

CONTROLE DE LEGALIDADE DOS ILÍCITOS ATÍPICOS: UMA ANÁLISE PAUTADA NO FUNDAMENTO REPUBLICANO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ewerton Ricardo Messias¹
Geilson Nunes²

RESUMO

A presente pesquisa objetiva verificar a necessidade de afastamento do mundo jurídico, por meio do controle de legalidade dos atos administrativos, de eventuais Ilícitos Atípicos que estejam relativizando de forma inconstitucional e ilegal a dignidade da pessoa humana de servidores públicos. Para tanto, inicialmente serão analisadas as seguintes questões: as finalidades legais da Sindicância; a vinculação da Sindicância aos princípios da legalidade e da moralidade administrativa; e a questão dos Ilícitos Atípicos e a sua existência e de seus efeitos no mundo jurídico. Para a obtenção dos resultados almejados pela pesquisa, os métodos de abordagem e de procedimento a serem seguidos serão, respectivamente, o empírico-dialético e o bibliográfico. Em conclusão, aponta-se para a necessidade de anulação dos atos administrativos que se revelem como Ilícitos Atípicos, seja pelo Poder Executivo, seja pelo Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: controle de legalidade; dignidade da pessoa humana; ilícitos atípicos; legalidade; moralidade.

¹ Universidade de Marília – UNIMAR, [ORCID](#)

² Centro Universitário UNITRI, [ORCID](#)

LEGALITY CONTROL OF ATYPICAL ILLICITS: AN ANALYSIS BASED ON THE REPUBLICAN FOUNDATION OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON

Ewerton Ricardo Messias
Geilson Nunes

ABSTRACT

The present research aims to verify the need to withdraw from the legal world, through the control of the legality of administrative acts, of any Atypical Illicits that are unconstitutionally and illegally relativizing the dignity of the human person of public servants. To this end, the following issues will initially be analyzed: the legal purposes of the Inquiry; linking the Inquiry to the principles of legality and administrative morality; and the issue of Atypical Illicits and their existence and their effects in the legal world. To obtain the results desired by the research, the methods of approach and procedure to be followed will be, respectively, the empirical-dialectical and the bibliographic. In conclusion, it points to the need to annul administrative acts that prove to be Atypical Illicit, either by the Executive Power or by the Judiciary.

KEYWORDS: control of legality; dignity of human person; atypical illicit; legality; morality.

1 INTRODUÇÃO

Com a Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana foi erigida ao nível de fundamento da República Federativa do Brasil. Significa dizer que a dignidade da pessoa humana é um valor fonte de todo sistema constitucional brasileiro, o qual, portanto, deve ser observado em todos os atos praticados pelos órgãos dos três Poderes Constituídos da União.

Diante de tal situação fático-jurídica, surge um problema de pesquisa, o qual pode ser expresso no seguinte questionamento: a relativização da dignidade da pessoa humana do servidor público, civil ou militar, com a sua submissão à investigação e a posterior processo administrativo e/ou penal, por meio dos chamados Ilícitos Atípicos, deve ser afastada por meio do controle de legalidade dos atos administrativos?

Isso porque, diariamente servidores públicos são submetidos às Investigações Preliminares e Sindicâncias, sendo que, no mais das vezes, tais procedimentos investigativos e os eventuais processos administrativos e/ou penais deles decorrentes, podem ter suas instaurações, instruções, relatórios e soluções realizadas por meio dos chamados Ilícitos Atípicos, fato que justifica a realização da presente pesquisa com o fim de alcançar uma conclusão que possa responder ao problema de pesquisa acima delineado, fornecendo, aos operadores do Direito, fundamentos para a realização do controle de legalidade dos atos administrativos, praticados por meio de Ilícitos Atípicos, sem afrotar a cláusula da separação de Poderes.

Assim, a presente pesquisa objetiva verificar, por meio de uma análise cotejada de normas legais e infra legais com a Constituição Federal, com a jurisprudência e com a doutrina, a viabilidade e a necessidade de afastamento do mundo jurídico, por meio do controle de legalidade dos atos administrativos, de eventuais Ilícitos Atípicos que estejam relativizando, de forma inconstitucional e ilegal, a dignidade da pessoa humana de servidores públicos.

Em razão de corte metodológico, voltado a adequar a pesquisa para publicação no formato de artigo científico, a pesquisa terá como foco a análise das regras normativas regulamentares aplicadas aos procedimentos investigativos realizados no âmbito da Administração Pública, visando alcançar conclusões que possam ser aplicadas a todos os atos administrativos investigativos, dos diferentes

órgãos dos Poderes Constituídos, que tenham como finalidade legal a busca da verdade real e o respeito aos direitos do investigado.

Para tanto, inicialmente analisar-se-á as finalidades legais da Sindicância no âmbito da Administração Pública. Em seguida, será estudada a questão da vinculação da Sindicância aos princípios da legalidade e da moralidade administrativa. Por fim, será verificada a questão dos Ilícitos Atípicos, no que se refere à sua existência e efeitos no mundo jurídico.

