MORALIDADE ADMINISTRATIVA

ANTÔNIO JOSÉ BRANDÃO

Advogado em Portugal

SUMÁRIO: I — Introdução ao tema. II — Conceito de moralidade administrativa. III — Imoralidade administrativa e desvio do poder. IV — Fiscalização da moralidade administrativa.

I — INTRODUÇÃO AO TEMA

* Designou-se por "moralização do Direito", com aquêle gôsto pelos letreiros ousados e pouco rigorosos tão característicos da nossa época, o desejo de submeter a jurídica atividade a preocupações de natureza moral. O nosso século iniciava o perturbado curso quando êle começou a manifestar-se. Como sempre acontece às elevadas aspirações, às verdades recém-descobertas, de início produziu o efeito de uma terrível blasfêmia, de um êrro crasso. Como sempre, também, não faltou a dar-lhe as boas-vindas o sorriso desdenhoso e descrente dos sábios: para sensacional artigo de revista, era tema insinuante; quanto a valor científico, irremediàvelmente nulo; e curta seria decerto a sua carreira, destinada de antemão a durar, como as novidades da moda feminina, o lapso efêmero de uma estação.

Mas, contrariando os vaticínios dos sábios, o desejo persistiu, veio a transformar-se lentamente em uma das tendências mais características do pensamento jurídico contemporâneo. Logo de começo, aliciou o fervor de adeptos combativos; e logo, com o halo revolucionário que o envolveu, criou-se a sua fama de iconoclástico. Atitudes consideradas inatacáveis, sujeitou-as a reexame crítico; problemas abandonados por obsoletos, ressuscitou-os para a controvérsia; e ao embate das suas investidas, a ciência jurídica tradicional, em alguns pontos mais inseguros, abria fendas inquietantes. O homem de leis, que venera o estável, foi bruscamente surpreendido pelo florescimento de doutrinas inovadoras. E ainda não se refizera da surprêsa, já as suas convicções mais arraigadas, as noções por longos anos em uso, entraram a inspirar-lhe momentâneas desconfianças, bem incômodas de sentir.

Nem sempre, com efeito, as idéias jurídicas formam correntes plácidas onde o jurisconsulto se louva da própria coerência. Como idéias, ocorrem à mente de quem as concebe na atmosfera geral da época. Basta, por isso, que

---

* NOTA DA RED.: Publicado no "Boletim do Ministério da Justiça". Lisboa, vol. I, págs. 50 e segs.

em outros setôres, nomeadamente o filosófico, se verifique uma revisão de conceitos, um reajustamento da escala de valores para que o caudal delas seja por vêzes perturbado com remoinhos imprevistos.

Ora, ao findar o século XIX, o jurisconsulto alicerçava o labor científico sôbre duas certezas: a primeira, filha da tradição kantiana, consistia em considerar a Moral e o Direito como irmãos desavindos, que se não cumprimentavam, mas se observavam de sosláio; a segunda, alimentada pelo positivismo, então triunfante e ambicionando ser a única forma de conhecimento refletido, levava a identificar a ciência jurídica com a verificação experimental dos fenômenos ditos jurídicos — não fôsse ela por acaso perder a dignidade no suspeito lixo metafísico. Tanto bastou para que o jurisconsulto teórico se persuadisse da necessidade de cada vez mais afeiçoar a sua ciência à atitude e aos métodos das ciências naturais, como aliás o fizera já a Sociologia, pois só assim se colocaria a jurisprudência teórica no caminho do progresso indefinido, se tornaria apta a captar a fugidia realidade jurídica. E, de fato, a ciência jurídica seguiu esta rota, — mas não sem acusar ainda algum fraco pela velha escola de exegese, que, entretanto, se tinha modernizado, reaparecendo com o rótulo de positivismo jurídico, muito de acôrdo com as tendências do dia.

Contudo, nada mais estimula e concita o espírito humano a transpor barreiras do que as barreiras por êle próprio criadas. Não será, de fato, o movimento pendular aquêle que melhor figura o nosso teimoso e descontínuo esfôrço de compreensão, que teimosamente e descontìnuadamente oscila entre extremos sem nunca lograr o meio têrmo? Seja como fôr, em dado momento, depois de Stammler ter regressado ao idealismo kantiano e retomado a depreciada filosofia jurídica, que o triunfo da escola histórica e do comtismo atirara para o esquecimento, Saleilles agita o estudo do Direito em França com o grito célebre: "pelo Código, sim, mas para além do Código!" Ainda perduravam os ecos da vibrante exclamação, já Morin reparava na "revolta dos fatos contra a lei"; já Cruet demonstrava a impotência da lei perante a exuberância da vida social"; e já, com farta bagagem científica, Geny proclamava a "irredutibilidade do Direito natural". Como se isto não chegasse, Ripert, sem aliás deixar de pisar o terreno do positivismo jurídico, afirmava ousadamente a identidade da regra jurídica e da regra moral! Dêste modo, a postura legalista, até então por todos seguida, começou a ser rejeitada ou posta em dúvida por jurisconsultos de reconhecida autoridade. E não por acaso, antes devido à íntima conexão espiritual dos vários setôres culturais, a mudança de rota surge no preciso momento em que se inicia com Helmholz e Herz, na Alemanha, Poincaré, Duhem, Meyerson e Le Roy, em França, o processo de revisão superadora do conceito positivista de ciência.

