

DOCTRINA

AS PRÁTICAS ADMINISTRATIVAS E O CONTROLE DA MORALIDADE

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO *

Organização e coordenação administrativa. Legalidade versus moralidade. O controle da legalidade. Exação nas práticas administrativas. Liberdade e função de governar. A evolução da moral no direito. A correção dos excessos. A conveniência e a oportunidade. O direito e o fato. A escola francesa. Institucionalização da administração. O fato-fim na legalidade. Situações de lesividade. A prova como elemento fundamental.

Na verdade, não há disciplina de conhecimento humano que não tenha a sua importância para a administração. Como não há problema administrativo que não tenha importância para todas e quaisquer disciplinas científicas ou não científicas. De plano, e no geral, a vinculação que abrange a teoria do Estado busca a participação das ciências sociais, da política, da história, da antropologia, da sociologia, da psicologia social, da economia, dos negócios privados e, sobretudo, da moral.

Está o conceito de administração tão ligado ao conceito de Estado ou de governo, que o fenômeno real da *administração pública* só pode ser entendido através de dois fatos definidores:

a) Administração *pública* é organização e direção de uma coletividade social, orientada para fins políticos de governo;

b) Administração *pública* é arte, ciência e técnica ao mesmo tempo, aplicada à solução de problemas de vida comunitária.

Observando bem, não é nada fácil, diante do fato *administração*, definir-se o indefinível. O que se sabe é que, onde há governos, Estado de

* Professor de direito administrativo na Universidade Federal do Paraná.

direito, leis e regulamentos, normas jurídicas, conveniência coletiva, há por certo *tipos de organização* capazes de aliviar os antagonismos, favorecer as igualdades, assegurar os direitos, proteger as liberdades.

Investigadores, juristas e administrativistas, numa verdade se harmonizam: administração, na sua forma substantiva, é *ordem constituída*, natural, jurídica, social, econômica e moral. Pouco importa, no entanto, a tônica das regras aceitas e consagradas. O que passa a ter importância fundamental outra coisa não é que o fato da organização político-constitucional.¹

Ainda que ambos os significados definidores sejam imprecisos, há a notar no Estado e, em consequência, na administração pública, condicionamentos que apontam implicações comuns, que trazem obrigações iguais, que limitam a livre manifestação da vontade, ou que estabelecem deveres de uma parte e de outra, entre os que governam e os que são governados. Nessa linha de separação reside o que é legal do que não é, o que é moral do que não é.

2. *Organização e coordenação administrativa*

É de perguntar-se: como entender a organização política sem organização de coordenação administrativa? Como explicar a coordenação na ordem jurídico-administrativa sem hierarquia de fins e de funções, sem um sistema estrutural e de atividade coerente? Como entender um sistema estrutural sem unidade de gestão administrativa? Como explicar a gestão administrativa sem uma atividade nominada de atos e de serviços? Como entender atos e serviços fora de regime de competência funcional ou sem meios que busquem os fins? Sem dúvida, cabe ao Estado entender as *regras*, sentir os *princípios* e dar ajustamento às *formas*.²

1 Na investigação do fenómeno *administração* consultar: Bielsa, Rafael. *Ciència de la administració*. Rosario, 1937; Waldo, Dwight. *Estudio de la administración pública*. Trad. de J. Maria Arreño. Madrid, 1961; Marx, Fritz Morstein. *Elements of public administration*. New York, 1946; Guzman Valdivia. *La ciencia de la administración*. México, 1966. White, Leonard D. *Introduction to study of public administration*. New York, 1939; Willoughby, W. F. *Principles of public administration*. Washington, 1927; Gaus, John M. *Reflections of public administration*. Chicago, 1947; A. Gordillo, Agustín. *Introducción al derecho administrativo*. Buenos Aires, 1966; Mosher, Frederick & Cimmino, Salvatore. *Elementi di scienza dell'amministrazione*. Milano, 1959; Valina Velarde. *Derecho administrativo y ciencia de la administración*. Madrid, 1962; Lessona, Silvio. *Introduzione al diritto amministrativo*. Bologna, 1960; Trevijano Fos, José Antonio Garcia. *Principios jurídicos de la organización administrativa*. Madrid, 1957; Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y del estado*. México, 1958.

