

**A&C**  
***Revista de Direito***  
***Administrativo & Constitucional***



EDITORA AFILIADA

# A MORALIDADE NA PRINCIPIOLOGIA DA ATUAÇÃO GOVERNAMENTAL

*Sergio de Andréa Ferreira<sup>1</sup>*

---

*Sumário: 1 A moralidade no elenco dos princípios constitucionais. 2 A moralidade pública como sinônima de honestidade. 3 A agregação ao conceito de moralidade administrativa, da noção de 'boa administração': A moral institucional. 4 O abuso de poder como forma de imoralidade administrativa. 5 A ilegitimidade como expressão do mau uso do poder discricionário. 6 A moralidade administrativa como bem juridicamente tutelado pela ação popular.*

## 1 A MORALIDADE NO ELENCO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

1. Um dos campos mais festejados do Direito Público Contemporâneo é a sua **principiologia**, constitucionalmente normatizada.

1. 1. Constatação que pode ser feita, com facilidade – uma vez superado o impacto inicial dessa decantada inovação formal –, é que muitos dos **princípios** elencados de longa data informam o Direito como um todo, ou especificamente o *ius publicum*; enquanto outros são, apenas, novos nomes para aqueles, ou simples facetas ou desdobramentos seus.

1.2. Longe de nós negar a valia da enumeração principiológica agora adotada, especialmente na sua função de balizamento da atuação governamental, inclusive a jurisdicional. E princípios já foram invocados neste trabalho.

---

<sup>1</sup> Professor Titular no Rio de Janeiro. Advogado. Desembargador Federal aposentado. Ex-membro do Ministério Público Estadual. Do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

1.3. Mas é preciso evitar o exagero, a superestimação e, reiteramos, o equívoco de ter tudo como absolutamente inovador.

1.4. **Prática nociva, nesta matéria, é a invocação genérica e indiscriminada desses princípios, sem a devida identificação de seu conteúdo e sua aplicabilidade ao caso individualizado.**

2. É sob esta ótica e com as cautelas sublinhadas que deve ser considerado o **princípio da moralidade**, insculpido, de forma expressa, no **art. 37, caput**, da **Carta Magna Nacional**.

3. **A Constituição Federal de 1988** é preñhe de referências à moralidade e a valores éticos.

4. No que toca, especificamente, aos agentes do Poder Público, destacam-se: (a) a afirmação do **princípio da moralidade**, a que está, segundo o **art. 37, caput**, submetida a Administração Pública; (b) a inserção, da **moralidade administrativa**, como bem jurídico tutelado através da **ação popular**, que, nos termos do **inc. LXXIII do art. 5º**, cabe para anulação de ato a ela **lesivo**; (c) o estabelecimento da **proibidade na administração**, de igual, como bem juridicamente protegido, caracterizado o ato que atente contra a mesma como crime de responsabilidade do Presidente da República, no **art. 85, V**; (d) a cominação, no **inc. V do art. 15** e no **§ 4º do art. 37**, de sanções políticas, administrativas, civis e penais, para a prática de “**atos de improbidade administrativa**”; (e) a previsão, no **art. 14, § 9º**, do estabelecimento de casos e prazos de inelegibilidade, “a fim de proteger a **proibidade administrativa**” e “a **moralidade** para o exercício do mandato”; (f) a impugnabilidade, perante a Justiça Eleitoral, nos termos do disposto no **§ 10 do art. 14**, do mandato eletivo, mediante comprovação de **corrupção** ou **fraude**; (g) a enumeração do **decoro parlamentar**, como valor com o qual o procedimento de Deputados e Senadores não deve, sob pena, segundo o **art. 55, III, e § 1º**, de perda do mandato, ser incompatível, incompatibilidade essa identificada em casos definidos no Regimento Interno Parlamentar; no abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional; ou na percepção de **vantagens indevidas**.

## 2 A MORALIDADE PÚBLICA COMO SINÔNIMA DE HONESTIDADE

1. O sentido próprio de **moralidade** – que se expressa, especificamente, na noção de **proibidade** e na de **decoro** – é a de **honestidade**, de **dignidade**.

2. Na enumeração de Ulpiano (**Digesto**, 1, 1, 10, e **Institutas** 1, 1, 3) dos *iuris praecepta*, figura o *honeste vivere*, a que se somavam o *alterum non laedere* e o *suum cuique tribuere*.

2.1. Como explica Matos Peixoto (**Curso de Direito Romano**, Rio, Haddad, 4. ed., 1960, p. 206 e 207):

*Ulpiano quer dizer que quem pratica esses preceitos, procede em conformidade com o direito. Nenhuma dúvida isso suscita quanto aos dois últimos, que prescrevem, um em forma negativa e o outro em forma positiva, o acatamento ao direito alheio. Aliás, o segundo preceito escusa o terceiro, pois no dever jurídico de não lesar a outrem se inclui necessariamente o de dar a cada um o que é seu. Mas isso não esgotava as normas jurídicas que o indivíduo devia observar na sociedade romana. Era preciso ainda viver honestamente, fora mesmo dos casos em que a desonestidade feria direito alheio e que estavam incluídos no segundo preceito (fraude, dolo). O incesto, por exemplo, é um ato imoral, que o direito romano punia (cf n. 128, II) e que, entretanto, não lesava direito alheio. Para evitá-lo, levava-se em conta, nos impedimentos matrimoniais, até a 'cognatio servilis', que era o parentesco originado durante a escravidão. 'Semper in coniunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit'. "Foi certamente tendo em vista casos como esses que ULPIANO incluiu o 'honeste vivere' entre os preceitos jurídicos.*

*É inegável que esse princípio tem alcance metajurídico, pois há casos em que é a moral e não o direito que recomenda o ato honesto; deve-se, porém, não esquecer que os romanos não faziam distinção nítida entre essas duas disciplinas.*

2.2. Ensina, ainda, Matos Peixoto (*op. cit.*, p. 204):

*A distinção entre o direito e a moral é relativamente moderna; quem primeiro a formulou foi o jurisconsulto alemão Christianus Thomasius (1655/1728), nos princípios do século XVIII. Os juristas romanos não cogitaram dessa distinção, porque não se davam às abstrações especulativas, entretanto, eles sentiam a diferença entre a regra moral e a jurídica; Paulo, por exemplo, disse que nem tudo o*

*que é permitido juridicamente é moral. 'non omne quod licet honestum est' (D. 50, 17, 144 pr), mas não passou dessa indicação vaga.*

2.3. É, hoje, lição primeira de **Introdução ao Estudo do Direito** a distinção entre a **regra de direito** e a **regra moral**, sendo de destacar-se, desde logo, a diferenciação que reside na característica de a última só impor **deveres, positivos ou negativos**, incluídas nesses, **proibições e limitações**.