Perante a brusca mudança, podia-se realmente afirmar, parafraseando e invertendo o conhecido aforismo de Bacon: *"spiritus facit saltus!"* Houve logo, é claro, quem considerasse êste salto evidente sinal de romantismo científico. Mas o movimento de idéias estava desencadeado, e os precursores dêle, no meio da celeuma dos adversários, teimavam em rasgar novos horizontes. E não sem fundo desassossêgo os graves civilistas de feição clássica assistiam a êste sintomático espetáculo: era o direito civil, campo quase inteiramente sáfaro desde os vetustos tempos da Roma imperial, o primeiro a ser escolhido para a sementeira da nova seara doutrinária!

Como é sabido, a doutrina do exercício abusivo dos direitos representa a primeira intromissão da regra moral na esfera do jurídico. Mas por esta brecha, que os civilistas gradualmente transformaram em um dos seus temas nobres, vieram outras intromissões: a doutrina do não-locupletamento à custa alheia, a doutrina da obrigação natural. Apesar da resistência dos conservadores, dir-se-ia que o jurisconsulto teórico está na vésperà de descobrir nova ética jurídica, que o leva a inovar na matéria por êle tratada, até então, com o maior esmêro técnico: a das obrigações. Ripert estava autorizado a afirmar "que o Direito, mesmo na sua parte mais técnica, apresentava-se ainda dominado pela Moral".

Êste movimento de idéias, cuja amplitude e diversidade de aspectos não constituem o assunto do presente estudo, repercutiu também no direito público, sobretudo no direito administrativo. É aí que surge, em dado momento, e depois de sucessivas tentativas, a figura gêmea da do abuso de direito: o desvio de poder. É aí, ainda, que, a propósito do exame jurisdicional do desvio de poder, se começou a falar na "moralidade administrativa".

II — CONCEITO DE MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Desagrada ao homem de leis em geral ouvir falar em "moralidade administrativa". Porque deseje uma Administração pública imoral ou amoral, sem rei nem roque, de costas voltadas para o Honesto e para o Justo? Nada disso; mas a fórmula, enquanto se pretende nomear com ela conceito jurídico, ou princípio relevante para o mundo jurídico-normativo, inspira-lhe franca desconfiança: porque não lhe descobre sentido assim tão imediato como concreto, parece-lhe vaga eôca. Por outro lado, imprudente, — pois, como Renard já o notou com fina ironia, — cuida entrever, por detrás dela, o espantalho da Ordem moral, ou, recém-desembarcado da América do Norte, o especto do Govêrno dos Juízes.

Não deixa de vir a propósito comentar: é o mesmo homem de leis, tão cauteloso e tão cético perante esta fórmula, o primeiro a pedir, nas petições e minutas, em nome conjunto da Moral e da Justiça, uma decisão favorável. Nunca vacila, então, a sua pena, nem geme a sua sensibilidade jurídica: faz a dupla invocação em letras bem gordas, a que acrescenta ponto de exclamação bem visível!

Para quem se habituou a considerar o formulário jurídico e forense com superficialidade cega, de qualquer significado carece a citada dupla invocação: é mero hábito. Ritos e fórmulas, porém, nunca surgem por acaso, — como aliás tudo quanto diga respeito ao histórico acontecer da vida humana. Se a fórmula existe, ainda hoje é respeitada, então, em dada fase da história do Direito, houve motivo bastante forte para a cunhar com as figuras da Moral e da Justiça. Não será talvez porque a idéia da Justiça, na medida em que se relaciona com as condutas do homem convivente adquire colorido predominantemente moral?

À pergunta, responderam já, afirmativamente e sem rodeios, alguns autores, que logo foram excomungados por heréticos pelo tribunal da opinião dominante. Nem outra coisa, aliás, era de esperar: se o legista, há mais de um século, tem a presidir à sua formação mental a idéia de uma ordem jurídica integralmente fundada sôbre a legalidade jurídica, como esperar dêle outra reação? Resta apenas saber, se, a fim de salvaguardar um agnosticismo conseqüente perante tudo quanto não seja jurídico, deverá renunciar a esclarecer as relações entre

a Moral e Direito, — problema considerado por Ihering o cabo Horn da ciência jurídica.