2 Franco Sobrinho, Manoel de Oliveira. Introdução à teoria do órgão no direito administrativo. *Separata de la Revista de Ciencia Administrativa*, Año XIV, n.º 34, La Plata, 1971. Consultar para orientação de posição doutrinária: Ardan, Gabriel. *Technique de L'etat*. Paris, 1953; Ortiz Dias, José. *El principio de coordinación en la organización administrativa*. Sevilla, (sd); Franco Sobrinho, Manoel de Oliveira. *Ensaio sobre a mecd-*

É esse precisamente o momento em que o Estado organizado politicamente e coordenado administrativamente passa a *poder*, isto é, a ter atividades e funções, a ser o administrador de bens e coisas públicas, a tutelar nas relações particulares, ou a exercer plenamente privilégios de soberania e prerrogativas primaciais de natureza constitucional.

Ainda que haja preeminência do princípio de poder sobre o princípio de liberdade, isso não quer dizer que as regras e as formas não conduzam a administração no seu trabalho, nem que a legalidade se imponha entre o livre exercício administrativo e os direitos do indivíduo.

E legalidade aqui significa *direito*, ou a lei na sua melhor, mais exata, expressão jurídica. O direito, todavia, como uma realidade necessária, tanto do ponto de vista moral-espiritual como técnico.³ Harmonizando, como problema cardial, a relação entre a vontade e a norma legal; qualificando o poder político-administrativo pela sua base de legitimidade.

Como sucede com todas as sociedades politicamente organizadas, da legitimação do poder decorrem na sua exteriorização os conceitos de justiça e de legalidade, de normatividade e de moralidade. Nada há de falso no costume que é moral, na igualdade jurídica que se faz moral. É evidente, no entanto, que na ordem pública só interessa a moralidade como medida, não o amoral ou o imoral que são pressupostos individuais da pessoa humana.

3. *Legalidade versus moralidade*

Não há propriamente uma teoria para a figuração jurídica da moralidade administrativa. Os que pretendem construir algo de concreto em torno do fato-moral falecem nos seus propósitos, pois na sua subjetividade as próprias leis se fazem morais. No plano da eficácia, também a forma da norma legal exige que o interesse público seja um interesse moral.

Não se pode, contudo, afirmar que a noção de moralidade exceda à noção de legalidade. Não é sim, na vida social. O que se espera, no uso de uma faculdade maior, é que a administração, ou o Estado, através de manifestação da vontade administrativa, apesar de justificáveis motivos determinantes, não considere desiguais situações que devam ser iguais.

O interesse público não é de alguns por ser de todos. Na afirmação, categórica por excelência, assenta uma regra coercitiva universal de conduta.

nica política do estado. Rio de Janeiro — Curitiba, 1965/69; Cavalcanti, Themístocles Brandão. *Teoria do Estado*. Rio de Janeiro, 1969; Mendez, Aparicio. *La teoría del órgano*. Montevideo, 1969; Heller, Hermann. *Teoría del Estado*. Trad. esp. México, 1942.

³ Heller, Hermann. op. cit. p. 217.

O que se impõe, face a ilimitação discricionária estatal, é que os casos particulares não se motivem na legalidade, mas que ao menos se afirmem por meios que não firam a moralidade administrativa.⁴

Certamente torna-se difícil num ato de manifestação unilateral de vontade distinguir-se o valor jurídico positivo do valor moral abstrato.⁵ A fraude, como o desvio de finalidade, a competência, como o exercício do arbítrio, são fatores imponderáveis que não permitem uma correta adequação para o problema da legalidade *versus* moralidade.

Tantas são as operações administrativas, tão variadas se apresentam que, podendo atacar as situações jurídicas existentes ou criar outros direitos e novas obrigações, hão de merecer por isso o respaldo legal, ou então, em alguns casos, o *controle da legalidade*. Não se trata, possivelmente, de uma medida apriorística e não conforme ao que diz a lei.

4. O controle da moralidade

Dirão alguns administrativistas menos avisados que não passa de utopia qualquer tipo de controle do ato administrativo no tocante ao exame da moralidade. Nossa posição é diferente, e basta lembrar a extensão do poder de polícia para se observar que, entre os meios de ação da administração, o de polícia corresponde de fato a uma atitude pública de natureza moral.⁶

Essa, no entanto, é uma matéria a ser estudada no tempo oportuno. Há os que falam em *proteção da moralidade* confundindo os instrumentos preventivos com os repressivos. Mas para a temática a questão não muda nos seus aspectos de importância doutrinária, pelo contrário, acentua a noção do dever administrativo nas esferas pública e privada.

