgentes, cumprindo, de maneira precípua até, proteger e verificar, exemplificativamente, a lealdade e a boa-fé para com a sociedade, bem como travar o combate contra toda e qualquer lesão moral provocada por ações públicas destituídas de probidade e honradez”. (FREITAS, 1997).

descrição do que seja caracterizado como violação dos deveres dispostos no *caput* do referido dispositivo e a conseqüente inobservância dos princípios administrativos, isso porque se referem a conceitos vagos que necessitam de uma complementação para serem aplicados, e nem sempre se encontram no âmbito de abrangência do direito, a exemplo do conceito de honestidade.

Dessa forma, estando a ação civil pública por ato de improbidade administrativa contida na seara do direito administrativo sancionador, a realização da sua complementação por meio de interpretação dos conceitos genéricos descritos no *caput do art. 11 da Lei n.º 8.429/92* não se mostra compatível com nosso Estado Democrático de Direito, uma vez que pode vir a violar os princípios da legalidade e da tipicidade, bem como as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, os quais serão analisados oportunamente, tendo em vista a necessidade da tipificação fechada e descritiva acerca da caracterização da violação a determinado princípio administrativo.

Corroborando tal conclusão, a partir da leitura das posições dos doutrinadores brasileiros citados no subitem 2.3.1.1, os defensores de uma aplicação direta do princípio da moralidade administrativa na ação civil pública por ato de improbidade administrativa, quando discorrem sobre os eventuais parâmetros para a caracterização da sua violação, não o fazem de forma objetiva, uma vez que apresentam critérios diversos, para se mensurar a referida violação, e, ainda, subjetivos.

Na mesma direção, tais autores ainda quando se referem à violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade do administrador público, também não demonstram uniformidade na concepção dos referidos conceitos, tendo em vista que cada autor mencionado apresenta sua interpretação diversa acerca da caracterização do cumprimento dos referidos deveres, o que, além de demonstrar a falta de consenso acerca do tema, impõe ao administrador público um estado de insegurança jurídica.

Por outro lado, ainda que se defenda que os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade derivam do princípio da moralidade administrativa e do dever de probidade administrativa, tais afirmações não se mostram suficientes para atender ao exigido pelo princípio constitucional da legalidade, que requer a definição prévia da conduta a ser sancionada.

De igual modo, também se ofende o princípio da tipicidade, pois como será visto adiante, tanto o princípio da moralidade administrativa quanto seu desdobramento referente à

probidade administrativa também são conceitos abertos, assim, ainda que se reconheça a importância do princípio da moralidade como vetor mestre da ação civil por ato de improbidade administrativa, sem que haja a descrição precisa da conduta eventualmente considerada como ato de improbidade administrativa, não é possível sua imputação genérica, sob pena de violação de garantias constitucionais.

Quando o *caput* do art. 11 da Lei n.º 8.429/92 diz que desobedece aos princípios administrativos a violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade em situações que diversas das previstas nos incisos do dispositivo legal em comento, há como referência para a caracterização do ato de improbidade administrativa apenas os deveres acima mencionados, sem outras delimitações.

Por outro lado, quando se analisam as posições apresentadas por alguns dos autores brasileiros acerca do assunto, é possível perceber que se formam duas vertentes, uma que liga o princípio da moralidade administrativa ao princípio da legalidade, reconhecendo a interdependência entre ambos, e outra que admite sua aplicação autônoma e direta como fundamentação para sancionar uma conduta considerada improba em razão da importância do referido princípio no contexto da probidade administrativa e, por consequência, da ação civil pública por ato de improbidade administrativa sem, no entanto, trazer parâmetros objetivos a serem utilizados a fim de demonstrar a referida violação, fazendo menção apenas a conceitos subjetivos, ligados ou não à seara jurídica, a exemplo do que ocorre em relação ao conceito de honestidade.

Por fim, mesmo reconhecendo a importância do princípio da moralidade administrativa no contexto da ação civil pública por ato de improbidade administrativa - já que a probidade administrativa pode ser considerada como um desdobramento do referido princípio -, o *caput* do art. 11 da Lei n.º 8.429/92 não traz sua caracterização, nem parâmetros objetivos hábeis a serem utilizados para demonstrar sua violação, o qual se mostra genérico e abstrato, permitindo o enquadramento de condutas variadas nesse tipo, ferindo, conforme já mencionado, o princípio da legalidade e da tipicidade.

Já os autores brasileiros citados na presente pesquisa também não conseguem demonstrar a existência de parâmetros objetivos que possibilitem a caracterização da violação autônoma do princípio da moralidade administrativa, uma vez que trazem conceitos subjetivos, geralmente baseado em princípios, a fim de justificarem as escolhas realizadas.

Dessa forma, pode-se concluir que sendo o *caput* do art. 11 da Lei n.º 8.429/92 genérico, uma vez que não trouxe elementos descritivos hábeis a configurar o ato de improbidade administrativa em razão da violação de princípios, a doutrina pátria também não logrou êxito em criar parâmetros objetivos para a caracterização da violação da moralidade administrativa como fundamento autônomo para condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*.

3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE NAS CONDENAÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA *STRICTO SENSU* PELO MPDFT E TJDF: UMA ANÁLISE

No intuito de averiguar se o princípio da moralidade administrativa está sendo utilizado como fundamento autônomo para condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* na prática judicial, particularmente no que se refere ao estudo da existência de parâmetros para sua aplicação, foi realizada pesquisa empírica a partir da análise de petições iniciais e de julgados, proferidos pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios no período compreendido entre 1993 e 2019.

Para tanto, foi efetivada uma pesquisa no site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, utilizando-o na pesquisa como referência, ao refletir os posicionamentos da maior parte dos tribunais estaduais, a qual foi realizada da seguinte forma:

Primeiramente foram identificados todos os acórdãos (julgamentos colegiados) sobre improbidade administrativa no campo de pesquisa livre da Consulta de Jurisprudência do TJDF, referentes ao período de 1993 e 2019.

Em sequência, a pesquisa foi limitada à verificação da citação nos julgados de um dos princípios constitucionais administrativos que possuísse uma grande representatividade no campo da improbidade administrativa. Nesse sentido, foi feito o recorte em relação ao princípio da moralidade administrativa, tendo em vista que é considerado como um dos fundamentos da própria ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Nesse diapasão, foram selecionados todos os acórdãos que continham os argumentos “improbidade” e “moralidade” nas ementas, gerando 108 resultados. Em seguida, foram excluídos os agravos de instrumento, mandados de segurança e conflitos de competência,

restando 74 julgados, o que corresponde a uma amostra relevante de mais de 68,52% do total de julgados inicialmente identificados.

De posse dos dados dos referidos processos, neste capítulo serão analisadas as petições iniciais das respectivas ações civis públicas de improbidade administrativa, a fim de verificar, nos referidos processos, se a imputação da suposta prática do ato de improbidade administrativa se deu exclusivamente com fundamento na inobservância do princípio da moralidade administrativa por violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade, ou se a utilização do princípio da moralidade administrativa serviu como reforço argumentativo em razão da prática de outra conduta também tida como improba.

Dessa forma, na metodologia será analisada a prática do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) e o comportamento dos julgadores acerca da utilização do princípio da moralidade, no âmbito da ação civil, por ato de improbidade administrativa e, na sequência, analisados os resultados encontrados e suas consequências.

3.1 O princípio da moralidade administrativa nos pleitos condenatórios por ato de improbidade administrativa segundo o MPDFT

Na realização da pesquisa, após selecionados os processos a serem analisados, conforme a metodologia mencionada no item anterior, foi realizada a primeira etapa da referida pesquisa, na qual foram examinadas as petições iniciais das ações civis públicas por ato de improbidade administrativa.

A análise das petições iniciais acima mencionadas buscou identificar se o princípio da moralidade administrativa foi utilizado como fundamento autônomo para condenação por ato de improbidade administrativa e, em caso afirmativo, em qual percentual.

Nessa etapa, buscou-se verificar também se o MPDFT estabeleceu parâmetros objetivos para a caracterização da prática do ato de improbidade administrativa *stricto sensu* em razão da violação ao princípio da moralidade administrativa.

Após a análise das petições iniciais acima mencionadas, aliada à menção da ofensa ao princípio da moralidade administrativa, havia a descrição de outra conduta também caracterizada como ato de improbidade administrativa, previsto em um dos incisos do art. 11 da Lei n.º 8.429/92, ou ainda nos seus arts. 9º e 10.

Em parte das petições iniciais pesquisadas, a conduta descrita como improba referia-se à violação ao princípio da legalidade, nos termos expostos no art. 11, I, da Lei n.º 8.429/92. Nesses casos, a menção à ofensa ao princípio da moralidade administrativa estava descrita de forma secundária, funcionando como um reforço argumentativo para justificar a imputação do ato de improbidade administrativa, a fim de demonstrar o descompasso entre a conduta praticada e os valores contidos na Lei n.º 8.429/92, especificamente no que se refere à ética e à honestidade para com a Administração, no entanto, sem descrever de forma objetiva a violação ao princípio da moralidade administrativa.

Em outras petições iniciais, o argumento utilizado para fundamentar a imputação pela prática da conduta improba foi a ofensa ao princípio da isonomia.

Nas petições iniciais pesquisadas, nas quais a fundamentação do pleito para condenação estava baseada na prática de condutas descritas como ímprobas, enumeradas nos arts. 9º e 10 da Lei n.º 8.429/92, de igual modo, o princípio da moralidade administrativa foi utilizado apenas para reforçar a ilegalidade da conduta, taxando-a como imoral de forma genérica.

Na maior parte das ações em que o pleito condenatório baseava-se na violação de princípios administrativos, o fundamento principal foi a violação ao princípio da legalidade (art. 11, I, da Lei n.º 8.429/92), quando a ofensa ao princípio da moralidade foi utilizada como um reforço argumentativo para justificar a imputação do ato de improbidade administrativa. Entre eles temos como exemplos os processos n.ºs 0007942-38.2015.8.07.0018, 20150110005418, 20150110468725, 20090111761834 e 20040110935877.

Em outros casos, a exemplo do processo n.º 20040110763579, a tese se fundamentou na ofensa ao princípio da isonomia; já o processo n.º 20040111124724 trouxe de forma detalhada a violação aos deveres de honestidade e de lealdade às instituições e, em ambos, por via de consequência a ofensa ao princípio da moralidade.

Após as constatações acima mencionadas, um primeiro ponto a ser destacado é que o princípio da moralidade administrativa não foi utilizado de forma autônoma para a descrição de conduta tipificada como ato de improbidade administrativa em nenhum dos casos analisados e, em consequência, não foi o fundamento principal para o pleito de condenação, isso porque as petições iniciais, após individualizar a conduta descrita como improba praticada pelo réu, faziam sua conexão com uma das hipóteses previstas nos arts. 9º, 10 ou nos incisos do art. 11, sendo o princípio da moralidade administrativa, nesses casos, utilizado como uma forma de

reforçar a imputação do ato improbo ao agente público como ilegal e em desacordo com as normas éticas que regem a Administração Pública.

Nessa direção, ainda que o Ministério Público, na posição de autor da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, considere a conduta praticada pelo agente público como imoral, não apresentou justificativa para tanto, isso porque fundamentou a afirmação na existência de um desvio ético e moral sem, no entanto, explicar, por meio da aplicação de parâmetros objetivos, como ocorreu o referido desvio, uma vez que utiliza como fundamento conceitos que fogem do âmbito do direito, a exemplo do valor da honestidade, e valem-se da eventual prática de outra conduta improba para justificar a imoralidade mencionada.

Ainda no mesmo sentido, é possível observar que o princípio da moralidade administrativa não é utilizado como motivo principal das condenações pleiteadas em nenhum dos casos examinados, servindo sempre como acessório inerente a uma conduta principal.

Nesse contexto, pode-se, então, verificar que a praxe utilizada pelo MPDFT na ação civil por ato de improbidade administrativa, nos casos estudados, é de que, independentemente da demonstração da violação concreta ao princípio da moralidade administrativa, o referido princípio seja utilizado para fundamentar, ainda que de forma secundária, o pleito de condenação por ato de improbidade administrativa, sob o argumento de que é um dos pilares da referida modalidade de ação.

Dessa forma, ainda que se concorde com a importância do princípio da moralidade administrativa no contexto da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, a referida posição não pode ser utilizada como forma de reforçar os argumentos apresentados na petição inicial sem que esteja ligada diretamente aos fatos relatados, no intuito de que o agente público venha a ser condenado pela prática de ato de improbidade administrativa sem a correspondente descrição de sua violação, tendo em vista que o ordenamento jurídico pátrio não admite tal modalidade de comportamento, sob pena de violação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Nessa direção, pode-se, então, verificar que o MPDFT, na posição de autor da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ainda que cite o princípio da moralidade administrativa como um dos fundamentos para o pedido de condenação dos réus, não descreve parâmetros objetivos para demonstrar sua violação, limitando-se a citar conceitos valorativos e, alguns deles, ligados à Filosofia e à Ética, extrapolando a seara do Direito.

É possível chegar a tal constatação pelo fato de que citam que o ato ímprobo praticado pelo agente público é imoral sem, no entanto, oferecer a descrição exata de como estaria caracterizado o referido ato imoral.

Nessa direção, ainda que se defenda que quaisquer das condutas previstas nos arts. 9º, 10, ou nos incisos do art. 11 da Lei n.º 8.429/92, há uma violação ao princípio da moralidade administrativa, tal afirmação não justifica sua utilização para fundamentar o pleito inicial sem a correspondente caracterização de sua violação, ante à necessidade de descrever, de forma objetiva, a ocorrência da referida violação ao princípio da moralidade administrativa.

Na mesma linha, os resultados encontrados na primeira etapa da pesquisa demonstraram que, além de não trazer parâmetros objetivos a fim de caracterizar a violação ao princípio da moralidade administrativa, o Ministério Público, na posição de autor da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, não descreve também o conteúdo jurídico do referido princípio.

Ao deixar de descrever na petição inicial o conteúdo jurídico do princípio da moralidade administrativa, o Ministério Público, por via transversa, demonstra que o referido princípio, apesar de relevante no contexto da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, é baseado em valores, razão que impossibilita a descrição do referido conteúdo.

Nesse diapasão, o Ministério Público, na condição de autor da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ainda que tente justificar a utilização do princípio da moralidade administrativa em razão da sua violação nas petições elaboradas, não consegue lograr êxito em descrever como ocorreu a referida violação, demonstrando, para tanto, que não construiu parâmetros jurídicos para a caracterização de sua violação.

De igual forma, também se constata que a violação ao princípio da moralidade administrativa, para subsidiar uma imputação de ato de improbidade administrativa, deve ser descrita de forma objetiva, abstraindo-se os conceitos subjetivos, especialmente aqueles ligados a valores, de modo a garantir que haja uma exposição clara da referida violação, ante à necessidade da observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, tema que será abordado nos subitens 3.3.1.1 a 3.3.1.4.

Em geral, o Ministério Público, na condição de autor da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, utiliza o princípio da moralidade administrativa para contextualizar a prática do ato de improbidade administrativa, no entanto, no momento de realizar a subsunção entre a conduta praticada e o dispositivo legal, não emprega o *caput* do art.

11 da Lei n.º 8.429/92 – o qual se ocupa, de forma mais abrangente, da violação de princípios administrativos –, mas sim de um dos seus incisos ou ainda das disposições contidas nos arts. 9º ou 10, os quais descrevem as condutas ímprobas de modo objetivo, constatando-se que o princípio da moralidade administrativa não foi empregado, nos casos analisados, como modalidade de tipificação autônoma da prática de ato de improbidade administrativa em razão da sua violação.

De igual modo, também se constata que o *caput* do art. 11 da Lei n.º 8.429/92, no que se refere ao princípio da moralidade administrativa, quando utilizado na fundamentação da prática de ato de improbidade administrativa, carece de segurança jurídica.

Ainda na mesma linha, foi possível verificar que o princípio da moralidade administrativa funcionou, nos casos analisados, como forma de reforçar a ilegalidade da conduta praticada pelo agente público, sem que tenha sido utilizada como seu fundamento. Nesse sentido, a referida afirmação pode ser constatada pelo fato que, subtraindo-se a menção ao princípio da moralidade administrativa das petições iniciais analisadas, o pleito condenatório e sua respectiva fundamentação permanecem incólumes.

Dessa forma, verifica-se que a citação do princípio da moralidade administrativa pelo Ministério Público, na posição de autor da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, nas petições iniciais analisadas, não influencia de modo prático e jurídico na fundamentação do pleito condenatório, uma vez que é utilizado como reforço argumentativo, sem que tenha influência no âmbito dos fatos praticados.

Assim, é possível concluir que, nos casos analisados, o Ministério Público, na condição de autor da ação civil por ato de improbidade administrativa, não utilizou a violação ao princípio da moralidade administrativa como hipótese autônoma de condenação por ato de improbidade administrativa, conforme permite o *caput* do art. 11 da Lei n.º 8.429/92, mas sim como elemento argumentativo para reforçar o pedido de condenação, uma vez que trouxe como condutas principais, nas referidas petições iniciais, aquelas tipificadas nos arts. 9º, 10 ou nos incisos do art. 11 do diploma legal acima mencionado, de modo que sua exclusão na fundamentação realizada não traria prejuízo ao pleito principal.

De igual modo, constata-se também que o Ministério Público, na condição de autor da ação civil por ato de improbidade administrativa, não construiu parâmetros objetivos para a caracterização de violação do princípio da moralidade administrativa como hipótese autônoma

de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, o que justifica a utilização do princípio em comento nos moldes demonstrados no parágrafo anterior.

Nessa direção, a impossibilidade de construção de parâmetros objetivos para caracterização da violação do princípio da moralidade administrativa deve-se ao fato de o referido princípio ser baseado em valores, os quais correspondem às características de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos, e a forma como se relacionam com os demais e com o respectivo ambiente, caracterizados, portanto, por conceitos subjetivos e, geralmente, ligados à Filosofia, à Sociologia ou à Psicologia, afastando-se da objetividade e de pragmatismo exigidos pelos conceitos jurídicos e, em razão da referida constatação, conclui-se pela inexistência de um conceito jurídico do princípio em análise.

3.2 Os julgados das ações civis públicas por ato de improbidade administrativa e o princípio da moralidade administrativa no âmbito do TJDF

O presente tópico destina-se à investigação, em uma primeira etapa, dos julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que versam sobre ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, e que mencionem, entre seus fundamentos, o princípio da moralidade administrativa, os quais foram selecionados conforme a metodologia exposta no capítulo anterior e correspondem ao período de 1993 a 2019.

Na segunda etapa é analisado se foram construídos parâmetros hábeis a caracterizar a violação ao princípio da moralidade administrativa e, ainda, se os julgados demonstram a existência ou não de uniformidade quanto à descrição de um conceito para o referido princípio.

Em sequência, serão descritas as principais consequências verificadas em razão dos resultados dos dados obtidos em relação aos princípios do devido processo legal, das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, e ainda em relação aos princípios da segurança jurídica e da impessoalidade.

3.3 Análise das decisões nas ações civis públicas por ato de improbidade administrativa e o princípio da moralidade administrativa no âmbito do TJDF

No intuito de verificar como o princípio da moralidade administrativa vem sendo interpretado nas ações civis públicas, por ato de improbidade administrativa, no âmbito Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, procedeu-se a pesquisa dos 74 julgados que se referiam às decisões de mérito proferidas em ações civis públicas de improbidade administrativa, catalogados conforme metodologia exposta no segundo capítulo do presente trabalho.

Após o exame dos julgados mencionadas, foram obtidos os seguintes resultados: 58 deles, apesar de se reportarem ao princípio da moralidade administrativa na sua fundamentação, não tinham a descrição acerca de seu conteúdo e da sua respectiva violação, sendo utilizados como forma de reforçar os demais fundamentos que justificaram a cada uma das decisões. Já 16 julgados procuraram mostrar os fundamentos pelos quais o princípio da moralidade administrativa havia sido violado, sem, no entanto, descrever critérios objetivos que demonstrassem a referida violação.

No intuito de analisar de forma detalhada todos os resultados encontrados, o presente capítulo foi dividido em itens específicos.

3.3.1 Análise de resultados

Após a análise dos 74 julgados retro mencionados, como já exposto no item anterior, 58 deles, apesar de se reportarem ao princípio da moralidade administrativa na sua fundamentação, não continham a descrição acerca de seu conteúdo e da sua respectiva violação, sendo utilizados como forma de reforçar os demais fundamentos que justificaram cada uma das decisões. Já 16 julgados procuraram trazer os fundamentos pelos quais o princípio da moralidade administrativa havia sido violado, sem, no entanto, descrever critérios objetivos que demonstrassem a referida violação, com destaque para o processo n.º 20150111308517APC, que trouxe um tópico específico para tratar do princípio da moralidade administrativa.

A partir da análise dos resultados acima, verifica-se como primeira constatação que, apesar de possuir sentido jurídico, o princípio da moralidade administrativa, reconhecendo-se sua importância no contexto da probidade administrativa, as decisões analisadas não demonstraram a existência de um conceito jurídico do referido princípio, tanto que, apesar de 16 julgados tentarem descrever um conceito do princípio da moralidade administrativa, não lograram êxito em fazê-lo, isso porque, conforme já explicado no item 3.1, em razão de ser

baseado em valores, não se mostra possível a construção de um conceito jurídico que possa defini-lo.

Antes de prosseguir, é importante ressaltar que não se pretende aqui defender que os princípios administrativos, de forma singular o princípio da moralidade administrativa, não devem ser levados em consideração no momento da verificação da existência de ato de improbidade administrativa, pelo contrário, o presente ensaio demonstrará adiante que tal princípio é um dos pilares da probidade administrativa. O que se sustenta no presente estudo é que sua aplicação somente pode ser realizada mediante uma caracterização clara e objetiva acerca da sua violação, não bastando que se faça menção a conceitos jurídicos indeterminados, a exemplo de “gestão pública proba” ou “feriu a moralidade porque não administrou com honestidade”, tendo em vista que são expressões com intenso grau valorativo, portanto, subjetivo, ainda que alguns autores – a exemplo da Emerson Garcia – defendam que a avaliação da conduta do agente público deve ser feita à luz dos princípios e das normas, não devendo o intérprete ficar adstrito a estas últimas. No entanto, ante à necessidade de análise do ordenamento jurídico de uma forma sistêmica, tal argumento não se presta a suprir a ausência de descrição específica da violação.