Não deve. Ao jurisconsulto, pelo menos ao de vocação teórica, para quem a descoberta da Verdade é ainda servir a Justiça — pois descrever as coisas na sua realidade não será fazer-lhes justiça, mostrar a sua natureza genuína? — interessa muito êste problema. Ora, o exame do conceito de moralidade administrativa oferece-lhe perspectiva inusitada para o encarar. Convém, pois, examiná-lo sem tropeçar na chamada lógica afetiva, ditada por acanhados prejuízos de escola ou seita; e ao expor as tomadas de posição de alguns autores perante êle, urge também despender esfôrço de compreensão tal que, pondo de parte arestas ou fórmulas aparentemente cortantes, se vá até o fundo comum das verdades adquiridas, que a todos une.

Foi Hauriou, êsse fecundo e operoso agitador de idéias, quem pela vez primeira falou em moralidade administrativa. Em uma das suas magistrais anotações aos acórdãos do Conselho de Estado (caso Gommel, Sirey, 1917, III, 25), desenvolveu, com maior brilhantismo do que transparência, a seguinte tese audaciosa: a legalidade dos atos jurídicos administrativos é fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei; mas a conformidade dêsses atos aos princípios basilares da "boa administração", determinante necessária de qualquer decisão administrativa, é fiscalizada por outro recurso, fundado no desvio de poder, cuja zona de policiamento é a zona da "moralidade administrativa".

Mas o conceito desta ficou então por definir. Hauriou, aparentemente, ao redigir a nota, teve uma intuição, que lhe pareceu fecunda, e encontrou uma fórmula, que considerou feliz. Doravante, a sua atenção, orientada pelos íntimos liames de certas idéias muito queridas, dirigiu-se para onde êle pressentia que descobrira nova porção de território jurídico. Contudo, na 7.ª edição do seu "Précis", tantas vêzes remodelado, depois de repetir a doutrina da nota, limitou-se a acrescentar: com o recurso por desvio de poder, que possui a natureza de uma "ação disciplinar", ultrapassa-se o ponto de vista da legalidade estrita, pois, com êle, sanciona-se uma "moral jurídica". Só na 10.ª edição da citada obra, de passagem, indicou finalmente o que por moralidade administrativa entendia: "conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração. Noção que, na edição seguinte, melhor esclareceu, muito embora aí se refira, de preferência, à "disciplina interna da Administração".

Segundo Hauriou, qualquer sêr capaz de atuar é forçosamente levado a distinguir o Bem do Mal. Sêr atuante, a Administração pública não foge a esta regra. Para atuar, tem de tomar decisões; mas, para decidir, tem de escolher; e não só entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto. O seu comportamento deve, sem dúvida, conformar-se à lei jurídica. Mas não basta. O ato conforme à lei jurídica nem sempre é um ato irrepreensível do ponto de vista moral: *"non omne quod licet honestum est"*, dizia já Paulo. Se os particulares podem cometer vilanias respeitando formalmente a lei, o mesmo acontece aos administradores. No entanto, assim como há uma Moral positiva, que, para os primeiros, se acrescenta à lei vigente, também para os segundos há uma moral institucional, que se sobrepõe à lei das suas atribuições e competência. Esta é-lhes imposta de fora, pelo Poder Legislativo, e apenas traça o âmbito da sua atividade e fixa os meios a utilizar. Quanto aos preceitos da moralidade administrativa, são-lhe

impostos de dentro, vigoram no próprio ambiente institucional e condicionam a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário. A noção de moralidade administrativa é, assim, mais ampla do que a noção de legalidade jurídica. E, por isso, as exigências da moralidade administrativa são mais fortes que as exigências da legalidade jurídica.

Hauriou sempre preferiu sugerir a demonstrar. Para êle, e para quem, ao lê-lo, lograr reassumir a perspectiva de que êle usou, talvez a noção dada seja clara e precisa. Sê-lo-á para os restantes? É duvidoso, se não lhes fôr recordado duas idéias mestras, que tôda a sua obra informam: a da natureza institucional da Administração e a da natureza funcional da atividade administrativa.

Dizia Hauriou que o poder público, a fim de desempenhar a função administrativa, — manutenção da ordem e gestão de serviços — é "instituído" no quadro de uma vasta emprêsa, cuja estrutura tem a informá-la, como idéia de obra a realizar, a idéia do serviço público. A subordinação do poder público a esta função possui caráter institucional; por sua vez, a atividade daqueles, que servem à Administração, denota caráter funcional: o poder público encontra-se ao serviço da idéia madre, dela retirando o programa da ação a desenvolver; as atividades dos administradores, se utilizam meios jurídicos e técnicos, destinam-se, por sua vez, a lograr, como resultado, a prestação de um serviço de interêsse geral e, por isso, realizam uma função enquanto concretizam a idéia diretriz. Mas, se a Administração recebe do Poder Legislativo a ossatura legal, o elenco das atribuições e a competência dos serventuários, segrega ela própria, como emprêsa cuja idéia madre é alimentada pela vida e o espírito dos seus órgãos, um conjunto de regras da atividade profissional, ditadas pelo próprio fim a atingir, — a criação do Bem-comum. Por outras palavras: no seio da emprêsa manifesta-se a vocação institucional, que requer a específica adaptação dos meios utilizáveis à consecução do objetivo previsto. Desta sorte, os agentes administrativos, se têm de inspirar os seus atos nas leis jurídicas vigentes, expressão normativa da ordem jurídica a que a Administração está submetida, movem-se também na órbita da ordem interna desta, gerada pela comunhão espiritual em que a idéia diretriz se tornou objetiva. Semelhante ordem interna encontra a sua expressão normativa num "direito natural da instituição", — o qual, no caso da pública Administração, é a "moralidade administrativa".

