

PRINCÍPIO DA MORALIDADE E CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Victor Ximenes Nogueira
Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza
Advogado da União
Assessor Jurídico

Sumário: 1 Introdução. 2 O controle jurisdicional.
3 A ofensa à moralidade como fundamento
autônomo para anulação de atos administrativos.
4 Conclusão.

RESUMO: Os princípios representam os alicerces em que se funda a ordem jurídica. Nesta senda, violar um princípio importa lesão mais grave do que eventual violação de norma. O princípio da moralidade está entre aqueles que norteiam a atuação da Administração Pública e, a partir de sua positivação pela Constituição Federal de 1988, a não observância dos preceitos da probidade administrativa é capaz, por si só, de ensejar a declaração de nulidade do ato pelo Poder Judiciário, independente de haver violação de expressa disposição legal. Neste passo, ao contrário do que ocorre no Direito Privado, no âmbito do Direito Público a moralidade está inserta no conceito de legalidade, de modo que, para estar em conformidade com o direito, o ato administrativo, além de respeitar os dispositivos legais, deverá apresentar conteúdo que esteja em plena sintonia com o princípio da moralidade, podendo até ser amoral, todavia, jamais imoral. O desrespeito somente ao princípio da moralidade representa fundamento autônomo e suficiente para implicar a declaração de nulidade de atos administrativos, não significando intromissão no exame de matérias afetas ao mérito administrativo, pois os valores éticos, a razoabilidade e a proporcionalidade não estão imersos na análise discricionária de conveniência e oportunidade.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Moralidade. Controle jurisdicional dos atos administrativos. Nulidade.

1 INTRODUÇÃO

Os princípios são os núcleos do ordenamento jurídico, no sentido de que, a partir de seu conteúdo, são elaboradas as normas jurídicas. Analogicamente, os princípios são o alicerce que dá sustento ao edifício da ordem jurídica, sendo as vigas de onde decorre o sistema, de modo que as normas que os contrariarem estão condenadas à declaração de inconstitucionalidade por afrontarem sua própria gênese, assim como um prédio construído em desconformidade com sua fundação está condenado à demolição.

Não por outra razão, Celso Antônio Bandeira de Melo consignou em sua obra **Curso de Direito Administrativo**, que afrontar um princípio é mais suscetível de consequências nefastas do que não observar uma norma jurídica:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura neles esforçada. (ANO, p.842).

No âmbito do Direito Administrativo, ramo classicamente enquadrado no Direito Público, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, delimita os princípios que regem a Administração Pública, sem prejuízo de outros decorrentes do espírito do sistema: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. Em complemento, a Lei n.º 9.784/99, que estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, assim determina:

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

No que diz respeito especificamente ao princípio da moralidade, é entendimento já sedimentado que os atos administrativos, além de

serem regidos pelo preceito da legalidade, devem conter, no elemento objeto, conteúdo que não contrarie o senso comum do conceito de moralidade adotado pela sociedade.

Por outro lado, observa-se que o princípio da legalidade no âmbito do Direito Público possui conotação diversa daquela adotada pelo Direito Privado. Como é cediço, nas relações jurídicas particulares é permitido tudo o que não for expressamente vedado por lei, nos termos do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, já nas relações jurídicas regidas pelo Direito Público, apenas é permitido aquilo que for expressamente autorizado por lei, até mesmo porque, conforme art. 84, inciso IV, da Carta Magna, as atividades administrativas devem ser desenvolvidas no sentido de assegurar a fiel execução da legislação.

Diante do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, afere-se que é garantia fundamental do cidadão que nenhuma lesão ou ameaça ao seu direito poderá ser excluída da apreciação pelo Poder Judiciário. Nestes termos, os atos administrativos também estão sujeitos ao controle jurisdicional, até mesmo porque devem observar o Princípio Constitucional da Legalidade e da Moralidade, sob pena de declaração de nulidade.

2 O CONTROLE JURISDICIONAL

A própria Administração Pública pode declarar a nulidade de seus atos (Súmula n.º 346/STF). Tal posicionamento decorre do Princípio da Autotutela, merecendo reprodução as lições de José dos Santos Carvalho Filho, em sua obra **Manual de Direito Administrativo**.

A Administração Pública comete equívocos no exercício de sua atividade, o que é nem um pouco estranhável em vista das múltiplas tarefas a seu cargo. Defrontando-se com esses erros, no entanto, pode ela mesma revê-los para restaurar a situação de regularidade. Não se trata apenas de uma faculdade, mas também de um dever, pois que não se pode admitir que, diante de situações irregulares, permaneça inerte e desinteressada. Na verdade, só restaurando a situação da regularidade é que a Administração observa o princípio da legalidade, do qual a autotutela é um dos mais importantes corolários. (ANO, p.27).

Como vemos, o dever da Administração Pública de declarar a nulidade de seus próprios atos decorre do Princípio Constitucional da Legalidade. Na verdade, a República Federativa do Brasil, ao se denominar Estado Democrático de Direito no art. 1º da Constituição Federal de 1988, impõe que não só os cidadãos, mas também o Estado deve se sujeitar à autoridade das normas jurídicas, cabendo-lhe zelar pela perfeita conformação dos atos administrativos à lei que lhe serve de fundamento.