Para a obtenção dos resultados almejados pela pesquisa, o método de abordagem a ser seguido será o empírico-dialético, sendo certo que serão abordadas no âmbito da pesquisa situações exemplos, sendo a elas aplicadas as regras e os princípios jurídicos pesquisados e estudados ao longo da pesquisa.

O método de procedimento utilizado para a realização da presente pesquisa foi o bibliográfico, utilizando-se de textos doutrinários, legais e jurisprudenciais, além de pesquisas científicas publicadas em periódicos qualificados.

2 DAS FINALIDADES LEGAIS DA SINDICÂNCIA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A BUSCA DA VERDADE REAL E O RESPEITO AOS DIREITOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS ENVOLVIDOS

Inicialmente, para fins didáticos, é necessário esclarecer que, nesta pesquisa, a terminologia Sindicância será empregada para identificar a chamada Sindicância Investigativa e não a Sindicância enquanto processo administrativo disciplinar, ou seja, todas as vezes em que for empregado o termo Sindicância, este estará sendo empregado no sentido da Sindicância Investigativa.

No âmbito da Administração Pública, em que pese a Sindicância ser considerada um procedimento inquisitório e sumário de investigação (Costa, 2010), dentre as suas finalidades, além da determinação de eventual responsabilidade civil e disciplinar, está a determinação e o respeito aos direitos dos servidores públicos envolvidos, conforme se pode verificar do contido nos arts. 143 e 153 da Lei n. 8.112/1990 (Brasil, 1990) replicados nas mais variadas leis estaduais que regulamentam os processos e os procedimentos investigativos administrativos no âmbito dos Estados federados.

Indubitavelmente, o respeito à dignidade da pessoa humana³ do servidor público está entre os direitos que devem ser respeitados nas Sindicâncias e também nos demais processos administrativos a serem realizados no âmbito da Administração Pública.

Afirma-se isso, pois, como disserta Thiago Massao Cortizo Teraoka (2017, p. 526), “a dignidade significa que a pessoa humana deve ser tratada como sujeito de direitos e jamais objeto de direitos. Nenhum indivíduo deve ser instrumentalizado”.

Em outras palavras, o servidor público, civil ou militar, não pode ser entendido como objeto da investigação, mas sim deve ser entendido como sujeito de direitos no âmbito da investigação e, posteriormente, no âmbito de eventual processo administrativo disciplinar decorrente.

O reconhecimento do outro enquanto ser humano parece algo óbvio (Dias, Zambam, & Silveira, 2019). Não bastasse isso, o ordenamento jurídico brasileiro de maneira expressa consagrou tal reconhecimento como preceito constitucional.

Com a Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana foi erigida à condição de fundamento da República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito que é, conforme o contido no art. 1º, *caput* e inciso III, da Constituição Federal de 1988. Significa dizer que a Constituição Federal de 1988 conferiu à dignidade da pessoa humana o *status* de valor fonte de todo sistema Constitucional brasileiro.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana somente pode ser relativizada diante de situações que, fundamentada e provadamente, justifiquem a sua relativização, obedecidos, para tanto, os princípios que regem a Administração Pública, quais sejam, os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Assim, por exemplo, a acusação de um servidor público, com o fim de que seja submetido a um processo, seja ele administrativo ou penal, deve estar lastreada em elementos informativos mínimos de autoria e materialidade, elementos, estes, decorrentes de procedimentos investigativos (Sindicância,

³ Daniel Sarmiento (2016) aponta três diferentes sentidos para dignidade, quais sejam, “dignidade como *status* superior de certas pessoas, pela sua posição social ou pela função que exercem; dignidade como virtude de alguns indivíduos, que agem e se portam de maneira alta; e dignidade como o valor intrínseco, atribuído a cada pessoa humana” (p. 103).

Investigação Preliminar etc.) instaurados, instruídos, relatados e solucionados com observância aos princípios que regem a Administração Pública.

Nesse aspecto, é importante salientar que, em que pese a Sindicância tratar-se de um procedimento inquisitório e sumário de investigação, baseado no princípio da formalidade moderada, ela não se trata de um procedimento arbitrário,⁴ portanto, não pode e não deve ser levada a efeito por meio de arbitrariedades.

A Sindicância no âmbito da Administração Pública deve respeito à legalidade, à moralidade e à eficiência administrativa e, dessa forma, não pode se afastar das suas finalidades legais, dentre elas o respeito aos direitos dos servidores públicos envolvidos e a busca da verdade real,⁵ por meio, dentre outras coisas, da entrevista de pessoas que saibam acerca do ocorrido e da juntada de documentos e provas disponíveis que tenham relação com os fatos.