Quando uma conduta for capitulada como improba, em razão da violação de um princípio administrativo, deve ser descrito como o princípio foi violado, o que não foi detectado nos 58 julgados, já que apresentaram o princípio da moralidade administrativa, conforme já mencionado, de forma genérica, concluindo pela sua violação em razão do agente público não ter agido com honestidade ou observado as disposições legais, o que não se mostra suficiente para embasar uma condenação que pode conter sanções muito severas, a exemplo da suspensão dos direitos políticos e a perda de cargo ou de função pública.

Pois bem. Em continuidade, verifica-se, pelos resultados encontrados, que em 58 julgados descritos, após apontar a conduta praticada pelo(s) réu(s), não foram descritos os motivos pelos quais na conduta trazida pelo Ministério Público, na petição inicial, havia sido violado o princípio da moralidade administrativa, mas apenas procedeu-se a menção a sua violação de modo genérico por meio da utilização de conceitos subjetivos, a maior parte deles vinculados a valores.

Nos julgados acima mencionados, o princípio da moralidade administrativa foi utilizado como, nos casos em que houve condenação, uma forma de reforçar a ilegalidade da conduta considerada como improba, tendo em vista que a condenação ocorreu em razão da

subsunção da referida conduta em um dos incisos dos art. 9º, 10 e 11, sem que fosse demonstrada vinculação direta com a violação ao princípio da moralidade administrativa.

Em tais julgados, não há descrição acerca do princípio da moralidade administrativa, especificamente em relação à sua violação entre os motivos que fundamentaram a decisão proferida.

Nessa perspectiva, a ausência de detalhamento, tanto quanto aos parâmetros objetivos para caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa como quanto à delimitação do seu conteúdo jurídico, confirma que foi utilizado como forma de reforço argumentativo da decisão proferida.

Por outro lado, nos demais 16 julgados analisados, buscou-se construir um conceito e parâmetros acerca da violação ao princípio da moralidade administrativa, nos quais constaram fundamentos que objetivavam descrever o que seria o princípio da moralidade administrativa e como ocorria sua violação. No entanto, apesar do esforço na referida tarefa e no intuito de observar a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, não foram construídos parâmetros objetivos acerca da caracterização da violação do princípio da moralidade administrativa, uma vez que os conceitos e critérios não apresentaram uniformidade.

Assim, ainda que se tenha buscado cumprir as exigências constitucionais acerca da observância dos seus princípios e garantias, principalmente o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a obrigatoriedade de fundamentação, tal objetivo foi alcançado nos casos em que a condenação não se deu em razão da violação ao princípio da moralidade, mas por fundamento diverso, de acordo com a conduta praticada.

Além de não construírem parâmetros objetivos para a caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa, os julgados analisados utilizam conceitos subjetivos para tanto, a exemplo de “honestidade” e “bom administrador”, os quais, além de se distanciarem da objetividade necessária para a construção de parâmetros, podem ser interpretados de maneira diversa por cada julgador, reforçando a subjetividade incutida nos referidos conceitos.

Assim, não obstante legitimar-se que conceitos subjetivos podem ser utilizados na interpretação das normas, o seu emprego deve observar limites e a existência de critérios objetivos para tanto, o que não ocorre quando se trata da interpretação da violação ao princípio da moralidade administrativa, tendo em vista que os conceitos, como seus possíveis parâmetros, não possuem delimitação jurídica e dependem da posição de cada julgador.

Ainda no mesmo contexto, além de a jurisprudência analisada não ter criado parâmetros objetivos para a caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa, quando buscou utilizar parâmetros subjetivos no intuito de suprir a referida lacuna, o fez de forma não uniforme, tendo em vista que os julgados analisados traziam diferentes definições e caracterizações acerca dos parâmetros utilizados.

Diante de tais resultados, é possível constatar que o princípio da moralidade administrativa, ainda que utilizado como fundamento de forma descritiva em uma pequena parcela dos julgados analisados, o referido emprego e, especificamente, a descrição acima referida, foram realizados tomando como parâmetros critérios subjetivos e, em alguns desses casos, por meio de valores que ultrapassam a esfera do Direito e enveredam pelo campo da Filosofia ou Sociologia, entre outros, o que não soluciona a questão acerca da ausência de parâmetros objetivos para a caracterização da violação do princípio da moralidade administrativa no âmbito da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, garantia de observância do efetivo direito de defesa, além de outros princípios constitucionais.

Nessa direção, pode ainda se constatar que a ausência de elementos objetivos para a caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa deve-se à ausência de conteúdo jurídico do referido princípio, o qual, apesar de ter reconhecida importância para a garantia da probidade administrativa como forma de combate à corrupção, não traz parâmetros objetivos hábeis a caracterizar a sua violação e, por conseguinte, viabilizar sua utilização como hipótese autônoma de condenação pela prática de ato de improbidade administrativa *stricto sensu*.

3.3.1.1 A inexistência de critérios objetivos para a configuração da violação ao princípio da moralidade administrativa no âmbito da ação civil pública por ato de improbidade administrativa

Em razão dos resultados obtidos, foi verificada a inexistência de critérios objetivos para a configuração da violação ao princípio da moralidade administrativa no âmbito da prática de ato de improbidade administrativa, primeiramente em virtude da inexistência de um conceito jurídico acerca do referido princípio, o que, por via de consequência, inviabiliza o estabelecimento de parâmetros objetivos para sua caracterização.

Em todos os julgados analisados, a violação ao princípio da moralidade administrativa no âmbito da prática de ato de improbidade administrativa foi utilizada como reforço argumentativo para a decisão proferida, isso porque, ainda que ausente a citação do referido princípio, a decisão se manteria incólume, tendo em vista que foi fundamentada – de forma integral em 58 dos julgados analisados e, de forma principal, nos demais 16 julgados – com base em uma conduta tipificada como ato de improbidade administrativa em algum dos incisos dos arts. 9º, 10 ou 11 da Lei n.º 8.429/92.

Quando se afirma que não foram criados critérios objetivos para a caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa no âmbito da prática de ato de improbidade administrativa, não se pretende aqui defender a criação de uma legislação específica para tanto, mas se assevera que a ausência de parâmetros objetivos para caracterizar a violação acima mencionada deixa o julgador sem instrumentos para interpretar a violação do princípio em discussão e, de igual modo, viabiliza sua aplicação na prática jurídica.

Os parâmetros objetivos para a caracterização de um determinado instituto jurídico compreendem à delimitação da sua abrangência, em virtude da utilização de elementos hábeis a enumerar suas principais características e, em consequência, estabelecer limites para aplicação, a exemplo do que ocorre em relação ao princípio da boa-fé objetiva.

Nessa direção, constatou-se que os julgados analisados – a prática judicial – não lograram êxito em criar parâmetros objetivos para a caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa no âmbito da ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Ainda nesse sentido, mesmo que tenham sido demonstradas, em alguns dos julgados analisados, tentativas de se fixarem parâmetros para a caracterização da violação do princípio da moralidade no âmbito da prática do ato de improbidade administrativa, as referidas tentativas utilizaram critérios subjetivos na aludida tarefa, critérios que, na maior parte, ultrapassaram o campo do Direito e se enveredaram em campos diversos, a exemplo da Filosofia, uma vez que empregaram conceitos como honestidade e justiça, os quais, apesar de serem comumente utilizados no campo jurídico, possuem conceitos melhor explicados pela Filosofia, motivo por que não se prestam a servirem como parâmetros objetivos.

Nesse contexto, ainda que se defenda que o emprego de conceitos subjetivos não macula a atividade interpretativa, tal afirmação não pode ser tomada como inteiramente verdadeira, isso porque, ainda que o Direito utilize, em alguns momentos, conceitos subjetivos,

especialmente os conceitos jurídicos indeterminados, eles possuem conteúdo e significação no âmbito do Direito e, mesmo possuindo uma parcela de subjetividade em sua construção, tal característica não impede a construção de parâmetros objetivos para sua delimitação.

Nessa linha, é importante ressaltar que o direito de defesa efetiva do réu é dificultado devido à inexistência e à impossibilidade de criação de parâmetros objetivos para a delimitação de sua abrangência, e não a natureza subjetiva do instituto por si só, como se discute na presente pesquisa.

Em continuidade, também é possível constatar que a ausência de fixação de critérios para a caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa no âmbito da ação civil pública por ato de improbidade administrativa não pode ser encarada como uma opção do julgador, pois, em parte dos casos analisados, tentou-se construir parâmetros para a caracterização da referida violação, no entanto, devido à ausência de conteúdo jurídico do princípio da moralidade administrativa, aliada ao fato de ter sua significação vinculada, de uma forma muito próxima a valores, a tentativa não logrou êxito, uma vez que os critérios trazidos em parte dos julgados analisados para caracterização e delimitação da violação do princípio em debate também se mostraram subjetivos e ligados a valores, razão pela qual não prestam a ser utilizados como parâmetros, já que incorrem na mesma seara subjetiva do princípio da moralidade administrativa.

3.3.1.2 Ausência de uniformidade da caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa como fundamento autônomo de condenação no âmbito da ação civil pública por ato de improbidade administrativa

Dando continuidade à análise dos resultados descritos no subitem anterior, constata-se também a ausência de uniformidade quanto aos parâmetros que a prática judicial buscou criar para a caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa como fundamento autônomo de condenação por ato de improbidade administrativa.

Nos julgados analisados, ainda que em parte deles os julgadores tenham procurado demonstrar os motivos que ensejaram a violação ao princípio da moralidade administrativa, cada um deles construiu conceitos e descrições de forma diversa, o que se justifica pelo fato de que o princípio em comento, apesar de possuir grande relevância e valor jurídico para a

interpretação das normas postas, especialmente a que se reporta a atos de improbidade administrativa, não possui uma significação única, pois é baseada em valores.

Nessa direção, cada julgador buscou construir seus parâmetros para justificar a violação ao princípio da moralidade administrativa, tomando por base suas impressões pessoais acerca do que poderia ser considerado como uma violação ao referido princípio, o que demonstra a realização de uma interpretação subjetiva, uma vez que, quando se refere a conceitos ligados a valores, a exemplo de honestidade e justiça, cada intérprete se utilizará de elementos pessoais para formar os conceitos dos referidos valores.

Em consequência, além da construção de parâmetros subjetivos, percebe-se, ainda, que eles não apresentam uniformidade, tendo em vista que, em uma interpretação baseada em valores, seu conteúdo será, prioritariamente, subjetivo, motivo que justifica a inexistência de uniformidade.

Nesse sentido, vê-se que a não construção de parâmetros objetivos na prática judicial para a caracterização da violação do princípio da moralidade administrativa como elemento autônomo para condenação por ato de improbidade administrativa ocorre também em virtude da ausência de um conceito para o referido princípio e para a identificação do seu conteúdo jurídico, o que possibilitaria que os intérpretes firmassem um entendimento coeso acerca dos referidos parâmetros.

A uniformidade de julgamentos, como sinônimo de segurança jurídica, é sempre buscada pelo ordenamento pátrio, tendo na criação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) um dos grandes exemplos desse movimento, já que a referida Corte tem entre suas funções constitucionais uniformizar a jurisprudência pátria. Na mesma linha de raciocínio, e com o fortalecimento da segurança jurídica como garantia constitucional, outros instrumentos para a uniformização foram criados, a exemplo da súmula vinculante e do incidente de demandas repetitivas, mais recentemente, constatando-se, assim, a importância da uniformidade dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Ainda que se argumente que a ausência de uniformidade quanto aos eventuais parâmetros objetivos para a caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa como fundamento autônomo para condenação por ato de improbidade administrativa seja atribuída ao fato de se estar lidando com a interpretação de princípios, os quais possuem um espaço mais amplo para atuação, propiciando interpretações mais justas e que acompanhariam a evolução da sociedade, sem as limitações que existem na interpretação

das leis, quando se ocupa de direito administrativo sancionador, como no caso da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, não há espaço para a utilização de critérios subjetivos, sob pena de ferir garantias fundamentais dos réus, a exemplo do contraditório e da ampla defesa, em razão da ausência de tipicidade.

De igual modo, a ausência de uniformidade quanto a eventuais parâmetros subjetivos para a caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa como fundamento autônomo para a condenação por ato de improbidade administrativa, verificada nos resultados analisados, trazem outras consequências para o mundo jurídico, especialmente para os agentes públicos, principalmente relacionadas à insegurança jurídica causada, consequência verificada que será tratada em item próprio, isso porque os referidos agentes públicos estarão desprovidos de informações suficientes para pautar suas condutas quanto aos parâmetros objetivos que caracterizam uma violação ao princípio da moralidade administrativa, uma vez que os critérios que se tentam construir estão ligados a valores.

Além da insegurança jurídica trazida, a ausência de parâmetros objetivos para a caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa como fundamento autônomo para a condenação por ato de improbidade administrativa, aliada à inexistência de uniformidade nos parâmetros subjetivos que parte dos intérpretes buscou construir, podem violar as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e o princípio da impessoalidade, conforme será analisado nos itens subsequentes.

3.3.1.3 A possibilidade de violação às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa

Conforme já mencionado, umas das consequências verificadas a partir dos resultados obtidos em relação à ausência de parâmetros objetivos para a caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa como fundamento autônomo para a condenação por ato de improbidade administrativa e a inexistência de uniformidade em relação aos eventuais critérios subjetivos construídos é a possibilidade de ofensa às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e, em consequência, ao devido processo legal.

O devido processo legal é a base da qual derivam as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, Fábio Medina Osório sustenta que é papel do devido processo legal fundamentar a produção de normas e “[...] articular e rearticular as normas existentes no sistema, dando-lhes novos significados”¹⁰⁹, segundo o qual a melhor classificação para o devido processo legal é a que o enquadra como *superprincípio* em razão das funções desempenhadas e de sua importância no cenário constitucional, expondo seus limites formais e materiais ao poder punitivo do Estado, conforme a lição de Humberto Ávila¹¹⁰, para quem o devido processo legal é bidimensional, tendo em vista que possui uma função normativa e uma segunda função, indireta, de postulador, pois serve para a interpretação de regras e de princípios procedimentais.

Nesse sentido, verifica-se a necessidade da observância do princípio do devido processo legal nas duas modalidades – formal e substancial – como forma de respeito às normas constitucionais, especialmente quando se trata de regras de direito administrativo sancionador, como é o caso das sanções previstas na ação civil pública por ato de improbidade administrativa, tendo em vista que o modelo pátrio concede aos acusados em geral um leque de garantias de observância obrigatória.

Assim, sendo o devido processo legal a base da qual derivam as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, a ausência da descrição precisa da conduta improba praticada pelo réu, em razão da violação do princípio da moralidade administrativa, viola o devido processo legal substancial, já que não há elementos suficientes para que o réu exerça seu efetivo direito de defesa.

As garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa estão previstos no art. 5º, LV, da Constituição Federal, e dizem respeito ao direito dos litigantes, no processo judicial e administrativo, a terem conhecimento prévio dos fatos e fundamentos jurídicos a fim de garantir que possam exercer seu efetivo direito de defesa mediante todos os meios lícitos.

Dessa forma, observa-se que não é suficiente para o efetivo exercício das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa que as partes conheçam os fatos pelos quais está sendo imputada a prática de um ato de improbidade administrativa, sendo necessário que tenham conhecimento também dos respectivos fundamentos jurídicos que subsidiaram o pleito condenatório, para que tenham condições de exercer seu direito de defesa, de forma integral e efetiva, isso porque não satisfaz o comando constitucional, além da narrativa dos fatos, a simples referência ao dispositivo legal e ao princípio violado.

¹⁰⁹ OSÓRIO, *op. cit.*, 2013, p. 199.

¹¹⁰ ÁVILA, *op. cit.*, 2018.

Nessa direção, tendo o Ministério Pública na posição de autor da ação civil pública por ato de improbidade administrativa mencionado que a conduta praticada pelo réu violou o princípio da moralidade administrativa, deve, em observância às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, demonstrar como ocorreu a referida violação, no intuito de possibilitar que o réu tenha elementos suficientes para realizar sua defesa de forma efetiva, não podendo limitar-se a citar a referida violação sem especificar os seus fundamentos.

Ainda nesse sentido, tratando de imputação de ato de improbidade administrativa por violação a princípio administrativo, a narrativa dos fatos deve ser acompanhada da indicação do princípio violado não é suficiente para que o réu exerça seu direito de defesa.

Dessa forma, quando a narrativa dos fatos traz apenas menção à violação ao princípio da moralidade administrativa, não são garantidas ao réu condições substanciais de exercer seu direito de defesa, ante à possibilidade de contra-argumentar acerca dos motivos pelo qual o princípio da moralidade administrativa tenha sido violado.

No âmbito da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, um desdobramento das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa é a necessidade da observância do princípio da tipicidade, fundamento do direito administrativo sancionador, segundo o qual a conduta ilegal deve estar descrita de forma expressa e clara e, ainda que utilize conceitos jurídicos indeterminados, estes estejam suficientemente explicados em norma secundária.

Fábio Osório Medina defende que a generalidade na utilização do princípio da tipicidade no direito administrativo sancionador, especialmente em razão da inexistência de um texto expresso, que detalhe as condutas tipificadas no âmbito do direito administrativo sancionador, pode gerar arbítrios por parte dos seus intérpretes¹¹¹ e sustenta que o princípio da tipicidade encontra respaldo em conjunto de direitos fundamentais e decorre do Estado Democrático de Direito, razão pela qual é de observância obrigatória.¹¹²

Ainda sobre o princípio da tipicidade, é possível concluir que se encontra vinculado ao princípio da legalidade, podendo ser considerado com seu desdobramento, uma vez que exige do legislador que a conduta a ser sancionada na esfera administrativa esteja descrita em lei, nos termos trazidos pela Constituição Federal, o que reforça a necessidade de sua

¹¹¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 6. ed. São Paulo: RT, 2019

¹¹² *Idem*. *Idem*. 228-229.

observância de forma obrigatória, em razão de preceito constitucional, pensamento com o qual coaduna Fábio Medina Osório.¹¹³

Nessa direção, é possível observar que uma das funções do tipo sancionador é garantir a observância do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que permite ao réu, no processo administrativo ou judicial, ligado ao direito administrativo sancionador, que tenha conhecimento das condutas passíveis de sanção, reforçando a segurança jurídica, base de qualquer ordenamento, uma vez que entre as funções dispensadas ao tipo sancionar está a de assegurar previsibilidade e garantir segurança jurídica à sociedade, de modo que somente condutas tipificadas poderão ser punidas.

Nessa direção, Eloísa Carbonell e José Luís Maga, citados por Fábio Medina Osório, fazem crítica a respeito da generalidade na tipificação de normas sancionadoras em razão da necessidade da garantia constitucional do devido processo legal:

Dentre as possíveis consequências da cláusula constitucional do devido processo legal, destaca-se a ideia de que as normas sancionadoras não podem ser excessivamente vagas, pois devem ser redigidas com a suficiente clareza e precisão, dando justa notícia a respeito do seu conteúdo proibitivo, sem permitir espaços demasiado ambíguos ou obscuros.¹¹⁴

Assim, após a análise dos preceitos gerais do princípio da tipicidade, é possível verificar, conforme já afirmado anteriormente, que sua observância é uma forma de exteriorização das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (desdobramento do devido processo legal), pois permite que o réu tenha conhecimento prévio das condutas que podem ser sancionadas em razão de serem consideradas como ato de improbidade administrativa.

Demonstrada a ligação entre o princípio da tipicidade e o princípio do devido processo legal e, por consequência, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, passa-se à verificação dos resultados obtidos a partir da pesquisa realizada em relação às referidas garantias.

Por meio da análise dos resultados, constatou-se que a maior parte dos julgados não trouxe uma descrição específica acerca da violação ao princípio da moralidade, nem parâmetros objetivos para tanto, limitando-se a considerar que o ato seria imoral porque configurava ato

¹¹³ *Idem. Idem.* p. 230.

¹¹⁴ Cf. OSÓRIO, *op. cit.*, 2019, p. 232.

desonesto ou violação à lei, ou ainda, que não condizia com uma boa administração pública, uma vez que, em todos os casos, a violação ao princípio da moralidade administrativa sempre estava vinculada à prática de outro ato de improbidade administrativa, razão pela qual a violação ao princípio da moralidade funcionava como um reforço da conduta principal, sem que fossem trazidos elementos objetivos acerca de sua violação, necessários para que o réu exercesse, efetivamente, seu direito de defesa e, em relação aos julgados que buscaram construir os referidos parâmetros, estes se mostraram subjetivos.

Dessa forma, em razão da ausência da descrição de parâmetros objetivos para a caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa nos julgados analisados, constatou-se uma maior dificuldade no exercício das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, uma vez que subtrai dos réus a possibilidade de apresentar uma defesa substancial na qual poderiam buscar demonstrar a ausência de violação ao referido princípio, o que seria possível por meio do conhecimento dos fundamentos que levaram à conclusão de que ocorreu a violação ao princípio da moralidade administrativa.

Nesse sentido, ainda que se defenda que a narrativa exposta na petição inicial é suficiente para que o réu exerça seu direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa, deve ser esclarecido que não se reporta simplesmente a se conhecerem os fatos, mas sim de tomar conhecimento dos fundamentos que levaram à conclusão de que houve violação ao princípio da moralidade administrativa hábil a configurar o enquadramento como ato de improbidade administrativa, a fim de garantir o exercício substancial e não apenas o exercício formal do contraditório e da ampla defesa.

De igual modo, à medida que se conceitua a conduta como imoral, sob o fundamento de ser desonesta ou outro motivo similar, tanto o Ministério Público, na condição de autor da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, como o julgador utilizam conceitos ligados a valores, os quais ultrapassam o mundo jurídico e enveredam pelo campo da Filosofia e da Sociologia, entre outras áreas, motivo que impede uma interpretação objetiva, a qual deve prevalecer na seara do direito administrativo sancionador.

Nesse contexto, a descrição genérica, ou ainda utilizando conceitos subjetivos acerca da violação ao princípio da moralidade administrativa como fundamento autônomo para a configuração de ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, limita os argumentos a serem utilizados pelo réu no momento de defesa ante ao desconhecimento dos fundamentos que ensejaram a concussão da referida violação.