3. Mas é de lembrar-se que a **imoralidade**, como fator de **ilicitude**, está presente no **Direito**, como, por exemplo, na noção de **objeto ilícito**, previsto nos **arts. 82 e 145, II, do Código Civil**: a **contrariedade à moral** está, no particular, incluída na **contrariedade a direito**.

3.1. Ressalte-se, contudo, que a disposição do art. 22, c, e **parágrafo único, c, da Lei 4.717, de 29.06.1965 – Lei da Ação Popular** – limita o vício à **ilegalidade do objeto**, consistente, especificamente, na “**violação da lei, regulamento ou outro ato normativo**”.

3.2. Diz Pontes de Miranda (**Tratado de Direito Privado**, Rio, Borsoi, 3 ed., 1970, IV: 149) que o “*ato é contrário à moral, se a opinião mais generalizada o não tolera... Há de contentar-se o juiz com o que é a moral usual nos negócios jurídicos, conforme o ramo de direito*”. Envolve-se a noção de **bons costumes** (*boni mores*), que a atual CF não empregou (cf. art. 153, § 5º, da CF de 67/69).

4. O aspecto **moral** tem-se, efetivamente, inscrito no campo da **validade dos atos jurídicos**.

4.1. É de citar-se, da mesma **Lei da Ação Popular**, já agora o conceito de **desvio de finalidade**, que se caracteriza pelo emprego da **competência** com **fim** diverso do legalmente previsto explícita ou implicitamente, e que pode, certamente, ser um **fim imoral** (art. 2º, e, e parágrafo único, e).

É, assim, **imoral** o ato público praticado por **capricho**, por **vingança**, para satisfazer **interesses sectários, particulares**.

4.2. A **falsidade dos motivos**, inserida na noção de **inexistência dos mesmos** (art. 2º, d), ocorrente “quando a matéria de fato”, na qual “se fundamenta o ato, é materialmente inexistente” (art. 2º, parágrafo único, d), é exemplo clássico de **ilegalidade por contrariedade à moral**.

5. Há de citar-se, nesta matéria, a título ilustrativo, o **Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal**, aprovado pelo **Decreto 1.171, de 22.06.1994**.

Dentre as **regras deontológicas básicas**, citem-se:

*I – A dignidade, o decoro, o zelo, a eficácia e a consciência dos princípios morais são primados maiores que devem nortear o servidor público, seja no exercício do cargo ou função, ou fora dele, já que refletirá o exercício da vocação do próprio poder estatal. Seus atos, comportamentos e atitudes serão direcionados para a preservação da honra e da tradição dos serviços públicos.*

*II – O servidor público não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto, consoante as regras contidas no art. 37, caput e § 4º, da Constituição Federal.*

5.1. Após afirmar que, na '**moralidade da Administração Pública**', está inserta a "distinção entre o bem e o mal", acrescenta o **Código**:

*VIII – Toda pessoa tem direito à verdade. O servidor não pode omiti-la ou falseá-la, ainda que contrária aos interesses da própria pessoa interessada ou da Administração Pública. Nenhum Estado pode crescer ou estabilizar-se sobre o poder corruptivo do hábito do erro, da opressão ou da mentira, que sempre aniquilam até mesmo a dignidade humana, quanto mais a de uma Nação.*

5.2. Adita a **Codificação Ético-funcional** que constitui **dever do servidor público** (XIV, c) "*ser probo, reto, leal*".

5.3. Está-se, pois, ostensivamente, no campo das **virtudes morais**, no setor **governamental**.

6. A **Lei 8.429, de 02.06.1992**, caracteriza os **atos de improbidade administrativa**, e comina **sanções políticas, administrativas e cíveis**, em razão de seu cometimento.

Vincula-se ao já mencionado **§ 4º do art. 37 da CF**, que determina a **punição** de tais **atos**.

6.1. Distingue a Lei entre os atos de improbidade administrativa: (a) que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); (b) aqueles que causam prejuízo ao Erário (art. 10); e (c) os que atentam contra os princípios da Administração Pública.

6.2. Nota-se que há uma mixagem de princípios, falando-se de legalidade, moralidade, honestidade, improbidade: arts. 4º e 11.

6.3. É interessante observar que, exatamente no art. 11, que elenca os atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública, não se enumera o princípio da moralidade, embora este se encontre mencionado no art. 4º, artigo que, genericamente, nomeia os princípios cuja estrita observância é objeto de obrigação de velamento pelo agente público.

6.4. O caráter gravoso das penalidades evidencia que o dolo, o intuito do resultado ou do comportamento antijurídico e anti-ético, e a consciência do desvalor da conduta são necessários para que se configure a ilicitude.

6.5. Do contrário, teríamos uma ilicitude absolutamente objetiva, na prática, por exemplo, de ato com fim “diverso daquele previsto na regra de competência” (art. 11,I).

6.6. São atos de improbidade, que envolvem “prejuízo ao Erário” (art. 10, IV, V e VIII),

*“permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado”; bem assim “permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado”; e “frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente”.*

6.6.1. Aliás, já o art. 89 da Lei 8.666/93 tipifica como crime

*“dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”, incorrendo na pena cominada “aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se*

*da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público” (parágrafo único).*

6.6.2. Em todos os casos citados, imprescindível o **dolo** e a **consciência da antijuridicidade**.

6.6.2.1. Com efeito, o **Código Penal Brasileiro**, na sua vigente **Parte Geral**, com conceitos aplicáveis à espécie, inclusive no campo **político-administrativo**, consagra, **dentro da doutrina finalista**, e para que se configure a **ilicitude**, a necessidade da **reprovabilidade da conduta**, que caracteriza o chamado **erro de proibição, o erro sobre a ilicitude do ato**.

6.6.2.2. É necessário, para a identificação dessa, que haja **pleno conhecimento e consciência**, pelo **agente**, da **antijuridicidade da conduta** e do **resultado**; e que haja ele querido comportar-se daquele modo, à obtenção do resultado **ilícito**.