As citadas finalidades legais devem ser cumpridas por todas as autoridades administrativas que atuam no âmbito da Sindicância e, para tal mister, elas devem sempre observar os direitos fundamentais do contraditório, da ampla defesa e da dignidade da pessoa humana, atuando com base nos valores morais e profissionais exigidos pelo segmento profissional que integram, além de deverem atuar com observância ao princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da eficiência e do interesse público, sob pena de nulidade dos atos administrativos praticados, conforme se verá adiante.

3 DA VINCULAÇÃO DA SINDICÂNCIA À LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

A Constituição Federal de 1988 garantiu aos órgãos do Poder Executivo uma atuação imparcial e livre, no entanto, “balizada necessariamente, pelos princípios constitucionais e pela legalidade dos atos” administrativos, “a fim de manterem-se a independência e a harmonia dos Poderes da República” (Supremo Tribunal Federal, 2020, p. 6).

⁴ A distinção entre ato discricionário e ato arbitrário será abordada em item abaixo sobre os Ilícitos Atípicos e o desvio de finalidade.

⁵ Leilane Serratine Grubba (2017) disserta que a verdade real “é aquela que reivindica a correspondência com o mundo dos fatos” (p. 271). Portanto, a busca da verdade real corresponde à busca do que de fato ocorreu, ou seja, à busca da realidade fática e não apenas processual (verdade formal).

É certo que se por um lado, no exercício de suas atribuições, à autoridade administrativa está assegurado o juízo de conveniência e oportunidade para decidir, por outro lado, a autoridade administrativa:

Deve respeito às hipóteses legais e moralmente admissíveis, pois, por óbvio, em um sistema republicano não existe poder absoluto ou ilimitado, porque seria a negativa do próprio Estado de Direito, que vincula a todos – inclusive os exercentes dos poderes estatais – à exigência de observância às normas constitucionais. (Supremo Tribunal Federal, 2020, p. 6)

Conforme afirma o Ministro Alexandre de Moraes, o ato administrativo,⁶ “mesmo tendo caráter discricionário quanto ao mérito, está vinculado ao império constitucional e legal” (Supremo Tribunal Federal, 2020, p. 6), não é por outra razão que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, *caput*, prescreve que a Administração Pública deve obediência “aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (Brasil, 1988, n.p.).

Conforme as Súmulas 346⁷ e 473⁸ do STF, o controle de legalidade dos atos administrativos pode/deve ser realizado pelo próprio Poder Executivo, diante do princípio da autotutela administrativa, ou pelo Poder Judiciário, caso seja provocado.

Neste ponto, é importante ressaltar que, em virtude de comandos legais, a Administração Pública deve, e não apenas pode, “anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade” (Brasil, 1999, n.p.), conforme preconizam, por exemplo, o art. 53 da Lei n. 9.784/1999 e o art. 10 da Lei Estadual n. 10.177/1998.

Assim, a anulação dos atos eivados de vícios é um poder-dever da Administração Pública que os elaborou e poderá ser feito de forma direta – sob o

⁶ O ato administrativo é uma espécie do gênero ato jurídico, que segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2014) pode ser conceituado como sendo: “declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional” (p. 389).

⁷ A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos (Supremo Tribunal Federal, 1963, n.p.).

⁸ A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles 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 (Supremo Tribunal Federal, 1969, n.p.).

fundamento do seu poder de autotutela, qual seja o de revisar os atos por ela emitidos, podendo revogá-los (conveniência e oportunidade) ou anulá-los (em razão da ilegalidade) (Pinto, 2019, n.p.).

Significa dizer que, por exemplo, diante de eventual notícia da prática de ilegalidades no âmbito da realização de atos administrativos, inicialmente a Administração Pública deve instaurar procedimento investigativo, a fim de constatar a veracidade de tal notícia, oportunidade em que, constatada a sua veracidade, deve a Administração Pública anular tais atos administrativos eivados de vício de legalidade.

Caso o Poder Executivo, durante a prática de qualquer ato administrativo, deixe de observar enunciados prescritivos constitucionais e legais e/ou enunciados descritivos formulados pelos Tribunais superiores, surgirá a necessidade de realização do devido controle legalidade pelo Poder Judiciário, visando o realinhamento de tal ato administrativo com o império constitucional e legal.

Nesse sentido Messias e Cateli (2019) dissertam que:

O critério material da conduta da administração pública, contida na regra-matriz constitucional, é a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Tem-se, portanto, como verbo do critério material, obedecer; e como complemento, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. (Messias & Cateli, 2019, p. 137)

Dessa forma, ao aplicar a lei, tanto o Poder Executivo quanto o Poder Judiciário devem obedecer aos princípios acima mencionados, que são verdadeiros pressupostos de validade à conduta da Administração Pública.