Assim, após a análise dos resultados da pesquisa realizada, é possível constatar que os parte dos julgados examinados não atenderam, na caracterização da violação do princípio da moralidade administrativa, o comando constitucional em relação à observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que não demonstraram os fundamentos que justificaram a referida violação e ainda os parâmetros utilizados para tanto. No entanto, tendo em vista que a violação ao princípio da moralidade não foi o fundamento da condenação em razão da prática de ato de improbidade administrativa, não se verificou, nos casos concretos, a violação às garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, mas sim sua possibilidade, caso tivesse ocorrido a condenação em razão da violação autônoma do princípio da moralidade (art. 11, *caput*, Lei n.º 8.429/92).

Dessa forma, em um Estado Democrático de Direito, tal como o brasileiro, é incompatível a condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* por causa da violação ao princípio da moralidade administrativa como elemento autônomo, sem a descrição dos parâmetros objetivos utilizados, sob pena de configurar ofensa às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

3.3.1.4 A violação ao princípio da segurança jurídica

O princípio da segurança jurídica é considerado garantia fundamental e está previsto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, nos seguintes termos: “[...]a lei não prejudicará o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito”¹¹⁵, sendo considerado como expressão da não surpresa e da previsibilidade no mundo jurídico, que devem as relações jurídicas.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o princípio da segurança jurídica possui duas vertentes, uma objetiva, relacionada à estabilidade das relações jurídicas, e outra subjetiva, que corresponde à boa-fé e à confiança que devem nortear as ações humanas, especialmente no mundo jurídico.¹¹⁶

¹¹⁵ BRASIL. [Constituição (1988)], *op. cit.*

¹¹⁶ PIETRO, *op. cit.*, 1997.

De igual modo, José dos Santos Carvalho Filho¹¹⁷ sustenta que as duas faces do princípio da segurança jurídica são a estabilidade, em termos similares aos trazidos por Maria Sylvia Zanella de Pietro, e a certeza, equivalente ao conhecimento prévio e seguro das normas, o que abrange sua interpretação – a qual deve variar em um limite conhecido –, o que justifica a utilização da jurisprudência dos tribunais superiores de forma vinculante e o sistema de precedentes.

No mesmo sentido, Geraldo Ataliba¹¹⁸ afirma que a certeza é fundamento para a segurança jurídica, razão pela qual deve nortear as relações jurídicas em seus diversos campos de atuação.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹⁹ assegura que, em razão da sua importância para a manutenção da ordem jurídica, o princípio da segurança jurídica é um dos princípios mais importantes entre os princípios gerais do Direito, chegando a asseverar, ainda, que seria o mais importante entre os referidos princípios, tendo em vista que serve como norteador dos demais, uma vez que garante certeza para a prática dos atos administrativos.¹²⁰

Já no campo processual civil, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mittidiero¹²¹ afirmam que, apesar de a Constituição Federal não prever expressamente o princípio da segurança jurídica no processo, o referido princípio é um dos fundamentos do Estado Constitucional, sendo considerado um valor supremo, tendo em vista que se refere a um direito fundamental, e consideram que a segurança jurídica está presente no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, o qual aborda a coisa julgada como garantia fundamental e traz como um dos argumentos da sua conclusão o exemplo da coisa julgada.

Pelas afirmações retro, é possível observar que a segurança jurídica é sinônimo de certeza e de estabilidade nas relações jurídicas, considerando que a multiplicidade de interpretações possíveis de determinado dispositivo legal e demais institutos jurídicos, especialmente os princípios, afronta o referido princípio, alçado ao patamar constitucional.

¹¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed., São Paulo: Gene Jurídico, 2020

¹¹⁸ ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. 17. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2018.

¹¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹²⁰ Ora bem, é sabido e ressabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem e o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, de um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da segurança jurídica, o qual, bempor isto, se não é o mais importante de todos os princípios gerais do Direito, é indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles. (MELLO, 2009, p. 124).

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito processual civil**. Volume 1, Teoria do Processo Civil. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.

Nesse sentido, ainda que seja possível a existência de decisões diversas acerca de um mesmo tema, dentro da dinâmica do próprio Direito, sem que ocorra a violação do princípio da segurança jurídica, a ausência de previsibilidade pode vir a configurara sua violação.

Nesse contexto, quando o assunto é interpretação de princípios, a possibilidade da existência de interpretações divergentes e mais amplas mostra-se crescente, uma vez que se referem a valores, os quais possuem um maior grau de subjetividade, além de uma maior dificuldade no estabelecimento de parâmetros objetivos.

Dessa forma, a partir de tais considerações, é possível constatar que nos casos em que a fundamentação e a interpretação da violação ao princípio da moralidade administrativa são realizadas utilizam-se conceitos subjetivos, sem o estabelecimento de parâmetros objetivos prévios e sem uniformidade, o princípio da segurança jurídica é violado.

A ausência da construção de parâmetros objetivos para a caracterização do princípio da moralidade administrativa, como hipótese autônoma de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* pela doutrina e pela prática judicial, traz implicações diretas em relação ao princípio da segurança jurídica, tendo em vista que se baseia na previsibilidade como forma de garantir estabilidade no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a maior parte dos julgados analisados não descreveu os parâmetros pelos quais o princípio da moralidade administrativa havia sido violado, e nos julgados que o fizeram, em parcela consideravelmente menor, foram utilizados conceitos subjetivos, ligados a valores e sem uniformidade, o que se afasta da previsão trazida pelo princípio da segurança jurídica, que tem na previsibilidade seu principal elemento fundamentador.

Os resultados acima mencionados demonstram que a ausência de parâmetros objetivos e uniformes na caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa como hipótese autônoma de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* criam insegurança jurídica no ordenamento jurídico e, especialmente, no âmbito da Administração Pública, isso porque não concede elementos para que se possa ter conhecimento prévio acerca dos elementos que caracterizariam a violação.

A existência de parâmetros objetivos para a caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa, como hipótese autônoma de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, serviria como norteadores para o agente público no desenvolvimento de suas funções, de modo a agir de acordo com a moralidade administrativa,

a qual não pode ter como únicos parâmetros a honestidade e a probidade administrativa, sob pena de se diminuir seu valor no âmbito do Direito.

Ainda acerca dos resultados empíricos encontrados e da pesquisa das posições de alguns dos autores brasileiros que se reportam ao tema, foi possível constatar que os parâmetros construídos na doutrina e na prática jurídica acerca da caracterização da violação do princípio da moralidade administrativa se baseiam em conceitos subjetivos, geralmente ligados a valores pelos quais a imoralidade no âmbito administrativo estaria ligada à desonestidade, à ineficiência e ao desvio de finalidade, que não se mostram suficientes à finalidade para a qual se pretende.

Nesse sentido, os conceitos acima expostos não são suficientes para atender à necessidade de previsibilidade exigida pelo princípio da segurança jurídica, tendo em vista que não se mostra possível a construção de objetividade por meio da utilização dos referidos conceitos, já que tanto a doutrina como a prática judicial não trazem uniformidade acerca deles, pois cada intérprete elenca um conceito e critérios diversos acerca dos referidos conceitos.

De igual modo, a ausência de previsibilidade trazida nas interpretações acerca da violação do princípio da moralidade administrativa no âmbito da ação civil pública por ato de improbidade administrativa pode ser constatada, ainda, pelo fato de que na eventualidade de o agente público tomar como referência os conceitos e critérios subjetivos trazidos pela prática judicial, os referidos conceitos e critérios não apresentariam uniformidade, sendo que há casos em que um mesmo critério adotado é interpretado de forma diversa, demonstrando que não logram êxito para a finalidade para a qual se propõem e divergem ainda das posições defendidas pelos autores citados neste item, quando discorrem acerca do tema da segurança jurídica.

Nesse contexto, o agente público, no desempenho de suas funções, não terá parâmetros objetivos para se basear no momento da tomada de decisões sem o risco de que tal conduta venha a ser, eventualmente, considerada como violadora do princípio da moralidade administrativa, em razão da ausência de parâmetros objetivos e de uniformidade nas decisões acerca do tema, o que gera um estado de insegurança jurídica nas relações jurídicas.

Dessa forma, constata-se que a inexistência de parâmetros objetivos para a caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa como hipótese autônoma de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* pode violar o princípio da segurança jurídica em razão da ausência de previsibilidade no âmbito do ordenamento jurídico e da Administração Pública e, por via transversa, ante à instabilidade trazida às relações jurídicas, o próprio Estado Democrático de Direito.

3.3.1.5 A violação ao princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade passou a figurar em nível constitucional, pela primeira vez, na Constituição Federal de 1988, ainda que, implicitamente, estivesse presente em outras constituições brasileiras.

O princípio da impessoalidade, fruto do Estado Democrático de Direito, fundamenta-se na isonomia e na legalidade, baseado na concessão de tratamento igualitário a todos, independentemente de condições pessoais.

A partir da posição constitucional alcançada, o princípio da impessoalidade irradiou-se para outros diplomas legais, a exemplo da Lei de Processo Administrativo e da própria da Lei de Improbidade Administrativa, além da possibilidade de aplicação direta, como ocorreu em relação à Súmula Vinculante n.º 13¹²², que proibiu o nepotismo em todas as esferas governamentais.

A impessoalidade é concretizada pela necessidade de observância da finalidade e do interesse público do Estado pelos agentes públicos, como forma de garantir as melhores escolhas para a Administração Pública, independentemente de condições pessoais dos administrados e dos administradores, quer se trate de concurso público, quer de licitações, quer de qualquer outra hipótese que enseja uma escolha por parte da Administração Pública.

Nesse sentido, o princípio da impessoalidade é, nas palavras de José Luiz Horta¹²³, expressão do Estado Democrático de Direito, uma vez que compreende a isonomia e a legalidade, como forma de sua consolidação.¹²⁴ “Tem-se então que compreende os pressupostos da isonomia, legalidade e imputação não personalista dos atos da administração pública, está intimamente ligada à consolidação do Estado de Direito.”¹²⁵

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n.º 13 – Nepotismo, Publicação: **Diário de Justiça eletrônico** n.º 167/2008, p. 1, em 29-8-2008. Brasília, DF, 2008.

¹²³ HORTA, José Luiz. **História do estado de direito**. São Paulo: Alameda Editorial, 2010.

¹²⁴ “Tem-se então que compreende os pressupostos da isonomia, legalidade e imputação não personalista dos atos da administração pública, está intimamente ligada à consolidação do Estado de Direito.” (HORTA, 2010).

¹²⁵ HORTA, *op. cit.*, 2010.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da impessoalidade é traduzido por meio da ideia de tratamento igualitário entre todos, independentemente da condição dos administrados e administradores, posição política ou ideológica.¹²⁶

Hely Lopes Meirelles sustenta que o princípio da impessoalidade tem relação direta com o princípio da igualdade, uma vez que proíbe a distinção entre os administrados e qualquer de privilégio ou discriminação.¹²⁷

Para Ana Paula Oliveira Ávila¹²⁸, o princípio da impessoalidade também está vinculado ao princípio da igualdade, razão pela qual os administrados e os administradores não podem utilizar máquina pública no intuito de atender a interesses pessoais e devem obedecer à objetividade nos processos de escolha, como forma de sempre optar pela alternativa que se mostrar como melhor para a coletividade, sem que seja influenciado por questões pessoais, políticas ou ideológicas.¹²⁹

Assim, sendo um princípio de cunho constitucional, a impessoalidade é de observância obrigatória e de aplicação direta que, decorrente do princípio da igualdade, tem por finalidade garantir a observância de condições isonômicas a todos os administrados, sem que sejam levadas em consideração condições pessoais, tanto no âmbito externo como no interno.

O princípio constitucional da impessoalidade é reforçado por vários diplomas legais, sendo a lei que trata do processo administrativo federal um dos seus principais exemplos, uma vez que positivou seu conceito e, de igual importância, a lei que trata das condutas, tipificadas como atos de improbidade administrativa, a qual prevê a aplicação de sanções em caso de sua violação no *caput* do seu art. 11.

É comum associar a necessidade de observância do princípio da impessoalidade à realização de concursos públicos e aos certames licitatórios, procedimentos que remetem à

¹²⁶ MELLO, *op. cit.*, 2009, p. 114).

¹²⁷ MEIRELLES, *op. cit.*, 2009, p. 94).

¹²⁸ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O princípio da impessoalidade na administração pública**: para uma administração imparcial. Rio de Janeiro. Renovar, 2004.

¹²⁹ “A impessoalidade restará explicada como princípio que impõe à Administração Pública o dever de representar o direito da igualdade dos Administrados e de não se valer da máquina pública para lograr proveito pessoal ou de outrem, o dever de proceder com objetividade na escolha dos meios necessários para a satisfação do bem comum, o dever de imparcialidade do administrador quando da prática de atos e decisões que afetem interesses privados perante a Administração, e, inclusive, na decisão sobre o conteúdo dos interesses públicos em concreto; o dever de neutralidade do administrador, que deve concretizar a postura institucional da Administração e determinar aos agentes públicos o dever de não deixar suas convicções políticas, partidárias ou ideológicas interferirem no desempenho de sua atividade funcional e, ainda, na sua exteriorização, o dever de transparência.” (ÁVILA, 2004, p. 25-26).

competitividade. No entanto, o princípio da impessoalidade, como os demais princípios constitucionais, perpassa toda a Administração Pública e, por conseguinte, todos os seus institutos.

Nessa direção, se por um lado a violação ao princípio da impessoalidade é uma das hipóteses tipificados como ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, por outro lado, a utilização do princípio da moralidade administrativa como fundamento autônomo para condenação de ato de improbidade administrativa na referida modalidade também pode vir a configurar sua violação.

Conforme já visto no presente item, o princípio da impessoalidade exige do administrador público a observância de critérios equânimes que não criem distinções nas suas decisões e no exercício das demais funções, em respeito também ao princípio da igualdade.

Nessa direção, o princípio da impessoalidade também se aplica ao intérprete, no momento da realização de sua atividade interpretativa, ou seja, quando da interpretação de outras normas, o referido intérprete lhe deve obediência.

Assim, no momento da análise da prática de um ato de improbidade administrativa com fundamento autônomo no princípio da moralidade administrativa, quando descrito de forma isolada, sem que esteja configurada a prática de outra conduta tida como improba, pode vir a ferir o princípio da impessoalidade, desde que proceda à interpretação baseado na valoração da referida conduta com base unicamente em critérios subjetivos - valores, tendo em vista que, para tanto, o intérprete necessitará avaliar condições pessoais do réu.

Dessa forma, quando o intérprete procede à análise da conduta praticada pelo réu, motivado pela violação do princípio da moralidade administrativa como fundamento autônomo da prática de ato de improbidade administrativa *stricto sensu* de forma isolada, não disporá de elementos para utilizar parâmetros objetivos para a interpretação devido à sua inexistência, motivo pelo qual necessitará realizar a análise por meio de elementos valorativos, pessoais, os quais podem vir a violar a impessoalidade exigida pela Constituição Federal.

A interpretação de uma violação à norma, ainda que se trate de um princípio, deve ser baseada em parâmetros objetivos, os quais permitem que a análise seja realizada de forma imparcial, em obediência ao princípio da impessoalidade, tendo em vista, ainda, que o intérprete se proponha a proceder a uma análise objetiva da conduta, a inexistência de parâmetros objetivos – para tanto – dificultará a realização da atividade de forma imparcial, pois quando a interpretação é feita com base em valores que são subjetivos, inevitavelmente o intérprete

disporá de poucas condições para apreciação de modo objetivo, o que retirará a objetividade e também a impessoalidade.

Nesse contexto, o intérprete, para valorar conceitos como honestidade ingressará em aspectos da moral privada do réu, e em consequência, opera uma interpretação que se afasta de impessoalidade exigida constitucionalmente.

Ainda que o intérprete defenda uma atuação impessoal no momento de sua atividade, quando a interpretação é baseada em valores – como ocorre no âmbito da interpretação do princípio da moralidade administrativa –, a preservação da imparcialidade se mostra uma tarefa difícil, tendo em vista que, para interpretar um princípio a partir da mensuração de valores – a exemplo da honestidade –, enveredar-se-á por uma análise subjetiva, a qual importará na diminuição do grau de imparcialidade do intérprete.

O princípio da impessoalidade pressupõe o afastamento da análise de fatores pessoais do réu em relação à conduta impugnada, devendo o referido exame se ater a elementos impessoais, ligados, dessa forma, à moral pública. No entanto, a análise de uma conduta ímproba por violação autônoma ao princípio da moralidade administrativa em âmbito do ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, em razão da ausência de parâmetros objetivos, dificulta a realização da interpretação nos termos acima mencionados, em razão da valoração ligada à seara privada do réu.

Assim, quando o intérprete passa a examinar a conduta praticada pelo agente público à luz de conceitos, como honestidade e ética, entre outros, adentra pelo campo da subjetividade e da sua moral privada, isso porque para avaliar se a conduta foi praticada de uma forma honesta, o intérprete necessitará avaliar aspectos que ultrapassam o campo público e jurídico, pois isso demandará um juízo de valor baseado em dados pessoais do réu, já que não é possível definir a honestidade baseado apenas em fatores objetivos.

De igual forma, para se afirmar se um agente público violou ou não o dever de lealdade para com a Administração Pública, nos termos contidos no *caput* do art. 11 da Lei n.º 8.429/92, será imprescindível a realização de um exame de aspectos subjetivos, por considerar a impossibilidade de o intérprete proceder a tal interpretação de modo inteiramente objetivo, tendo em vista que precisará avaliar aspectos pessoais da conduta do referido agente público.

Dessa forma, a inexistência de parâmetros objetivos para a caracterização da violação do princípio da moralidade administrativa, como hipótese autônoma de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, transfere ao intérprete a atividade do legislador de

dizer o que é um ato de improbidade administrativa *stricto sensu* no caso concreto, criando um regramento individualizado para cada caso, o que viola o princípio constitucional da impessoalidade.

Diante de tais considerações, em casos nos quais esteja sendo analisada a caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa como hipótese autônoma da prática de ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, poderá ocorrer a violação ao princípio da impessoalidade nos casos em que a interpretação seja realizada com base em critérios valorativos e enveredem por aspectos ligados à moral privada do réu – elementos pessoais, criando-se uma imputação específica para cada caso, afastando-se, em consequência dos preceitos trazidos pelo princípio da impessoalidade, que pressupõem a utilização de critérios e de parâmetros similares para todos os casos – e objetivos, independentemente da análise das condições pessoais do agente público, propiciando um tratamento igual para todos, como desdobramento do princípio da igualdade – fundamento da impessoalidade.

Nesse contexto, é possível verificar que a ausência de critérios e de parâmetros para a caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa como hipótese autônoma de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* traz consigo, entre suas consequências, a possibilidade de violação do princípio da impessoalidade.

3.4 Conclusões parciais

Após a análise dos resultados trazidos em tópicos anteriores, é possível concluir que a disparidade que permeia o princípio da moralidade administrativa, no âmbito da ação civil pública, por ato de improbidade administrativa, por força da inexistência de parâmetros objetivos, aliada à ausência de uniformidade nos poucos parâmetros subjetivos construídos, traz várias consequências para o ordenamento jurídico, entre elas a possibilidade de violação às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, as quais – dada sua importância – são consideradas como cláusulas pétreas, bem como a eventual violação dos princípios da segurança jurídica e da impessoalidade.

Primeiramente, constatou-se que o Ministério Público, na condição de autor da ação civil por ato de improbidade administrativa, apesar de fazer referência à violação do princípio da moralidade, deixou de usar, nos processos examinados, os fundamentos hábeis a demonstrar a referida violação de forma específica, centrando o pleito condenatório na prática de uma

conduta improba descrito em algum dos incisos dos arts. 9º, 10 e 11, da Lei n.º 8.429/92, funcionando o princípio da moralidade administrativa apenas como uma forma de reforçar a ilegalidade e repulsa da conduta supostamente praticada.

Assim, ainda que o *caput* do art. 11 da Lei n.º 8.429/92 preveja a utilização do princípio da moralidade administrativa como hipótese autônoma para a condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, em todos os casos analisados o referido princípio constitucional foi utilizado apenas como reforço de argumento na fundamentação da prática de outra conduta improba.

De igual modo, diante dos resultados obtidos por meio da análise das decisões proferidas, constatou-se ainda que a prática judicial também não construiu parâmetros objetivos para a caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa, como hipótese de condenação autônoma pela prática de ato de improbidade administrativa *stricto sensu*.

Na maior parte dos julgados, o princípio da moralidade administrativa, apesar de citado, não explicitou os motivos pelos quais haveria ocorrido sua violação no âmbito da ação civil pública por ato de improbidade administrativa e, nos julgados em que se buscou motivar sua violação, foram utilizados elementos e parâmetros subjetivos e sem observância de uniformidade.

A constatação mencionada no parágrafo anterior se justifica pela utilização de elementos subjetivos e geralmente ligados a valores para sua interpretação, a exemplo dos termos honestidade e justiça, os quais extrapolam o campo jurídico e adentram em valorações filosóficas, que – pela sua natureza –, são eminentemente subjetivas, apresentando dificuldades tanto para a objetivação de parâmetros para a caracterização da violação do princípio da moralidade administrativa como hipótese autônoma de condenação pela prática de ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, e também uniformizá-los.

As constatações acima trazem como algumas das suas consequências a possibilidade de violação às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ante à dificuldade de os réus exercerem, efetivamente, seu direito de defesa, além da violação do princípio da segurança jurídica e da possibilidade de violação do princípio da impessoalidade.

A ausência de parâmetros objetivos para a caracterização da violação do princípio da moralidade administrativa como hipótese autônoma de condenação pela prática de ato de improbidade administrativa *stricto sensu* e de uniformidade nos critérios subjetivos construídos deixa de propiciar ao agente público clareza quanto aos seus limites de atuação em relação ao

princípio da moralidade administrativa, o que – por si só – já demonstra a insegurança jurídica que a circunda. De igual modo, a ausência de fundamentação específica acerca da violação ao princípio da moralidade administrativa impede que o réu demonstre sua eventual inexistência.