O próprio Supremo Tribunal Federal já possui entendimento sumulado acerca da matéria:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. (Súmula n.º 473)

Ao regulamentar o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, o art. 53 da Lei n.º 9.784/99 foi mais adiante do que a Súmula n.º 473/STF, posto que prevê que os atos administrativos eivados de vício de legalidade devem (e não somente podem) ser anulados pela própria Administração Pública, sendo certo que o espírito da norma revela que a própria lei está procurando enfatizar sua autoridade, submetendo o administrador ao poder-dever, e não à mera faculdade de corrigir eventuais ilegalidades:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Além da Administração Pública, o Poder Judiciário, respeitando o princípio da inércia e as implicações decorrentes do atributo da presunção relativa de legalidade e legitimidade dos atos administrativos, também pode ser acionado para fins de aferir a legalidade dos atos administrativos, tudo em prol do sistema de freios e contrapesos inerentes à manutenção da harmonia e independência dos Poderes que compõem a República.

Ademais, não faria qualquer sentido a Constituição Federal assegurar direitos fundamentais aos cidadãos e determinar que a

Administração Pública deve se submeter ao princípio da legalidade, se, ao mesmo tempo, não permitisse que ao Poder Judiciário fossem levados os litígios envolvendo atos administrativos que extrapolassem os limites delineados pela legislação.

Na realidade, ao se qualificar como Estado de Direito, a República Federativa do Brasil submete-se ao império da lei e reconhece soberanamente que a ordem jurídica é instrumento fundamental para o alcance dos ideais democráticos.

Assim, dentro do sistema de freios e contrapesos construído pela Constituição Federal de 1988, a função de executar as normas, aplicando-as ao caso concreto, deve ser temperada com a função jurisdicional, a qual deverá examinar a conformação das atividades administrativas aos termos da lei, até mesmo porque, como já destacado, segundo art. 84, inciso IV, da Constituição Federal, cabe ao Poder Executivo expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis.

3 A OFENSA À MORALIDADE COMO FUNDAMENTO AUTÔNOMO PARA ANULAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS

Pois bem, comprovado que os princípios são as vigas que sustentam o ordenamento jurídico, bem como estabelecido que é plenamente admissível o controle de legalidade da atividade administrativa pelos órgãos jurisdicionais, resta avaliar se a ofensa ao princípio da moralidade, por si só, é requisito suficiente para ensejar a anulação de atos administrativos, mesmo que estes aparentem conformidade com a legislação.

Como é cediço, os elementos que compõem o ato administrativo são competência, finalidade, forma, objeto e motivo. Tradicionalmente, os três primeiros elementos citados são destacados como requisitos vinculados em qualquer ato, sendo certo que, nos atos discricionários, apenas o objeto e o motivo podem ser alvo do juízo de conveniência e oportunidade do administrador.

O conteúdo do ato está delimitado no âmbito do elemento objeto, o que implica concluir que, caso o ato seja vinculado, seu teor material estará plenamente regulamentado na lei, não havendo margem para avaliação de mérito pela Administração. Entretanto, caso o ato seja

discricionário, sua substância estará sujeita às balizas da conveniência e oportunidade da Administração Pública.

A Constituição Federal de 1988 ao determinar, em seu art. 37, que a Administração Pública deve respeitar os preceitos da moralidade, está regramdo justamente o elemento objeto do ato administrativo, demonstrando a *mens legis* no sentido de que, além de formalmente legal, os atos administrativos devem ser materialmente ajustados ao senso comum do conceito de moralidade adotado pela sociedade.

É entendido que o controle jurisdicional dos atos administrativos se restringe aos aspectos legais, não enfrentando questões técnicas inerentes ao exame de mérito administrativo, tanto é assim, que ao Poder Judiciário não é permitido revogar os atos administrativos, podendo tão somente declará-los nulos por ofensa à lei.

Como também é cediço, nos atos administrativos vinculados, todos os seus elementos estão sujeitos ao controle judicial, o que não sucede com os atos discricionários. É certo que estes também se sujeitam ao controle jurisdicional, mas tal controle se resume aos elementos competência, forma e finalidade, posto serem sempre vinculados, até porque os elementos objeto e motivo estão sujeitos ao juízo de conveniência e oportunidade do administrador, e eventual intervenção do Poder Judiciário nesta esfera representaria afronta à harmonia e independência dos Poderes.

Em resumo, os atos administrativos são conformados com os elementos competência, forma, finalidade, objeto e motivo. Naqueles atos definidos como vinculados, todos os seus elementos estão sujeitos ao controle jurisdicional, posto serem integralmente regramdos por lei. Os atos discricionários também estão sujeitos ao controle jurisdicional, mas apenas no que concerne aos elementos competência, finalidade e forma, cabendo ao administrador o exame de mérito nos elementos objeto e motivo.

Ademais, deve ser ressaltado que a doutrina e jurisprudência caminham no sentido de restringir os limites do mérito administrativo, ampliando o âmbito do controle jurisdicional com esteio na aplicação dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da Teoria dos Motivos Determinantes.

Pois bem, feitas estas breves constatações e considerando que a moralidade está relacionada ao elemento objeto do ato administrativo, apressadamente se poderia concluir que tal componente do ato discricionário não estaria sujeito ao controle judicial.