Tendo por fundamento o objetivo do Estado de Direito de regular o poder do Estado pelo Direito (Raz, 1979, p. 212), revela-se medida de justiça que o Poder Judiciário, por meio da prestação jurisdicional, realize o controle de legalidade dos atos administrativos, para declará-los nulos, caso revelem-se contrários aos princípios dispostos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

É certo que a constitucionalização dos princípios da Administração Pública trouxe consigo a expansão da função jurisdicional no que se refere à revisão judicial de legalidade e moralidade de atos administrativos discricionários. Nesse sentido o Ministro Alexandre de Moraes consignou que:

A Constituição da República de 1988, ao constitucionalizar os princípios e os preceitos básicos da Administração Pública, permitiu um alargamento da função jurisdicional sobre os atos administrativos discricionários, consagrando a possibilidade de revisão judicial.

Logicamente, não cabe ao Poder Judiciário moldar subjetivamente a Administração Pública, porém a constitucionalização das normas básicas do Direito Administrativo permite ao Judiciário impedir que o Executivo molde a Administração Pública em discordância a seus princípios e preceitos constitucionais básicos, pois a finalidade da revisão judicial é impedir atos incompatíveis com a ordem constitucional [...]. (Supremo Tribunal Federal, 2020, p. 7)

Portanto, é permitido, por exemplo, ao Poder Judiciário realizar a revisão judicial de instaurações e intruções de atos administrativos investigativos, como a Sindicância e a Investigação Preliminar, que tenham sido praticados de forma incompatível com a ordem constitucional e legal.

Nesse caso, a revisão judicial visa impedir que a Administração Pública pratique atos administrativos em discordância com os princípios e preceitos constitucionais básicos, pois, a prática do ato administrativo deve “observância não somente ao princípio da legalidade, mas também aos princípios da impessoalidade, da moralidade e do interesse público” (BRASIL. STF Supremo Tribunal Federal, 2020, p. 7).

Durante a realização da revisão judicial do ato administrativo, a autoridade judiciária realizará o controle de legalidade de tal ato. Esse controle de legalidade abrange tanto a conformação do ato administrativo aos princípios constitucionais previstos no art. 37 da Constituição Federal de 1988 (controle de legalidade *latu sensu*), como também a conformação do ato administrativo com a lei (controle de legalidade *stricto sensu*), não havendo legitimidade para eventual invocação do art. 2º da Constituição Federal de 1988, visando à arguição de intromissão indevida do Poder Judiciário em área discricionária do Poder Executivo.

De igual forma não há que se cogitar de qualquer quebra da tripartição de funções estatais, pois o exercício da jurisdição operar-se-á em face de direito subjetivo constitucional violado e, deste modo, apenas se busca a prolação de decisão judicial fundamentada para fazer cumprir a lei e a ordem constitucional,

ante a lesão ou ameaça a direito com amparo no que está contido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Vale destacar que essa vinculação da Sindicância à legalidade deve vir acompanhada também da moralidade que se espera de qualquer ato da Administração Pública, que é inclusive pressuposto de sua validade, conforme na próxima seção será demonstrado.

4 DA VINCULAÇÃO DA SINDICÂNCIA À MORALIDADE ADMINISTRATIVA: TEORIA E EXEMPLOS COTIDIANOS

No controle de legalidade *latu senso* do ato administrativo, o Poder Judiciário verificará, para além da estrita legalidade, se o Administrador Público (autoridade administrativa) praticou o ato administrativo respeitando aos princípios éticos de razoabilidade e de justiça. Em outras palavras, a autoridade judiciária verificará se o Administrador Público (autoridade pública) praticou o ato administrativo obedecendo ao princípio da moralidade.

Afirma-se isso, pois, conforme ensinam diversos doutrinadores, a partir da Constituição de 1988, além da legalidade, a moralidade constitui pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (Mukai, 1993; Bastos, 1998; Aguiar, 1998).

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes asseverou em sua decisão nos autos da Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.070/DF e da Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.071/DF, que “o princípio da moralidade pauta qualquer ato administrativo, [...] de maneira a impedir que sejam conspurcados os predicados da honestidade, da probidade e da boa-fé no trato da ‘res publica’” (Supremo Tribunal Federal, 2016a, p. 17; Supremo Tribunal Federal, 2016b, p. 17).

Dessa forma, conforme asseverou o Ministro Alexandre de Moraes “o controle jurisdicional do ato administrativo, em face do desvio de poder no exercício das competências administrativas, deve ser realizado, imprescindivelmente, em confronto com os princípios constitucionais da administração pública, obrigatórios” (Supremo Tribunal Federal, 2020, p. 10) às autoridades administrativas.

Ao Poder Judiciário, portanto, cabe a análise sobre se a prática de determinado ato administrativo, “no exercício do poder discricionário” da autoridade administrativa,

[...] está vinculada ao império constitucional, pois a opção conveniente e oportuna para a edição do ato administrativo [...] deve ser feita legal, moral e impessoalmente pela autoridade administrativa competente, podendo sua constitucionalidade ser apreciada pelo Poder Judiciário. (Supremo Tribunal Federal, 2020, pp. 10-11)

Para melhor contextualização e compreensão passa-se a citar alguns exemplos de condutas ilegais e imorais que, se não sanadas pela Administração Pública por meio da anulação dos atos administrativos praticados por meio delas, poderão atrair o controle de legalidade a ser realizado pelo Poder Judiciário a partir de provocação da parte.