Como era de prever, não fizeram logo carreira estas idéias de Hauriou. Mente aguda, sempre disposta a rever as próprias criações, exerceu todavia o seu magistério em época ingrata, pois, naquele momento, prestígio e fama, — isto é: consagração social, — eram privilégio dos epígonos do positivismo. Bem menos profundo, sem desrespeito pela sua grande inteligência, poder construtivo e vigor polêmico, era o seu amigo e êmulo, Duguit, o deão de Bordéus. Levava-lhe de vantagem, no entanto, o ter erguido edifício inteiramente ao gôsto do tempo. Dêste lado, portanto, vieram críticas prontas e mordazes.

Mas não se perderam as idéias de Hauriou, rica herança que aos discípulos tem servido de incitamento a remeditar a temática do mestre e a profundar o caminho aberto por êle. Sem falar em Renard, que mais pròpriamente se dedicou à teoria da instituição, e apenas aqui e além, como tema lateral, tratou da moralidade administrativa, outros dedicaram meditação e estudo ao assunto. Citarei Welter, discípulo de Renard, o qual, em folhuda monografia publicada

em 1930 — *Le Contrôle Juridictionel de la Moralité Administrative* — diligenciou perfilar mais geomètricamente os conceitos. São dêle as seguintes frases: "a moralidade administrativa, que nos propomos estudar, não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras da boa administração, ou seja: pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa".

Dir-se-ia, à primeira leitura, que as frases transcritas nada acrescentam às fórmulas de Hauriou. No entanto, resulta delas mais clara noção de moralidade administrativa. Exatamente porque se trata de uma moralidade especial, — isto é: administrativa, — distingue-se ela da moralidade comum: é espécie dêste gênero. Welter indica-nos qual, pois caracteriza de disciplinares as regras da boa administração. Além disso, enumera os elementos constitutivos destas regras disciplinares: juízo de valor sôbre o Bem e o Mal; modo como os administradores, que formulam êste juízo, concebem a missão geral da administração, a função administrativa e o seu desempenho. Se alguma imprecisão há que apontar a Welter, respeita à frase "boa administração". Que administração é esta, e qual deve ser boa?

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 interêsses 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; e, por outro lado, exige ainda que o referido bom uso seja feito em condições de não violar a própria ordem institucional, dentro da qual êles terão de atuar, o que implica, sem dúvida, uma sã noção do que a Administração e a função administrativa são.

À luz destas idéias, tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos, como aquêle que desprezou a ordem institucional e, embora movido por zêlo profissional invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio à sua guarda. Em ambos êstes casos, os seus atos são infiéis à idéia que tinha de servir, pois violam o equilíbrio que deve existir entre tôdas 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.

Depois de Welter, outro autor, Lacharrière, publicou, em 1938, uma monografia, — *Le Contrôle Hierárchique de l'Administration dans la Forme Juridictionnelle*, — no qual dedicou um capítulo ao tema. E a propósito de saber se na fiscalização contenciosa da atividade administrativa entrará algum elemento da fiscalização hierárquica, refere-se nos seguintes têrmos à moralidade administrativa: "é o conjunto de regras que, para disciplinar o exercício do poder discricionário da Administração, o superior hierárquico impõe aos seus subordinados. Semelhantes regras não se confundem, porém, com as regras da Moral comum: são regras de boa administração". Mas, a diferença de Welter,

reparou a tempo haver na definição uma frase que, por sua vez, reclamava definição. Por isso, acrescentou: "boa administração é noção complexa, em que entram, a par de certas regras da moral vulgar, prescrições de caráter técnico".