6.6.2.3. O equívoco, o erro de direito, a interpretação, o entendimento errôneo, mas de boa-fé, afastam o ilícito.

### **3 A AGREGAÇÃO AO CONCEITO DE MORALIDADE ADMINISTRATIVA, DA NOÇÃO DE ‘BOA ADMINISTRAÇÃO’: A MORAL INSTITUCIONAL**

1. A denominada “Nova Ética Jurídica” teve como primeira manifestação, no Direito Administrativo, o exame jurisprudencial do **desvio de poder**, forma de **ilegalidade**, e a propósito do qual “se começou a falar na ‘**moralidade administrativa**’”.

2. Foi Maurice Mauriou (**Précis de Droit Administratif**) quem, pela primeira vez, a ela se referiu, mencionando, de início, a conformidade com os princípios basilares da “**boa administração**”, “ao conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”, da sua “disciplina interna”; para, depois, sucessivamente, aludir ao ultrapasse do controle da **legalidade estrita**, a fim de se atingir uma **moral jurídica**, eis que quem toma decisões tem de escolher, não só o **legal**, em face do **ilegal**; o **justo**, frente o injusto; o **conveniente**, em desfavor do inconveniente; mas também o **honesto**, diante do **desonesto**.

3. Enquanto a **legalidade** é imposta ao administrador público pelo **poder legiferante**, os preceitos da **moralidade administrativa** o são de dentro, vigorando no próprio ambiente **institucio-**

nal, e condicionando o exercício de qualquer poder jurídico, inclusive o discricionário, informados pela finalidade institucional da consecução do **bem comum**.

4. Ulteriormente, Welter (**Le Contrôle Jurisdictionel de la Moralité administrative**, 1930) aduziu que a **moralidade administrativa** “não se confunde com a moralidade comum”, mas é também “composta pelas regras da **boa administração**, ou seja, pelo conjunto das regras finalísticas e disciplinares suscitadas, não só pela distorção entre o Bem e o Mal, mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa”.

5. Explica Antônio José Brandão (**Moralidade Administrativa**, RDA 25: 459):

*À luz destas idéias, tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos, como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio à sua guarda. Em ambos estes casos, os seus atos são infiéis à idéia que tinha de servir, pois violam o equilíbrio que deve existir entre todas as funções, ou, embora mantendo ou aumentando o patrimônio gerido, desviam-no do fim institucional, que é o de concorrer para a criação do bem-comum.*

5.1. Desenvolve que “a **idéia da honestidade profissional dos administradores**” é noção que reclama destes não só uma **conduta moralmente admissível** mas também respeitadora da **especialização institucional** de cada organização ou serviço.

5.2. E conclui, aproximando as figuras do **bom administrador** e a do “bom pai de família”, como “representante”, igualmente, da “moral comum” (p. 462):

*Bom administrador, portanto, é o órgão da Pública Administração, que, usando da sua competência para o preenchimento das atribuições legais, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum. Se os primeiros delimitam as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto positivos, a segunda espera dele conduta honesta, verdadeira, intrínseca e extrinsecamente conforme à função realizada por seu intermédio.*

6. Neste campo, mais abrangente, da **moralidade administrativa**, devemos distinguir entre, de um lado, o **bem jurídico** cuja tutela é a **finalidade** atribuída à **competência** do órgão público (vg., saúde, segurança pública, defesa nacional: cf. art. 2º, parágrafo único, c, da Lei 4.717/65), **finalidade** essa sempre **genérica**; e, de outro, os **interesses específicos, concretos**, que vão ser atendidos pelo **objeto**, pelo **resultado** do ato praticado (v. g., interdição de um estabelecimento por motivos sanitários).

6.1. Em relação a este último conjunto é que pode inserir-se, a par da **ilegalidade**, a questão da **imoralidade**: é que, embora esteja em jogo, por exemplo, a **saúde pública**, o **interesse concreto** perseguido pode ser **imoral**.

Antônio José Brandão (trab. cit., p. 466) sustenta:

*Com efeito, o desvio de poder não se reduz a mero problema de legalidade, pois o ato em que ele se manifesta concretamente é praticado com observância da lei, mas obedece a determinante imoral. Por outras palavras: o que afeta a juridicidade do ato em que o desvio de poder se concretizar é, principalmente, a imoralidade administrativa que consiste em produzir modificações lícitas da ordem jurídica para atingir fins metajurídicos, que não são fins de pública administração. O caráter não jurídico do ato resulta, neste caso, de um abuso que das prerrogativas da Administração faz o órgão dela.*

.....

*Eis porque o exame do desvio de poder não se confunde com o puro exame da legalidade ou da oportunidade do ato: é exame da sua regularidade jurídica, enquanto nela se reflete o intuito moral do agente na escolha do fim concreto a atingir.*

No já citado **Código de Ética Funcional**, lê-se:

*III – A moralidade da Administração Pública não se limita à distinção entre o bem e o mal, devendo ser acrescida da idéia de que o fim é sempre o bem comum. O equilíbrio entre a legalidade e a finalidade, na conduta do servidor público, é que poderá consolidar a moralidade do ato administrativo.*

## 4 O ABUSO DE PODER COMO FORMA DE IMORALIDADE ADMINISTRATIVA

1. Tomada a noção em um sentido ainda mais lato, pode ter-se por incorporado ao conceito de **imoralidade administrativa**, o **exercício irregular, abusivo do poder**.

1.1. A **imoralidade administrativa**, considerada sob o enfoque do exercício abusivo do direito, prende-se à doutrina que representou, na Modernidade, “a primeira intromissão da regra moral na esfera do jurídico” (Antônio José Brandão, **Moralidade Administrativa**, RDA 25: 456).

2. Os **poderes dos órgãos públicos** são **institucionalizados pela lei**. E, ao **institucionalizar os poderes**, estabelece a regra jurídica o respectivo **conteúdo e regula seu exercício**.

3. O **conteúdo** de cada **poder** define o seu **objeto**, constituído de **capacidades jurígenas** para a prática de **atos jurídicos**; e de **faculdades**, que ensejam o atuar **faticamente** (**faculdade e fato** – *facto*, *factual* – têm o mesmo étimo ‘*fac*’). E marca a **extensão**, os **limites** respectivos – até onde vão esses **poderes** e essas **faculdades** –, o que configura os seus **contornos**, as suas **fronteiras**.