Um primeiro exemplo é a instauração de Investigação Preliminar ou de Sindicância com omissão de informações na Portaria de instauração, informações que dela deveriam constar e cuja omissão altera a verdade sobre fato juridicamente relevante e desvia a investigação em prejuízo de direitos do investigado.

Como exemplo, pode ser citado o caso em que a autoridade que instaurou a Investigação Preliminar, movida pelo sentimento pessoal e imoral de manter o servidor público sob investigação, omite ter realizado entrevista com ele antes da instauração do procedimento investigativo, bem como omite, na Portaria de instauração da Investigação Preliminar, as declarações e os esclarecimentos prestados pelo servidor público em tal entrevista.

Um segundo exemplo é a instauração de Investigação Preliminar ou de Sindicância com lastro em motivo decorrente da inserção de informação falsa em documento público, inserção falsa, esta, que altera a verdade sobre fato juridicamente relevante e desvia a investigação em prejuízo de direitos do servidor público investigado.

Como exemplo pode ser citado o caso em que a autoridade que instaurou a Investigação Preliminar, movida pelo sentimento pessoal e imoral de manter o servidor público sob investigação em posterior Sindicância a ser instaurada com fundamento exclusivo na pretérita Investigação Preliminar, insere em documento público a informação de que o servidor público investigado, quando entrevistado,

silenciou diante de pergunta a ele formulada, quando, na verdade, o servidor público investigado não silenciou, provavelmente respondendo às perguntas a ele formuladas durante a referida entrevista.

Um terceiro exemplo é a instrução de Sindicância com omissão de documentos públicos ostensivos e/ou das informações neles contidas, omissão, esta, que altera a verdade sobre fato juridicamente relevante e desvia a investigação em prejuízo de direitos do servidor público investigado.

Como exemplo, pode ser citado o caso em que a autoridade investigativa omite Ofícios e outros documentos públicos ostensivos e, portanto, disponíveis para a juntada na Sindicância, e/ou omite as informações neles contidas, para alterar a verdade sobre os fatos e desviar a investigação, a fim de apontar responsabilidades ao servidor público investigado.

Neste terceiro exemplo, eventual alegação de desconhecimento dos documentos públicos não juntados nos autos da Sindicância, não poderia socorrer às autoridades responsáveis pela instrução, relatório e solução do citado procedimento investigativo, pois, documentos públicos ostensivos estão sempre disponíveis para pronta juntada, diferentemente de documentos sigilosos, que demandam de autorização prévia de quebra de sigilo para a sua juntada.

Assim, diante do dever constitucional de eficiência (art. 37, *caput* da CF/88), que orienta o dever de juntada dos documentos e provas disponíveis que tenham relação com os fatos para a busca da verdade real, devem as autoridades públicas atuar com eficiência, juntando os documentos públicos ostensivos e demais provas relativas aos fatos apurados, mormente, quando se está em jogo eventual relativização do fundamento republicano da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/88), por meio do apontamento de responsabilidades penais e/ou administrativas que poderão redundar em posteriores acusações em processos penais e/ou administrativos.

Todos os exemplos acima são caracterizados pela imoralidade das condutas praticadas pelas autoridades públicas e, mais do que isso, pela ilegalidade de tais condutas, pois, tais condutas encontram, na legislação penal, figuras típicas com as quais se adequam, quais sejam o art. 299 do Código Penal, o art. 312 do Código Penal Militar e o art. 23, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 13.869/2019.

Além disso, tais condutas se subsumem ao contido no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, configurando ato de improbidade administrativa por atentarem contra os princípios da Administração Pública.

Um quarto exemplo a ser citado é o da omissão da Administração Pública em instaurar procedimento investigativo, quando provocada por meio de documento público, elaborado pelo servidor público investigado, no qual narre a prática de uma ou mais das condutas exemplificadas nos exemplos anteriores.

Ou seja, diante da notícia formal de que autoridades públicas, durante a realização de atos administrativos de investigação, cometeram condutas que se amoldam às figuras típicas previstas na lei penal e/ou administrativa disciplinar, a Administração Pública omite-se em instaurar procedimento investigativo, evitando, assim, a verificação quanto à veracidade da notícia, tudo para manter as pseudos legalidade e moralidade dos atos administrativos praticados, a fim de manter o servidor público sob investigação e, posteriormente, sob acusações em processo penal e/ou administrativo disciplinar decorrentes de informações advindas desses referidos atos administrativos ilegais e imorais.

Todas essas práticas ocorrem no que a doutrina e a jurisprudência intitulam de Ilícitos Atípicos, os quais serão objeto de análise na sequência do estudo.

5 ILÍCITOS ATÍPICOS: DA PROIBIÇÃO DE EXISTÊNCIA JURÍDICA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS ARBITRÁRIOS

Nos exemplos citados no capítulo anterior, está-se diante de atos administrativos que, inicialmente, têm aparência de legalidade, pois, no mais das vezes, são instaurados e instruídos por autoridades que têm competência legal para tanto.