Na mesma linha de raciocínio, também é possível concluir que uma eventual condenação em razão da violação do princípio da moralidade administrativa, como hipótese autônoma, pode vir a configurar uma ofensa ao princípio da impessoalidade em razão da inexistência de parâmetros objetivos para a caracterização da referida violação, o que implicará a utilização de valores para a interpretação e delimitação da sua violação, os quais ultrapassam os limites da moral pública, enveredando pelo campo da moral privada, inerentes à vida íntima do réu, o que demonstra a possibilidade de violação do princípio da impessoalidade, já que extrapola uma avaliação baseada em critérios puramente objetivos.

Nessa direção, a possibilidade de violação ao princípio da impessoalidade é caracterizada pela ausência de parâmetros objetivos para a caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa como hipótese autônoma de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, uma vez que implicará numa interpretação baseada em características pessoais do réu, de cunho subjetivo, o que impossibilita o estabelecimento de um padrão para todos os casos, caracterizando uma interpretação diferenciada para cada caso.

Nesse sentido, diferentemente do que ocorre em relação à quantificação das penas no direito penal e à aplicação de penalidades no processo administrativo, nos quais após se concluir de forma fundamentada acerca da responsabilidade do réu, suas condições pessoais são utilizadas como um dos parâmetros para a mensuração da penalidade a ser aplicada. Observa-se que as referidas características pessoais do réu somente serão levadas em consideração após a constatação da sua responsabilidade, observado o devido processo legal, a qual é realizada com fundamento em um dispositivo legal descritivo que conduz aos elementos hábeis, a realizar a subsunção entre a conduta praticada e o dispositivo legal indicado na denúncia, em observância ao princípio constitucional da legalidade.

No entanto, quando tratamos de ato de improbidade administrativa, as características pessoais do réu são utilizadas no momento da análise da verificação da prática da conduta do ato de improbidade administrativa *stricto sensu* para avaliar sua existência ou não, razão pela qual se constatada – ao contrário da situação acima mencionada, em que a conduta é analisada puramente em critérios legais descritos – as características pessoais do réu, são utilizadas como parâmetro para o convencimento do julgador no momento da decisão quanto à eventual

condenação. Diferentemente do que ocorre em relação ao direito penal, em que as características do réu são utilizadas apenas para a aplicação da penalidade em atenção à obrigatoriedade constitucional da individualização da pena.

Nesse diapasão, resta demonstrada a possibilidade de violação ao princípio da impessoalidade na atuação interpretativa dos julgadores nos casos de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* em consequência da violação do princípio da moralidade administrativa, motivado pela utilização de características pessoais do réu, ante à inexistência de parâmetros objetivos destinados a delimitar a referida violação.

A inexistência de parâmetros objetivos para a caracterização da violação do princípio da moralidade administrativa, como hipótese autônoma de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, aliada à ausência de uniformidade nos critérios subjetivos utilizados para tanto, além das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, e a possibilidade de violação do princípio da impessoalidade, pode violar ainda o princípio da segurança jurídica em face da falta de previsibilidade que circunda esse tipo de interpretação.

Nesse sentido, para que seja garantida a segurança no ordenamento jurídico como forma de se preservar a estabilidade nas relações jurídicas, é necessário que haja previsibilidade quanto às interpretações possíveis acerca dos institutos jurídicos e, ainda que exista a possibilidade de entendimentos divergentes – comuns na dialética jurídica –, tais divergências guardam uma previsibilidade, tendo em vista que elas não são sinônimo de ausência de previsão, mas apenas refletem a existência de entendimentos diferentes, porém conhecidos pela comunidade jurídica.

Diferentemente do que ocorre em relação ao estudo em análise, uma vez que a inexistência de parâmetros objetivos para a caracterização da violação do princípio da moralidade administrativa como hipótese autônoma de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, aliada à ausência de uniformidade quanto aos eventuais critérios subjetivos adotados pelos julgadores, representa uma ausência de previsibilidade, tendo em vista que não se tem conhecimento prévio de quais critérios serão utilizados para avaliar quanto à existência ou não da violação, já que o intérprete poderá utilizar a eficiência ou não da conduta como método, ou ainda se o agente público agiu ou não de forma honesta, entre outros fundamentos, sem que haja um rol de possibilidades/critérios pré-definidos para a realização da atividade interpretativa, o que demonstra a ausência de previsibilidade mencionada e a consequente possibilidade de violação ao princípio da segurança jurídica.

Ainda nesse contexto, constata-se que a generalidade e vagueza da redação trazida no *caput* do art. 11 da Lei n.º 8.429/92 contribui para o cenário de insegurança jurídica nessa modalidade de condenação, tendo em vista que não realiza uma descrição específica da hipótese de violação do princípio da moralidade administrativa.

Na mesma linha de conclusão, constatou-se que a ausência de parâmetros objetivos para a caracterização da violação do princípio da moralidade administrativa como hipótese autônoma de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* e a inexistência de uniformidade nos critérios subjetivos eventualmente utilizados pelo intérprete derivam do seu alto grau de subjetividade do referido princípio administrativo – ligado a valores –, o que implica uma interpretação dotada de uma maior subjetividade, acarretando, dessa forma, mais possibilidades de divergências interpretativa.

Uma última constatação, verificada com base nos casos analisados, é que a violação do princípio da moralidade administrativa não foi utilizada como fundamento do pleito condenatório, mas sim como uma violação anexa a outra conduta ímproba principal, prevista nos arts. 9º, 10 ou em um dos incisos do art. 11, da Lei n.º 8.429/92, razão pela qual funcionou como um “agravante” da conduta principal do réu, assumindo uma função, em última análise, de reforço argumentativo tanto para o pleito condenatório como para a fundamentação da decisão proferida.

Nessa direção, com base nos resultados encontrados, constata-se ainda que a utilização do princípio da moralidade administrativa acaba mostrando-se subsidiária no contexto da imputação do ato de improbidade administrativa *stricto sensu*.

Por fim, em uma breve síntese, podemos dizer que se constatou a inexistência de parâmetros objetivos para a caracterização da violação do princípio da moralidade administrativa como hipótese autônoma de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, aliada à ausência de uniformidade nos critérios subjetivos utilizados, tanto pelo Ministério Público – na posição de autor da ação civil pública por ato de improbidade administrativa – como pelo intérprete no momento decisório podem vir a violar as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e o princípio da segurança jurídica, além de configurar, ainda, a possibilidade de violar o princípio da impessoalidade, desde que o condenação ocorra em razão da violação autônoma e exclusiva ao princípio da moralidade.

4 ENTENDIMENTOS FIRMADOS

O presente capítulo se reporta às impressões registradas após a análise dos resultados obtidos.

Após a análise dos conceitos teóricos trazidos acerca do tema e da análise dos resultados referentes aos dados coletados, é possível chegar a um primeiro entendimento no sentido de que, na ação civil pública por ato de improbidade administrativa e por violação a princípio, nos termos do *caput* do art. 11 da Lei n.º 8.429/92, o princípio da moralidade administrativa não pode ser utilizado como fundamento autônomo para condenação em razão da ausência de parâmetros objetivos para sua caracterização, porque na interpretação de princípios, apesar do esforço científico, a tarefa de se estabelecerem critérios objetivos para a caracterização da sua violação – dada sua própria natureza – torna-se mais difícil, o que possibilita a existência de interpretações divergentes e, em alguns casos, imprevisíveis, diferentemente do que ocorre em relação à lei, a qual traz uma tipificação descritiva, a qual permite deduzir que se sabia, antecipadamente, o que caracteriza sua violação.

Nessa direção, ainda que a característica de generalidade dos princípios não inviabilize sua utilização na atividade interpretativa, a sua maior ou menor densidade objetiva implicará sua maior ou menor utilização na prática, ou seja, os princípios que possuem um conteúdo jurídico mais específico e descritivo, a exemplo da legalidade, não trazem implicações negativas ou divergência quando aplicados, diferentemente do que ocorre com o princípio da moralidade administrativa, ante ao seu maior grau de vagueza e de indeterminação, valendo-se de conceitos subjetivos para sua interpretação, inviabiliza uma aplicação de modo objetivo, uniforme e, em alguns casos, impessoal.

Como visto, quando se trata da violação do princípio da moralidade administrativa, não há parâmetros objetivos que descrevam hipóteses de sua violação, razão pela qual a escolha recairá na que o intérprete entender mais justa e adequada ao caso, distanciando-se da opção legislativa precípua de sancionar práticas de condutas ilegais e não injustas.

Dessa forma, é possível verificar que não há como delimitar, objetivamente, o que pode ser caracterizado como uma violação ao princípio da moralidade administrativa no âmbito da ação civil pública por ato de improbidade administrativa no momento da atividade legislativa, uma vez que tal significação dependerá da valoração dada pelo intérprete a *posteriori*, o que afronta, em alguns casos, o postulado do direito penal *nullum crimen sine*

lege, o qual, apesar de possuir natureza penal, é aplicável à ação civil pública por ato de improbidade, tendo em vista que se encontra na seara do direito administrativo sancionador, razão que autoriza a aplicação do dispositivo constitucional acima mencionado.

Nesse sentido, não se critica aqui a possibilidade da realização da atividade interpretativa no momento da decisão, uma vez que se mostra salutar, como forma de permitir a utilização de uma interpretação atualizada de acordo com o ordenamento jurídico, de modo a acompanhar a evolução do Direito, mas sim a ausência da construção de parâmetros objetivos na doutrina e na prática judicial para a referida interpretação, no intuito de garantir previsibilidade nas decisões e a preservação do princípio da legalidade.

Na mesma direção, é importante ressaltar que a impossibilidade de utilizar o princípio da moralidade administrativa como elemento autônomo para condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* não se deve ao fato somente da ausência de parâmetros objetivos para a caracterização de sua violação, mas também pelo fato de que, aliada à referida ausência, não se mostra possível delimitar seu conteúdo jurídico.

Nessa situação, é necessário analisar os entendimentos firmados após a pesquisa doutrinária realizada e a análise dos resultados encontrados acerca da posição do princípio da moralidade administrativa no contexto da ação civil pública por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, especialmente em razão de sua importância no cenário da probidade administrativa e do combate à corrupção.

4.1 A ausência de parâmetros objetivos para a caracterização da violação ao princípio da moralidade como ato de improbidade administrativa *stricto sensu*

Após a análise dos resultados dos dados coletados e constatada a inexistência de critérios objetivos para caracterização da violação do princípio da moralidade administrativa como hipótese autônoma de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, é necessário avaliar os motivos que justificam a não construção dos referidos critérios.

O princípio da moralidade administrativa está presente no direito público há mais de cem anos e foi positivado no Brasil em 1965 com a vigência da Lei n.º 4.717/65 – Lei da Ação Popular, por meio da figura do desvio de poder. As discussões mais expressivas no Brasil, todavia, tiveram início na década de 1970, as quais culminaram com a elevação do princípio da

moralidade administrativa ao patamar constitucional com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Ainda que elevado a nível constitucional, constata-se, no entanto, que o princípio da moralidade administrativa não possui conteúdo jurídico definido, dependendo da realização de interpretações acerca de conceitos indeterminados e valorativos, a exemplo da honestidade, “boa administração”, “gestor eficiente”, entre outros, para sua operacionalização. Ocorre que, diferentemente de outros princípios constitucionais administrativos – a exemplo da legalidade e da publicidade – nos quais a caracterização da sua violação é mais facilmente observada, em face da existência de parâmetros objetivos para tanto. No caso do princípio da moralidade administrativa a questão fica mais complexa devido à sua subjetividade, uma vez que tem sua interpretação ligada a valores que ultrapassam a área do Direito, geralmente ligados à Filosofia, isso porque, apesar de não se confundir com o conceito de moral, o princípio da moralidade administrativa tem suas origens ligadas ao referido conceito.

No primeiro capítulo, foram expostas diversas posições de autores brasileiros buscando explicar o conteúdo do princípio da moralidade administrativa e sua posição no contexto da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, procurando construir parâmetros para conceituar o que se entende por boa administração e as condutas a serem observadas para que um agente público possa agir de acordo com o referido princípio; tudo isso no intuito de investigar a construção de parâmetros para a caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa.

No entanto, conforme já explanado em outras passagens, quando se discorre sobre princípios, adentra-se no campo em que se encontra uma maior abstração nos seus conceitos, em maior ou em menor intensidade conforme o caso, tendo em vista a ausência de limites precisos para se delimitar sua abrangência, já que têm como uma das suas características principais não tratar de situações concretas, como ocorre em relação à lei, servindo de base e direcionamento para o ordenamento jurídico sistemicamente considerado.

Nessa direção, quando se faz referência a princípios que possuem um conteúdo mais vago, sua densidade se apresenta de uma forma mais valorativa, a exemplo do que ocorre em relação ao princípio da moralidade administrativa, daí por que algumas das decisões decorrentes de sua interpretação se baseiam, prioritariamente, em ideais de moral, de honestidade e de justiça em detrimento da utilização de conceitos jurídicos, ainda que indeterminados.

Ainda conforme esse cenário, é importante observar que a violação ao princípio da moralidade administrativa como hipótese de condenação autônoma por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* não pode ser tratada como uma violação ao princípio da juridicidade, como forma de justificar a imoralidade da conduta praticada pelo agente público, isso porque se trata de conceitos diversos, ainda que guardem relação entre si.

Nesse sentido, a ausência de parâmetros objetivos para a caracterização da violação do princípio da moralidade administrativa como hipótese autônoma de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* não autoriza a utilização do princípio da juridicidade como forma de suprir a lacuna criada devido à inexistência dos parâmetros acima mencionados, isso porque ainda que o referido princípio da juridicidade seja compreendido como o resultado da evolução do Estado Liberal, sob o fundamento de que o princípio da legalidade não mais atendia aos anseios do Direito e da sociedade, necessitando ter sua interpretação ampliada, de modo a abarcar outros valores, realizando uma interpretação sistêmica, motivo pelo qual perpassa todo o ordenamento jurídico, tendo em vista que a interpretação do princípio da moralidade administrativa, baseada no princípio da juridicidade, não traz critérios jurídicos nem limitação para a sua utilização.

No entanto, antes de avançar, em razão da existência de autores pátrios que defendem a interpretação do princípio da moralidade administrativa à luz do princípio da juridicidade, é necessário trazer algumas considerações acerca desse princípio, o qual pode ser considerado como uma nova roupagem do princípio da legalidade, o qual adota o entendimento de que a interpretação não deve se limitar ao texto taxativo da lei, mas sim alcançar todo o arcabouço jurídico, de forma sistêmica, especialmente os princípios.

Em relação ao direito privado, as mudanças de interpretação à luz do princípio da juridicidade aconteceram em virtude da utilização dos princípios e dos direitos fundamentais como limites na interpretação e na aplicação das leis. Já no direito público, a mudança iniciou-se com a constitucionalização do direito administrativo, ocorrida após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Sobre o princípio da juridicidade, Gustavo Binimbojm¹³⁰ defende a vinculação da Administração Pública ao referido princípio como resultado da constitucionalização do direito

¹³⁰ BINENBOJM, Gustavo. Constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março/abril/maio, 2008, p. 147. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp> >. Acesso em 06 ago. 2019.

administrativo e, em consequência, a necessidade da observância dos princípios constitucionais “[...] na vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineados na Constituição.”

O referido autor sustenta que em razão da crise da lei formal, passou-se a ser adotado, na Administração Pública, o princípio da juridicidade administrativa, vinculado à ideia não apenas da lei do ponto de vista formal, mas a um modelo que privilegia os princípios e regras e não se restringindo à lei formal e conclui defendendo que a interpretação das leis deve ser realizada à luz da Constituição Federal com a “[...]superação do paradigma da legalidade administrativa só pode ocorrer com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade.”¹³¹

Gustavo Binenbojm afirma ainda que os princípios constitucionais alcançaram a posição de centralidade em todos os ramos do direito, razão pela qual ocorreu a constitucionalização do direito administrativo, e sua interpretação passou a ser baseada nos princípios, o que o referido autor denominou de “direito administrativo democrático.”¹³²

Na mesma linha de pensamento, Rafael Carvalho Rezende Oliveira afirma que dentro do contexto da constitucionalização do direito administrativo, o princípio da legalidade foi englobado pelo princípio da juridicidade.¹³³

Rafael Carvalho Rezende Oliveira ressalta ainda que a utilização do princípio da juridicidade como método de interpretação concede uma maior importância ao Direito genericamente considerado.¹³⁴

O autor segue defendendo que, com a nova roupagem dada ao princípio da legalidade, a atuação da administração passa a ser controlada não apenas em razão da sua conformidade com as leis, mas com todo o ordenamento jurídico, especialmente a Constituição Federal, e sustenta que uma das teorias que justificam o controle judicial da atuação administrativa decisória é a teoria dos princípios, razão pela qual uma das funções da aplicação do princípio

¹³¹BINENBOJM, *op. cit.*, 2008, p. 147.

¹³²“A nova princiologia constitucional, que tem exercido influência decisiva sobre outros ramos do direito, passa também a ocupar posição central na constituição de um direito administrativo democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem.” (BINENBOJM, 2008, p. 148).

¹³³“O princípio da juridicidade dá uma maior importância ao Direito como um todo, daí derivando a obrigação de se respeitar, inclusive, a noção de legitimidade do Direito. A atuação da Administração Pública deve nortear-se pela efetividade da Constituição e será pautada pelos parâmetros da legalidade e legitimidade, intrínsecas ao Estado democrático de Direito. Ao invés, de simples adequação da atuação administrativa a uma lei específica, exige-se a compatibilidade como o chamado ‘bloco de legalidade.’” (OLIVEIRA, 2010, p. 73-74).

¹³⁴*Idem. Ibidem.* p. 74-75.

da juridicidade é ampliar a margem de controle do ato discricionário judicialmente, permitindo, dessa forma, um maior controle.

Alexandre Santos de Aragão quando trata do tema defende a importância do princípio da juridicidade e o considera como uma evolução do princípio da legalidade, através de incorporação de princípios e valores da sociedade.¹³⁵

Dessa forma, verifica-se que, com a utilização do princípio da juridicidade, busca-se ampliar a dimensão da interpretação das normas, consideradas *lato sensu*, no ordenamento jurídico, tendo em vista que não limita a interpretação e a aplicação do direito às leis em seu sentido estrito, mas inclui também os princípios na sua interpretação.

Feitas as considerações gerais acerca do princípio da juridicidade, observa-se que se procura utilizar o referido princípio para a interpretação dos princípios constitucionais administrativos de forma conjugada, no entanto, quando se trata de aplicação do direito administrativo sancionador, como é o caso das sanções previstas pela prática de ato de improbidade administrativa, a utilização do referido princípio como instrumento interpretativo não pode servir como justificativa para se afastarem as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e utilizar critérios subjetivos para a caracterização da violação do princípio da moralidade administrativa como hipótese autônoma de condenação pela prática de ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, já que ao se utilizar o princípio da juridicidade para fundamentar a condenação, analisa-se a violação de vários princípios de forma conjunta, o que, além de se afastar do preceito trazido no art. 11, *caput*, da Lei n.º 8.429/92, o qual permite a sanção pela violação de quaisquer dos princípios administrativos, conjunta ou isoladamente, não descrever especificamente (fundamentação) como cada princípio foi violado.

Nesse sentido, utilizar o princípio da juridicidade na referida interpretação desnatura a intenção legislativa do art. 11, *caput*, da Lei n.º 8.429/92, já que inviabiliza a utilização de um único princípio constitucional administrativo como fundamento para condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, razão pela qual o princípio da juridicidade não pode ser utilizado como instrumento de interpretação no dispositivo legal em comento.

No art. 11, *caput*, da Lei n.º 8.429/92, o legislador – além dos princípios administrativos – explicitou ainda a necessidade da observância dos deveres de honestidade e de lealdade, já que o dever de imparcialidade representa, na verdade, o princípio da

¹³⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de A concepção pós-positivista da legalidade Revista **de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro. Renovar, n.º 236, abril/junho, 2004, p.63.

impessoalidade. Dessa forma, a referida violação é considerado ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, violação que imputa ao referido dispositivo legal um alto nível de subjetividade, uma vez que são conceitos subjetivos com natureza mais filosófica e moral do que jurídica.

Não se pode estender, entretanto, a afirmação acima a todos os princípios constantes no *caput* do art. 11, da Lei n.º 8.429/92, uma vez que há de se observar que os princípios elencados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal apresentam graus diversos de abstração, ou seja, há princípios constitucionais administrativos que possibilitam uma interpretação mais objetiva, a exemplo dos princípios da legalidade e da publicidade, ao passo que outros princípios dão grande margem a interpretações que ultrapassam o limite de valoração subjetiva aceitável nos padrões das jurisprudências quando diz respeito à atividade interpretativa de princípios, como ocorre no caso do princípio da moralidade administrativa.

Nessa direção, a título de exemplo, quando tratamos do princípio da legalidade, constata-se que há um limite objetivo para que seja delimitada sua violação e, em consequência, a prática de ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, já que basta que o responsável pela propositura da ação civil pública por ato de improbidade administrativa demonstre que o agente público violou a norma regente da matéria de forma dolosa, infringindo um dos deveres previstos no *caput* do art. 11, da Lei n.º 8.249/92, isso porque não é suficiente somente a desobediência à norma, mas a demonstração do elemento volitivo, por meio da individualização das condutas, hábeis a demonstrar a intencionalidade do agente em praticar a conduta improba.

De igual modo, ocorre em relação aos princípios da publicidade e da eficiência, já que há formas objetivas de se verificar a ocorrência de sua violação intencional, ante à existência de instrumentos de políticas públicas qualitativos e quantitativos hábeis a mensurar seu cumprimento ou não e, por meio de tais dados, ser possível observar se ocorreu a infração do referido princípio.

O princípio da impessoalidade, no entanto, já apresenta um maior grau de abstração em relação aos princípios acima mencionados, porém, ainda assim, possui critérios que permitem uma avaliação objetiva.

Porém o grau de abstração que permeia o princípio da moralidade administrativa está presente em mais intensidade, isso porque além dos critérios legais, soma-se a este os valores morais que variam de cada indivíduo, por estar vinculado a posições filosóficas que extrapolam

o campo do Direito, razão pela qual a margem de perspectiva do intérprete alcança graus mais elevados.