Como todavia compreender que êste conjunto de moral vulgar e de prescrições técnicas dê origem a uma moralidade administrativa, por natureza diferente da comum? Aqui, o nosso autor, que gosta de descer ao subsolo filosófico das concepções jurídicas, abona-se com o último livro de Bergson, *Les Deux Sources de la Morale et de la Réligion*. Há duas espécies de Moral: uma, aberta; fechada, a outra. Corresponde a primeira ao impulso individual para a perfeição e, em certas circunstâncias pode encontrar-se em conflito com a moral social. Quanto à segunda, é de índole eminentemente social, constitui ingrediente psicológico segregado pela própria sociedade, que dêle usa para se proteger dos germes nocivos e se manter saudável. Ora, a moralidade administrativa é moralidade dêste segundo tipo: embora se traduza por regras de natureza técnica, emana quase espontâneamente do esfôrço despendido pela Administração ao procurar ajustar-se ao seu fim, ao pretender coincidir intimamente com a função administrativa. Desta sorte, pertence ao sistema das morais fechadas que os grupos sociais elaboram para sua defesa, — sistema êste que não deixa todavia de se articular à moral comum da sociedade a que os referidos grupos pertencem.

Lacharrière, querendo melhor esclarecer a sua maneira de pensar, acrescentou ainda, repetindo expressões e, até, idéias de Hauriou, que a moralidade administrativa era uma "disciplina interna" estabelecida pelo superior hierárquico dentro da esfera de liberdade pela lei abandonada à Administração. Daqui retira a conclusão, que mais adiante será examinada: a fiscalização de semelhante moralidade só pode ser, também, internamente exercida. Isto é: por via disciplinar. Pois, em última análise, a moralidade administrativa iria respeitar tão-só à organização da oportunidade da intervenção administrativa.

Não se afastou Lacharrière muito da concepção de Hauriou. Em última análise, limitou-se a esclarecê-la e a fundamentá-la nas últimas aquisições da filosofia bergsoniana — o que a Hauriou não repugnaria, apesar da sua preferência pelo tomismo. Parece-me assim que tanto a sua versão como a de Welter apenas procurou melhor exprimir o que Hauriou descobrira: a idéia da honestidade profissional dos administradores, a qual reclama dêstes não só uma atividade moralmente admissível, mas também respeitadora da especialização institucional de cada organização ou serviço. Esta idéia, o legislador positivo não a consagra expressamente; ela funciona como pressuposto da aplicação das leis administrativas do mesmo modo que a Moral, — a lei da interferência subjetiva das ações humanas, — funciona como pressuposto do Direito — a lei da interferência intersubjetiva das condutas do homem convivente. A atividade dos administradores, se fôr exclusivamente norteada por rígido critério pragmático, pelo exclusivo intuito de obter o máximo de eficiência administrativa pode ser administrativamente imoral, apesar de jurìdicamente válida. Por outras palavras: a atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de a cada um dar o que lhe pertence — princípios de direito natural já lapidarmente formulados pelos jurisconsultos romanos.

III — IMORALIDADE ADMINISTRATIVA E DESVIO DE PODER

No mundo ético, as interferências da Moral e do Direito são mais freqüentes do que se julga. Sem dificuldade se encontram exemplos. Tanto a lei civil como a lei administrativa, por vêzes, exigem do homem convivente que, ao manifestar o querer por condutas jurídicas, nelas concretize um pensar e um decidir de "bom pai de família"; isto é: de representante da moral comum, na medida em que ela pode ser entendida, e observada pelo chamado "homem médio". A ordem jurídica, nestes casos, preocupando-se muito embora com o sentido jurídico da conduta, também considera o sentido moral dela. Mais: enlaça os dois sentidos, — e de tal sorte que o segundo influi no primeiro: se na conduta se não revelar o "bom pai de família", o sentido jurídico dela ficará afetado.

Aparenta-se com a noção de bom pai de família a noção de "bom administrador". Também aqui o elemento moral se combina com o elemento jurídico. Órgão da pública Administração, desempenha o cargo assumindo condutas jurídicas, pelas quais se realiza a função administrativa. Mas, para merecer o qualificativo de "bom", terá de juntar uma reta intenção moral a uma atividade jurídica correta. Evitar a usurpação de poder, nunca ignorar os limites da própria competência, respeitar escrupulosamente os preceitos em vigor e as formalidades legais, — eis condição necessária, mas não suficiente, do bom desempenho do lugar. Sem dúvida, na conduta jurídica do administrador que diligencia conformar-se à legalidade, manifesta-se já, além do seu prudente critério, sã concepção da função administrativa. No entanto, convém ter presente que há muitas maneiras de respeitar a legalidade — tantas, pelo menos, quantas forem as intenções morais de quem à mesma se submete ou dela se utiliza.

Repare-se, com efeito, no seguinte: a lei vigente fornece a norma das condutas possíveis, indicando também, por vêzes, os requisitos a reunir para que as mesmas, além de possíveis, sejam válidas. Assim considerada, surge a lei, para quem a não inventou mas a encontrou já vigorando no meio social em que pretende atuar, como princípio estimativo e meio de realização de certos comportamentos humanos. Para que o fato do comportamento adquira sentido jurídico, terá de manifestar-se nêle concreta referência ao valor jurídico, que a norma exprime pelo verbo *dever ser;* isto é: terá de reproduzir em si, enquanto comportamento efetivo, o comportamento jurìdicamente possível que *deverá ser* e ainda não é.