No entanto, ao se analisar mais profundamente seus elementos de validade, verifica-se que foram praticados por meio de condutas imorais e/ou ilegais, estando em dissonância com a sua finalidade legal, revelando-se, portanto, serem nulos, em virtude de estarem eivados por vício de legalidade.

Nesse ponto se faz interessante a lição de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero (2006) sobre os denominados “Ilícitos Atípicos”. Segundo os autores, “os ilícitos atípicos são ações que, *prima facie*, estão permitidas por uma regra, mas que, uma vez consideradas todas as circunstâncias, devem considerar-se proibidas” (Atienza & Manero, 2006, p. 12).

O Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF), assevera que os “Ilícitos Atípicos” devem ser proibidos, pois:

A despeito de estarem, à primeira vista, em conformidade com uma regra, destoam da razão que a justifica, escapam ao princípio e ao interesse que lhe é subjacente. Trata-se simplesmente de garantir coerência valorativa ou justificativa ao sistema jurídico e de apartar, com clareza, discricionariedade de arbitrariedade. (Supremo Tribunal Federal, 2016a, p. 19; Supremo Tribunal Federal, 2016b, p. 19)

Verifica-se, então, que atos administrativos praticados por meio de condutas como as exemplificadas no capítulo anterior, revelam-se como Ilícitos Atípicos, os quais têm sua prática e existência proibidas por se consubstanciarem em verdadeiros atos arbitrários, que contrariam, frontalmente, o dever de legalidade e de moralidade previstos no art. 37, *caput* da Constituição Federal de 1988, devendo, portanto, serem expurgados do mundo jurídico por meio da declaração de nulidade a ser realizada no âmbito do controle de legalidade dos atos administrativos.

Ao tratar sobre a distinção entre discricionariedade e arbitrariedade, Hely Lopes Meirelles (2016) assevera que “discrção é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbtrio é ação contrria ou excedente da lei. Ato discricionrio, portanto, quando permitido pelo Direito, é legal e vlido; ato arbitrrio é sempre ilegítimo e invlido” (p. 140).

Portanto, é considerado arbitrrio o ato administrativo que, em que pese haver sido instaurado em acordo com as regras legais de competncia, é praticado em desacordo com as regras legais e morais, desviando-se, portanto, de sua finalidade legal. Odete Medauar (2013) é clara ao dizer que “o fim de interesse pblico vincula a atuao do agente, impedindo a inteno pessoal” (p. 157).

Na mesma linha de raciocnio Hely Lopes Meirelles (2016) ensina que “o desvio de finalidade ou de poder se verifica quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competncia, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse pblico” (p. 121). Continua o autor, afirmando que:

Se o poder foi conferido ao administrador pblico para realizar determinado fim, por determinados motivos e por determinados meios, toda ao que se apartar dessa conduta, contrariando ou ladeando o desejo da lei, padece do

vício de *desvio de poder* ou de *finalidade* e, como todo ato abusivo ou arbitrário, é ilegítima. (Meirelles, 2016, p. 121, grifo do autor)

Nesse sentido, ao tratar acerca da consequência da deturpação da finalidade do ato administrativo, Lucas Rocha Furtado (2007) observa que “independentemente de qualquer outro vício, se o ato foi praticado contrariando a finalidade legal que justificou a outorga de competência para a prática do ato, ele é nulo” (p. 303).

Há excesso de poder e, portanto, nulidade do ato administrativo, quando a autoridade pratica o ato administrativo fora dos limites delimitados pela lei em sentido amplo, isso “porque ninguém pode agir em nome da Administração fora do que a lei lhe permite. O excesso de poder torna o ato arbitrário, ilícito e nulo” (Meirelles, 2016, p. 122).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2014) esclarece que, para caracterizar a compostura do desvio de poder, é prescindível que exista uma verdadeira antinomia, uma antítese, entre a finalidade da lei e a do ato praticado, bastando o singelo desacordo entre ambos. Entretanto, nem sempre esse desacordo apresenta-se claramente para caracterização inquestionável do desvio de poder.

A preocupação acima tem fundamento, segundo o raciocínio do Ministro Gilmar Mendes, pois:

Especificamente nos casos de desvio de finalidade, o que se tem é a adoção de uma conduta que aparenta estar em conformidade com uma certa regra que confere poder à autoridade (regra de competência), mas que, ao fim, conduz a resultados absolutamente incompatíveis com o escopo constitucional desse mandamento e, por isso, é tida como ilícita. (Supremo Tribunal Federal, 2016a: 19; Supremo Tribunal Federal, 2016b: 19)

Aqui cumpre afirmar que não importam os motivos subjetivos da autoridade que praticou os atos ilícitos, pois, o vício, o ilícito, tem natureza objetiva. A bem dizer, a comprovação dos motivos subjetivos que impeliram a autoridade a tais práticas, “configura elemento a mais a indicar a presença do vício em questão, isto é, do desvio de finalidade. A rigor, não cabe investigar aqui o dolo, a intenção de fraudar a lei” (Supremo Tribunal Federal, 2016a, p. 19; Supremo Tribunal Federal, 2016b, p. 19).