3.1. Todo esse conjunto é **vinculado à lei** e constitui campo da **legalidade**.

3.2. A **legalidade**, conforme antes acentuado, é a **medida da vinculação** – eis que essa é a **vinculação à lei** – e abrange o que, em relação aos Poderes Públicos, está prestabelecido no **Direito Objetivo**, nas **regras jurídicas**, abarcando, no que nos interessa no momento, a criação dos **poderes e faculdades** e a formação de seu **conteúdo**.

3.3. Quando o titular do órgão governamental pratica **atos e fatos jurídicos** sem ter, legalmente, **poder ou faculdade** para tal, ou, na sua atuação, extrapola os limites do correspondente **conteúdo**, comete **excesso de poder**, que constitui forma de **ilicitude** por **ilegalidade**.

3.4. A **normatização do poder** envolve, também, a **regulação** de seu **exercício**, ou seja, a fixação de **limitações** do mesmo, área igualmente, de **vinculação**.

4. O extravasamento dessas **limitações** é espécie de **ilícito**, também sob a forma de atentado à **legalidade**, e constitui, igualmente, **excesso de poder**.

5. A par das **limitações legais específicas**, próprias do **exercício** de determinado **poder**, existem **padrões** de atividade, que se identificam como **limitações comuns** ao exercício dos **poderes** em geral, assim como as **inerentes, decorrentes, implícitas, virtuais**.

5.1. O respeito a todo esse conjunto limitativo caracteriza a **regularidade do exercício do poder**, sendo sua face **patológica o abuso de poder**.

5.2. É o que se infere, *a contrario sensu*, do disposto no **art. 160, I, do Código Civil**, que descaracteriza a **ilicitude**, na prática de ato “*no exercício regular de um direito reconhecido*”, não obstante haver a causação de **dano a direito ou interesse legítimo**.

5.3. Em outros tópicos, o **Código Civil** vale-se da noção de **exercício regular do direito**: (a) o **art. 100** não considera **coação** “a ameaça do **exercício normal** de um direito”; (b) o **art. 554** alude ao **mau uso da propriedade**.

5.4. Pontes de Miranda (**Tratado de Direito Privado**, Rio, Borsoi, 3. ed., 1970, II: 291) preleciona que a caracterização do **exercício irregular do direito ou do poder**, como ato **ilícito**, é a síntese do princípio do caráter **absoluto do exercício dos direitos**, expressado pelos aforismos romanos “*qui iure suo utitur neminem laedit*” e “*nemo iniuria facit qui iure suo utitur*”, com o **princípio**, oposto do “*summum ius, summa iniuria*”.

5.5. O **Direito Alemão** (**Código Civil**, § 226) prescreve que “*o exercício de um direito é proibido, se não pode ter outro fim, senão causar dano a outrem*”.

5.5.1. O **Código Civil Germânico** (art. 826) prescreve que todo aquele que, violando os **bons costumes**, causar, **intencionalmente**, um dano a outrem, fica com a obrigação de reparar o dano causado.

5.5.2. Na **Suíça**, a codificação civil, em seu art. 22, dispõe que “*o manifesto abuso de um direito não está protegido juridicamente*”.

5.5.3. No **Código Civil Italiano**, o art. 833 estatui que “*o proprietário não pode realizar atos que não tenham outra finalidade, que prejudicar ou produzir moléstia a outrem*”.

5.5.4. O **Direito Civil Espanhol** dispõe, diretamente, sobre o instituto em tela, no **art. 72** do seu **Código Civil**.

*A lei não ampara o abuso de direito ou o exercício anti-social do mesmo. Todo ato ou omissão que pela intenção de seu autor, por seu objeto, ou pelas circunstâncias em que se realize, ultrapasse manifestamente os limites normais do exercício de um direito, com dano para terceiros, dará lugar à correspondente indenização e à adoção de medidas judiciais ou administrativas que impeçam a persistência no abuso.*

5.5.5. O **Código Civil Português** (art. 344) expressa: “*É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito*”.

5.6. O **Direito Penal** também tem por causa de **exclusão de ilicitude**, de **antijuridicidade**, não constituindo crime, o fato praticado pelo agente. “*no exercício regular de direito*”, nos termos do **art. 23, III, do Código Penal**”.

Pune-se, apenas, o **excesso culposo** ou **doloso** (parágrafo único), caracterizando-se o **abuso de direito** (parágrafo único).

6. Para o **exercício do direito**, do **poder**, a **lei** estabelece **limites**, mas há necessidade de uma **medida complementar**: existe, pois, uma **limitação**, cujo respeito se impõe, para que o **exercício legal do direito** e do **poder** seja **regular**, **medida** que essa não indica expressamente, e que traduz uma **proporção**.

6.1. Essa **medida** é de natureza **jurídica e moral**.

6.1.1. Ripert (**La Règle Morale dans les Obligations Civiles**, p. 163) sustenta:

*A teoria do abuso do direito foi inteiramente inspirada na moral, e a sua penetração no domínio jurídico obedeceu a propósito determinado. Trata-se, com efeito, de desarmar o pretense titular de um direito subjetivo e, por conseguinte, de encarar de modo diverso direitos objetivamente iguais, pronunciando uma espécie de juízo de caducidade contra o direito que tiver sido imoralmente exercido. O problema não é, pois, um problema de responsabilidade civil, mas de moralidade no exercício dos direitos.*

7. Enfim, o **exercício irregular do direito**, o **abuso do direito danoso é ilicitude**, que muitos consideram forma de **imoralidade governamental**.

Nesta linha, além do **excesso de poder**, por **ilegalidade estrita**, consistente na violentação das **limitações legais de exercício do poder**, outra faixa se coloca, e que é a do **abuso**, por **irregularidade lesiva**.

## 5 A ILEGITIMIDADE COMO EXPRESSÃO DO MAU USO DO PODER DISCRICIONÁRIO

1. A CF, no *caput* de seu art. 70, refere a **legitimidade** da atuação governamental, a par da **legalidade** e da **moralidade**, com as quais, no entanto, é **cognata**.

2. No **exercício** de seus **poderes**, ou seja, na **prática de atos e fatos jurídicos**, ao **órgão governamental** pode ser deixado, pela **lei**, um “**branco**”, a ser preenchido por **opções** daquele: é o campo da **discricionariedade**.

2.1. O **mérito** – ou **merecimento** –, medida da **discrição**, é o espaço da atuação dos órgãos públicos em que lhes é deixado, *interna iuris*, esse “**branco**”, a ser coberto por critérios de **conveniência**, de **oportunidade**, de **utilidade**, de **economicidade**, de **técnica**, sempre atuando *publicae utilitatis causa*.