Entretanto, não é este o entendimento que deve prevalecer diante dos preceitos estabelecidos no ordenamento jurídico pátrio. Na verdade, como a Constituição Federal estabeleceu em seu art. 37 que a Administração Pública deve respeitar o princípio da moralidade e da legalidade, o poder constituinte originário positivou o princípio da moralidade, de modo que este passou a integrar a legalidade.

Como já salientado, no âmbito do Direito Público, a conotação do princípio da legalidade difere daquela estabelecida no âmbito do Direito Privado, posto que a atividade administrativa se restringe à fiel execução da lei, apenas sendo permitido à Administração fazer aquilo que for expressamente autorizado pela legislação. Acerca da matéria, Celso Antônio Bandeira de Melo, *op.cit.*, p.314, lecionou:

Ressalte-se que, dispondo o art. 5º, II, da Constituição que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’, com isto firmou o princípio da garantia da liberdade como regra, segundo o qual ‘o que não está proibido aos particulares, *ipso facto*, permitido’. Ante os termos do preceptivo, entende-se ‘o que não está por lei proibido, está juridicamente permitido’. De outro lado, conjugando-se o disposto no artigo citado com o estabelecido no art. 84, IV, que só prevê regulamentos para ‘fiel execução de leis’, e com o próprio art. 37, que submete a Administração ao princípio da legalidade, resulta que vige, na esfera do Direito Público, um cânone basilar – oposto ao da autonomia da vontade –, segundo o qual: o que, por lei, não está antecipadamente permitido à Administração está, *ipso facto*, proibido, de tal sorte que a Administração, para agir, depende integralmente de uma anterior previsão legal que lhe faculte ou imponha o dever de atuar.

Neste diapasão, a Constituição de 1988 destacou, ao lado do princípio da legalidade e no mesmo dispositivo, o princípio da moralidade, o que implica necessariamente a conclusão de que para o ato administrativo ser considerado válido, além de se conformar formalmente aos termos da lei, deverá apresentar conteúdo materialmente adequado ao conceito de moralidade adotado pelo senso comum da sociedade.

Desta forma, deve ser assegurado ao Poder Judiciário confrontar o objeto do ato administrativo, seja ele discricionário ou vinculado, com o princípio da moralidade, posto que eventual ilação em contrário seria o mesmo que revogar tal princípio do art. 37 da CF, já que de nada adianta obrigar a Administração Pública a obedecer tal preceito se não houver instrumentos que assegurem sua efetiva aplicação, como a possibilidade de garantir sua efetiva vigência através da prestação da tutela jurisdicional que garanta sua aplicação.

Como para todo direito há a respectiva ação, todo princípio desrespeitado também deve ser restabelecido pela força cogente das decisões judiciais. Na realidade, a própria CF assegura a todos os cidadãos a proposição de ação popular contra ato que ofenda o princípio da moralidade:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

(destaque apostos)

O próprio Supremo Tribunal Federal já destacou a relevância do princípio da moralidade, conceituando-a como patrimônio da sociedade:

Fixando os Vereadores a sua própria remuneração, vale dizer, fixando essa remuneração para vigor na própria legislatura, pratica ato inconstitucional lesivo não só ao patrimônio material do Poder Público, como à moralidade administrativa, que constitui patrimônio moral da sociedade. CF, art. 5º, LXXIII. (RE 206.889, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 25-3-97, DJ de 13-6-97)

Em outros precedentes jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal vem corroborando a tese advogada, no sentido de o princípio da moralidade ser devidamente respeitado, cabendo ação popular com o visio de resguardar sua aplicação:

A nomeação dos membros do Tribunal de Contas do Estado recém-criado não é ato discricionário, mas vinculado a determinados critérios, não só estabelecidos pelo art. 235, III, das disposições gerais, mas também, naquilo que couber, pelo art. 73, § 1º, da CF. Notório saber — Incisos III, art. 235 e III, § 1º, art. 73, CF. Necessidade de um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar. Precedente histórico: parecer de Barbalho e a decisão do Senado. Ação popular. A não observância dos requisitos que vinculam a nomeação, enseja a qualquer do povo sujeitá-la à correção judicial, com a finalidade de desconstituir o ato lesivo à moralidade administrativa. (RE 167.137, Rel. Min. Paulo Brossard, julgamento em 18-10-94, DJ de 25-11-94)

Bacharel em Direito que exerce o cargo de assessor de desembargador: incompatibilidade para o exercício da advocacia. Lei 4.215, de 1963, artigos 83 e 84. Lei 8.906/94, art. 28, IV. Inocorrência de ofensa ao art. 5º, XIII, que deve ser interpretado em consonância com o art. 22, XVI, da Constituição Federal, e com o princípio da moralidade administrativa imposto à Administração Pública (CF, art. 37, caput). (RE 199.088, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 1º-10-96, DJ de 16-4-99)

A ação direta de inconstitucionalidade não constitui sucedâneo da ação popular constitucional, destinada, esta sim, a preservar, em função de seu amplo espectro de atuação jurídico-processual, a intangibilidade do patrimônio público e a integridade do princípio da moralidade administrativa (CF, art. 5º, LXXXIII). (ADI 769-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-4-93, DJ de 8-4-94)

Nesta senda, além de se conformar com o princípio da legalidade, os atos administrativos devem guardar sintonia com os preceitos da ética e da probidade, sob pena de declaração de nulidade pelo Poder Judiciário, independentemente de tratar-se de ato vinculado ou discricionário, até mesmo porque a Constituição, ao positivar o princípio da moralidade, elevou-a ao patamar do princípio da legalidade, de modo que não é admissível que ato imoral seja declarado legal.