Nesse sentido, ainda que a interpretação deva permanecer adstrita aos elementos ligados à moral aberta, em muitos casos ocorre uma miscelânea entre elementos da moral aberta e fechada, de modo que são analisados aspectos ligados a ambas as modalidades de moral, de modo que se adentra, indevidamente, em aspectos ligados à intimidade do agente público, distanciando-se do âmbito de atuação do princípio da moralidade administrativa.

Nesse diapasão, pelos resultados encontrados, e diante das constatações acima, além de ser verificada a inexistência de parâmetros objetivos para a caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa como fundamentação autônoma para condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, seja porque se procura justificar a violação ao referido princípio por meio da violação ao princípio da juridicidade, uma vez que se utiliza a violação a outros princípios constitucionais administrativos para demonstrar a violação ao princípio da moralidade administrativa, seja pela utilização de critérios subjetivos e sem uniformidade por cada intérprete.

Na mesma direção, ainda pela pesquisa doutrinária realizada, verificou-se a existência de diversas tentativas de criação de conceitos e de parâmetros para caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa, especialmente no que se refere ao perfil do administrador público e suas obrigações perante à Administração Pública, além de procurar vinculá-lo a outros princípios administrativos, a exemplo do princípio do interesse público sem, no entanto, obter sucesso, uma vez que não trouxe objetividade ao referido princípio, nem resolveu as questões legadas à ausência de parâmetros objetivos para a caracterização da sua violação.

Assim, analisando de forma conjunta as duas pesquisas realizadas, constata-se que diante da subjetividade que permeia o princípio da moralidade administrativa, ainda que se busque construir conceitos que caracterizem e delimitem sua violação, a tarefa não obtém êxito, uma vez que não se consegue extrair o elemento moral da análise do conceito de moralidade administrativa, tanto que em vários dos parâmetros utilizados para a identificação da sua violação são ligados a valores filosóficos, a exemplo da ética e da honestidade.

Ainda no mesmo sentido, pode-se observar que a interpretação valorativa do princípio da moralidade administrativa, nas hipóteses da prática de ato de improbidade administrativa *stricto sensu* realizada pelo seu intérprete, gera incerteza para o agente público no momento da

prática dos seus atos de ofício, isso porque a inexistência de parâmetros uniformes acerca do que possa vir a ser considerado como a violação ao referido princípio, deixa um campo de atuação indeterminado para os autores da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, de modo que não se consegue prever o que poderá vir a ser considerada como uma conduta imoral do posto de vista do Direito, o que possui como consequência direta o afastamento de vários gestores da atividade pública por receio, em razão da situação de insegurança jurídica acima mencionada.

Corroborando as constatações acima, são importantes as considerações feitas pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, quando se referiu à utilização do princípio da moralidade administrativa em voto proferido no Recurso Especial n.º 560.900/DF¹³⁶, no qual atuou como relator, afirmando acerca da necessidade de imposição de limites para a aplicação direta do princípio da moralidade administrativa, no intuito de evitar que o referido princípio seja utilizado de modo exacerbado, isso porque sua utilização não pode ser baseada, exclusivamente, em cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados.¹³⁷

O reconhecimento da inexistência de parâmetros objetivos para a caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa como hipótese autônoma para condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, no entanto, não deve ser considerado como uma falha legislativa, mas sim uma constatação à subjetividade inerente ao referido princípio, torna a atividade de análise do intérprete mais dificultosa ante à possibilidade de violação ao princípio do devido processo legal e das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Idoneidade Moral de Candidatos em Concursos Públicos. Inquéritos Policiais ou Processos Penais em Curso. Presunção de Inocência. Princípio da Moralidade Administrativa. Relator: Ministro Roberto Barroso. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Repercussão Geral. Data do julgamento: 06/02/2020. Publicação: **Diário de Justiça eletrônico**. 10 de agosto de 2020. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?Incidente=2551965&numeroProcesso=560900&classeProcesso=RE&numeroTema=22>> Acesso em: 15 set, 2020.

¹³⁷ “Destaca-se o princípio da moralidade administrativa (CRFB/1988, art. 37, caput). Como se sabe, o princípio da moralidade impõe aos agentes públicos o dever geral de boa administração, do qual decorrem, entre outros, os imperativos da honestidade, atuação vinculada ao interesse público e boa-fé. Isso porque eles administram bens que não lhes pertencem, devendo, como agentes delegados, atuar em nome, por conta e a bem do interesse público.” (p. 04 do voto) e prossegue “Em certa medida, pode-se dizer que se trata de uma restrição das restrições, pois a falta de parâmetros pode dar à moralidade administrativa uma dimensão exagerada, ao eliminar candidatos pelo mero oferecimento de denúncia.” (p. 14 do voto) Assim o Ministro Luís Roberto Barroso entende que “eliminar candidatos a partir de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, tais como “idoneidade moral”, mediante juízo subjetivo da banca examinadora é incompatível como os princípios republicanos da impessoalidade e da ampla acessibilidade aos cargos públicos, na forma como devem ser pensados no atual contexto brasileiro.” (p. 16 do voto). (BRASIL, 2020).

4.2 A impossibilidade da condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* com fundamento autônomo no princípio da moralidade

Pelos argumentos já analisados é possível constatar que o princípio da moralidade administrativa, apesar de possuir grande relevância na seara da probidade administrativa, uma vez que se refere a uma das suas bases, apresenta um alto grau de vagueza, aliada a uma elevada carga de subjetividade, o que dá ensejo a interpretações subjetivas e baseadas em elementos não-jurídicos – os valores.

Nessa direção, para corroborar os resultados encontrados quanto à inexistência de parâmetros objetivos para a caracterização da violação do princípio da moralidade como fundamento autônomo de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, as considerações de Carlos Ari Sundfeld¹³⁸ sobre a utilização dos princípios como método de interpretação no direito administrativo são bastante esclarecedoras, mostrando-se contrariamente à utilização exacerbada dos princípios na referida atividade, especialmente quando aparecem de forma genérica e imprecisa nos textos legais, afirmando que o motivo histórico que justifica tal comportamento está ligado à dificuldade prática do legislador constituinte de elaborar redações mais precisas quando se refere a temas delicados, em razão da ausência de consenso político para a elaboração de definições mais precisas.¹³⁹

Na mesma linha, e ainda sobre o mesmo tema, o autor afirma que a vagueza do texto trazido no *caput* do art. 11 da Lei n.º 8.429/92, que no momento de sua publicação não foi preocupação dos legisladores, uma vez que transparecia reportar-se a um texto inócuo, no entanto, com o transcorrer do tempo, foi constatado o contrário, tendo em vista que o referido dispositivo passou a ser muito utilizado pelo Ministério Público, especialmente nas situações em que não há fundamentos para um pleito condenatório, baseado nos arts. 9º e 10 do diploma legal em comento.¹⁴⁰

¹³⁸ SUNDFELD, *op. cit.*, 2017.

¹³⁹ “Afinal, para vários assuntos espinhosos a linguagem da Constituição é extra, enquanto o significado do direito à vida nem o legislador conseguir precisar totalmente. Igual a dificuldade? A falta de consenso e de apoio político para textos mais extensos com certeza tem algo a ver com isso.” (SUNDFELD, 2017, p. 213).

¹⁴⁰ “Esse texto, aparentemente inócuo para inibir comportamentos, por conta da extrema vagueza do que estava se considerando ilícito, acabou servindo, no decorrer dos anos, como fundamento de maior parte das ações de improbidade administrativa propostas pela corporação contra agentes públicos sempre divulgadas amplamente pela imprensa, em busca de apoio da opinião pública. Como forma de aumentar seu poder, a corporação lançou-se em um grande esforço de construção de sentido sobre o texto normativo quase sem conteúdo.” (SUNDFELD, 2017, p. 214).

Dessa forma, constata-se que, de um modo geral, a utilização dos princípios administrativos para fundamentar as condenações por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* gera questionamentos desde o nascimento da Lei n.º 8.429/92.

Assim, quando se diz respeito a uma condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, unicamente baseada na violação do princípio da moralidade administrativa, a questão acima levantada por Carlos Ari Sundfeld apresenta-se de uma forma mais delicada, tendo em vista que, conforme já demonstrado nos itens anteriores, seu alto grau de vagueza e subjetividade torna a tarefa de uma interpretação objetiva mais dificultosa.

Corroborando a afirmação acima, a reflexão trazida por Carlos Ari Sundfeld em relação à aplicação dos princípios pelos julgadores, no que se refere aos limites de sua competência para suprir as lacunas legislativas, demonstra a dificuldade da interpretação de princípios com alto grau de subjetividade, especialmente por entender que não é função do Poder Judiciário substituir os demais poderes constituídos por meio da construção de outro direito, sob pena de extrapolar suas funções constitucionais.¹⁴¹

A afirmação acima reforça que a atividade interpretativa dos julgadores não pode ser realizada de modo tão amplo de forma a ultrapassar suas funções constitucionais, isso porque a finalidade da utilização dos princípios, no momento da atividade interpretativa, não pode ter como finalidade a realização de justiça e a correção do Direito, mas sim a aplicação deste último, no caso concreto, de acordo com as normas positivadas, razão pela qual se faz necessária a delimitação de competência do julgador no momento da avaliação da conduta, já que o referido julgador deve ficar atento a sua função, não podendo, sob o fundamento de suprir indistintamente erros e lacunas dos demais poderes constituídos, utilizar os princípios de forma indistinta e como instrumento correccional, especialmente o princípio da moralidade administrativa, sob pena de invadir competências dos demais poderes.

No presente contexto, é importante esclarecer que não se pretende aqui defender a impossibilidade de condenação por ato de improbidade administrativa quando se tratar de violação a um princípio administrativo ou ainda com base em textos genéricos que tragam em seu corpo conceitos indeterminados, o que se sustenta é que a interpretação seja realizada observando parâmetros objetivos, de modo a cumprir as normas constitucionais vigentes.

¹⁴¹ “O Judiciário tem, claro, seu papel no controle das falhas e omissões das autoridades legislativas e administrativas, mas ele não é o Legislativo nem a Administração e não pode substituí-los em tudo. Por isto não há solução judicial para todos os problemas jurídicos; o Judiciário não tem como construir todo e qualquer direito, não lhe cabe construir, não é adequado que construa.” (SUNDFELD, 2017, p. 217).

Incorporando posicionamento de Carlos Ari Sundfeld, verifica-se que o legislador, ao criar uma lei muito aberta, com conceitos vagos, transfere ao julgador o ônus regulatório, já que será responsável pela elaboração das políticas sancionatórias.¹⁴²

Assim, concordando com as afirmações de Carlos Ari Sundfeld a respeito da posição de regulador assumida pelo julgador/intérprete nos casos em que a legislação é vaga, este assume o ônus de fundamentar suas decisões com mais profundidade, justificando as alternativas possíveis e as escolhidas, de modo a deixar claro ao jurisdicionado os motivos que o fizeram chegar àquela decisão, por isso cabe ao julgador, em tais casos, proceder a uma fundamentação mais contundente “[...]é preciso que o Judiciário, transformado em regulador, comporte-se como tal, com todos os ônus que isso envolve.”¹⁴³

Pelas constatações feitas até o momento, fica demonstrada a amplitude e a vagueza que circundam os princípios e, especialmente, o princípio da moralidade administrativa e, em consequência, uma condenação baseada de forma autônoma no referido princípio na hipótese de imputação de ato de improbidade administrativa *stricto sensu*.

Verificada a referida impossibilidade, constata-se, ainda, que a inexistência de parâmetros objetivos para a caracterização da violação do princípio da moralidade administrativa como fundamento autônomo de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, deve-se também à ausência de conteúdo jurídico do referido princípio, isso porque o conteúdo jurídico é determinante para se delimitar a abrangência de um instituto e assim blindar o ordenamento com segurança jurídica, uma vez que é responsável por estabelecer o que é considerado lícito ou ilícito no seu âmbito de atuação.

O conteúdo jurídico traz em sua essência os conceitos e as características jurídicas que delineiam um instituto, de modo a conceder uma descrição objetiva do que se trata, possibilitando que as partes tenham o conhecimento objetivo acerca do instituto e assim possam se manifestar de forma efetiva, nos termos preceituados pelo devido processo legal substancial.

Ainda nesse sentido, o conteúdo jurídico de um instituto é uma das principais características de um instituto jurídico, pois serve como base para sua utilização de modo

¹⁴² “Os parlamentares, sem querer tomar partido claro sobre o que devia, ou não, ser condenado, mas precisando mostrar severidade (para não serem acusados de proteger autoridades malandras), votaram uma lei mandando punir algo indefinido: a violação dos princípios da administração (...). Aos juízes cabia, a partir desses vagos termos, elaborar uma política sobre repressão de infrações funcionais; e, para isso, teriam de resolver por uma dureza maior ou menor na aplicação das sanções. Enfim, teriam que assumir o ônus que o legislador lhes repassou.” (SUNDFELD, 2017, p. 226-227).

¹⁴³ SUNDFELD, *op. cit.*, 2017, p. 229.

objetivo, evitando surpresas às partes, garantindo previsibilidade e, em consequência, segurança jurídica ao ordenamento.

Dessa forma, pelas características do princípio da moralidade administrativa já descritas, é possível constatar que não possui conteúdo jurídico, tendo em vista que não se mostra possível descrever seus principais elementos de forma objetiva, sem que seja preciso recorrer a valores, geralmente ligados ao campo filosófico, não trazendo em seu bojo elementos jurídicos que permitam criar um conceito e um conteúdo jurídico.

Em razão das constatações acima referidas, não encontra respaldo a posição de Wallace Paiva Martins Júnior quando busca justificar a possibilidade da condenação por ato de improbidade administrativa fundamentada de modo autônoma em razão da violação de princípios constitucionais, entre eles o princípio da moralidade administrativa, segundo a qual, quaisquer das condutas previstas no art. 11 da Lei n.º 8.429/92 ferem o referido princípio. Por esse motivo é cabível sua sanção, já que se referem a condutas imorais e ilegais.¹⁴⁴ Taxar a conduta praticada pelo agente público como imoral, porém, sem que se traga a fundamentação correspondente, limitando-se a argumentar que qualquer violação a princípio administrativo é uma conduta imoral, não se presta a atender a determinação trazida pelas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, além de ferir o próprio dispositivo legal em comento, tendo em vista que não traz a violação ao princípio da moralidade administrativa como uma violação decorrente de qualquer conduta alcançada pelo artigo ora discutido.

Dessa forma, ainda que se concorde com a posição de centralidade ocupada pelo princípio da moralidade administrativa no âmbito da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, tal posição por si só não autoriza uma condenação sem que haja uma fundamentação específica e objetiva acerca da violação autônoma do princípio da moralidade administrativa, isso porque afirmar que o ato é imoral não atende aos preceitos trazidos pelo art. 93, X, da Constituição Federal, além de ferir as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

De igual modo, o fato do princípio da moralidade administrativa compreender o alicerce de uma administração pública proba, não pode ensejar uma condenação em razão de sua violação sem que haja uma constatação real e efetiva da referida violação, ante à

¹⁴⁴ “O art. 11 censura condutas consideradas imorais ou ilegais, dispensando a relevância e a produção do resultado nocivo na órbita das relações da Administração Pública. O resultado poderá até ser lícito, porém, se imoral, consistirá o ato em violação dos princípios e, portanto, improbidade administrativa.”(SUNDFELD, 2017, p. 284).

impossibilidade de utilização de valores pessoais para tanto, especialmente valores e conceitos, como honestidade e bom administrador, os quais, além de vagos e imprecisos, ultrapassam os limites de uma interpretação jurídica.

Nesse sentido, em observância ao sistema jurídico adotado para aplicação de sanções trazido pela Constituição Federal, no qual é necessária a descrição de uma conduta específica e objetiva exposta legalmente associada à uma sanção, observa-se que a possibilidade de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, baseada de forma autônoma na violação do princípio da moralidade administrativa, não atende ao binário mencionado de descrição da conduta/sanção.

Por fim, é importante ressaltar que a constatação trazida no presente item acerca da inexistência de parâmetros objetivos para sua caracterização, não inviabiliza a utilização do princípio da moralidade administrativa no âmbito da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, isso porque o princípio em discussão é considerado um dos fundamentos da Lei n.º 8.429/92, como será exposto no subitem 4.4.

4.3 A imputação subjetiva da condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* com fundamento autônomo no princípio da moralidade

Pelo que foi visto nos tópicos anteriores, é incontestável a importância do princípio da moralidade administrativa no âmbito da ação civil por ato de improbidade administrativa, pois pode ser considerado como um dos seus elementos constitutivos.

Nessa direção, ainda que se assuma a posição que defende a possibilidade de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* em razão da violação ao princípio da moralidade administrativa, sob o fundamento de que o referido princípio administrativo perpassa todo o sistema de probidade administrativa, a referida tese não se sustenta, em razão da inexistência de parâmetros objetivos hábeis a demonstrar a caracterização de sua violação, tendo em vista que se trata de valores subjetivos, geralmente vinculados ao campo da Filosofia, os quais possuem um alto grau de subjetividade, impossibilitando uma caracterização de forma objetiva.

Assim, pela análise dos resultados encontrados, foi possível constatar que a referência à violação do princípio da moralidade administrativa estava vinculada à prática de outra conduta, igualmente descrita como ato de improbidade administrativa, a exemplo do que ocorre

quando há comprovação de que um agente público fraudou um concurso sem que tenha obtido vantagem financeira com a sua prática, nem causado dano ao erário, o que não afasta a prática de ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, nos termos do art. 11, V, da Lei n.º 8.429/92.

Nesse caso, vê-se então que tanto o Ministério Público – na condição de autor da ação civil pública por ato de improbidade no momento do pleito condenatório – como o julgador, no momento da decisão, realizaram suas atividades baseados em uma conduta especificada e concreta, caracterizada como ato de improbidade administrativa, previstas nos arts. 9º, 10, ou em um dos incisos o art. 11, da Lei n.º 8.429/92, e não em razão da violação ao princípio da moralidade administrativa, o que é utilizado como forma de reforçar a repulsividade da conduta praticada pelo réu.

Tal constatação explica o fato de o princípio da moralidade administrativa ser utilizado como reforço argumentativo nas condenações por ato de improbidade administrativa.

Dessa forma, também se constata que, ao se proceder à condenação do réu por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, baseado exclusivamente no princípio da moralidade administrativa, ocorre uma imputação subjetiva, tendo em vista que esteada nos valores pessoais do agente responsável pela referida imputação, em razão da inexistência de parâmetros objetivos para a caracterização da sua violação, e os critérios eventuais construídos pela doutrina são subjetivos e desprovidos de uniformidade.

A afirmação acima pode ser constatada pelo fato de que, caso o autor da ação civil pública por ato de improbidade administrativa entenda que uma conduta praticada pelo agente público violou o princípio da moralidade administrativa, poderá ingressar com a referida modalidade de ação civil pública, ainda que fundamentada apenas em suas impressões acerca da imoralidade da dita conduta, especialmente no que se reporta à honestidade e à ética, valores que ultrapassam a interpretação lastreada pelo Direito e que se ligam à Filosofia e à moral, logo, dependerão de um juízo de valor do citado órgão para a propositura da mencionada ação, sem que haja parâmetros objetivos que demonstrem a violação ao princípio em debate, o que vai caracterizar a realização de uma imputação subjetiva do Ministério Público.

Nessa direção, defender a possibilidade de imputação de ato de improbidade administrativa, fundamentado de forma autônoma na violação ao princípio da moralidade administrativa, transfere ao autor da ação civil pública por ato de improbidade administrativa a função típica do Poder Legislativo, uma vez que o *caput* do art. 11 da Lei n.º 8.429/92 refere-se apenas à inobservância do princípio da moralidade administrativa, em razão da violação dos

deveres de honestidade e de lealdade às instituições, entre outros, sem que descreve a conduta, tarefa que será realizada pelo autor da ação.

Outro argumento que demonstra a subjetividade do referido tipo de imputação diz respeito ao fato de que, na hipótese de descrição de violação de outros princípios administrativos – a exemplo dos previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal –, é possível a realização de uma descrição objetiva de sua violação, inclusive no que se coaduna ao princípio da eficiência, já que sua aferição pode ser realizada por meio da análise de dados estatísticos, bem como de parâmetros minimamente objetivos, o que não ocorre com relação à imputação da violação do princípio da moralidade administrativa, considerando a impossibilidade de se mensurar valores éticos e morais – imputação subjetiva, já que não é possível sustentar que o ato de improbidade administrativa *stricto sensu* é imoral, sem descrever objetivamente imoralidade perpetrada.

Dessa forma, a utilização do princípio da moralidade administrativa como hipótese autônoma para a condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* configura hipótese de imputação subjetiva de conduta, haja vista a inexistência de uma descrição legislativa específica acerca da conduta que pode caracterizar o ato de improbidade administrativa devido à violação ao princípio da moralidade administrativa e ainda à inexistência de parâmetros objetivos para que seja realizada a referida descrição da conduta típica praticada pelo agente público.

Nessa direção, não é suficiente para embasar uma eventual condenação pela prática de ato de improbidade administrativa *stricto sensu* a afirmação acerca da ocorrência da violação do princípio da moralidade administrativa, tendo em vista que este tipo de descrição não traz elementos suficientes para integrar um tipo sancionador, pois é necessário que esteja previsto, ainda que em uma norma secundária explicativa ou em virtude de construção de parâmetros objetivos pela prática judicial, do que pode ser considerado como violação à moralidade administrativa.

O *caput* do art. 11 da Lei n.º 8.429/92, quando se reporta à violação dos deveres para com as instituições, a exemplo da honestidade, em razão da inobservância dos princípios constitucionais administrativos, refere-se à prática de condutas objetivas, como pode ser constatado pela leitura do seu inciso I, que trata da violação do princípio da legalidade. De igual modo, percebe-se em relação a outros princípios administrativos, também alcançados pelo *caput* do art. 11 da Lei n.º 8.429/92.

É importante observar ainda que as imputações no direito administrativo sancionador, o qual inclui as condutas previstas como ato de improbidade administrativa, devem ser previamente estabelecidas, em obediência aos princípios da legalidade e da tipicidade, e ainda trazerem de forma objetiva a descrição das referidas condutas, vedando-se a utilização de tipos abertos que, além de criarem margens para mais de uma interpretação, utilizam conceitos subjetivos para sua construção e aplicação.