2.2. O Poder Público atua **discricionariamente** (tomado o termo no seu sentido sadio), quando pode escolher entre agir e não agir; ou quando, na prática de atos e fatos, no exercício de poderes e faculdades, e mesmo atendendo a direitos de terceiros, certos aspectos de sua atividade ficam reservados à sua opção, à sua discrição; aspectos esses representados pela escolha do **objeto**, do **resultado do ato**, após a **apreciação dos motivos**, das condicionantes da atuação.

2.3. É diferente, portanto, de quando a AP age **vinculadamente**, jungida ao que estabelece a norma jurídica, ou porque sua atuação corresponde ao cumprimento de um dever, de uma obrigação, ou porque, mesmo quando ela tenha a escolha entre agir e não agir, elegendo a forma positiva, a de agir, os aspectos de sua atuação estão preestabelecidos em lei.

3. Costuma falar-se, nesta matéria, em **poder vinculado**, também conhecido como **poder regrado** e **poder discricionário**.

3.1. O **poder vinculado**, conforme já referido, nada mais é do que a capacidade do órgão público de cumprir a **lei** – *lato sensu*, abarcando as várias fontes normativas –, de atender a seus deveres e obrigações, submetido ao império do **princípio da legalidade**.

3.2. O **poder discricionário**, ao contrário, traduz-se numa margem de opção no tocante a atuar, ou não; à forma e aos resultados da atividade governamental, mercê de uma margem de apreciação, de valoração, de ponderação dos antecedentes que se lhe apresentam, e objetivando a consecução do **fim** inscrito na regra competencial.

3.3. O **poder discricionário** não é um **poder instrumental específico**, mas uma **qualificação** de aspectos do **exercício de poderes e faculdades dos órgãos governamentais**.

4. Seria impossível governar-se, fosse no campo administrativo, fosse no legislativo, ou mesmo no jurisdicional, se toda a atuação do governante estivesse preestabelecida em regras jurídicas.

4.1. Dentro do que a lei prescreve, o órgão público tem de contar, em geral, com uma dose de escolha, de **autodeterminação**, visando ao **interesse público e social**.

5. Os dois poderes, o **vinculado** e o **discricionário**, conceitualmente se opõem. Onde há **vinculação**, inexistente **discrção**. Na realidade, porém, eles se complementam. Ao lado da **legalidade**, que é a **baliza do poder vinculado**, aparece a **eficiência** (CF, art. 37, *caput*), que é a **meta do uso do poder discricionário**.

6. **Graficamente**, é costume representar-se o **relacionamento** entre os dois **poderes**, na figuração de **dois círculos concêntricos**: o **círculo externo** correspondendo ao **poder vinculado**; e o **interno**, ao **poder discricionário**.

7. Mas há um **núcleo do poder discricionário**, o **centro do círculo interno**, na figuração gráfica lembrada, que é **área de reserva legiferante** (não confundir com **reserva legal**) e **administrativa**, privativa da **opção do legislador**, e do **administrador público**, e de impenetrável contraste por terceiros, inclusive pelo Poder Judiciário; **área em que se concentram as opções políticas, axiológicas, dos governantes**.

7.1. É o espaço dos **atos exclusivamente políticos**: **atos de política legislativa e de política administrativa**.

7.1.1. O ato **exclusivamente político** situa-se na parte da atuação governamental que beira a **liberdade**; e, quer seja no âmbito **legislativo**, quer seja na esfera **administrativa**, evidencia a verdadeira capacidade de **governar**, pois o órgão do Poder Público se **autodetermina** com largueza de orientação.

7.1.2. Mas, a par disso, é **exclusivamente político**, porque não alcança **direitos subjetivos**, nem **interesses legítimos**, ambos **juridicamente protegidos**, inclusive sob as formas de **interesses difusos** ou **coletivos**; mas envolve, apenas, os chamados interesses simples, sem **tutela jurídica**, apenas **política**. É o campo da **discrição política, axiológica**.

7.1.3. Por isso mesmo, Rui Barbosa definia **atos políticos** como aqueles a respeito dos quais a lei confiou a matéria à **discrição prudencial do poder**, e cujo exercício não lesa direitos (Coms. à Constituição Federal Brasileira, Rio, 1933, IV: 41/46).

8. Em verdade, portanto, podemos verificar que são **três** os círculos concêntricos: (a) o **exterior**, que é o da **legalidade**, campo do **poder vinculado**; (b) o **mais interno**, que é da **discricionariedade política**, espaço da **auto-orientação axiológica pura**; (c) e o **intermediário**, que é o da **discricionariedade objetiva**, área da **discrição juridicamente controlável**.

9. É problema de **legalidade estrita**, caracterizadora do **excesso de poder**, e acarretando a **invalidade do ato**, assim como causadora, se lesivo esse a **direito subjetivo** ou a **interesse legítimo**, da **obrigação do ressarcimento** correspondente, o **mau uso do poder vinculado**, em testilha, portanto, com o preestabelecido em lei, contrariando as regras de competência, de forma, de objeto e quanto aos motivos e à finalidade.

9.1. É **questão política**, e, por isso, **politicamente sancionável**, o **mau uso do poder discricionário político**, e, só se a **ação** ou **omissão governamental** for **danosa** a **direito subjetivo** ou a **interesse legítimo**, é que, como **ato ilícito**, que deixou de ser **exclusivamente político**, será passível de **controle jurídico**, inclusive **jurisdicional**, para o fim de ser **invalidado** e de se fazer efetiva a **obrigação de ressarcimento**.

9.2. É aspecto de eficiência (**conveniência, oportunidade, economicidade, técnica**) imune ao **controle jurídico**, o exercício da **discricionariedade objetiva**, salvo se houver **lesão a direito**

**subjetivo**, a acarretar a invalidade do ato e a **ressarcibilidade** do dano.

10. Entre o **círculo central** e a **circunferência** do **círculo externo**, localiza-se, conforme acentuado, no **círculo intermediário**, a chamada **discricionariedade objetiva**, que tem seu **balizamento** próprio, a ensejar o **controle externo**, inclusive o **jurisdicional**.