É certo que, no ramo do Direito Privado, a ordem jurídica, implicitamente, admite a existência de atos formalmente legais e que, ao mesmo tempo, contrariem o senso comum da moralidade. Entretanto, diante da interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais já reproduzidos e os precedentes jurisprudências catalogados, nas relações jurídicas de Direito Público não é possível tal situação, de modo que, didaticamente, se imaginarmos a legalidade, a moralidade e a imoralidade como sendo três circunferências distintas, certamente, no âmbito do Direito Público, o círculo referente à moralidade estará completamente compreendido naquele referente à legalidade, e não haverá espaço para interseção entre este e o círculo da imoralidade.

Assim, os atos administrativos válidos ou são conformes com o princípio da moralidade, ou são amorais, entretanto, jamais poderá haver conformação entre atos administrativos formalmente legais que apresentem objeto ou conteúdo imoral, diante da inexistência de ponto de interseção entre as circunferências da legalidade e da imoralidade.

Não se diga que, por estar compreendida no âmbito do objeto do ato administrativo, a moralidade não seria passível de controle jurisdicional nos casos dos atos discricionários, até porque, como já disposto, a moralidade foi positivada pelo Poder Constituinte Originário, passando a ter o mesmo *status* da legalidade. Assim, como para ser legal o ato necessariamente não poderá ofender a moralidade, pode o Poder Judiciário apreciar e declarar nulos atos administrativos imorais, pois nada mais estará fazendo do que aplicar Lei Maior, sem ofender a harmonia e independência dos Poderes.

A moralidade não está compreendida, sujeita nem subordinada ao juízo de mérito administrativo ou às balizas da conveniência e oportunidade, já que, ao enquadrá-la como um dos princípios basilares da Administração Pública, o Poder Constituinte Originário a elevou ao patamar de requisito de validade dos atos administrativos, devendo nortear a atuação do administrador no sentido de que são vedados atos que contrariem os preceitos da probidade administrativa, tanto é verdade que assim dispõe o art. 11 da Lei n.º 8.429/1992:

Art. 11. 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**, e notadamente:

[...] (destaque apostos)

Corroborando o entendimento advogado, entendemos ser relevante a transcrição de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, os quais também fundamentam a invalidade de atos administrativos por afrontarem tão somente o princípio da moralidade, podendo ser utilizado como fundamento autônomo capaz de ensejar a declaração de nulidade:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO POPULAR. MORALIDADE. PROCEDÊNCIA.

I. É de se homenagear decisão que, por reconhecer prática de negócio jurídico atentatório à moralidade pública, julga procedente pedido formulado, em sede de ação popular, para anular a transação com determinação por parte dos responsáveis para que reponham ao Estado as perdas e danos a serem apurados.

II – Transferência do controle acionário do Banco Agrimisa S/A, Estado de Minas Gerais, com negócio consumado provocando vantagem desmedida à pessoa jurídica privada e, em sentido contrário, significativos danos para a Administração Pública.

III – Legitimidade passiva do Governador da época da consumação da transação que se reconhece, por ter se portado omissivo em repelir a lesividade ao patrimônio público, não obstante ser o Estado o maior acionista da instituição bancária.

IV – Impossibilidade de, em sede de embargos de declaração, afastar-se o demandado da relação jurídico-processual quando, por decisão de primeiro grau transitada em julgado, a sua legitimidade passiva para integrar a lide foi reconhecida.

V – Recursos especiais não conhecidos por ausência de prequestionamento e não demonstração das divergências jurisprudenciais apontadas.

VI – Sublimação ao princípio da moralidade administrativa assumida pelo acórdão de segundo grau que não deve ser abalada por questiúnculas de natureza processual.

VII – Recursos do Ministério Público e dos autores da ação popular providos para que o Chefe do Executivo do período em que ocorreu o negócio jurídico integre a lide como sujeito passivo.

VIII – Demais recursos improvidos e não conhecidos.

(REsp 295.604/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21.03.2002, DJ 22.04.2002 p. 163)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE.

1. O julgamento antecipado da lide (art. 330, I, CPC), não implica cerceamento de defesa, se desnecessária a instrução probatória. (Precedentes)

2. O art. 131, do CPC consagra o princípio da persuasão racional, habilitando-se o magistrado a valer-se do seu convencimento, à luz dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto constantes dos autos, rejeitando diligências que delongam desnecessariamente o julgamento, atuando em consonância com o princípio da celeridade processual.

3. O influxo do princípio da moralidade administrativa, consagrado no art. 37 da Constituição Federal, traduz-se como fundamento autônomo para o exercício da Ação Popular, não obstante estar implícito no art. 5º, LXXIII da Lex Magna. Aliás, o atual microsistema constitucional de tutela dos interesses difusos, hoje compostos pela Lei da Ação Civil Pública, a Lei da Ação Popular, o Mandado de Segurança Coletivo, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, revela normas que se interpenetram, nada justificando que a moralidade administrativa não possa ser veiculada por meio de Ação Popular.