Assim, o silêncio do legislador no momento de descrever as condutas a serem sancionadas em razão da sua imoralidade – entendida como princípio constitucional administrativo – deve-se, além de uma opção política, também à ausência de parâmetros objetivos para se descrever um ato puramente imoral, do ponto de vista jurídico, sem que se ocorra, simultaneamente, a prática de outra conduta também descrita como improba.

Nesse contexto, ainda que o princípio da moralidade administrativa tenha alcançado autonomia em relação ao princípio da legalidade com sua constitucionalização em 1988, tal fato não autoriza a imputação de modo subjetivo de condutas como ímprobos sob o fundamento de que são imorais, baseadas exclusivamente na interpretação dada pelo autor da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, isso porque, ante à inexistência de parâmetros objetivos para caracterizar sua violação, a imputação será realizada baseada nas impressões pessoais do autor da ação e, em consequência, de forma subjetiva.

Nesse sentido, deve ficar claro que o fato de existir uma fundamentação discorrendo acerca da imoralidade da conduta, por si só, não afasta a subjetividade da imputação realizada, tendo em vista que a subjetividade da imputação aplicada somente seria afastada caso a referida imoralidade da conduta viesse a ser caracterizada com base em parâmetros objetivos, sem a utilização de conceitos do campo filosófico, a exemplo de honestidade, e valores pessoais na referida imputação.

4.4 A posição do princípio da moralidade administrativa na Lei n.º 8.429/92

Pelas constatações acima, é possível observar que o pleito condenatório, em razão exclusivamente da prática de um ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, funciona como uma norma residual, conforme afirmou Ruy Alberto Gatto¹⁴⁵, no artigo *A atuação do*

¹⁴⁵ GATTO, Ruy Alberto. A atuação do Ministério Público em face da Lei n.º 8.429/92 – lei anticorrupção. *Justitia*, São Paulo, 55 (161), jan./mar., 1993.

Ministério Público em face da Lei n.º 8.429/1992 – Lei anticorrupção, sendo considerado por vários doutrinadores que tratam do tema como um “soldado reserva”, tendo em vista que somente é utilizado, de forma subsidiária, na ausência da configuração de uma conduta tipificada como ato de improbidade administrativa, prevista nos arts. 9º e 10, da Lei n.º 8.429/92.

Nesse sentido, também se pode constatar no subitem 4.2 a impossibilidade de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, com fundamento autônomo na violação ao princípio da moralidade administrativa, pela ausência de parâmetros objetivos para a caracterização da referida violação. No entanto, tal constatação não subtrai do princípio da moralidade administrativa sua importância no direito pátrio, especialmente na seara da probidade administrativa.

Nesse sentido, Themístocles Brandão Cavalcanti afirmava que a ilegalidade de um ato administrativo estaria caracterizada quando, em razão do desvio de sua finalidade, violava a moralidade administrativa.¹⁴⁶

Wallace Paiva Martins Júnior considera a Lei n.º 8.429/92 uma forma de garantir a eficácia social dos princípios constitucionais administrativos, tendo o art. 11 a finalidade de operacionalizar o art. 4º do mesmo Diploma Legal que trata dos deveres dos agentes públicos, na referida legislação, considerando-o como um “[...] autêntico código de moralidade administrativa,”¹⁴⁷ afirmando ainda que a sanção do ato de improbidade administrativa *stricto sensu* é uma forma de tutelar a “[...] sistemática da moralidade administrativa e dos demais princípios explícitos ou implícitos da Administração Pública”¹⁴⁸, pois a enumeração dos princípios que podem ser violados é apenas exemplificativa, uma vez que demonstram, de uma forma ampla, a preocupação do legislador com a violação ao princípio da moralidade administrativa em razão da reconhecida vinculação entre moralidade administrativa e interesse público.

Wallace Paiva Martins Júnior¹⁴⁹ sustenta ainda que as condutas previstas nos arts. 9º e 10 da Lei n.º 8.429/92 também se configuram como imorais, violando, em consequência, também o princípio da moralidade administrativa (art. 11, *caput*, da Lei n.º 8.429/92), demonstrando, dentro dessa visão doutrinária, a posição de centralidade do princípio da

¹⁴⁶ “[...] verifica-se assim uma ilegalidade quando o fim foi desviado do interesse público e do serviço constitui ofensa à moralidade administrativa.” (CAVALCANTI, 1970, p. 445).

¹⁴⁷ MARTINS JÚNIOR, *op. cit.*, 2006, p. 290.

¹⁴⁸ MARTINS JÚNIOR, *op. cit.*, 2006, p. 280.

¹⁴⁹ MARTINS JÚNIOR, *op. cit.*, 2006, p. 280.

moralidade administrativa no contexto da ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Nessa direção, Wallace Paiva Martins Júnior considera que o art. 11 da Lei n.º 8.429/92 foi um avanço no sistema repressivo da improbidade administrativa, tendo em vista que passou a possibilitar a sanção pelo desvio ético de conduta e a flexibilidade moral do agente público, os quais ofendem as bases do sistema normativo brasileiro.

Ainda sobre a moralidade no contexto do art. 11 da Lei n.º 8.429/92, Wallace Paiva Martins Júnior afirma que a violação de princípios, conforme prevista do *caput* do referido dispositivo legal, demonstra a “[...] preocupação com a violação do princípio da moralidade administrativa”¹⁵⁰ e acrescenta que se trata de deveres do agente público de observância obrigatória.

Dessa forma, é possível observar também que o art. 11 da Lei n.º 8.429/92 está ligado a valores éticos do agente público, o que demonstra a impossibilidade de fundamentar uma condenação autônoma, além de caracterizar que o princípio da moralidade administrativa funciona como seu norteador e não como uma hipótese de condenação autônoma baseada no dispositivo legal acima mencionado, tendo em vista que perpassa todo o sistema de probidade administrativa.

Concordando com a posição de Wallace Paiva Martins Júnior e a de Themístocles Brandão Cavalcanti, entre outros doutrinadores pátrios, torna-se possível constatar a posição de centralidade do princípio da moralidade administrativa no contexto da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, pois, apesar da impossibilidade da configuração de ato de improbidade administrativa *stricto sensu* em razão da violação autônoma do referido princípio administrativo, ante à inexistência de parâmetros objetivos para tanto, já que está vinculado a valores extrajurídicos, que são violados em razão da prática de outras condutas, o princípio da moralidade administrativa é utilizado, tanto nos pleitos condenatórios como nas decisões proferidas, quando descrita a prática de outra conduta tipificada na Lei n.º 8.429/92, demonstrando, dessa forma, que perpassa todo o Diploma Legal que trata da proteção da probidade administrativa.

Outro motivo que demonstra a importância do princípio da moralidade administrativa no contexto da ação civil pública por ato de improbidade administrativa é seu enquadramento como patrimônio público imaterial, conforme trazido nas palavras Rodrigo Otávio Mazieiro

¹⁵⁰ *Idem*, p. 283.

Wanis¹⁵¹ em artigo intitulado *O patrimônio público como direito fundamental difuso e o Ministério Público como instrumento de sua proteção preventiva extrajudicial: aspectos teóricos e práticos. Escala de Ação Regressiva como direito humano de segunda geração, dada sua importância no contexto do direito constitucional e administrativo pátrios.*¹⁵²

Pela afirmação acima trazida, é possível também constatar que o princípio da moralidade administrativa se encontra na própria concepção da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, em razão da elevação do referido princípio ao patamar constitucional, assim como as sanções pela prática de ato de improbidade administrativa, como forma de tornar efetivo o combate à corrupção, sendo a opção escolhida pelo legislador constituinte.

Dessa forma, seguindo as constatações, observa-se, ainda, que o princípio da moralidade administrativa, após sua constitucionalização, passou a ser parâmetro norteador de toda a Administração Pública, a qual deve estar lastreada em valores éticos e morais, tendo em vista que tutela a proteção e a preservação do patrimônio público, tanto material como imaterial, o que justifica sua influência na ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

A constitucionalização acima mencionada traz diversas consequências para o direito administrativo, especialmente com a introdução de conceitos subjetivos ligados à ética em diversos campos da Administração Pública, que perpassam o modo de aquisições públicas, a elaboração e a execução do ato administrativo e o direito administrativo sancionador, todas tendo entre suas finalidades, diretas ou indiretas, a preservação do patrimônio público.

Nesse contexto, a moralidade administrativa passou a ser, juntamente com os demais princípios constitucionais administrativos previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, vetores para a atuação dos agentes públicos.

Dessa forma, quanto aos princípios de legalidade, de impessoalidade e de publicidade, como já se encontravam sedimentados no ordenamento jurídico brasileiro, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, não ocorreram grandes questionamentos quanto à possibilidade de sua aplicação direta. No entanto, no tocante ao princípio da moralidade

¹⁵¹ WANIS, Rodrigo Paiva. O patrimônio público como direito fundamental difuso e o Ministério Público como instrumento de sua proteção preventiva extrajudicial aspectos teóricos e práticos. Escala de Ação Regressiva. **Revista do CNPM**, n. 5 (2015). Disponível em: < <https://ojs.cnpm.mp.br/index.php/revista/article/view/81>> Doi: < <https://doi.org/10.36662/revistadocnpm.i5.81>>. Acesso em: 15 set. 2020.

¹⁵² “Passadas a primeira (direitos humanos de liberdade) e a segunda (direitos humanos de igualdade ou sociais) dimensões dos direitos fundamentais, é na terceira geração que se insere o patrimônio público, sua proteção e a moralidade administrativa. São direitos transindividuais, massificados, cuja titularidade é esparsa, difusa, atribuída a toda coletiva.” (WANIS, 2015, p. 54).

administrativa, referindo-se a uma inovação em termos principiológicos, no que se refere à Administração Pública, iniciaram-se discussões acerca de uma aplicação, tanto em razão da sua subjetividade quanto pela divergência de opiniões de doutrinadores pátrios quanto à sua autonomia, já que parte destes, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello, defendia que o princípio da moralidade estaria ligado ao desvio de finalidade e, em consequência, ao princípio da legalidade. Por fim, ressalta-se que o princípio da eficiência somente foi incluído em 1998, por meio da Emenda Constitucional n.º 45/98.

As posturas éticas e honestas no âmbito da Administração Pública, que antes se traduziam como uma obrigação moral do agente público, transmudaram-se em uma obrigação constitucional imposta a todos e passível de reclamação junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) em caso de seu descumprimento, ante à elevação do princípio da moralidade administrativa ao patamar constitucional.

A mudança de concepção, trazida pela positivação de valores morais, criou uma nova roupagem para a Administração Pública, especialmente pelo fato de que a observância de tais valores passou a ser exigível também judicialmente.

Em razão dessa mudança, o direito administrativo passou por diversas modificações, sendo que algumas das suas áreas sofreram mais influência do que outras, devido à natureza de cada uma delas, a exemplo dos que se destinam à proteção do patrimônio público material e imaterial, motivo que justifica a afirmação de alguns autores, a exemplo de Wallace de Paiva Martins Júnior e de Maria Sylvia Zanella de Pietro, que sustentam uma posição de “superprincípio” do princípio da moralidade administrativa.

Nesse contexto, sendo a probidade administrativa um dos principais instrumentos de proteção do patrimônio público, tanto material quanto imaterial, é possível constatar a influência que o princípio da moralidade exerceu na elaboração da Lei n.º 8.429/92, bem como na sua execução ao longo dos seus mais de 25 anos de sua sanção.

Ainda que a Lei n.º 8.429/92 seja decorrente de uma opção política e que tenha se destinado a regulamentar o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, sofreu influência, além do momento político e social vivido, do princípio da moralidade administrativa, o qual exige do agente público posturas éticas e honestas no trato do patrimônio público.

Nessa direção, observa-se, seguindo posições doutrinárias e o contexto no qual a Lei n.º 8.429/92 foi sancionada, que, para um ato praticado por um agente público ser considerado probo, deve, obrigatoriamente, observar o princípio da moralidade administrativa, ou seja, deve

observar preceitos éticos e morais relacionados à honestidade e à lealdade, além de outros valores relacionados.

Partindo dessa constatação, é possível observar que o princípio da moralidade administrativa é intrínseco ao ato de improbidade administrativa, sendo uma condição para sua existência, estando a ele vinculado.

Nesse diapasão, após as considerações acima trazidas quanto ao princípio da moralidade administrativa, conclui-se que sua atuação na ação civil pública por ato de improbidade administrativa é estrutural, ou seja, decorre da própria finalidade da lei, não se restringindo a uma hipótese de condenação, como sugere uma primeira leitura do *caput* do art. 11 da Lei n.º 8.429/92.

4.5 Conclusões parciais

Após a análise dos tópicos anteriores constatou-se a inexistência de parâmetros objetivos para a caracterização da violação do princípio da moralidade administrativa como hipótese autônoma de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, razão pela qual se verifica, como consequência, a impossibilidade da condenação em tais moldes, tendo em vista que a interpretação nesse campo caminha na direção da realização de uma imputação subjetiva, funcionando como princípio estrutural que serve como um dos pilares sobre o qual foi criada a Lei n.º 8.429/92.

Aliado a tais constatações, pela análise do conceito legal de ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, nos termos trazidos pelo art. 11, *caput* da Lei n.º 8.429/92, é possível concluir ainda que o referido dispositivo legal é genérico e vago, especialmente no que se refere ao princípio da moralidade administrativa, tendo em vista que não traz a descrição necessária do que poderá ser considerada uma conduta improba, em razão da violação do referido princípio, ferindo, dessa forma, o art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, pois apesar de o ato de improbidade administrativa possuir natureza cível, integra o direito administrativo sancionador, o qual deve obediência aos princípios da legalidade e da tipicidade, especialmente no que se refere à necessidade da prévia tipificação da conduta a ser sancionada.

Por tudo que foi exposto, especialmente a análise dos resultados encontrados e as posições doutrinárias trazidas no primeiro capítulo, foi possível constatar, aliada à inexistência de parâmetros objetivos para a caracterização da violação do princípio da moralidade

administrativa como hipótese autônoma de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* e a inexistência de conteúdo jurídico do referido princípio, apesar de ter reconhecida sua importância no âmbito do direito administrativo – especialmente na seara da modalidade de ação civil pública em análise – em razão da importância da observância dos valores éticos no trato da coisa pública, não possui características jurídicas hábeis a defini-lo no âmbito do Direito.

A referida constatação é justificada pelo fato de que os demais princípios constitucionais administrativos possuem uma maior exatidão jurídica, aliada a uma menor densidade filosófica, a exemplo do que ocorre com o princípio da legalidade, cuja violação é facilmente verificada por meio da descrição da infringência de uma lei, da mesma forma que ocorre em relação ao princípio da publicidade, em que sua violação pode ser constatada mediante a prática de uma conduta descrita de modo objetivo quando o agente público deixa de dar publicidade a ato ao qual é obrigado por determinação legal a fazê-lo.

Quando se está diante de uma eventual violação ao princípio da moralidade administrativa, o cenário é diverso ante à impossibilidade de se demonstrar de modo objetivo a referida violação, sendo necessário, para tanto, enveredar por conceitos subjetivos e extrajurídicos, a exemplo de honestidade, isso porque, ainda que alguns autores, a exemplo de José Guilherme Giacomuzzi¹⁵³, defendam a existência de um viés objetivo do princípio da moralidade administrativa, o qual estaria vinculado à boa-fé, tal tese não se sustenta, tendo em vista que a boa-fé, ainda que tenha contornos mais definidos, também é de cunho eminentemente subjetivo.

A conclusão acima, porém, não diminui a importância do princípio da moralidade administrativa no âmbito da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, tendo em vista que perpassa todo o sistema de probidade administrativa, desde a observância dos deveres inculcados no seu art. 4º até as condutas ímprobadas descritas em seus arts. 9º, 10 e incisos do art. 11.

O princípio da moralidade administrativa serve como um dos fundamentos para as previsões da lei de improbidade administrativa, no que se refere a deveres, obrigações, condutas vedadas, sanções, entre outras, é um dos seus pilares, traduzidos pela boa-fé, honestidade e probidade na Administração Pública e combate à corrupção.

¹⁵³ GIACOMUZZI, *op. cit.*, 2013.

Nessa direção, o princípio da moralidade administrativa é ainda norteador das condutas dos agentes públicos, os quais devem agir sempre de modo a observar a probidade e honestidade no trato da coisa pública, razão pela qual o princípio da moralidade administrativa ocupa uma posição de centralidade na discussão da probidade administrativa. No entanto, não se deve confundir a referida posição de centralidade ocupada com a possibilidade de ser utilizado como hipótese autônoma de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* em razão de sua violação, isso porque, para a condenação, exige-se a existência prévia de uma conduta descrita de forma objetiva, atendendo, conforme já mencionado, os princípios da legalidade e da tipicidade, aliada à definição de parâmetros objetivos para que possa ser caracterizada sua violação.

Dessa forma, não se aplica ao *caput* do art. 11 da Lei n.º 8.429/92 a máxima de que “quem pode o mais pode o menos” em relação ao princípio da moralidade administrativa, no sentido de que sendo o princípio mencionado no referido Diploma Legal também como hipótese de condenação autônoma pela prática de ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, isso em razão da ausência de parâmetros objetivos para a caracterização de sua violação, aliada à inexistência de conteúdo jurídico, necessários para descrever uma conduta como ímproba, pois, na função de pilar do Diploma Legal acima mencionado, pode utilizar conceitos extrajurídicos e subjetivos, o que não ocorre em relação à fundamentação para uma condenação, em face da necessidade da observância aos princípios e garantias constitucionais já trazidos ao longo do presente estudo.

Tal constatação pode ser explicada em razão de que, para se construir a Lei n.º 8.429/92 não havia óbice à utilização de parâmetros de cunho valorativo e subjetivo, a exemplo da honestidade, da lealdade e da ética, já que foram utilizados como instrumentos para a definição dos parâmetros legais, especialmente as condutas a serem consideradas ímprobas e suas sanções. Quando, entretanto, se pretende definir a imputação propriamente dita, ou seja, a tipificação da conduta ímproba, é necessário que seja descritiva e previamente conhecida, de modo a observar mandamentos constitucionais, o que não é possível conseguir no manejo do princípio da moralidade administrativa, tendo em vista que não existem meios hábeis a descrever de forma objetiva, o que configuraria a violação ao princípio da moralidade administrativa.

Nesse sentido, ainda que o *caput* do art. 11 da Lei n.º 8.429/92 traga previsão da prática de ato de improbidade administrativa *stricto sensu* em razão da violação do princípio da moralidade administrativa, o fez de forma genérica, sem que descrevesse o que poderia ser

compreendido como a referida violação, ainda que de forma exemplificativa, como o fez em relação a outros princípios administrativos constantes no mesmo dispositivo legal, a exemplo do princípio da legalidade, razão que impede sua utilização em uma eventual condenação de modo isolado ou ainda trazendo parâmetros para tanto.

De igual modo, a utilização de conceitos, como honestidade e boa-fé, para se definir uma conduta ímproba em razão da violação ao princípio da moralidade administrativa sem que existam elementos descritivos nesse sentido, não se mostra em consonância com os princípios e garantias constitucionais, uma vez que a interpretação acerca da referida violação será um encargo do intérprete no momento da análise da conduta, a qual será realizada mediante uma valoração individual sem critérios pré-definidos, tendo em vista que a interpretação acontecerá por meio de critérios subjetivos, baseada em valores éticos e morais, os quais não apresentam parâmetros objetivos.

Nessa direção, a possibilidade de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, fundamentado de modo autônomo na violação ao princípio da moralidade administrativa, é admitir a realização de uma imputação subjetiva de uma conduta ímproba, sem critérios prévios e objetivos para tanto, já que a caracterização da referida conduta como ímproba dependerá da interpretação dada pelo julgador, sem que sejam observados parâmetros prévios e objetivos ante a sua inexistência, o que gera insegurança jurídica em razão de sua vagueza e subjetividade, aliada à inexistência de uma delimitação exata e precisa da efetiva violação do referido princípio.

As conclusões trazidas no presente item são corroboradas pelos resultados encontrados na pesquisa empírica realizada, isso porque nos julgados analisados, apesar de parcela destes tentarem construir um conceito acerca do princípio da moralidade administrativa, e critérios, ainda que subjetivos, para caracterizar sua violação, nenhum deles se reportou à condenação pela prática do ato de improbidade administrativa baseado exclusivamente na sua violação, uma vez que, em todos os casos, o princípio da moralidade administrativa foi utilizado como reforço argumentativo na decisão proferida e não como fundamento principal, o que demonstra que tal princípio, vinculado a valores éticos, por si só, não é suficiente para embasar uma condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* em razão exclusivamente de sua violação.

Assim, constata-se, ao final, que a ausência da caracterização por meio da utilização de parâmetros objetivos da violação ao princípio da moralidade administrativa e a consequente impossibilidade da condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* com fundamento autônomo no referido princípio, em razão da possibilidade de criação de uma

imputação de um tipo sancionador sem a correspondente descrição, viola garantias e princípios constitucionais.

De igual modo, também é possível constatar que o papel desempenhado pelo princípio da moralidade administrativa no âmbito da ação civil pública por ato de improbidade administrativa não deve ser confundido com uma hipótese que possibilita a condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, mas, sim, deve ser considerado um dos seus fundamentos, já que é utilizado como norteador de toda a Lei n.º 8.429/92.

5 CONCLUSÕES

Após a análise dos resultados encontrados e das posições de alguns dos doutrinadores brasileiros que tratam do tema, é possível concluir acerca da importância do princípio da moralidade administrativa para a Administração Pública, o qual perpassa vários dos seus institutos, podendo ser aplicada de forma direta, conforme já consolidou posição o Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de aplicação direta dos princípios.

No âmbito da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, o princípio da moralidade administrativa apresenta uma importância ainda maior, tendo em vista que tem na probidade administrativa uma de suas vertentes de atuação, e ainda que se trata de um diploma legal, altamente vinculado a valores éticos e morais e à observância do interesse público, tendo em vista que se refere ao trato da coisa pública.