Ora, os meios pertencem à zona ontológica dos sêres carecentes de valor próprio, — dos sêres que só existem para que outros sejam. Por isso, em vez de valor específico gozam de valor reflexo: o que se patenteia no fim a cujo serviço estão. A lei vigente, repertório de condutas jurídicas possíveis colocado à disposição do homem convivente, espelha em si o valor de que é a concretização normativa e cuja atualização constante promove: o Bem-comum. Todavia, a observância da lei vigente pode ter a determiná-la motivos diversos, incluindo os não jurídicos. Aos meios é totalmente indiferente os intuitos de quem os usa e os fins para que são usados. Conformando a conduta pela legalidade jurídica, não precisa o homem necessàriamente de a referir ao Bem-comum. O valor jurídico é critério estimativo das suas condutas, mas não elemento constitutivo delas. Guia-o a lei vigente sem lhe necessitar o querer; isso apenas o faz o emprêgo legítimo da fôrça, meio de reparar as violações dos valores socialmente

consagrados. A sua liberdade de determinação subsiste perante a lei: tanto pode seguí-la como ignorá-la. E ao seguí-la, tanto pode acatá-la com a intenção moral de referir a sua conduta ao Bem-comum, como com a intenção de a referir a outro valor.

Como todos sabem, pode a lei ser violada, quer pela conduta abertamente referida a outro valor, quer pela conduta que, guardando a aparência legal, na realidade o não é. Em ambos os casos, em vez de jurídica, a conduta foi uma conduta torta, ou contrária ao Direito. Para que ela, formando-se dentro da figura legal que pretende conformá-la, seja jurídica até a substância, tem de nascer da intenção moral de quem quis concretamente referí-la ao Bem-comum. Por outras palavras: a observância do direito positivo, em vez de requerida tão-só por exigências jurídicas, é, simultâneamente, pedida por exigências morais. A consciência jurídica inclui a consciência moral. E a moral impõe ao homem convivente que seja honesto, evite prejudicar os outros, dê a cada um o devido.

"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 dêle conduta honesta, verdadeira, intrínseca e extrìnsecamente conforme à função realizada por seu intermédio. Não será a ordem administrativa parte, ou aspecto, da ordem jurídica postulada pelo Bem-comum? E não será a ordem jurídica parte, ou aspecto, da ordem cósmica que se define mediante a liberdade humana? Como então recusar esta evidência: comete uma "imoralidade administrativa" o administrador que perturba a ordem administrativa com uma conduta determinada por fins concretos alheios à pública administração, muito embora não tenha cometido faltas legais?

Sem dúvida, a imoralidade, qualquer que seja a forma da sua manifestação, só interessa à teoria jurídica na medida em que provoca repercussões jurídicas. Surge assim o problema de saber por que modo a imoralidade administrativa penetra no mundo jurídico. É, pois, o momento de apontar outro exemplo das interferências da Moral com o Direito: o chamado abuso de direito.

Vem já dos romanos a máxima que o nosso Cód. Civil reproduz pelo art. 13: *qui iuri suo utitur, nemine facit iniuriam*. Lendo-a, nenhuma dificuldade há em aceitar como evidência de senso comum o princípio nela enunciado. Quem usa de direito, que a ordem jurídica consagra e regula, observando o requerido pela lei, como poderá prejudicar outrem? Não é a lei regra e medida? E, como medida, não delimita a esfera objetivo da livre atividade de cada um?

No entanto, mais demorada análise da máxima acorda certas dúvidas. A primeira é esta: rigorosamente, que deverá entender-se por *exercício do seu direito?* Se a resposta fôr, como parece ser a do nosso Cód. Civil: exercício conforme à lei, — surge outra pergunta: Se a lei, além de regra, é medida, qual será a forma de conformidade à lei que traduzirá fielmente a medida legal do direito a exercer?

Na verdade, sendo a lei medida-padrão do direito de exigir e do dever de prestar, então o exercício dos nossos direitos não poderá ser um qualquer, mas tão-só aquêle que por ela é mensurado. Há, pois, um limite, cujo respeito se impõe, para que o exercício legal do direito seja *conforme* à lei.

Mas, essa medida, a lei não a indica expressamente. Ela contenta-se com fixar o nexo normativo que entre si liga duas condutas possíveis; e de tal sorte que a verificação de cada uma delas, provocando diferentes modificações da ordem jurídica, sirva à consecução de um fim concreto metajurídico, resultado final do exercício do direito subjetivo. Entre êstes três elementos — condutas jurìdicamente relevantes, modificações da ordem jurídica, fim metajurídico — há correlação intrínseca, não arbitrária. Ninguém contestará que, por exemplo, entre a conduta do comprador, a conduta do vendedor, as modificações produzidas por qualquer delas na ordem jurídica, — obrigação de pagar o preço convencionado como condição do direito de gozar da coisa em propriedade, obrigação de entregar esta como condição do direito a receber aquêle — e o fim metajurídico — aumento dos patrimônios — há correlação íntima. Mas ninguém contestará, também, que esta correlação implica certa *proporção*. Proporção, esta, que já se encontra na lei, figurada em abstrato, mas que as condutas jurìdicamente relevantes terão de reproduzir em concreto. A perfeita observância da lei exige-o; e, por isso, as condutas efetivas, sendo uma à outra proporcionais, medem e limitam automàticamente o exercício dos direitos.