[...]

7. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.

(REsp 474.475/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA

TURMA, julgado em 16.12.2003, DJ 25.02.2004 p. 102) (destaque apostos)

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que o exame acerca do atendimento ou não ao princípio da moralidade não se encontra entre as matérias inerentes à análise de mérito administrativo:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. MINISTRO DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE. SERVIDOR. DEMISSÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO DO JUDICIÁRIO. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.

Inviável discutirem-se questões que demandam dilação probatória em autos de mandado de segurança. No que diz respeito ao controle de atos administrativos, o Poder Judiciário está limitado a examinar somente os aspectos inerentes à legalidade e à moralidade, sendo-lhe vedada a incursão na questão meritória.

Observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Ordem denegada.

(MS 10.362/DF, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10.08.2005, DJ 14.09.2005 p. 190)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. REMOÇÃO EX-OFFÍCIO. PODER JUDICIÁRIO. CONTROLE DA LEGALIDADE. (REPRESÁLIA). DESVIO DE FINALIDADE. SÚMULA Nº 07/STJ.

I. A atuação do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos limita-se aos aspectos da legalidade e moralidade, obstaculizado o adentrar do âmbito do mérito administrativo, da sua conveniência e oportunidade.

II. Se o Tribunal a quo, com base na análise do acervo probatório produzido nos autos, reconheceu que a remoção do servidor ocorreu como represália, com desvio de finalidade, infirmar tal entendimento

ensejaria o reexame de provas, o que encontra óbice no verbete da Súmula nº 07 deste Tribunal.

Recurso não conhecido.

(REsp 616.771/CE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19.05.2005, DJ 01.07.2005 p. 599)

Demonstrado, portanto, que a não ofensa aos preceitos da moralidade constitui requisito de validade dos atos administrativos, sendo que eventual burla a tal princípio poderá ensejar a declaração de nulidade do ato administrativo por decorrência do exercício do controle jurisdicional.

4 O NEPOTISMO E A FORÇA COGENTE DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE

A Constituição Federal de 1988, com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional n.º 45, passou a admitir a edição de enunciados vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, os quais obrigam os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública Direta e Indireta, por outro lado, é estabelecido que para assegurar a autoridade do entendimento sumulado caberá reclamação ao STF para aplicar ou afastar a aplicação do enunciado:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (destaque apostos)

No uso das competências acima alinhavadas, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n.º 13, homenageando a força cogente dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, a moralidade, a impessoalidade e a eficiência, prescrevendo que se trata de postulados autoaplicáveis, independente de lei que os regulamentem:

SÚMULA VINCULANTE Nº 13

A NOMEAÇÃO DE CÔNJUGE, COMPANHEIRO OU PARENTE EM LINHA RETA, COLATERAL OU POR AFINIDADE, ATÉ O TERCEIRO GRAU, INCLUSIVE, DA AUTORIDADE NOMEANTE OU DE SERVIDOR DA MESMA PESSOA JURÍDICA INVESTIDO EM CARGO DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO, PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU DE CONFIANÇA OU, AINDA, DE FUNÇÃO GRATIFICADA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA EM QUALQUER DOS PODERES DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS, COMPREENDIDO O AJUSTE MEDIANTE DESIGNAÇÕES RECÍPROCAS, VIOLA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Desta forma, ato que contrarie a Súmula Vinculante n.º 13 do Supremo Tribunal Federal, em tese, é passível de anulação e, por violar princípios de patamar constitucional, pode ser enquadrado como improbidade administrativa, na forma do art. 11 da Lei n.º 8.429/1992:

Art. 11. 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, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

De fato, como se lê da redação conferida ao enunciado de jurisprudência acima reproduzido em sua literalidade, constitui violação à Constituição Federal a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendendo, inclusive, o ajuste mediante designações recíprocas.

O núcleo da Súmula impede a nomeação de cônjuges, companheiros ou parentes em cargos de confiança da mesma pessoa jurídica em que já se encontra lotada a autoridade nomeante ou servidor investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, entretanto, sua parte final delimita que também são vedados expedientes similares ou acordos que viabilizem o denominado “nepotismo cruzado”.

Portanto, o “nepotismo cruzado”, caracterizado por conspirações que visem possibilitar a troca de “favores”, também é vedado pela Constituição Federal. De fato, busca-se preservar o princípio da impessoalidade, assegurando que as nomeações para cargos de confiança ou função gratificada não sejam motivadas por atos eivados de desvios de finalidade. O Supremo Tribunal Federal confirmou que a nomeação dá ensejo à posse “no cargo”, e não “do cargo”, ressaltando que um dos maiores desafios será o combate efetivo ao chamado “nepotismo cruzado”.