No que se refere, no entanto, à utilização do princípio da moralidade administrativa como hipótese autônoma de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, em razão de sua violação, conclui-se pela sua impossibilidade, motivado pela inexistência de parâmetros objetivos para caracterizar a referida violação, tendo em vista que não foram construídos, tanto pela doutrina como pela prática judicial, critérios nesse sentido, já que os preceitos propostos em nível doutrinário trazem conceitos subjetivos e valores ligados à Filosofia que não atendem à objetividade necessária no âmbito do direito administrativo sancionador.

De igual modo, a prática judicial também não construiu parâmetros objetivos para a caracterização da violação do princípio da moralidade administrativa como hipótese autônoma de condenação pela prática de ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, utilizando, em

alguns casos, critérios subjetivos, de forma isolada e não uniforme, os quais também não atendem à necessidade de objetividade na descrição, na caracterização e na delimitação da conduta em relação à violação ao princípio da moralidade administrativa.

Observa-se ainda que a Lei n.º 8.429/92 traz em seu corpo um elenco de condutas consideradas ímprobas em seus arts. 9º e 10, todas vinculadas à preservação do patrimônio público material e imaterial. Da mesma forma, o referido Diploma Legal também contém no *caput* do seu art. 11 a possibilidade de condenação por ato de improbidade administrativa por violação aos princípios constitucionais administrativos e aos deveres de lealdade e de honestidade junto às instituições, entre outros, trazendo em seus incisos um leque exemplificativo de condutas, o denominado ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, no qual não há prejuízo ao erário ou enriquecimento sem causa.

Nesse contexto, é de se reconhecer o esforço do legislador no intuito de blindar a Administração Pública de condutas que lesem o erário público e violem seus princípios norteadores, no entanto, quando se trata da utilização de princípios como modalidade de eventual condenação em razão da sua violação, a referida utilização deve ser realizada com cautela, a fim de impedir que tal possibilidade possa vir a ferir outros princípios e garantias fundamentais, a exemplo da ampla defesa e do contraditório, e princípios como o da segurança jurídica e da impessoalidade, bem como o próprio princípio republicano, isso porque a interpretação baseada em princípios é dotada de maior subjetividade, uma vez que não é limitada apenas à norma positivada.

Em razão da afirmação acima, é necessário também ter cautela quanto à possibilidade de imputação do ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, especialmente quando se refere à violação ao princípio da moralidade administrativa de forma autônoma, tendo em vista que é um princípio dotado de alto grau de subjetividade, não apresenta conteúdo jurídico e que não tenham sido construídos parâmetros objetivos para a caracterização de sua violação, ainda que se reconheça a sua importância no contexto da probidade administrativa.

Nesse sentido, quando o tema diz respeito aos princípios da Administração Pública que possuem conteúdo definido, a exemplo do princípio da legalidade e da publicidade, não se verificam maiores divergências na sua utilização para imputação de ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, ante à possibilidade de caracterização da violação a partir da utilização de parâmetros objetivos, de modo a garantir ao réu o exercício efetivo das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como da observância dos princípios

constitucionais, diferentemente do que ocorre em relação ao princípio da moralidade administrativa.

Ainda nesse contexto, é possível concluir também que o art. 11, *caput* da Lei n.º 8.429/92 é, em regra, utilizado de modo subsidiário pelo autor da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ou seja, é utilizado apenas quando não está configurada uma das condutas previstas nos art. 9º e 10 do referido diploma legal, em razão da dificuldade de se caracterizar a violação de alguns princípios administrativos, por isso é nominado por diversos autores como um “soldado reserva.”

Assim, a própria condição da imputação de condutas previstas no *caput* do art.11 da Lei n.º 8.429/92 já se mostra, de modo geral, mais restrita e, quando se refere à violação ao princípio da moralidade administrativa, tal condição passa de restrita à inviável, em razão da impossibilidade de uma imputação de forma objetiva da referida violação, ante à inexistência de parâmetros objetivos para a caracterização da sua violação, como forma de evitar a inobservância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Assim, em síntese, restou demonstrada a importância da investigação da moralidade enquanto fundamento autônomo para a condenação por improbidade administrativa, tendo em vista que, após a análise dos dados coletados e das posições de doutrinadores pátrios que tratam do tema, verificou-se a inexistência de um conceito e uma delimitação do princípio em comento.

Na mesma direção, os resultados encontrados também demonstraram que não existem parâmetros objetivos para se caracterizar a violação ao princípio da moralidade, o que leva a concluir acerca da impossibilidade de sua utilização como elemento autônomo para condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*.

Expostas as conclusões finais de forma geral, a seguir serão detalhadas cada uma delas, identificadas como centrais na discussão acerca do ato de improbidade administrativa *stricto sensu* em razão da violação autônoma do princípio da moralidade administrativa.

5.1 A condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*

Em razão de tudo que já foi analisado até o momento, conclui-se que a condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* somente é possível haja vista a violação de princípio administrativo caso presente a possibilidade de identificação da dita violação de modo objetivo, ou seja, havendo uma descrição específica acerca da referida violação, aliada a

parâmetros objetivos necessários para a caracterizar, sob pena de se incorrer em afronta às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e aos princípios da segurança jurídica, impessoalidade, legalidade, e o próprio Estado Democrático de Direito.

Nessa direção, tendo em vista que no ato de improbidade administrativa *stricto sensu* não há dano patrimonial ao erário ou enriquecimento ilícito, sendo a violação incidente sobre o patrimônio imaterial do Estado, já que ofende seus valores e deveres, faz-se necessária a descrição de uma conduta que demonstre a violação dos seus princípios administrativos, ainda que diversa das postas nos incisos do art. 11 da Lei n.º 8.429/92, que possuam características similares, tendo em vista que o rol trazido no referido dispositivo legal é, conforme já assentou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, apenas exemplificativo.

No que se refere aos princípios constitucionais administrativos da legalidade, da impessoalidade e da publicidade não há maiores discussões acerca de sua utilização ante à possibilidade de enumeração das condutas descritas de forma objetiva por meio da utilização de parâmetros objetivos para tanto. No que se refere ao princípio da moralidade administrativa, entretanto, a inexistência de parâmetros objetivos que sirvam para caracterizar sua violação, aliada à inexistência de conteúdo jurídico, impossibilita a caracterização de sua violação de forma objetiva, razão pela qual o intérprete recorre a conceitos subjetivos, que geralmente extrapolam o âmbito jurídico e são ligados à Filosofia, a exemplo de moral e de honestidade, os quais trazem consigo uma alta carga de subjetividade, além da impossibilidade de serem interpretados de forma objetiva – são valores –, o que pode ferir diversos princípios constitucionais, como a legalidade, a impessoalidade, a segurança jurídica e ainda as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Dessa forma, a possibilidade aberta pela jurisprudência, ao firmar o entendimento de que o rol descrito nos incisos do art. 11 da Lei n.º 8.429/92 é apenas exemplificativo, não pode servir como uma autorização irrestrita para que qualquer conduta praticada pelo agente público possa vir a ser imputada como ímproba sem que haja uma descrição objetiva e silogística acerca da referida violação, demonstrando, de modo claro, objetivo e descritivo, como o princípio constitucional administrativo descrito foi violado, fazendo-o por meio da aplicação de parâmetros prévios e objetivos, especialmente quando se referir ao princípio da moralidade administrativa, pelos motivos já expostos nos itens antecedentes.

Assim, a constatação de que o princípio da moralidade administrativa é norteador da Lei n.º 8.429/92, por si só, não se mostra suficiente para que sejam justificadas imputações com fundamentação genérica acerca da violação do princípio da moralidade administrativa, sob o

fundamento de que toda conduta improba praticada pelo agente público fere a moralidade administrativa, uma vez que a referida imoralidade deve ser demonstrada a partir da utilização de parâmetros objetivos, sem que sejam utilizados conceitos vagos e subjetivos para tanto, já que não basta a alegação da imoralidade ou da violação dos deveres para com a Administração Pública em face da necessidade da observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

5.2 A ausência de conteúdo jurídico do princípio da moralidade administrativa

A Lei n.º 8.429/92 prevê a possibilidade de condenação em razão da prática de ato de improbidade administrativa *stricto sensu* como forma de garantir a sanção de condutas não previstas nos arts. 9º e 10 da Lei n.º 8.429/92 que violem os deveres para com a Administração Pública elencados no art. 4º do referido diploma legal e, em consequência, venham a ferir princípios administrativos.

Conforme também já discutido nos subitens 3.3.1.1 a 3.3.1.5, quando se reportam aos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, entre outros, não são encontrados maiores óbices na caracterização de sua violação, residindo um dos grandes problemas na caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa ante ao seu alto grau de subjetividade devido a ser vinculado a valores éticos e morais.

As divergências podem ser explicadas em razão da ausência de conteúdo jurídico do princípio da moralidade administrativa, tendo em vista que não possui um conceito e uma delimitação definidos e que se baseia em valores, os quais não possuem parâmetros objetivos para sua mensuração, uma vez que ultrapassam o mundo jurídico, enveredando pelo campo filosófico, razão pela qual leva em consideração fatores pessoais que influenciam na sua delimitação.

A ausência de conteúdo jurídico do princípio da moralidade administrativa traz como consequência a impossibilidade do estabelecimento de limites e parâmetros objetivos para sua caracterização, criando um espaço demasiadamente grande e perigoso para utilização pelo intérprete, tendo em vista que cria um campo muito extenso para seu entendimento, o que traz como consequência um ambiente de insegurança jurídica.

Nesse sentido, é necessário observar que o conteúdo jurídico é determinante para se delimitar a abrangência de um instituto e, assim, blindar o ordenamento com segurança jurídica.

O conteúdo jurídico porta, em sua essência, os conceitos e as características jurídicas que delineiam um instituto de modo a conceder uma descrição objetiva do que se trata, possibilitando que as partes tenham o conhecimento objetivo acerca do instituto e possam se manifestar de forma efetiva, nos termos preceituados pelo devido processo legal substancial.

O conteúdo jurídico de um instituto é um dos seus principais pilares, pois serve como base para sua utilização de modo objetivo, evitando surpresas às partes, garantindo previsibilidade.

Nessa direção, é possível concluir que o princípio da moralidade administrativa não apresenta as características que se exigem para a delimitação do conteúdo jurídico de um instituto, ante à ausência de objetividade e de parâmetros para sua caracterização, já que são baseados em valores de cunho subjetivo, além de características objetivas.

Dessa forma, conclui-se também que o princípio da moralidade administrativa, apesar de possuir uma forte significação jurídica, especialmente no campo da probidade administrativa, uma vez que traz em seu bojo valores ligados à honestidade, à ética e à lealdade às instituições, não possui conteúdo jurídico, tendo em vista que não apresenta características claras e descritivas, uma vez que é baseado em valores éticos e morais, os quais não podem ser caracterizados de forma descritiva.

Nessa direção, é importante esclarecer que a constatação da ausência de conteúdo jurídico do princípio da moralidade administrativa não diminui sua importância no contexto do Direito pátrio, uma vez que perpassa todas as áreas do direito público e possui aplicação direta nos casos em que se é possível fazê-lo de forma objetiva.

Em razão da referida ausência de conteúdo jurídico, a utilização do princípio da moralidade administrativa para a imputação de um ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, por violação ao referido princípio, importará na avaliação subjetiva da conduta, já que será realizada conforme a interpretação dos valores dados pelo seu intérprete em razão da impossibilidade de mensuração objetiva dos referidos valores, o que importará também na possibilidade de violação do princípio da impessoalidade, tendo em vista que serão levados em consideração aspectos pessoais do réu para a avaliação da conduta praticada.

Justificar a imputação pela prática de ato de improbidade administrativa *stricto sensu* em razão da violação autônoma do princípio da moralidade administrativa, baseado exclusivamente no fato de que o ato é imoral, sem que seja descrita a conduta que demonstra a referida imoralidade por meio da utilização de parâmetros objetivos para tanto, ofende às

garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, em razão da necessidade de se realizar a descrição baseada em parâmetros objetivos, de modo a permitir que o réu exerça sua defesa substancialmente, a qual não pode se limitar a utilizar conceitos e expressões vagas, os quais, em muitos casos, ultrapassam o campo jurídico e enveredam pelo campo da Filosofia, o que dificulta que possam ser rebatidos.

Dessa forma, a importância do princípio da moralidade administrativa, no contexto da Administração Pública, não autoriza a realização de condenação baseada, exclusivamente, em sua violação, de forma genérica, quanto à fundamentação da violação do referido princípio, isso porque ainda que a moralidade administrativa se trate de um princípio constitucional, deve obediência ao Estado Democrático de Direito.

Nessa direção, pode-se então concluir que, quando se trata da violação do princípio da moralidade administrativa como hipótese autônoma e exclusiva, a possibilidade de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* não apresenta parâmetros objetivos para tanto, os quais não foram construídos ao longo dos mais de 28 anos de vigência da Lei n.º 8.429/92, quer pela doutrina, quer pela prática judicial, já que os poucos critérios que puderam ser verificados são subjetivos e não guardam uniformidade entre si, o que se deve, também, à inexistência de conteúdo jurídico do princípio da moralidade administrativa, e inviabiliza a descrição da prática de uma conduta apontada como violadora do referido princípio, sem que se recorra a valores, o que pode vir a ferir as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, além dos princípios da impessoalidade, da legalidade e da segurança jurídica.

5.3 O princípio da moralidade administrativa e a Lei n.º 8.429/92

A importância do princípio da moralidade administrativa para a Administração Pública já foi demonstrada no contexto jurídico brasileiro, especialmente no âmbito da probidade administrativa, porém a ausência de conteúdo jurídico inviabiliza uma eventual condenação baseada de forma autônoma no referido princípio, em razão da necessidade de uma descrição objetiva de uma conduta própria, a qual não se mostra possível na presente situação.

No entanto, a inexistência de conteúdo jurídico, aliada à ausência de parâmetros objetivos para a caracterização da violação do princípio da moralidade administrativa como hipótese autônoma de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, apesar de impossibilitar a condenação, nos termos acima mencionados, não retira o sentido e a

importância do referido princípio, uma vez que se encontra ligado a valores estruturais da Administração Pública e do próprio Estado Democrático de Direito, razão pela qual sua observância obrigatória se impõe como forma de garantir a efetividade do interesse público, dos demais princípios constitucionais administrativos e dos valores protegidos pela Constituição Federal de 1988.

Ainda que constatada a inexistência de conteúdo jurídico do princípio da moralidade administrativa, sua importância não diminui no contexto da Administração Pública, em razão da posição constitucional a qual foi alçada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, servindo como pilar e direcionador para toda a Administração Pública, classificado por alguns autores, a exemplo de Wallace Paiva Martins Júnior, como um “superprincípio”, uma vez que serve como fundamento para os demais princípios administrativos e, especialmente quando tratamos do tema de probidade administrativa, sinônimo de honestidade e de bom trato com a coisa pública, sua importância é redobrada, já que, aliada à decisão política para a regulamentação das sanções pela prática de ato de improbidade administrativa, foi base, do ponto de vista teórico, para a elaboração, juntamente com o parágrafo 4º do art. 37 da Constituição Federal, da Lei n.º 8.429/92.

Nessa direção, tendo a Lei n.º 8.429/92 a finalidade de regulamentar o § 4º do art. 37 da Constituição Federal, a qual estabeleceu as condutas, quantificação das sanções em razão da prática de atos de improbidade administrativa, os respectivos procedimentos e questões relacionadas à prescrição, entre outros temas, foi elaborada sob os preceitos do princípio da moralidade administrativa, como um dos seus norteadores, tanto que as condutas nela descritas buscam preservar, não somente o patrimônio público material, mas também o imaterial, representado pelos valores éticos e morais da Administração Pública, evidenciados no seu art. 4º, que enumera os deveres para com a referida Administração Pública.

Assim, a Lei n.º 8.429/92, em razão do objeto protegido, buscou reforçar os valores éticos e morais ligados à probidade administrativa, como forma de garantir a observância, pelos agentes públicos, dos deveres junto à Administração Pública, opção que coaduna com os objetivos do país e se encontra em consonância com as diretrizes do Estado Democrático de Direito, além de reforçar a necessidade contínua e efetiva do combate à corrupção.

Em virtude da análise descritiva da Lei n.º 8.429/92 é possível verificar que ela traz em seus dispositivos a necessidade de observância dos deveres para com a Administração e, em seguida, prevê como ato de improbidade administrativa a sua inobservância, aliada à violação de princípios constitucionais administrativos.

Assim, ainda que a ausência de conteúdo jurídico impeça a condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* com base na violação autônoma do princípio da moralidade administrativa, tal constatação não impede que os valores ligados ao referido princípio sejam reconhecidos como fundamentais na aplicação da Lei n.º 8.429/92, desde que haja a respectiva fundamentação, pois os referidos valores perpassam toda a Administração Pública, o que explica a utilização da violação da moralidade administrativa nos julgados analisados.

Nesse contexto, as conclusões acima mencionadas são aptas a explicar o motivo pelo qual os julgados analisados na pesquisa realizada fazem referência ao princípio da moralidade administrativa, ainda que vinculado à prática de outra conduta ímproba, descrita nos arts. 9º, 10 e em um dos incisos do 11 da Lei n.º 8.429/92, tendo em vista, como base do referido Diploma legal administrativa, serve como forma de reforçar a contrariedade da conduta praticada ao microsistema de combate à corrupção.

5.4 Considerações finais

O princípio da moralidade administrativa encontrou um dos seus primeiros fundamentos legais no direito pátrio na Lei n.º 4.717/65, a qual regulamentou a ação popular. No entanto, somente foi alçado ao patamar constitucional com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Nessa direção, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o princípio da moralidade administrativa passou a figurar entre os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, passando a nortear as relações administrativas.

Em 1992, a fim de regulamentar o art. 37, § 4ª da Constituição Federal, foi sancionada a Lei n.º 8.429/92, que dispôs sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função na administração pública direta, indireta ou fundacional, a qual previu as condutas típicas como atos de improbidade administrativa em seus artigos arts. 9º e 10, de forma taxativa, e no seu art. 11, de forma exemplificativa.

Os arts 9º e 10 da Lei n.º 8.429/92 preveem condutas ímprobas que causam dano ao erário ou enriquecimento ilícito, já seu art. 11 prevê a prática de atos de improbidade administrativa que ofendem princípios administrativos em razão da violação dos deveres de

lealdade e de honestidade para com a Administração Pública sem que tenham reflexos financeiros, razão pela qual são denominados de atos de improbidade administrativa *stricto sensu*.

Segundo pacificado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, as condutas previstas nos incisos do art. 11 da Lei n.º 8.429/92 são apenas exemplificativas, razão pela qual outras condutas podem ser consideradas ímprobas, por violação a princípio constitucional administrativo, sem que estejam previstas expressamente.

As condutas caracterizadas como atos de improbidade administrativa *stricto sensu* devem descrever a inobservância de um ou mais princípios administrativos aliada a violação dos deveres de lealdade, de honestidade, entre outros, para com a Administração Pública. Nesse sentido, quando se trata da violação dos princípios que possuem conteúdo jurídico e parâmetros mais objetivos para sua caracterização, a exemplo dos princípios da legalidade, da publicidade e da eficiência, não se apresentam maiores dificuldades quanto a referida caracterização da sua violação, uma vez que é possível uma conceituação descritiva baseada em parâmetros objetivos.

No entanto, quando se refere à violação ao princípio da moralidade administrativa, aliada à ausência de conteúdo jurídico, ainda que possua um importante significado jurídico, foi constatada, por meio da análise dos resultados encontrados com a realização da pesquisa empírica e doutrinária, a inexistência de parâmetros objetivos para a caracterização como hipótese autônoma de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* em razão de sua violação, em face da impossibilidade da realização de uma descrição objetiva acerca de referida violação, tendo em vista que toda sua concepção é vinculada a valores que ultrapassam o âmbito do campo jurídico, os quais, pela sua própria essência, possuem uma alta carga valorativa e que geralmente se encontram ligados ao campo filosófico.

Nesse sentido, a ausência de conteúdo jurídico do princípio da moralidade administrativa, aliada à posição da sua centralidade no âmbito da probidade administrativa, explica sua utilização, nos julgados analisados, como reforço argumentativo, isso porque ainda que se retire a menção à sua violação, a conduta ímproba descrita permanece incólume.

Dessa forma, uma condenação em razão da prática de ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, em face da violação autônoma e exclusiva do princípio da moralidade administrativa, ofende as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como o princípio da segurança jurídica e da legalidade, além da possibilidade de vir a violar também o princípio da impessoalidade.

Nessa direção, é possível verificar a possibilidade de violação às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa à medida que a utilização de valores para a configuração da violação ao princípio da moralidade administrativa, sem parâmetros objetivos para tanto, retira do réu o poder de realizar sua defesa de forma efetiva, tendo em vista a impossibilidade de apresentar uma defesa efetiva, do ponto de vista material, procurando refutar a descrição trazida pelo Ministério Público, na posição de autor da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, e a fundamentação exposta pelo julgador na decisão proferida, em razão de não dispor de elementos para tanto, tendo em vista que as fundamentações são realizadas de modo genérico e subjetivo em relação à violação do princípio da moralidade administrativa, sem a utilização de parâmetros objetivos, uma vez que os eventuais critérios utilizados na prática judicial se mostram subjetivos, sem que demonstrem uniformidade, variando entre os julgadores.

De igual modo, a realização da interpretação com base em critérios subjetivos, a partir da análise de condições e de características pessoais do agente público, ultrapassando, em alguns casos, elementos ligados à moral pública, ou seja, enveredando por aspectos da sua vida privada, pode vir a caracterizar a violação ao princípio da impessoalidade.

Da mesma forma, a inexistência de parâmetros objetivos para a caracterização da violação ao princípio da moralidade administrativa ofende o princípio da segurança jurídica, tendo em vista que os agentes públicos estarão desprovidos de elementos e de parâmetros objetivos que possam servir como norteadores para a caracterização de uma conduta como imoral, do ponto de vista jurídico, no contexto da ação civil pública por ato de improbidade administrativa no exercício de suas funções, razão pela qual poderá vir a praticar uma conduta que, apesar de entender que esteja em consonância com os princípios da Administração Pública, especialmente o princípio da moralidade administrativa, poderá, posteriormente, ser taxada pelo Ministério Público, na condição de autor da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, como violação do referido princípio, hábil a ser sancionada nos termos trazidos pelo art.11, *caput*, da Lei n.º 8.429/92.