10.1. Invoquemos a lição de Francisco Campos (**Direito Administrativo**, Rio, Freitas Bastos, 1958, p. 34-35):

*A ação administrativa discricionária é limitada externa e internamente. Externamente o seu limite consiste na ordem jurídica em cujo quadro se desenvolve a atividade administrativa e, particularmente, na existência de interesses juridicamente protegidos, ou de direitos subjetivos dos administrados. Além desses limites externos, a ação discricionária encontra limites interiores que consistem, precisamente, no fato de que os conceitos indeterminados em que se funda o juízo discricionário dispõem, ainda que imprecisos, de um limite superior e de um limite inferior. Por maior que seja a liberdade de apreciação, própria do juízo discricionário, é sempre possível mostrar-se claramente que a conclusão excede um dos limites.*

10.2. Exercitando o seu **poder discricionário**, dentro desses **limites**, o **legislador** ou o **administrador** estará, **higidamente**, no campo da **legitimidade** (CF, art. 70).

10.3. Ao lado da **legalidade estrita**, que envolve a aferição da existência, ou não, da **incompetência**, do **vício de forma**, da **ilicitude do objeto**, da **existência fática e jurídica dos motivos**, do **desvio de finalidade**; ao lado da **probidade**; da **regularidade do exercício dos poderes**, coloca-se, somando-se a esses conceitos, o de **legitimidade**, que permite o **controle** da referida **discricionariedade objetiva**, traduzida pela **valoração** ou **ponderação dos motivos**, pelos *standards* ou **padrões jurídicos**; pelos **princípios normatizados**; pelo emprego, em regras jurídicas, de **substantivos**, **adjetivos** e **advérbios**, limitativos do **poder discricionário**.

11. Dentre os princípios informadores da **legitimidade** situa-se o da **razoabilidade**.

11.1. O **razoável**, além do **racional**, do **lógico**, é, também, aquilo que responde a aspirações como a **utilidade**, o **bom senso**, sem desprezar as **contingências** do caso concreto.

11.2. No **Direito Alemão**, onde o **princípio** é reconhecido desde o final do século passado, tem tido ele papel fundamental no campo do **poder discricionário**, a permitir o **controle dos atos públicos**, ainda que a partir de **conceitos vagos**, insertos nos textos normativos, de modo a ensejar o **balanceamento** entre os **meios** e os **fins**.

Fala-se de proibição de todo **atingimento demasiado a direitos e interesses legítimos**, com a imposição, ao Governo, de **agir com moderação**.

11.3. **Subprincípios cognatos** são os da **pertinência** (adequação dos meios aos fins); da **necessidade** (indispensabilidade da medida tomada para alcançar a finalidade desejada); da **proporcionalidade estrita** (o objeto do ato não deve ser de um rigor excessivo).

12. É **desarrazoado** o que é **inadmissível** em uma comunidade, num momento dado.

12.1. Três são, pois, os elementos que permitem caracterizar a noção de **razoabilidade**: um **limite** a não ser ultrapassado; uma idéia de **tempo** e uma de **lugar**.

12.2. Estabelece-se, assim, um **teto** e um **pisso**, cuja extrapolação caracteriza o **intolerável**.

13. Xavier Philippe (**Le Contrôle de Proportionnalité dans les Jurisprudences Constitutionnelle et Administrative Françaises** *cit.*, Aix-Marseille, Economica, p. 21), destaca:

*Le législateur ou l'administration recourent ainsi à l'idée de raisonnable, volontairement ou inconsciemment, parce qu'elle fait partie de leur mission, et ce avant toute édictation de la norme. Cette recherche émanant de leur volonté se traduira soit directement dans la règle qui sera prise, soit indirectement à travers les intentions des auteurs qui pourraient transparaître. Le juge ne restera pas indifférent à cette prise en compte du raisonnable: si cette exigence est formulée dans la norme, il l'intégrera; si elle ne l'est pas, il cherchera à se référer aux intentions de leur auteur.*

*Cette attitude est décelable tant dans la jurisprudence constitutionnelle qu'administrative. Il dépasse même quelquefois cette analyse de la volonté en se référant lui même aux concepts de raison ou de rationalité. Tel est par exemple le cas de la théorie jurisprudentielle du fonctionnaire de fait qui reconnaît, en raison des circonstances, la validité des actes pris par une personne normalement incompétente. Le fondement d'une telle théorie ne se trouve-t-il pas dans le concept du raisonnable? Ou de façon négative, ne serait-il pas déraisonnable de censurer les actes d'une personne qui a agi alors que les autorités régulièrement investies étaient dans l'impossibilité de le faire. La volonté du juge se traduit par la recherche d'une certaine proportionnalité entre la situation rencontrée et la décision prise.*

14. A **razoabilidade** e a **proporcionalidade** têm uma vertente **filosófica** e uma vertente **econômica, pragmática**, como na 'rule of reasonableness' do 'Common Law'.

14.1. No **Direito Inglês**, o 'reasonable' orientou-se, progressivamente, no sentido de uma censura do ato ou do comportamento **inadmissíveis**, pelo que se poderá aferir a **razoabilidade** do exercício do **poder discricionário**.

15. O razoável permite mais de uma solução **possível**: mas há um limite a esta amplitude, e que é o **desarrazoado**, o **desproporcional**, o **não-aceitável**, o **não-admissível**, o **não-tolerável**.

15.1. Nesta linha, C. Eisenmann (**Cours de Droit Administratif**, Paris, LGDJ, 1983, 2: 278) salienta que o cerne da **proporcionalidade** está em que o ato público deve representar **o meio** ou **um dos meios** que o órgão governamental poderia empregar para atingir o **fim**, o **resultado final** imposto pela lei.

16. Acentua Xavier Philippe (*op. cit.*, p. 134) a importância do chamado **poder discricionário** para a **função legislativa** e para a **função administrativa**:

*Le législateur et l'administration sont confrontés à un impératif d'action. Celui-ci suppose que des choix puissent s'effectuer, que ses organes aient la possibilité d'organiser, de rationaliser et de structurer leurs décisions. Cette liberté de choix est issue directement de la norme,*

*elle est représentée par la fonction de création qu'exerce l'autorité qui applique une règle supérieure. Ou plus exactement, elle est constituée par la latitude d'action que laisse la norme à celui qui prend une décision. Elle s'identifie – encore que cela puisse être nuancé – au pouvoir discrétionnaire, notion quasi mystique du droit public, si l'on en juge par les études qui lui ont été consacrées.*

16.1. Sobre o **poder discricionário**, no **exercício da função legiferante**, discorre Xavier Philippe (*op. cit.*, p. 147 e s.), no sentido de que, embora a expressão clássica, do **poder discricionário**, que resulta da **relação de constitucionalidade** em face do **legislador**, tenha interseção com a **relação de legalidade** com referência à **autoridade administrativa**, há **peculiaridades** que marcam aquele primeiro.