A simples omissão de informação na Portaria de instauração, a inserção de informação falsa em documento público, a omissão e a não juntada de documentos públicos ostensivos relativos a fatos apurados em Sindicância, e a omissão em instaurar procedimento investigativo para apurar notícia de ilegalidade cometida por autoridade pública no âmbito de Sindicância, demonstram suficientemente a fraude à Constituição (Supremo Tribunal Federal, 2016a, p. 21; Supremo Tribunal Federal, 2016b, p. 21).

Em tais casos, tendo por fundamento o objetivo do Estado de Direito de limitar o poder do Estado pelo Direito (Raz, 1979), cumpre ao Poder Judiciário, por meio da prestação jurisdicional, realizar o controle de legalidade dos atos administrativos, para declará-los nulos, em virtude de revelarem-se patentemente contrários aos princípios previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, mormente os princípios da legalidade e da moralidade, bem como contrários às normas legais e infra legais (lei em sentido amplo) que regem os procedimentos investigativos e os processos administrativos disciplinares no âmbito da Administração Pública.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No âmbito do controle de legalidade *lato sensu* do ato administrativo, deve-se considerar que em um Estado Democrático de Direito o princípio da supremacia do interesse público não é absoluto, vez que deve ser interpretado em conjunto com os fundamentos da República Federativa do Brasil, como, por exemplo, o fundamento da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988; com os direitos fundamentais, tal como o direito a uma vida digna de ser vivida, presente na interpretação sistemática do que consta do art. 1º, inciso III com o que consta do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988; e com os princípios a que deve obediência a Administração Pública, quais sejam os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e interesse público, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Em um Estado Democrático de Direito, como é a República Federativa do Brasil, a legalidade dos atos administrativos está completamente subordinada ao preenchimento dos requisitos de validade do ato administrativo.

A análise acerca da validade, ou seja, a análise sobre o preenchimento dos requisitos essenciais de validade de determinado ato administrativo, deve ser realizada visando à conformação do ato administrativo com o fundamento da República Federativa do Brasil (dignidade da pessoa humana), com o direito fundamental do administrado (vida digna de ser vivida) e com os princípios que vinculam a Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e interesse público).

Tal análise de validade ou controle de legalidade deve ser realizada pelo próprio Poder Executivo, por meio da autotutela administrativa, ocasião em que deve anular os atos administrativos eivados de vício de legalidade, conforme preconizam a Súmulas 346 e 473 do STF, resguardada a apreciação judicial.

No entanto, diante da não anulação, pelo Poder Executivo, de ato administrativo praticado com vício de legalidade, deve o Poder Judiciário, depois de provocado, por meio da prestação jurisdicional e no âmbito do controle de legalidade do ato administrativo, declarar a sua nulidade.

Uma das formas de exercício da soberania dá-se por meio das decisões proferidas pelo Poder Judiciário nas resoluções de conflitos de direitos existentes no seio da sociedade, principalmente, quando o conflito de direitos existente seja qualificado por uma relação processual em que sejam partes o Estado (Administração Pública) e um administrado (servidor público), onde, inequivocamente, há vulnerabilidade do administrado em relação ao Estado, necessitando que o Poder Judiciário possa, no exercício da Jurisdição, equilibrar tal relação processual por meio do controle de legalidade.

No âmbito da presente pesquisa, constatou-se que os atos administrativos praticados por meio de condutas ilegais e/ou imorais das autoridades públicas que os instauraram, instruíram, relataram e solucionaram, como os exemplos citados no capítulo 4, consubstanciam-se em atos administrativos arbitrários, revelando-se naquilo que a doutrina e jurisprudência denominam de Ilícitos Atípicos.

Durante o controle de legalidade do ato administrativo, o Poder Judiciário deve declarar a nulidade dos chamados Ilícitos Atípicos, pois, patentemente contrários aos princípios que regem a Administração Pública, principalmente, os princípios da legalidade e da moralidade, pois, praticados em contrariedade às finalidades legais dos atos administrativos, portanto, com desvio de finalidade.

Tal declaração de nulidade deve ocorrer principalmente quando o Ilícito Atípico visa relativizar, de forma inconstitucional e ilegal, o fundamento

republicano da dignidade da pessoa humana por meio da manutenção do servidor público submetido à investigação decorrente de atos ilícitos praticados por autoridades públicas, ou, ainda pior, por meio de sua submissão a processo penal e/ou administrativo disciplinar a partir de acusações decorrentes de responsabilidades apontadas no âmbito de tais Ilícitos Atípicos.