Por outro lado, ainda que se utilize como referência a afirmação de que todo ato de improbidade administrativa fere a moralidade administrativa, logo seria possível a aplicação de sanção em face da prática de ato de improbidade administrativa *stricto sensu* em razão da violação do referido princípio. Tal afirmação esbarra na violação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que, dentro do Estado Democrático de Direito, não é suficiente apenas a alegação de que a conduta fere a moralidade administrativa,

por ser ímproba, para ensejar uma eventual condenação, tendo em vista que, mesmo sendo a moralidade administrativa, por via transversa, violada no momento da prática de ato de improbidade administrativa diverso, tal conduta deverá ter fundamentação e sanção próprias, razão pela qual, da mesma forma, a violação do referido princípio também necessita de fundamentação autônoma, não podendo tomar por empréstimo a fundamentação utilizada para justificar a caracterização de conduta ímproba diversa, como forma de observância do disposto no art. 93, X, da Constituição Federal.

Nesse sentido, não atende o comando constitucional acima mencionado a mera alegação de que a conduta do agente público é ímproba em face de não ter observado preceitos éticos ou de ter sido desonesta, devendo ser explicados os motivos pelos quais se justificaram para a referida conclusão, sem a utilização de conceitos vagos ou filosóficos para tanto, mas demonstrando, por meio de parâmetros objetivos, como ocorreu a referida violação, fundamentada de acordo com preceitos jurídicos, em atenção ao princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, conforme mencionado no parágrafo anterior.

Diante de tal constatação é importante reforçar que os julgados analisados, quando faziam referência à violação do princípio da moralidade administrativa, também traziam a descrição de uma outra conduta considerada como ímproba, a qual era utilizada como parâmetro para a condenação ou para a absolvição, sendo o referido princípio da moralidade utilizado como forma de reforçar a ilegalidade desta conduta praticada, constatação que pode ser comprovada pelo fato de que, caso a menção à violação ao princípio da moralidade administrativa fosse excluído da fundamentação da decisão, em relação à conduta principal descrita como ímproba, manter-se-ia incólume.

Nesse diapasão, conclui-se que, teoricamente, ainda que seja possível a condenação por um ato de improbidade administrativa *stricto sensu* em razão da violação autônoma do princípio da moralidade administrativa, na prática, tal hipótese é de difícil concretização, tendo em vista a impossibilidade da descrição de modo objetivo de uma conduta considerada imoral em face da violação do referido princípio, a partir da utilização de parâmetros objetivos, sem que se recorra a conceitos subjetivos ligados a valores que, geralmente, ultrapassam o campo jurídico, no momento da interpretação.

Nesse contexto, constatou-se ainda que a doutrina e a prática judicial não lograram êxito em construir critérios objetivos para a caracterização da violação do princípio da moralidade administrativa como hipótese autônoma de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, uma vez que as tentativas nesse sentido se traduziram em critérios

subjetivos, geralmente ligados ao conceito de boa administração e de honestidade, não se mostrando possível sua interpretação de modo objetivo.

De igual modo, além de subjetivos, os critérios utilizados pela doutrina e pela prática judicial não trazem uniformidade, tendo em vista que cada intérprete utiliza um critério ou conceito diverso para a delimitação da violação do princípio da moralidade administrativa, o que reforça a ausência de objetividade na construção dos referidos critérios.

Assim, ainda que se trate de um dos princípios constitucionais basilares da Administração Pública, a permanência do princípio da moralidade administrativa no *caput* do art. 11 da Lei n.º 8.429/92, como hipótese autônoma de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, distancia-se dos ditames constitucionais, especialmente das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, além de poder vir a violar os preceitos dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, entre outros.

As possibilidades de violações, já expostos ao longo do presente trabalho, trazem consequências tanto aos agentes públicos quanto à própria Administração Pública. Quanto aos primeiros, a manutenção da possibilidade de configuração de ato de improbidade administrativa *stricto sensu* em razão da violação autônoma ao princípio da moralidade administrativa ocasiona uma imputação e eventual condenação baseada em critérios subjetivos e uma valoração fundamentada em aspectos pessoais do referido agente público, o que, além de impossibilitar o efetivo exercício do seu direito de defesa, gera situações de insegurança jurídica, tendo em vista que o referido agente público não possui parâmetros objetivos para nortear a prática de suas atividades do ponto de vista da moralidade administrativa, já que a prática judicial não lhe oferece critérios para tanto, da mesma forma que a doutrina também não logrou êxito em construir parâmetros nesse sentido.

Dentro desse contexto, a atuação do agente público estará cercada de insegurança jurídica quanto à tomada de determinadas decisões, tendo em vista que mesmo baseada em pareceres técnicos de especialistas e referendados pelas áreas responsáveis, ante à inexistência de parâmetros objetivos construídos, caso o Ministério Público, na posição de autor da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, entenda que, mesmo diante de todas as formalidades legais, a conduta violou o princípio da moralidade administrativa, ele poderá ingressar com a respectiva ação civil pública.

Ainda nesse sentido, a ausência de delimitação quanto à caracterização da violação do princípio da moralidade concede ao Ministério Público, na posição de autor da ação civil

pública por ato de improbidade administrativa, um espaço de atuação demasiado grande, uma vez que pode, baseado em critérios subjetivos, entender qualquer conduta praticada pelo agente público como violadora do princípio da moralidade administrativa, o que reforça a insegurança jurídica quando da utilização do referido princípio administrativo como parâmetro para uma condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* de forma autônoma.

Por outro lado, em relação à Administração Pública, a indefinição conceitual do princípio da moralidade administrativa, em razão da inexistência de parâmetros objetivos para sua caracterização, além da insegurança trazida para as relações jurídicas, também afasta do cenário da Administração Pública administradores comprometidos com o bom trato da coisa pública, uma vez que diante de um contexto de incertezas os referidos gestores públicos preferem não correr o risco de ter imputado contra eles um ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, sem que tenha havido intenção ou configuração da prática de uma conduta violadora do princípio da moralidade administrativa, afastando-se, dessa forma, da atividade pública.

Ainda acerca da insegurança jurídica, a ausência de parâmetros objetivos para a caracterização da violação do princípio da moralidade administrativa, como hipótese autônoma de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, traz para o agente público, mesmo sendo raro o referido tipo de imputação, insegurança no desenvolvimento de suas funções, isso porque, permanecendo a referida hipótese na legislação (Lei n.º 8.429/92), permanece também a possibilidade de o autor da ação civil pública por ato de improbidade administrativa utilizá-la, ainda que de forma residual, como fundamento para o ingresso de uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa, o que ocasionará prejuízos, mesmo que, em alguns casos, apenas morais ao referido agente público.

Nesse sentido, ainda que, ao final, a ação civil pública por ato de improbidade administrativa venha a ser julgada improcedente, o agente público terá sido submetido aos custos pessoais e financeiros do processo, isso porque se trata de uma modalidade de ação cível que traz consigo uma pecha de desonestidade para seus respectivos réus, ainda que ao final se conclua pela inexistência de ato de improbidade administrativa, que, em alguns casos, pode vir a comprometê-los profissionalmente. Aliada à referida consequência, o agente público réu suportará ainda os custos financeiros para a defesa no referido processo.

Dentro do referido contexto, constata-se que, mantida a possibilidade de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* em razão da violação autônoma e exclusiva do princípio da moralidade administrativa, o agente público desempenhará suas funções em um

ambiente de insegurança, tendo em vista que a possibilidade da referida imputação dependerá do juízo de valor realizado pelo autor da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ante a inexistência de parâmetros objetivos para se caracterizar a violação ao referido princípio, diferentemente do que ocorre em relação à violação de outros princípios, em que é possível sua descrição de modo objetivo, sem que haja necessidade de uma valoração subjetiva da conduta, não restando dúvidas acerca de sua caracterização, a exemplo do princípio da legalidade.

Uma outra consequência com a manutenção do princípio da moralidade administrativa como hipótese de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* em razão da sua violação autônoma, refere-se à diminuição da efetividade da Lei n.º 8.429/92, a qual será caracterizada pela existência de uma disposição legal que não tem condições de ser inteiramente efetivada, tendo em vista que se constatou a dificuldade da realização de uma condenação em razão da violação autônoma do princípio em comento pelos motivos já enumerados e debatidos.

Dessa forma, a manutenção da referida hipótese de condenação no *caput* no art. 11 da Lei n.º 8.429/92 tem um efeito contrário ao pretendido quando da sua criação, uma vez que o referido diploma legal perde força e efetividade, tendo em vista que se trata de um dispositivo legal inócuo para uma condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* em razão da violação autônoma e exclusiva do princípio da moralidade administrativa.

Assim, a falta de efetividade mencionada no parágrafo anterior traz outras consequências para o cenário da probidade administrativa, no que diz respeito à demonstração de que a Lei n.º 8.429/92 não é inteiramente efetiva no combate à corrupção no Brasil, ante à existência de dispositivos legais que são não executáveis.

Ainda nessa direção, para que um diploma legal demonstre efetividade no ordenamento jurídico e, em consequência, cumpra a função social para o qual foi criado, é necessário que suas disposições sejam integralmente cumpridas, a fim de demonstrar à sociedade a referida efetividade, a qual não se mede pela quantidade de dispositivos legais que possui, mas pela sua aplicação e observância pela sociedade, razão pela qual é necessário que os diplomas legais demonstrem que suas disposições são efetivamente cumpridas e, para isso, seus dispositivos devem ser executáveis.

No caso da hipótese de condenação por ato de improbidade administrativa em razão da violação autônoma e exclusiva do princípio da moralidade administrativa, constatou-se no presente estudo que a ausência de parâmetros objetivos para sua caracterização dificulta sua

utilização de forma efetiva, razão pela qual sua manutenção no rol das hipóteses de condenação por ato de improbidade administrativa, em razão da violação de princípios administrativos, subtrai parte da efetividade da Lei n.º 8.429/92.

Dessa forma, restou constatado que a manutenção do princípio da moralidade administrativa como uma das hipóteses autônomas de condenação em razão da prática de ato de improbidade administrativa *stricto sensu*, além das consequências anteriormente mencionadas, traz várias outras implicações para o ordenamento jurídico, inclusive para a Administração Pública.

Mediante as conclusões acima, ao final do presente trabalho, é possível concluir que o princípio da moralidade administrativa, apesar de possuir uma posição de centralidade dentro do contexto da probidade administrativa, mostra-se como de difícil concretização como hipótese autônoma de condenação por ato de improbidade administrativa *stricto sensu* em face da inexistência de parâmetros objetivos necessários para a caracterização de sua violação, uma vez que os critérios que a doutrina e a prática judicial buscaram construir se mostraram subjetivos e sem uniformidade, razão pela qual, no âmbito da Lei n.º 8.429/92, o princípio da moralidade administrativa deve ser utilizado, como vetor interpretativo das condutas ímprobas e não hipótese autônoma de condenação pela prática de ato de improbidade administrativa *stricto sensu*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Aristides Junqueira. **Improbidade administrativa, questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros. 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: forense, 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos de A concepção pós-positivista da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro. Renovar, n.º 236, abril/junho, 2004

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. 17. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2018.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O princípio da impessoalidade na administração pública: para uma administração imparcial**. Rio de Janeiro. Renovar, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. (revisada e atualizada). São Paulo: Saraiva. 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, 11. ed., São Paulo: Saraiva, 1989.

BERTONCINI, Mateus. Crise da Jurisdição e a Resolução n. 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público: é possível o ajustamento de conduta em matéria de improbidade administrativa. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 39, n. 79, p. 63-88, nov. 2018. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2018v39n79p63>>. Acesso em: 12 ago. 2019. Doi: <<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2018v39n79p63>>. Acesso em 12 ago.2019.

BINENBOJM, Gustavo. Constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março/abril/maio, 2008, p. 147. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 06 ago. 2019.

BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 25, p. 454-467, jul. 1951, p. 457. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12140>>. Acesso em: 28 jul. 2019.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946. Rio de Janeiro, RJ, 1946.

BRASIL. Lei 3.164 de 1º de junho de 1957. Lei Pitombo Godói Ilha. Provê quanto ao disposto no parágrafo 31, 2ª parte, do art. 141, da Constituição Federal, e dá outras

providências. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 4/6/1957, Página 13802. Rio de Janeiro, RJ, 1957.

BRASIL. Lei 3.502 de 21 de dezembro de 1958. Lei Bilac Pinto. Lei do Enriquecimento Ilícito. Regula o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 22/12/1958, Página 26947. Rio de Janeiro, RJ, 1958.

BRASIL. Lei 4.7717 de 29 de junho de 1958. Lei da Ação Popular. Regula a ação popular. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 5/7/1965, Página 6241, Rio de Janeiro, RJ, 1958.

BRASIL. [Constituição (1967)]. Constituição da República Federativa do Brasil. **Emenda Constitucional nº 01 de 17 de outubro de 1967**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 20/10/1969, Página 8865.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL. Lei 8.429 de 02 de junho de 1992. Lei da Improbidade Administrativa. Lei do Enriquecimento Ilícito. Lei do Colarinho Branco. 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. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 3/6/1992, Página 6993, Brasília, DF, 1992.

BRASIL. Lei Nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Lei Geral do Processo Administrativo; Lei do Processo Administrativo Federal. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 1/2/1999, Página 1. Brasília, DF, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 13 – Nepotismo, Publicação: **Diário de Justiça eletrônico** nº 167/2008, p. 1, em 29-8-2008. Brasília, DF, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Idoneidade Moral de Candidatos em Concursos Públicos. Inquéritos Policiais ou Processos Penais em Curso. Presunção de Inocência. Princípio da Moralidade Administrativa. Relator: Ministro Roberto Barroso. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Repercussão Geral. Data do julgamento: 06/02/2020. Publicação: **Diário de Justiça eletrônico**. 10 de agosto de 2020. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/porta/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2551965&numeroProcesso=560900&classe=Processo=RE&numeroTema=22> > Acesso em: 15 set., 2020.

CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1997, Tomo I, (p. 506/509, n.º 207).

CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função pública**. 1997. Tese (Doutorado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC, 1997, pp. 129-139.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed., São Paulo: Gen Jurídico, 2020.

CAVALCANTI, Themistócles Brandão. Do poder discricionário, **RDA**. v. 101, jul/set. 1970.

COSTA, José Armando da. **Contorno jurídico da improbidade administrativa**, 2. ed., Brasília, Brasília Jurídica, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 8. ed., São Paulo: Atlas, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionarieidade administrativa na Constituição de 1988**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Comentários à Constituição**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros. 1994.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibidade administrativa**. Comentários à Lei n.º 8.429/92 e legislação complementar. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. As práticas administrativas e o controle da moralidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 115, p. 1-14, nov. 1974. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/39295>>. Doi: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v115.1974.39295>>. Acesso em: 11 Ago. 2020.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Do princípio da moralidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 190, p. 247-252, out. 1992. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45635>>. Doi: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v190.1992.45635>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

FREITAS, Juarez de. **O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988**, São Paulo: RT 680:38, 1997.

FREITAS, Juarez de Reflexões sobre moralidade e direito administrativo, 2008, **Revista de Direito**, 2008. Disponível em: <www.online.unisc.br>. Acesso em 10 ago.2020.

GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. **Revista da EMERJ**, v. 6, n.º 21, 2003. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista21/revista21_211.pdf>. Acesso em 10 ago. 2020.

GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública** - O conteúdo dogmático da moralidade administrativa. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HORTA, José Luiz. **História do estado de direito**. São Paulo: Alameda Editorial, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal **Curso de direito administrativo**, 13. ed. São Paulo: RT, 2018.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: proibição, razoabilidade e cooperação. **Revista Digital de Direito Administrativo**, volume 3, n.º 1, 2016, pp. 104-120
Doi: < <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i1p104-120> Disponível em: <www.revista.usp.br/rdda>. Acesso em: 10 ago .2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito processual civil**. Volume 1, Teoria do Processo Civil. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibição administrativa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *op. cit.*, 2006, p. 280. França: Montchrestien. 1970.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41. ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa do conceito à efetivação; **RDA, RJ**, 190-44, out/dez 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho da. **Curso de direito administrativo**, 2. ed. Belo Horizonte, 1991.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Constitucionalização do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. 31 de outubro de 2003. Ratificada pelo Brasil, mediante o Decreto 5.687 de 31 de janeiro de 2006. Disponível em: <www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptao/convencao.html>. Acesso em: 27 jul. 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública; corrupção; ineficiência**. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 6. ed. São Paulo: RT, 2019.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizada.** 3. ed. 2ª reimp. São Paulo: Altas. 2007.

SILVA, Almiro Couto e. Princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP.** Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. NUNES JR., Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/17/edicao-1/principio-da-seguranca-juridica-no-direito-administrativo-brasileiro>>. Acesso em: 07 set. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos.** 2.ed. 2. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017.

TACITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 242, p. 63-74, out. 2005. ISSN 2238-5177. Doi: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v242.2005.42964>>. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42964>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

VEDEL, Georges. **Droit Administratif.** França: Editora PUF, 1976.

VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos.** Volume 1, São Paulo: IBEST, 2003.

WANIS, Rodrigo Paiva. O patrimônio público como direito fundamental difuso e o Ministério Público como instrumento de sua proteção preventiva extrajudicial aspectos teóricos e práticos. Escala de Ação Regressiva. **Revista do CNPM**, n. 5 (2015). Disponível em: <<https://ojs.cnmp.mp.br/index.php/revista/article/view/81>> Doi: <<https://doi.org/10.36662/revistadocnmp.i5.81>>. Acesso em: 15set. 2020.

WELTER, Henri. **Essai sur L'Histoire du Café (1868).** (French Edition) (French) Paperback Kessinger Publishing, LLC September 10, 2010.

ANEXO I - Julgados selecionados de acordo com a metodologia adotada para a pesquisa

00404755020158070018
07036875420198070018
07085294820178070018
07307983520178070001
07032256820178070018
00266137520168070018
20120110017108RM0
00382060420168070018
20130110855146APC
20140111876058APC
20100110530364APC
20100110530372APC
00236976820168070018
20150110234658APC
20060110111273APO
20060110635103APC
20090110764886APC
2015011066115APC
20160110869232APO
201001121211766APC
07128100420178070000
20150110389739APC
20110110736230APC
20140110454627APO
2006111060763APC
20110910124229APR
201501113085517APC
07124783720178070000
2014111975680APC
20140111377490APO
20100111118207APC
20140111967330APO
0703053220178070000

20130110876384APC
201101118799248APC
20150110005418APC
20160020323428AGI
20150110468725APC
20100112075975APC
20120111944180APC
20150110366296APC
20140111485115APC
20060110287422APO
20120110471593APC
20120111449054APC
2006011714862APO
20090111008598APC
20140110026127APO
2009011432622APC
20090111008598APC
20150020107578AGI
20100110527969APO
20120110173497APO
20130110591912APC
20120111002197APC
20150020151429AGI
20110110324093APC
20110111664139APC
20120110173497APO
20130110822800APC
20090110306470EIC (O processo aparece duas vezes, tendo em vista que possui duas decisões)
20100111527845APC
20090110306470EIC (O processo aparece duas vezes, tendo em vista que possui duas decisões)
20100111095192APC
20120110640996APC
20070111260253APO
20120110356942APC
20110110453902APC

20110110454013APC
20130020300247AGI
20090110744433APC
20080111600572APO
20080111371744APC
20050110754706APO
20050111347466APC
20090111761834APC
20120020273393MSG
20120610124912APC
20120110891993APC
20060110614574APC
20040110763579RMO
20110020253207CCP
20040110935877APC
20110020254259AGI
20060111188866APO
20110020224732MSG
20100110697267APC
20060110287422APO
20110020166731AGI
20070110339404APC
20110020224732MSG
20060111286964APC
20000110627192APC
20060110757430APC
20040111124724APC
20090020036220AGI
20080110064886APC
20060110314190APC
20060110688487APC
20050110417449APC
20090020175096AGI
20060110441409APC
20050110423029APC

20070020100112A GI

20060020060166A GI

20050020034302A GI

20000110916049APC

20020020000738A GI

TOTAL: 108

ANEXO II - Julgados analisados (Processos referentes a ações civis públicas por ato de improbidade administrativas após a exclusão realizada conforme a metodologia adotada)

00404755020158070018
07085294820178070018
07307983520178070001
07032256820178070018
00266137520168070018
20120110017108RMO
00382060420168070018
20130110855146APC
20140111876058APC
20100110530364APC
20100110530372APC
00236976820168070018
20150110234658APC
20060110111273APO
20060110635103APC
20150110666115APC
20160110869232APO
20100112121766APC
20150110389739APC
20110110736230APC
20140110454627APO
20060111060763APC
20150111308517APC
20140111975680APC
20140111377490APO
20100111118207APC
20140111967330APO
20130110876384APC
20110111879248APC
20150110005418APC
20100112075975APC

20120111944180APC
20150110366296APC
20140111485115APC
20060110287422APO
20120110471593APC
20120111449054APC
20060110714862APO
20090110432622APC
20090111008598APC
20100110527969APO
20120110173497APO
20130110591912APC
20120111002197APC
20110110324093APC
20110111664139APC
20120110173497APO
20100111527845APC
20090110306470EIC
20100111095192APC
20070111260253APO
20120110356942APC
20110110453902APC
20110110454013APC
20090110744433APC
20080111600572APO
20080111371744APC
20050110754706APO
20050111347466APC
20120610124912APC
20120110891993APC
20060110614574APC
20040110935877APC
20100110697267APC
20070110339404APC
20060111286964APC

20000110627192APC

20060110757430APC

20040111124724APC

20080110064886APC

20060110314190APC

20060110688487APC

20050110417449APC

20050110423029APC

TOTAL: 74

ANEXO III - Julgados analisados que trouxeram a descrição da violação (ou não) ao princípio da moralidade

00404755020158070018

20120110017108RMO

00382060420168070018

20130110855146APC

00236976820168070018

20060110111273APO

20060110635103APC

20100112121766APC

20150111308517APC

20140111377490APO

20140111485115APC

20120110471593APC

20100110527969APO

20100110697267APC

20060110757430APC

20080110064886APC

TOTAL:16