Ora, bem: a intenção de sujeitar o exercício dos próprios direitos subjetivos à medida legal dêles não possui natureza exclusivamente jurídica: revela, também, natureza moral. Se assim não fôsse, a legalidade do exercício do direito consistiria na mera conformidade exterior às exigências da lei, abstração feita do vínculo interno entre o fim metajurídico, as modificações da ordem jurídica e a conduta. Quer dizer: o exercício efetivo do direito não concretizaria em si a proporção entre os três elementos, figurada em abstrato pela lei; seria, por conseguinte, um exercício arbitrário, medido pelo capricho do respectivo titular.

Por outro lado, o direito assim exercido estava dispensado de ter um fim metajurídico lícito. Muitos são, de fato, os eventuais fins metajurídicos de uma conduta jurídica; lícitos, porém, só alguns. Quais? Aquêles que o tal nexo normativo liga às modificações admissíveis da ordem jurídica, produzidas por condutas jurìdicamente relevantes. Êste nexo, adscrevendo-o ao setor dos efeitos jurídicos lícitos, admite-o indiretamente na esfera da licitude jurídica.

Reparar nisso, contudo, equivale a reparar que, no mundo do Direito, a intenção jurídica tem de ser antecedida e preparada por uma intenção moral. Da escolha do fim metajurídico, — resultado último a atingir e, por conseguinte, enquanto prefigurado pela imaginação do agente, motivo determinante do querer, — depende a intenção jurídica que a conduta jurídica exprimirá depois. Por outras palavras: a intenção jurídica manifesta-se pela escolha de uma conduta jurídica legalmente possível, a cuja verificação vai unida a virtualidade de produzir certos efeitos jurídicos; mas a intenção moral dessa conduta revela-se na escolha dela com vista a certo fim metajurídico, cujo lôgro se pode obter com o aparecimento dos referidos efeitos jurídicos. Está aquêle fim em íntima correlação normativa com êstes efeitos? Então é jurìdicamente lícito. Não está? Então, não é, — muito embora, na aparência, a conduta se tenha amoldado à lei.

Assim acontece, por exemplo, a quem, desejoso de prejudicar outrem, deu à sua conduta a forma do exercício legal de um direito. Neste caso, pois, o fim metajurídico não corresponde a um dos fins adstritos à esfera dos efeitos jurídicos admissíveis. Por isso, embora legal, o exercício do direito afastou-se de

seu fim próprio — é um exercício subtraído à medida da lei. Logo, é um exercício abusivo do direito. A determiná-lo está o intuito imoral de prejudicar; e é semelhante intuito que ocasionou a quebra do nexo normativo entre a conduta, as modificações da ordem jurídica e o fim metajurídico.

Pelo exercício abusivo do direito subjetivo penetra a imoralidade no mundo jurídico, perturbando a ordem jurídica, na sua finalidade última. A Ripert, na sua excelente monografia *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, não escapou isto, e, a páginas 163, escreveu: "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 pretenso 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."

Regresse-se, agora, ao direito público. O exame da estrutura lógica da lei administrativa mostra que, nela, o nexo normativo se estabelece entre as atribuições do órgão, as condutas a assumir por êste no uso da sua competência, as modificações admissíveis da ordem jurídica e o fim metajurídico, que é o concreto interêsse geral a satisfazer. No respeito dêste nexo, — o qual contém, a par de certa diretriz intrínseca da conduta, a medida que uns aos outros adequa êstes vários elementos, — manifesta-se não só a legalidade do ato definitivo e executório, mas também a sua moralidade. Por outro lado, dar ao ato administrativo e executório fim metajurídico, que não está implícito na órbita das atribuições de quem o praticou, equivale a quebrar êsse nexo com uma imoralidade administrativa. E como o elenco das atribuições legais constitui, afinal, o conjunto de interêsses gerais que o órgão, de harmonia com o princípio da divisão do trabalho e da especialização funcional deverá satisfazer, resulta que a imoralidade administrativa é, conjuntamente, infidelidade à idéia madre do serviço público.