16.1.1. Acentua que o **ato legislativo** resulta de uma variedade de **valorações** que decorrem da **vida social**, pelo que se exprime o **poder discricionário legislativo**.

16.1.2. A **latitude da ação do legislador** é mais ampla, porque os **elementos do ato jurídico legislativo** – objeto, motivos, fim – são determinados com precisão menor, do que o são para o **ato administrativo**.

16.1.3. O conceito básico é que o **exercício do poder discricionário legislativo** não deve ser **desproporcional ao conjunto da constitucionalidade**, ou seja, tem de ser **compatível com os limites da normatização jurídica**.

16.1.4. É claro que haverá as hipóteses em que as **normas constitucionais** serão mais **precisas e exigentes**, na configuração de **pressupostos, circunstâncias e elementos do substrato jurídico do ato legislativo**.

17. Caio Tácito, em sugestivo trabalho, sob o título **O Princípio da Razoabilidade das Leis (Temas de Direito Público – Estudos e Pareceres, Rio, Renovar, 1997, 1: 487 e s.)**, salienta os pontos em que se pode identificar a **lei desarrazoada**:

*A jurisprudência francesa construiu, neste sentido, a noção do desvio de poder ou desvio de finalidade como fundamento da declaração de nulidade de atos administrati-*

vos, e o princípio se universalizou na doutrina e na prática, inclusive no direito brasileiro, como documentamos, em tese de concurso em 1961, sobre "O desvio de poder em matéria administrativa". Em estudos mais recentes, acentuamos o cabimento do conceito no tocante a atos legislativos e judiciais e, de modo especial, analisamos, em conferência feita em janeiro de 1992, o "desvio de poder legislativo".

Está subjacente, nesta longa elaboração doutrinária e jurisprudência, o repúdio ao abuso de direito, ou, na terminologia francesa, ao excesso de poder, quando a ação de órgãos estatais, em princípio autorizada pela ordem jurídica, vai além da medida, restringendo ou inviabilizando o fluxo regular de garantias e direitos individuais ou coletivos. Qual deve ser, porém, o comportamento do intérprete perante a lei arbitrária, aquela que, conforme o diagnóstico de San Tiago Dantas em estudo pioneiro (*Revista Forense*, 1948, v. 116, p. 357), 'reúne formalmente todos os elementos da lei, mas fere a consciência jurídica pelo tratamento absurdo ou caprichoso que destoa dos princípios que vise a regular?

A jurisprudência da Suprema Corte norte-americana construiu, para a contenção de abusos desta natureza, o requisito do '**due process of law**', o devido processo legal, como essência da legalidade dos comandos da autoridade.

Aplicado, originalmente, como garantia processual, o conceito se ampliou para alcançar, pelo chamado '**substantive due process**', o remédio contra as restrições de direitos e liberdades na via administrativa e legislativa.

Foi, sobretudo, na avaliação da legitimidade da intervenção do poder público no domínio econômico e social, que se aplicou o teste de racionalidade (**rationality test**) e, a seguir, o padrão da razoabilidade (**reasonableness standard**) como aferição da legalidade da legislação.

Assim, por exemplo, em decisão de 1985, a Suprema Corte declarou inconstitucional lei estadual que isentava de imposto a compra de automóveis por residentes em Vermont e taxava igual ato do comércio praticado por não resi-

*dentos. Em várias outras decisões equivalentes, a Corte Suprema, conforme esclarecem Rotunda, Nowak e Young, consagrou o entendimento de que 'uma lei que nega benefícios a novos residentes meramente para dar preferência aos antigos residentes não sobreviverá ao teste de racionalidade porque o desejo de discriminar não é um interesse legítimo e, portanto, esta lei não terá uma relação racional com um legítimo objetivo governamental' ('Treatise on Constitutional Law – Substance and Procedure, v. 2, p. 69).*

*Em sentido equivalente, o direito alemão adotou o princípio da proporcionalidade, ou o princípio da proibição de excesso, conferindo-lhe a natureza de norma constitucional não escrita, que permite ao intérprete aferir compatibilidade entre meios e fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais.*

*A utilização de tais princípios leva, no direito alemão, ao exame da adequação da providência legislativa (Gilmar Ferreira Mendes, **Controle da Constitucionalidade – Aspectos jurídicos e políticos**, p. 43).*

*Na Espanha domina igual princípio, que se transmite ao direito comunitário (Javier Barues, 'Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario, 'in' **Revista de Administración Pública**, p. 135, set./dez., p. 495-535).*

17.1. Mas adverte, ao final, com propriedade:

*A rigor, o princípio da razoabilidade filia-se à regra da observância da finalidade da lei que, a seu turno, emana do princípio da legalidade.*

*A noção de legalidade pressupõe a harmonia perfeita entre os meios e os fins, a comunhão entre o objeto e o resultado do ato jurídico.*

*A vontade do legislador, como da autoridade administrativa, deve buscar a melhor solução e a menos onerosa para os direitos e liberdades, que compõem a cidadania.*

*A atribuição ao Judiciário do controle das leis mediante o juízo de valor da proporcionalidade e da razoabilidade da*

*norma legal não pretende substituir a vontade da lei pela vontade do juiz. Antes, a este cabe pesquisar a fidelidade do ato legislativo aos objetivos essenciais da ordem jurídica, na busca da estabilidade entre o poder e a liberdade.*

*Protegendo direitos e liberdades contra a incongruência de leis injustas, não devem os juízes ingressar em desvio equivalente, convertendo-se em legislador alternativo, tão desarrazoado quanto o condenável despautério legislativo.*

## 6 A MORALIDADE ADMINISTRATIVA COMO BEM JURIDICAMENTE TUTELADO PELA AÇÃO POPULAR

1. Em termos de regime da **ação popular**, nos sistemas constitucionais anteriores, a **imoralidade** não estava entre os fundamentos passíveis de inserção na respectiva *causa petendi*.

1.1. Exigindo seu cabimento o binômio **invalidade + lesividade**, essa dizia respeito, tão-somente, ao **patrimônio público econômico**.