4 A tentativa de Maurice Hauriou na fixação do valor da moralidade permanece como o dado mais importante para a avaliação do ato administrativo no seu aspecto de legitimidade essencial. Hauriou não discute a rigidez das regras legais nem a permanência do poder discricionário. Chama a atenção, no entanto, para alguma coisa muito velha: a moralidade na administração (ver *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris, 1927. p. 420). Sem dúvida, o alertamento do ilustre jurista francês trouxe, como disse Antonio José Brandão, mais elementos para o estudo da "natureza funcional da atividade administrativa" (ver *Moralidade administrativa*. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 25/458).

5 As dúvidas de Marcel Waline são justificáveis. Negando a operação *moralidade*, ele a afirma de maneira a não se desacreditar do elemento no ato-fato administrativo. Considere-se, portanto, a falta de motivo, o erro de fato, a teoria da causa, o desvio de poder em si, o movel pessoal, a intenção apenas política, a fraude, o descaminho processual, e conclua-se com o professor de Paris, que o fator moral merece a devida análise (ver *Traité élémentaire de droit administratif*. Paris, 1950. p. 140-3; *Droit administratif*. Paris, 1963. p. 489).

6 Bandeira de Mello, Celso Antônio. Apontamentos sobre o poder de polícia. *Revista de Direito Público*, Vol. 9/67.

São faculdades que em muitas ocasiões extravasam até do fundamento legal. E qual será o motivo desse extravasamento? O moral, sem dúvida! Reprimindo-se tudo aquilo que contraria o critério ético e social dominante, o que se está defendendo é a pacífica convivência humana. E não só isso como também os valores que afetam o patrimônio moral.⁷

Subtrair de análise a moralidade do ato administrativo jamais será o método mais fácil para o exame da sua legalidade. Quanto ao controle, dadas as condições legislativas, o critério moral torna-se hábil no que diz com a boa gestão dos bens patrimoniais públicos.⁸ Da orientação se depreende que, aqui, a administração não pode fugir da boa gestão.⁹

Não há por que não entender o controle da moralidade na área jurisdicional própria. Já que se exige da administração obediência à lei, preciso se faz que a norma legal aplicada sofra as correções necessárias quando chega para prejudicar, distinguir, distorcer, inovando situações pouco condizentes com a vida dos direitos, ou então, com a ordem jurídica.

5. *A exação nas práticas administrativas*

Qualquer aproximação do direito da lei com a moral apenas fortalece a ordem jurídica. Num sistema de garantias, como o são todos os sistemas jurídicos não obstante a orientação política, os valores se confundem quando se trata do Estado em função de governo. E nisto o pensamento doutrinário e a realidade social se identificam na ação administrativa.¹⁰

⁷ Fleiner, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*. Trad. esp. Barcelona, 1933. p. 318/9.

⁸ "Tal como se delinea o texto da Constituição, impõe a interferência do judiciário em setor relevante, até aqui quase e totalmente subtraído ao seu controle: o da moralidade do ato administrativo" (Seabra Fagundes. Da ação popular. *Revista de Direito Administrativo*, vol. VI/19).

⁹ "Do contexto se depreende que, aqui, não se trata da administração como entidade pública, mas da chamada gestão administrativa, que consiste em aplicar normas de direito público, satisfazer interesses gerais mediante serviços burocráticos apropriados e exercer poderes de polícia dentro dos próprios fins assinalados ao poder público pela função administrativa. É a referida gestão que, para ser boa, dos administradores requer, por um lado, o exercício do senso moral com que cada homem é provido, a fim de usar retamente — para o bem, entenda-se — nas situações concretas trazidas pelo quotidiano, os poderes jurídicos e os meios técnicos" (Brandão, Antônio José. *Trab. cit. loc. cit.* vol. 25/459).

¹⁰ Apesar das diferenças conceituais: Welter, Henri. *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*. Paris, 1929; Fuller, Lon L. *The morality of law*. New Haven/London, 1964.