Confirmando a tese advogada, extrai-se do Informativo n.º 516 do Supremo Tribunal Federal que, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 12, que tem por objeto a Resolução n.º 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, os Ministros da Corte Maior delimitaram que o nepotismo representa burla a princípios de envergadura constitucional, como a moralidade, impessoalidade e eficiência:

No mérito, entendeu-se que a Resolução 7/2005 está em sintonia com os princípios constantes do art. 37, em especial os da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade, que são dotados de eficácia imediata, não havendo que se falar em ofensa à liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança, visto que as restrições por ela impostas são as mesmas previstas na CF, as quais, extraídas dos citados princípios, vedam a prática do nepotismo. Afirmou-se, também, não estar a resolução examinada a violar nem o princípio da separação dos Poderes, nem o princípio federativo, porquanto o CNJ não usurpou o campo de atuação do Poder Legislativo, limitando-se a exercer as competências que lhe foram constitucionalmente reservadas. Vencidos, no ponto relativo à interpretação conforme, os Ministros Menezes Direito e Marco Aurélio, reputá-la desnecessária. ADC 12/DF, rel. Min. Carlos Britto, 20.8.2008. (ADC-12)

Em igual sentido, depreende-se de referido Informativo que no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 579651, que os princípios constitucionais prescindem de leis para serem aplicados, pois são regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superior às demais, dotados de eficácia, cuja materialização pode ser postulada pela via judicial:

O Tribunal deu parcial provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte que reputara constitucional e legal a nomeação de parentes de vereador e Vice-Prefeito do Município de Água Nova, daquela unidade federativa, para o exercício dos cargos, respectivamente, de Secretário Municipal de Saúde e de motorista. Asseverou-se, inicialmente, que, embora a Resolução 7/2007 do CNJ seja restrita ao âmbito do Judiciário, a vedação do nepotismo se estende aos demais Poderes, pois decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da CF, tendo aquela norma apenas disciplinado, em maior detalhe, aspectos dessa restrição que são próprios a atuação dos órgãos jurisdicionais. Ressaltou-se que o fato de haver diversos atos normativos no plano federal que vedam o nepotismo não significaria que somente leis em sentido formal ou outros diplomas regulamentares fossem aptos para coibir essa prática, haja vista que os princípios constitucionais, que não configuram meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e positivamente vinculantes, sendo sempre dotados de eficácia, cuja materialização, se necessário, pode ser cobrada por via judicial. Assim, tendo em conta a expressiva densidade axiológica e a elevada carga normativa que encerram os princípios contidos no caput do art. 37 da CF, concluiu-se que a proibição do nepotismo independe de norma secundária que obste formalmente essa conduta. Ressaltou-se, ademais, que admitir que apenas ao Legislativo ou ao Executivo fosse dado exaurir, mediante ato formal, todo o conteúdo dos princípios constitucionais em questão, implicaria mitigar os efeitos dos postulados da supremacia, unidade e harmonização da Carta Magna, subvertendo-se a hierarquia entre esta e a ordem jurídica em geral. RE 579951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 20.8.2008. (RE-579951)

Neste sentido, a vedação ao nepotismo, incluindo o nepotismo cruzado, segundo o próprio Supremo Tribunal Federal, não decorre da Súmula vinculante n.º 13, e é o exemplo mais recente da confirmação do caráter prescritivo e autoaplicável do princípio da moralidade, posto que o referido enunciado apenas verbalizou preceito que decorre diretamente da Constituição Federal, da carga axiológica dos postulados da moralidade administrativa, da impessoalidade, da igualdade e da eficiência.

Por mais que a natureza do cargo exija confiança, e que ordinariamente não há cônjuge que não deposite fé em seu consorte, os preceitos constitucionais que regram o regime jurídico da Administração Pública reprovam que o interesse público seja subordinado a expectativas ou anseios decorrentes de meras ambições ou proveitos de ordem eminentemente particular. Não se questiona as qualidades ou habilidades pessoais do cônjuge, companheiro ou parente, mas sim a forma de sua seleção, em detrimento de outros cidadãos com igual ou mais capacidade. Cumpre reproduzir interessante trecho do Recurso Extraordinário n.º 579951, relator Ministro Ricardo Lewandowski:

Essa mesma sociedade, com o progressivo amadurecimento da democracia registrado no País, sobretudo nas duas últimas décadas, exige hoje dos administradores públicos uma conduta inequivocamente ilibada e, sabendo-os ímprobos, não mais aceita contemplá-los com qualquer condescendência.

Assim, o argumento, *data venia* falacioso, de que, se a Carta Magna não vedou expressamente a ocupação de cargos em comissão ou de confiança por parentes, essa prática seria lícita, não merece prosperar, pois totalmente apartada do ethos que permeia a “Constituição-cidadã” a que se referia o saudoso Ulisses Guimarães.

De repelir-se, também, a artificiosa alegativa constante do acórdão recorrido segundo o qual “*não há nos autos qualquer particularidade que desqualifique os servidores ocupantes dos cargos apontados, ou mesmo referência de que os nomeados não estejam desempenhando suas funções de forma correta e capacitada, o que gera uma presunção de que o princípio da eficiência está sendo respeitado*” (fl. 341).