Como corte metodológico foram analisadas as regras normativas regulamentares relativas aos procedimentos investigativos, Investigação Preliminar e Sindicância, realizados no âmbito da Administração Pública, em alinhamento com as regras constitucionais, de forma que as conclusões alcançadas nesta pesquisa aplicam-se a todos os atos administrativos, dos diferentes órgãos dos Poderes Constituídos, que tenham como finalidade legal a busca da verdade real e o respeito aos direitos do investigado.

REFERÊNCIAS

Aguiar, J. A. C. (1998). O princípio da moralidade administrativa. *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, 46(2), 265-267.

Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. (1998, 30 dezembro). Lei nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. São Paulo, SP: Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1998/lei-10177-30.12.1998.html>

Atienza, M., & Manero, J. R. (2006). *Ilícitos atípicos*. Madrid: Editorial Trotta.

Bastos, C. R. (1998). O princípio da moralidade no direito público. *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, 46(2), 44-54.

Brasil. (1999, 29 janeiro). Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2022].
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm

Brasil. (1990, 11 dezembro). Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Presidência da República, [2022].
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm

Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

Costa, J. A. (2010). *Processo administrativo disciplinar: teoria e prática* (6a ed.). Rio de Janeiro: Forense.

Dias, F. V., Zambam, N. J., & Silveira, A. M. (2019). A insustentabilidade social violadora de direitos humanos no modelo de controle penal e a privação das capacitações (*capabilities*). *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, 24(4), 1-14.
<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/8431/pdf>

Furtado, L. R. (2007). *Curso de Direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum.

Grubba, L. S. (2017). A verdade no processo penal: (im)possibilidades? *Revista do Direito Público*, 12(1), 266-286.
http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Pub_v.12_n.1.09.pdf

Medauar, O. (2013). *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Meirelles, H. L. (2016). *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros.

Mello, C. A. B. (2014). *Curso de Direito administrativo*. São Paulo: Malheiros.

Messias, E. R., & Cateli Rosa, A. L. (2019). A validade da análise econômica do Direito nas decisões judiciais: uma análise à luz do constructivismo lógico-semântico. *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos*, 14(2), 121-142.

<https://www.ufrgs.br/avaliacaosinase/wp-content/uploads/2020/04/Artigo-com-Vito%CC%81ria-B.-Meninas-Casef.pdf>

Mukai, T. (1993). Da aplicabilidade do princípio da moralidade administrativa e do seu controle jurisdicional. *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, 1(4), 211-215.

Pinto, C. M. (2019). A anulação do ato administrativo por vício no motivo: consequências na realidade administrativa sob a ótica da Lei nº 13.655/2018. *Revista Âmbito Jurídico* [recurso eletrônico].
<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-anulacao-do-ato-administrativo-por-vicio-no-motivo-consequencias-na-realidade-administrativa-sob-a-otica-da-lei-no-13-655-2018/>

Sarmiento, D. (2016). *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum.

Supremo Tribunal Federal. (1963). Súmula 346, de 13 de dezembro de 1963. A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula346/false>

Supremo Tribunal Federal. (1969). Súmula 473, de 3 de dezembro de 1969. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam 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.
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula473/false>

Supremo Tribunal Federal. (2016a). Mandado de Segurança 34.070/DF. Impetrante: Partido Popular Socialista. Impetrado: Presidente da República. Relator Min. Gilmar Mendes, 18 de março de 2016a.
<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308995627&ext=.pdf>

Supremo Tribunal Federal. (2016b). Mandado de Segurança 34.071/DF. Impetrante: Partido Popular Socialista. Impetrado: Presidente da República. Relator Min.

Gilmar Mendes, 18 de março de 2016b.

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308995628&ext=.pdf>

Supremo Tribunal Federal. (2020). Mandado de Segurança 37.097/DF. Impetrante: Partido Democrático Brasileiro. Impetrado: Presidente da República. Relator Min. Alexandre de Moraes, 29 de abril de 2020.

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342983750&ext=.pdf>

Raz, J. (1979). *The Authority of Law: essays on law and morality*. Nova York: Clarendon Press.

Teraoka, T. M. C. (2017). Dignidade da pessoa humana e liberdade. Crítica ao desprestígio da autonomia privada. In R. S. De Pretto, R. P. Kim, & T. M. C. Teraoka (coords.), *Interpretação constitucional no Brasil* (pp. 523-543). São Paulo: Escola Paulista da Magistratura.

<https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=101908>

Ewerton Ricardo Messias: Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Marília –UNIMAR. Professor no Programa de Mestrado Profissional em Saúde animal, produção e meio ambiente e no curso de Graduação em Direito na Universidade de Marília-UNIMAR. Professor no Curso de Formação de Oficiais na Academia de Polícia Militar do Barro Branco.

Geilson Nunes: Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Marília –UNIMAR. Professor de Direito Penal e Processo Penal nos Cursos de Formação de Sargentos e Soldados da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais. Professor no curso de Graduação em Direito do Centro Universitário UNITRI.

Data de submissão: 12/08/2022

Data de aprovação: 19/07/2023