Afastar um valor do outro, o jurídico do moral, é tarefa das mais complexas. Já na sua origem, o conceito de lei é um conceito natural e moral.¹¹ No entanto, o que se quer, chama-se preservação da norma legal quando aplicada. Disso depende a ordem pública, o respeito social pelas instituições. A verdadeira sabedoria consiste em saber até onde a lei pode chegar, até onde o administrador pode ir.

Ninguém ousa defender o desaparecimento da discricionariedade administrativa. Sabe-se que os órgãos administrativos não podem, de modo algum, elaborar um código de conduta não discricionário, específico e simples. Mas sem dúvida que a proteção fundamental dos direitos repousa tanto em processos formais como nos padrões éticos da administração e agentes públicos, "na sua concepção de interesse público e do uso do poder a eles confiado".¹²

O que se quer defender, contudo, é a lisura ou a exação nas práticas administrativas, o policiamento moral na aplicação das leis, as maneiras formais de controlar o uso do poder discricionário, o direito de provocar o exame judicial fundado na não-moralidade do ato prejudicial, dirimindo litígios entre particulares e a administração, amortecendo os conflitos que, pela independência dos poderes, escapam à tutela jurisdicional.

Se a matéria é de prova, os chamados motivos determinantes improcedem,¹³ não existem de fato, ou passam a ser ilícitos e não morais. Legal um ato, mas não de interesse geral, a legalidade só não basta. Eis que no mérito apresenta negativo conteúdo substancial. A importância do elemento *fin* transcende a simples teoria dos motivos. Não porque esse fim não seja permitido em lei, mas porque não se legitima pelo que pretende atingir.

6. *Liberdade e função de governar*

Até agora a doutrina se manteve alheia a explicações que possam contrariar algumas teses consagradas. Com o avanço jurídico, científico e técnico

¹¹ Fuller, Lon F. *Legal morality and the concept of positive law* (p. 106), *The aspiration toward perfection in legality* (p. 41), *Legal morality and natural law* (p. 95). A moralidade no dever, a moral como aspiração, leva a um conceito distributivo de justiça, respeitando a isonomia no direito individual.

¹² White, Leonard D. O serviço público no mundo de após-guerra. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 17/3. Traduzido da *Revue Internationale des Sciences Administratives*, n.º 1, por Francisco de Assis Andrade.

¹³ Releva anotar, para melhor compreensão, as posições não contraditórias, assumidas por Ernst Freund e Gaston Jézé (ver *Administrative powers over persons and property*. Chicago, 1939. p. 71; *Principes généraux de droit administratif*. vol. III, Paris, 1925/26. p. 210-76).

do direito administrativo, as situações são outras, bem diferentes daquelas que só atendiam aos reclamos dos direitos estatais.¹⁴

O direito administrativo de hoje guarda no seu desenvolvimento uma enorme distância daquele direito que nasceu da Revolução Francesa. Portanto, não está aí para observar e apenas disciplinar as observações. É relacional por excelência, dinâmico por natureza, ativo por necessidade.¹⁵

Há heranças, porém, que ficaram estreitas nas teorias e no pensamento doutrinário. Heranças de fatos que se fizeram institutos e que ficaram na história, plenamente justificadas no século XVIII, e que passaram a ser uma tendência dominante na evolução do direito público e político.

A liberdade administrativa de gestão, para melhor execução de serviços, permitiu ao Estado inserir no contexto de política de administração algumas figuras que se tornaram clássicas e não discutidas, figuras que com o tempo assumiram enormes proporções no conceito da função de governar. Integradas na ordem jurídica, impondo-se ao comportamento administrativo, a influência que passaram a ter, desvinculando certos tipos de atividade, não se limitou conseqüentemente a âmbitos determinados, mas abrangeu extensos campos de auto-iniciativa ou de livre decisão.

7. *A evolução da moral no direito*

Observe-se que o ato administrativo, protegido pela discricionariedade, não poucas vezes agride situações jurídicas relacionais estáveis, sobretudo quando se exterioriza através de espírito legislativo, passando à intocabilidade pois que fica fora de qualquer função revisora corretiva.