É que o que está em causa não é o trabalho desempenhado por esses “servidores-parentes”, mesmo porque a obrigação de bem trabalhar constitui dever de todos os ocupantes de cargos públicos, sejam eles concursados ou não. **O que está em debate, com efeito, não é a qualidade do serviço por eles realizado, mas a forma do provimento dos cargos que ocupam, que se deu em detrimento de outros cidadãos igualmente ou mais capacitados para o exercício das mesmas funções, gerando a presunção de dano à sociedade como um todo.** (destaque apostos)

Na Administração Pública, as aspirações particulares devem ceder espaço para o alcance do bem comum e os atos administrativos devem ser motivados pelo interesse público, não por desideratos eivados por desvios de finalidade. Neste diapasão, em respeito aos princípios que regem a Administração Pública, editou-se a Súmula Vinculante n.º 13, cabendo reclamação junto ao STF para declaração de nulidade de ato administrativo que a contrarie.

Especificamente acerca da correta interpretação que deve ser dada à Súmula, merece transcrição integral notícia editada no sítio do Supremo Tribunal Federal, na rede mundial de computadores, oportunidade em que são reproduzidas opiniões de alguns dos ilustres Ministros acerca do tema:

Quarta-feira, 20 de Agosto de 2008

Súmula vinculante sobre nepotismo deve ser editada nesta quinta-feira (21)

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu nesta quarta-feira (20) que no início da sessão plenária de amanhã editará uma Súmula Vinculante proibindo o nepotismo nas três esferas do Poder Público. A decisão foi tomada no início da noite, após o tema ter sido discutido durante toda a tarde.

Com a publicação da súmula, será possível contestar no próprio STF, por meio de reclamação, a contratação de parentes para cargos da administração pública direta e indireta no Judiciário, no Executivo e no Legislativo de todos os níveis da federação.

No início da sessão, os ministros declararam, em definitivo, a constitucionalidade da Resolução 7, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que veda o nepotismo no Judiciário.

Depois, ao analisar um Recurso Extraordinário (RE 579951) interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Norte contra a contratação de parentes no município de Água Nova, os ministros reafirmaram que a Constituição Federal veda o nepotismo. Ou seja, não é necessária a edição de lei para que a regra seja respeitada por todos os Poderes da União.

Ao julgar o recurso, os ministros disseram que o artigo 37 da Constituição Federal, que determina a observância dos princípios da moralidade, da impessoalidade, da legalidade e da eficiência na administração pública, é auto-aplicável.

“Não é necessária lei formal para aplicação do princípio da moralidade”, disse o ministro Menezes Direito. O ministro Ricardo Lewandowski, relator do recurso extraordinário, afirmou que é “falacioso” o argumento de que a Constituição Federal não vedou o nepotismo e que, então, essa prática seria lícita. Segundo ele, esse argumento está “totalmente apartado do ethos que permeia a Constituição cidadã”.

No entanto, os nove ministros que participaram do julgamento fizeram uma diferenciação entre cargos administrativos, criados por lei, e cargos políticos, exercidos por agentes políticos. No primeiro caso, a contratação de parentes é absolutamente vedada. No segundo, ela pode ocorrer, a não ser que fique configurado o nepotismo cruzado.

Ao fazer a ressalva em relação às funções de natureza eminentemente política, o presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, lembrou a parceria entre John F. Kennedy, presidente dos Estados Unidos na década de 60, e seu irmão, conhecido como Bobby Kennedy. “Irmãos podem estabelecer um plano eventual de cooperação, sem que haja qualquer conotação de nepotismo”, exemplificou Mendes.

“Somente os cargos e funções singelamente administrativos são alcançados pelo artigo 37 da Constituição Federal”, disse o ministro Carlos Ayres Britto. Mas ele acentuou que isso não significa que os princípios da moralidade e da impessoalidade não se aplicam aos dirigentes políticos.

Caso concreto

No recurso, o Ministério Público do Rio Grande do Norte contestava a contratação de Elias Raimundo de Souza, parente do vereador Antonio Raimundo de Souza, de Água Nova, para o cargo de secretário de Saúde do município. Também queria que fosse

anulada a contratação de Francisco Souza do Nascimento, irmão do vice-prefeito do município, Antonio Sezanildo do Nascimento, como motorista da prefeitura.

Na decisão tomada no recurso, que vale somente para o caso concreto discutido no processo, os ministros determinaram que a contratação de um irmão de vice-prefeito como motorista da prefeitura configura nepotismo e fere a Constituição. Com isso, a Prefeitura de Água Nova fica obrigada a demitir o motorista.

Já a contratação do parente do vereador para o cargo de secretário municipal foi mantida, já que é um posto político, e o secretário é um agente político. A mesma interpretação se estende, portanto, para ministros de Estado e secretários estaduais e do Distrito Federal.

A decisão nesse recurso soma-se a outras tomadas pelo STF, como a ação sobre a resolução do CNJ, que embasarão a Súmula Vinculante que a Corte deverá editar amanhã.