1.2. Por seu turno, e conforme já indicado, no termo **invalidade**, do binômio, somente na **falsidade dos motivos** e na consecução de **fim anti-ético**, poder-se-ia ter, consoante o disposto no **art. 2º**, e seu **parágrafo único**, da **Lei 4.717/65**, **ato nulo**, em razão de **ilicitude por imoralidade**, passível de **invalidação** pela *actio popularis*.

1.3. Como **ato anulável**, nos termos do **art. 3º** da **Lei**, poderiam ser abrangidos vícios como a **imoralidade do objeto**, a **fraude**, a **simulação nocente**, o **dolo** (o '*dolus malus*'), a **coação** (a '*vis compulsiva*').

Em qualquer dos casos, porém, sempre com **dano ao patrimônio público econômico**.

2. Rafael Bielsa (**A ação popular e o poder discricionário da administração**, RF 157: 39/40) deplorava que "*os atos irregulares, imorais, de suborno etc., que não lesam o patrimônio público*", não estivessem compreendidos no preceito constitucional de 1946.

E já defendia a posição de que a **ação popular** deveria proteger a **moralidade administrativa** (trab. cit., p. 35):

*“Mesmo quando, com o lucro ilícito dos funcionários ou de particulares não se cause prejuízo ao patrimônio do Estado ou ao erário, viola-se, porém, a moralidade administrativa e corrompem-se as instituições, por exemplo, nos casos de licenças de importação ou exportação, ou cotas etc., que, embora devam ser concedidas aos importadores, industriais etc., sem pagamento algum, são, pelo contrário, dadas a intermediários que vendem tais licenças a quem deveriam ser concedidas inteiramente grátis, pela razão de serem os seus destinatários legais.*

*Advertimos que, em muitos casos em que se diz que um ato é ilegal, se deveria dizer, também, que é imoral, como tivemos ensejo de explicar em outro breve estudo. Em um regime de legalidade puramente formal pode cometer-se uma imoralidade grave, como no caso de concorrências públicas cujas bases determinam como único material aceitável aquele que somente possa ser fornecido por determinado produtor ou comerciante que clandestinamente, esteja em combinação com os funcionários administrativos, entre os quais é repartido o lucro ilícito.*

*Um ato de favoritismo partidário ou faccioso, embora não implique suborno, é também atacável pela ação popular, por causa de sua ilegalidade, no sentido de que viola a igualdade perante a lei. Naturalmente esse ato é, por si só, imoral.*

3. O que fez o **inc. LXXIII do art. 5º da CF/88** foi incluir, como **patrimônio** defensável por meio da **ação popular**, ao lado do **patrimônio público econômico**, também o **patrimônio ambiental**, o **patrimônio histórico-cultural** e o **patrimônio moral**.

4. Permanece, no entanto, a **dúplice exigência da invalidade** e da **lesividade**, e, portanto, os dois aspectos da **antijuridicidade**.

Em outras palavras, o **ato inválido** tem de produzir, com seu **objeto**, um **resultado danoso**, isto é, um **atingimento antijurídico** de um desses **patrimônios**.

4.1. Nesta linha, permanece sem proteção, através da **ação popular**, o **ato legal**, praticado mediante **suborno** (cf. Caio Tácito, *Moralidade Administrativa*, RDA 218: 09/10).

4.2. Outrossim, como o *caput* do art. 37 da CF distingue entre **legalidade, moralidade e eficiência**; e os arts. 70 e 74, II, ainda identificam, em separado, a **legitimidade**, a **economicidade**, a **eficácia** e a **eficiência**, é certo que cada termo está em sentido estrito e próprio.

4.3. Não se poderá, outrossim, aceitar que, pela **ação popular**, se adentre o círculo central da **discricionariedade política** ou **objetiva**, se não houver **ilegitimidade**, que é uma forma de **ilicitude**; nem **lesividade**.

5. Ademais, a eleição da **moralidade administrativa** como bem juridicamente tutelável não poderá significar que qualquer forma de **ilegalidade**, seja um atentado àquela **moralidade**, sob pena da inutilidade da enumeração dessa universalidade patrimonial, fazendo que passasse a ser exigível, como condição da **ação popular**, apenas a **invalidade**.

5.1. Assim sendo, quando o **inc. LXXIV do art. 5º da CF** enuncia **moralidade administrativa**, está tratando, efetivamente, da **ética na administração**, e que se subsume na **moralidade geral**, na **proibidade**, na **honestidade**, abrangendo, *stricto sensu*, o que o já mencionado Welter, citado por Antônio José Brandão (**Moralidade Administrativa**, RDA 25: 459), descreve como a **moralidade institucional**, num conjunto composto, portanto, pela distinção entre o **bem** e o **mal** e pelas regras da **boa Administração**.

5.2. É, enfim, o conjunto formado pela **Moral Geral** e pela **Deontologia Específica da Administração Pública**.

5.3. Se estivermos tratando de **moralidade governamental** em geral, os mesmos conceitos devem ser aplicados ao **exercício do poder legiferante**, em relação ao qual à **Moral Comum** se somaria a **Ética do Legislador**.

6. Assinale-se ser preocupação comum a de evitar-se que se caia, como expressa José Carlos Barbosa Moreira (*Rev. Proc.*, 61: 107 e s.) em um "subjetivismo total"; e, no dizer de Rodolfo de Camargo Mancuso (**Ação Popular**, São Paulo, RT, 2. ed., 1996, p. 93), predomina o cuidado de que não haja excessos que degenerem em perquirições indevidas no **puro mérito do ato administrativo**, ou nas verdadeiras **opções político-administrativas inspiradas pelo bem comum**".

### 6.1. Observa Barbosa Moreira (*ib*):

*Onde a expansão é mais notável é no ponto em que a Constituição usa a expressão 'moralidade administrativa'; aqui se trata de verdadeira inovação. Devo porém fazer uma ressalva: a meu ver, continua sendo exato que todas essas hipóteses de cabimento só prevalecem para os casos em que se pode alegar, no ato que se impugna, algum vício de legalidade. A ação visa a anular o ato. O ato só pode ser anulável quando contenha algum defeito jurídico. Não bastaria ao autor popular afirmar que o ato atenta contra a moralidade administrativa; é preciso que se conjugue isso com a indicação de alguma infração à disposição de lei – lei em sentido lato, qualquer norma jurídica; do contrário, cairíamos aqui num subjetivismo total, e isso, evidentemente, não é desejável, porque daria margem a aventuras judiciais.*