Quando atinge, no entanto, características disciplinadoras do interesse público, ainda que imperfeito formalmente dele não se espera soluções que

14 Achamos imprópria a expressão *direitos estatais* ou direitos do Estado. Em qualquer *regime administrativo* o binômio é: administração X administrado. A relação jurídica, que traz obrigações, força posições diferenciadas. Ainda mais que o Estado integra a ordem social constituída, e não está fora dela. Inclusive, nas relações privadas, o Estado é pessoa jurídica. A condição de supremacia, em dadas circunstâncias, é apenas uma condição política.

15 A posição de Entrena Cuesta assim demonstra. Duas verdades hão de ser praticamente entendidas: a dos sistemas de estruturação da organização administrativa e a das fontes subsidiárias e indiretas do direito administrativo. Entretanto, contrariando o professor de Barcelona, não acreditamos que apenas o intervencionismo estatal tenha sido a causa do nascimento do direito administrativo, pois ele surgiu de uma ordem de exigências que é uma ordem histórica (Consulte-se: *Curso de direito administrativo*. Barcelona, 1970; e também Fleiner, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona, 1933. trad. esp. p. 31; Sánchez Agesta. *Derecho político*. Granada, 1957. p. 567).

não as da conveniência geral. Não se trata aqui, por certo, de exceções que ocorrem nos regimes de legalidade revolucionária.¹⁶

O que se quer, com a evolução da moral no direito, principalmente nos casos concretos, é que a regra discricionária na sua operação de ação administrativa corresponda à providência pública, ou esteja firmada em motivos superiores coincidentes com uma situação de fato.¹⁷

Discricionariedade e arbitrariedade, poder discricionário e poder administrativo, desvio de poder e matéria de fato, vícios do ato administrativo e moralidade, juridicidade e legalidade, são alguns pressupostos que se materializam após as indispensáveis razões de causa.

Todas essas noções não são noções equivalentes.¹⁸ No entanto, quase sempre, é difícil uma exata distinção conceitual. Em certos atos de natureza evidentemente pública, não é fácil dizer onde atua o arbítrio ou a discricção, onde o poder se faz discricionário ou arbitrário.

8. *A correção dos excessos*

Na questão de moralidade os equívocos de há muito foram sanados pela doutrina.¹⁹ O que se procura não é desconhecer realidades excepcionais que obrigam a uma mais enérgica ação governamental, mas que os atos administrativos não se subtraíam às imposições naturais dos direitos.

Nada tão simplista, face às dificuldades que se encontram, como qualificar um ato sem tentar classificá-lo na ordem jurídica, sem nenhuma análise da condição de sua aplicabilidade, deixando a administração livre para baixar ordens ou proibições, alienar ou adquirir funções não previstas.

Correção dos excessos não motivados, eis o fulcro da questão! Qualquer que seja a forma por que se exterioriza a discricção administrativa, deseja-se que a faculdade assuma dois aspectos: de imprevisível dever e de imposição pública.

¹⁶ O mérito das leis políticas não traz prejuízo para a juridicidade das leis administrativas. No Brasil, os Atos Institucionais n.ºs 2 e 5 abriram exceções que comprovam a tese da legalidade e da moralidade. São imposições transitórias, necessárias à normalidade do processo histórico, por onde o que se nega é afirmativo da realidade no direito (Franco Sobrinho, Manoel de Oliveira. *História breve do constitucionalismo no Brasil*. Curitiba, 1970).

¹⁷ Acreditamos que assim seja, pois a lição de João Leitão de Abreu é bastante convincente nos termos em que está proposta a tese (A descrição administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 17/18).

¹⁸ A. Prat, Julio. *De la desviación de poder*. La teoría de la moralidad administrativa. Montevideo, 1957. p. 249.

¹⁹ Vedel, Georges. *Cours de droit administratif*. Paris, 1953/54. p. 178.

Entenda-se por dever imprevisível uma obrigação imediata não esperada, mas com suporte na exação administrativa. Compreenda-se por pública imposição o fato que atinge áreas determinadas de interesse social, coletivo ou comunitário.

Nisso não vai o direito do particular, individual ou pessoal, nem o interesse privado protegido, nem a indevida aplicação do direito vigente, pois, outras são as regras, os princípios, as normas. A omissão legal jamais será um critério administrativo, mesmo corporificada.