Esclareça-se, pois, que a partir do *leading case* tratado pelo STF, a vedação ao nepotismo não alcança os agentes políticos, mas apenas “os cargos e funções singelamente administrativos”. Nesta ordem de idéias, cada caso concreto deve ser avaliado com cautela, devendo ser investigado se há “nepotismo cruzado” e se a natureza do cargo é eminentemente política, hipótese em que não há vedação, consoante entenderam os ilustres Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Para ilustrar a matéria, transcreve-se a lição de José dos Santos Carvalho Filho acerca do conceito de agentes políticos, *op.cit.*, p. 512:

Agentes políticos são aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público. São estes agentes que desenham os destinos fundamentais do Estado e que criam as estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja os seus fins.¹

Caracterizam-se por terem funções de direção e orientação estabelecidas na Constituição e por ser normalmente transitório o exercício de tais funções. Como regra, sua investidura se dá através de eleição, que lhes confere o direito a um mandato, e os mandatos eletivos caracterizam-se pela transitoriedade do exercício das funções, como deflui dos postulados básicos das teorias democrática e republicana. Por outro lado, não se sujeitam às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral; a eles são aplicáveis normalmente as regras constantes da Constituição, sobretudo as que dizem respeito às prerrogativas e à responsabilidade política. São eles os Chefes do Executivo (Presidente, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares (Ministros e Secretários Estaduais e Municipais) e os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores).

Alguns autores dão sentido mais amplo a essa categoria, incluindo Magistrados, membros do Ministério Público e membros dos Tribunais de Contas.² Com a devida vênia a tais estudiosos, parece-nos que o que caracteriza o agente político não é o só fato de serem mencionados na Constituição, mas sim o de exercerem *efetivamente* (e não *eventualmente*) função política, de governo e administração, de comando e, sobretudo, de fixação das estratégias de ação, ou seja, aos agentes políticos é que cabe realmente traçar os destinos do país.

Ninguém discute a importância do papel que tais agentes desempenham no cenário nacional, mas, ao contrário do que ocorre com os legítimos agentes políticos, cuja função é transitória e política, sua vinculação ao Estado tem caráter profissional e de permanência e os cargos que ocupam não resultam de processo eletivo, e sim, como regra, de nomeação decorrente de aprovação em concurso público.³ Não interferem diretamente nos objetivos políticos, como o fazem os verdadeiros agentes políticos. Assim, sua fisionomia jurídica se distancia bastante da que caracteriza estes últimos. Não se nos afigura adequada, com efeito, sua inclusão como agentes políticos do Estado. Mais apropriado é inseri-los como servidores especiais dentro da categoria genérica de servidores públicos, como veremos adiante.⁴

1. São de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO as palavras: "*incumbe-lhes propor, estabelecer ou decidir as diretrizes políticas dos entes públicos, enfim, focalizar os princípios diretores e coordenadores da sua atividade*" ("Princípios Gerais de Direito Administrativo", vol. II, p. 287).
2. HELY LOPES MEIRELLES, *ob. cit.*, p. 74.
3. Com o mesmo entendimento, MARIA SYLVIA DI PIETRO (*ob. cit.*, p. 305). CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO também não os inclui entre os agentes políticos, a quem caracteriza como *formadores de vontade superior do Estado* (*ob. cit.*, p. 123).
4. O art. 39, XI, da CF, com a redação dada pela EC 19/98, insinua que os membros do Judiciário e do Ministério Público se incluem entre os agentes políticos. Todavia, o agrupamento de agentes públicos no dispositivo tem apenas *fins remuneratórias*, não desfigurando o que dissemos, visto que levamos em conta aspecto bem diverso, qual seja, o da natureza do vínculo jurídico que liga o agente ao Poder Público.

5 CONCLUSÃO

Os princípios são os pilares que sustentam a ordem jurídica, possuindo força cogente e servindo de inspiração para elaboração e execução das normas, respectivamente. Neste sentido, eventual ofensa a um princípio é muito mais danosa do que um descumprimento da norma, posto que afrontar um princípio implica desrespeitar a ordem jurídica em sua gênese.

Considerando as razões aduzidas, os dispositivos constitucionais e legais reproduzidos, bem como os precedentes jurisprudenciais colacionados, assenta-se que a ofensa ao princípio da moralidade constitui fundamento autônomo, necessário e suficiente para implicar a declaração de nulidade dos atos administrativos. De fato, os princípios de ordem constitucional são regras jurídicas autoaplicáveis, hierarquicamente superiores às demais, independentemente de leis formais para seu correto emprego.

Depreende-se, igualmente, que análise quanto ao atendimento ao princípio da moralidade pelo Poder Judiciário não representa exame de matéria inerente ao mérito administrativo, nem tampouco ofensa ao sistema de freios e contrapesos que regem a harmonia e independência dos Poderes que compõem a República, pelo contrário, o exame da moralidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário representa a garantia de um efetivo equilíbrio entre a discricionariedade conferida à Administração Pública, a legalidade e a manutenção da ordem pública.

Neste sentido, atos ou contratos administrativos devem ser anulados quando possuírem conteúdo que represente afronta ao senso comum da probidade administrativa, posto que, mesmo quando não ofenda dispositivo legal expresso, diante do art. 37 da Constituição Federal e a positivação do princípio da moralidade, a Administração Pública deve zelar para que todos os seus atos guardem plena sintonia com a ética e a equidade.

VICTOR XIMENES NOGUEIRA

ADVOGADO DA UNIÃO

Assessor Jurídico

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº437. Disponível em:
<www.gemini.stf.gov.br/cgi-bin/>.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**.
17.ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, [19-].

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**.
17.ed. São Paulo: Editora Malheiros, [19-].

<www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/frame>.