9. *A conveniência e a oportunidade*

Como artifício, a omissão legal, abstraindo o ato da lei, é dos mais ruinosos para a ordem jurídica. Não é sequer discricção ou liberdade de aplicar a lei. Não fossem as funções devidamente limitadas e resguardadas, poder-se-ia compreender o Estado criando privilégios no regime de legalidade. De mais a mais, conveniência e oportunidade não são condições que se desprezem. Aparecem para a administração num mesmo momento. No entanto, na ordem jurídico-pública, nem sempre a oportunidade recomenda a conveniência, nem a conveniência passa a ser oportunidade.²⁰

Tantas são as sutilezas que a discricção se desvirtua constantemente nos excessos de ação administrativa. Daí a insegurança jurídica com respeito à omissão legal. E omissão que não se resolve quando fere, mesmo quando haja apelo permissível às instâncias de hierarquia superior.²¹

Não é cabível, por certo, na esfera administrativa, avaliar-se objetivamente da conveniência ou da oportunidade. Isso leva não à discricionarieidade, mas à arbitrariedade. Consiste a fórmula do equilíbrio apenas numa verdade: o princípio da norma legal para dar fundamento a qualquer medida do poder público contra o indivíduo.

Considerando que a legalidade se compreende não só nas regras resultantes dos textos escritos, senão também nas regras de costume aceitas como princípios sociais, há de se compreender que o problema vincula a questão de legalidade a uma correspondente questão de fato.²² Nesta vasta área vazia de conteúdo jurídico emerge a moralidade.

²⁰ Wei Teng Ling. *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le contrôle juridictionnel en droit français*. Lyon, 1944. p. 178.

²¹ Quanto ao recurso hierárquico já há um pensamento firmado: Bielsa, Rafael. *El recurso jerárquico*. Rosario, 1939; González Perez, Jesus. *Los recursos administrativos*. Madrid, 1969; Puchetti, Antonio Corrado. *Il ricorso gerarchico*. Padova, 1938; A. Gordillo, Agustín. *Procedimiento y recursos administrativos*. Buenos Aires, 1971. Os problemas são simples nos reexames administrativos. Não envolvem, pois, complexidades a discutir.

²² Duez, Paul. *Les actes de gouvernement*. Paris, 1935; A. Prat, Julio. op. cit. p. 256.

10. *O direito e o fato*

O círculo da moralidade, na hipótese, resulta menor que o círculo da legalidade. Está dentro do direito e não fora dele, a se fazer sentir nos diferentes graus de ação administrativa, sensibilizando a ordem jurídica no que tem de comum com os atos de gestão ou de governo.

Dispensável, portanto, por imprudente num sistema de garantias, recorrer-se para justificar a discricção a uma noção mais ampla de legalidade,²³ pois legalidade é o que ela é. Mais uma questão de direito que uma questão de fato, ao passo que a moralidade, quando aparece, se impõe mais como uma questão de fato.

No desvio de poder, por exemplo, a administração utiliza seus poderes para perseguir um fim distinto do fim legal. Como tal merece ser censurada em virtude dos princípios de boa administração? Sim, entendendo que o desvio de poder possa provocar uma ilegalidade, ou então, uma infração que conduz à não-moralidade administrativa.²⁴

O terreno de estudo é demasiadamente movediço para soluções de prática objetiva. A discricionariedade permitida, quando se complementa pelo abuso de poder, passa a ser arbítrio bem caracterizado. E assim, qualquer análise mais profunda leva ao princípio da moralidade, sem a apreciação do qual falham plenamente os controles jurisdicionais.

Ressalve-se que o fim do direito administrativo moderno, positivo, é o de conferir aos direitos individuais uma garantia bastante que não conflite com interesses que apareçam opostos. Para satisfazer essa complexa posição dupla no sentido da experiência histórica, compete ao Estado assegurar de um lado os serviços e de outro os direitos do administrado.

11. *A escola francesa*

Não há dúvida que existem posições doutrinárias que urgem ser revistas. A tese verdadeira, coincidente com a harmonia dos sistemas jurídicos, equacionada em termos de realismo, foi necessariamente a francesa, por onde as regras legais aparecem dos princípios gerais de direito.²⁵

Corrigir certas distorções no princípio da legalidade é o trabalho do jurista. Marcar as diferenças entre a discricionariedade e o arbítrio, a mis-

²³ Waline, Marcel. *Traité élémentaire de droit administratif*. Paris, 1950/52, p. 127-213.

²⁴ A. Prat, Julio. op. cit. p. 264.

²⁵ Hauriou, Maurice. *Précis de droit administratif*. Paris, 1938. p. 419-20.

são do juiz. Não pode o Estado, em razão de diretrizes apenas políticas, sobrepor-se ao direito na sua relação administrativa.

Concretamente, na sua terminologia, a questão se apresenta da maneira mais simples: a da violação da lei na sua aplicabilidade, ou então, das condições em que é exercido o poder administrativo, distinguindo-se os limites, ou as limitações, que possam incidir sobre a norma administrativa, ou melhor, sobre o ato administrativo.²⁶

Dois pontos se fazem aqui importantes:

a) aquele que diz com a competência e o vício de forma e que interessa à legalidade extrínseca do ato;

b) aquele que aponta a violação legal e o desvio de poder e que interessa à legalidade intrínseca.²⁷

O que se iniciou com a orientação do pensamento francês está a exigir melhor acomodação jurídica com a realidade da administração no plano das suas variadas atividades. É fácil, bastante fácil, para que se impeça a correção de qualquer ato, apelar para a competência discricionária. Não é exato, no entanto, que essa competência não seja delimitada na sua expressão de valor, isto é, nos efeitos de manifestação exterior.

Quanto ao fim, como resultado último, já não envolve uma simples presunção, mas a própria moralidade administrativa. E isso considerando que o ato executado, no seu fim portanto, não pode ser controlado pela administração.²⁸ Ao contrário do que se possa pensar, as regras internas que regulam o ordenamento administrativo são regras de moralidade administrativa.

12. *Institucionalização da administração*

Relembre-se que para cumprir os seus fins da maneira mais eficaz, institucionalizou-se a administração. Essa institucionalização visa sobretudo a existência de um poder, o administrativo conseqüentemente, cuja obrigação é a de servir a coletividade.

²⁶ Consultar a obra pioneira de Recaredo de Velasco. *El acto administrativo*. Madrid, 1929. E A. Gordillo, Agustín. *El acto administrativo*. Buenos Aires, 1969.

²⁷ A. Prat, Julio. op. cit. p. 167.

²⁸ Welter, Henri. op. cit. p. 61.

Caracteriza-se, assim, o poder administrativo, pela disciplinação dos meios técnicos e legais, pela tutela e especificidade dos recursos, e pela jurisdição administrativa. Onde essa jurisdição não está plenamente manifesta, as questões não se apresentam fáceis de equacionar.²⁹

Em matéria de fim, portanto, a administração não é discricionária. A noção de moralidade administrativa alcança nesse passo uma importância que vai além do princípio da legalidade, para se estender, de plano, à deontologia vinculada a um controle superior.

Exato que não se deva dar um sentido único à noção de moralidade administrativa. Ela muda conforme as estruturas e em razão da institucionalização da administração, ou conforme a organização do Estado e os seus princípios básicos de orientação política.

Assegurada a administração, no entanto, como instituição distinta, a posição doutrinária é outra.³⁰ São as regras e os princípios próprios que lhe dão existência orgânica, com autonomia. Generalizando, porém, ou particularizando se for o caso, valem as normas internas.

13. *O fato-fim na legalidade*

Desde que a lei não possa dar às coisas senão uma indeterminada e vaga orientação, a tutela da moralidade aparece como princípio disciplinador, em oposição à liberdade de ação administrativa. Mas se a lei diz com clareza o que pretende, essa tutela também é válida desde que se caracterize o desvio ou o excesso de poder, levando a administração à responsabilidade.

Apenas uma questão pode assumir uma importância transcendental: a de saber até onde pode chegar o exame da moralidade administrativa, e isso tendo em conta nada ter ela com a moral comum.

A legalidade, pela rigidez com que é conceituada, ou pela rigidez de suas normas explícitas, não penetra obviamente no campo psicológico das intenções do administrador. Mas a moralidade, ou a moral, essa influi con-

²⁹ Na doutrina: Franco Sobrinho, Manoel de Oliveira. *Introdução ao direito processual administrativo*. São Paulo, 1971; Alessi, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo*. Milano, 1958; Andréadés Stratis. *Les contentieux administratifs des états modernes*. Paris, 1954; Foligno, Dario. *L'Attività amministrativa*. Milano, 1966; Garbagnati, Edoardo. *La giurisdizione amministrativa*. Milano, 1950; Villar y Romero, José Maria. *Derecho procesal administrativo*. Madrid, 1948.

³⁰ A. Prat. Julio. op. cit. p. 250. Considera Prat que a crítica a Hauriou foi injusta, pois o mestre francês foi exato na exposição teórica.

siderando o *fato-fim* no domínio da própria legalidade.³¹ De modo geral, aliás, a lesividade produzida pelo ato só pode ser apreciada na oportunidade da sua execução.

14. *Situações de lesividade*

O ato lesivo, iminente de produzir lesão, ou a *lesividade* na apropriada terminologia legal, o direito violado ou ameaçado de violação, todos o sabemos, leva a processo litigioso-contestatório não importando para a problemática as maneiras pelas quais funcionam ou se dividem as jurisdições.³²

Nos seus diferentes aspectos exteriores, a lesividade, ou o ato taxado de lesivo e que produza lesão, provoca efeitos que conduzem a distintas situações, com respeito:

- a) ao direito vulnerado, objetivo ou subjetivo;
- b) ao prejuízo individual, particular e pessoal do administrado;
- c) à violação conjunta de direitos ou interesses;
- d) à legitimação ou não de partes em face da natureza peculiar ou singular da vulneração do direito.³³

A vigência das normas de direito público ou de direito privado indicará em cada caso concreto a qual categoria pertence o direito ou o interesse protegidos, na oportunidade violentado ou então simplesmente ameaçado de iminente violação.

Pondere-se, no entanto, para melhor exatidão no conceito de lesividade, que a ordem jurídica ou tudo aquilo que ela garante aos indivíduos, aos grupos, às classes, às coletividades, *prima facie* é que é a atingida com o ato na sua essência de caráter administrativo.

³¹ A tese de Hauriou contou com alguns sábios discípulos: Renard, Georges. *Théorie de l'institution*. Toulouse, 1924; Vedel, Georges. *Cours de droit administratif*. Paris, 1953/54; e Welter, Henri. *Le contrôle*. Com o prólogo de Renard. Paris, 1929.

³² Franco Sobrinho, Manoel de Oliveira. *Introdução ao direito processual administrativo*. Terceiro Caderno. *Direito, Administração e Administrado*. p. 249-360.

³³ Ver Guaita, Aurelio. *El proceso administrativo de lesividad*. Barcelona, 1953. p. 42 e seg.

Definida a infração de disposições administrativas como força legal,³⁴ abre-se de imediato a providência recursal. Quanto à administração há que demonstrar o seu direito subjetivo afirmado na lei. No tocante ao administrado, as dificuldades são de prova.

15. *A prova como elemento fundamental*

Examinar os móveis, os motivos da administração, por si própria ou pelos seus agentes, é uma tarefa complexa e difícil, quase praticamente impossível. Investigar o pensamento do administrador, outro esforço de convencimento extremamente difícil.³⁵

Para isso, sem dúvida, intervém na medida legal permissível o elemento de capacidade probante procurando-se, em cada caso, nos recursos de procedimento, indagar-se a intenção subjetiva da administração, ou quais os elementos intrínsecos que atuaram na formação da vontade.

Mas o melhor caminho para a revisão de certas idéias doutrinárias será a revisão dessas mesmas idéias. Ainda que a teoria da moralidade administrativa houvesse feito adversários, não conseguiu sensibilizar senão algumas opiniões de inuvidosa expressão científica.³⁶

Mas a história do direito administrativo, e dos seus princípios elementares básicos, tem sido esta: uma procura constante de materialização, de normatização, de positividade, de sistematização; de ordenamentos jurídicos que submetam a administração à ordem jurídica.

No domínio entre a legalidade e a moralidade também as diretrizes consubstanciam-se numa tendência à normalização de regras imperativas, categóricas, de tal modo que, nos conflitos contenciosos, possa o administrado *provar* o que realmente determinou a ação administrativa.

³⁴ Guaita. op. cit. p. 52.

³⁵ A. Prat, Julio. op. cit. La prueba de la desviación de poder. p. 239.

³⁶ Basta lembrar, pela importância, Renard, Vedel e Welter.