Como penetra ela no mundo jurídico? Por uma perturbação da ordem jurídica semelhante à produzida pelo abuso do direito: o desvio de poder. Ambos têm a mesma causa: imoralidade da intenção do agente, levando à escolha de fim metajurídico irregular. Em ambos se verifica um "desvio" que consiste em colocar o poder jurídico ao serviço de tal fim. Em ambos, se nada parece inquinar a legalidade, está contudo quebrado o nexo normativo entre as modificações da ordem jurídica e o fim metajurídico: se aquelas eram lícitas, êste mostra-se ilícito, — e, por conseguinte entre ambos não se podia estabelecer válida relação de meio a fim. Para se dar idéia sugestiva do parentesco entre ambos servirá talvez a seguinte fórmula: o abuso do direito é a forma que, no campo do direito privado, assume o desvio do poder; êste, por sua vez, é a forma que, no campo do direito público, assume o abuso de direito.

Esta ligação entre a imoralidade administrativa e o desvio de poder não tem sido devidamente estudada. Salvo Hauriou e os seus discípulos — Renard, Welter, Goldenberg — mais ninguém lhe deu a merecida atenção. Por que? Devido a vários prejuízos científicos e, até, políticos, como adiante se verá. Repugnava aos administrativistas aceitar a relevância jurídica de uma coisa, a que se dera o nome jurìdicamente dissonante de imoralidade administrativa.

Por outro lado, o estudo do desvio de poder foi conduzido com o intuito prévio de o colocar dentro do conceito da legalidade. E muito embora a teoria jurídica do ato administrativo tropeçasse, ao fazer êsse estudo, no fenômeno perturbador da discricionariedade elidiu todos os problemas contentando-se com determinada análise psicológica que lhe permitia, depois, caracterizar jurìdicamente o desvio de poder como violação da lei do fim.

Sem dúvida, não é aqui o local, nem agora o momento de criticar esta atitude. Ao propósito dêste curto trabalho, interessa apenas focar que a ligação entre objeto e fim do ato administrativo, — portanto, entre modificações lícitas da ordem jurídica e fim metajurídico, — foi considerada pela nossa lei vigente. O decreto com fôrça de lei n.º 18.017, pelo art. 1.º, § 2.º, n.º 2.º, exclui do contencioso administrativo as faculdades discricionárias exercidas "dentro do seu objeto e fim". Ora, como se sabe, objeto do ato jurídico é, precisamente, as modificações da ordem jurídica; e o fim dêle já não é jurídico, mas o interêsse concreto de administração pública a satisfazer mediante aquelas modificações. Interêsse que a lei não pode nomear de antemão, nem deve, mas que já se encontra subentendido pela esfera das atribuições do órgão. E como a lei fixa, em abstrato, nexo normativo entre as ditas atribuições e os efeitos atribuídos ao uso dos poderes jurídicos que constituem a competência do órgão, o fim concreto de administração pública, a determinar no momento conveniente e oportuno, tem necessàriamente de estar em positiva correlação com êles.

Desta sorte entendida, é correta a doutrina da nossa lei, ao exigir que as faculdades discricionárias sejam exercidas dentro do seu objeto para que atinjam o seu fim, — isto é: o fim concreto de pública administração pressuposto pelas atribuições do órgão e pelas modificações da ordem jurídica atribuídas por lei aos atos praticados no uso dos diversos poderes jurídicos da sua competência. Quis-se dar ao ato objeto lícito mas para atingir fim ilícito — alheio, portanto, aos concretos interêsses da pública administração que ao órgão competia satisfazer? Nesse caso, cometeu-se desvio de poder. Alegado e provado êste, já o ato administrativo definitivo e executório, praticado no uso de poderes desvinculados, cai no âmbito do contencioso administrativo e pode ser objeto de exame jurisdicional.

Pergunta-se agora: abrangerá êste exame jurisdicional o exame da moralidade administrativa?

IV — FISCALIZAÇÃO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

O problema levantado pela pergunta é melindroso. Com efeito, para o colocar nos devidos têrmos, para lhe dar resposta adequada, necessário se torna pisar terrenos sulcados por prejuízos políticos ainda sensíveis. Bastará lembrar, para se verificar o que se afirma, que a diferenciação da Administração ativa da contenciosa se operou lentamente, nos países de regime administrativo, à custa de sucessivas interpretações do princípio político da separação de poderes. Em uma primeira fase, separaram-se as autoridades administrativas das autoridades judiciárias. Em uma segunda fase, reconhecidos os inconvenientes de confiar à Administração ativa o seu próprio contencioso, efetuou-se nova separação das autoridades judiciais, mas, agora, dentro do setor particular da Administração. Surgiram assim, fora da hierarquia administrativa, os tribunais privativos do contencioso administrativo.

Ora, uma vez acentuada a especialização das respectivas funções, começou a ser cuidado do político e do jurisconsulto teórico, o evitar que os Tribunais Administrativos, ao cumprir a específica tarefa de rever contenciosamente os atos da Administração, funcionassem como superiores hierárquicos desta — levando à confusão, que se queria evitar, mas agravada, pois, a dar-se, ocasionaria a perda da autonomia da Administração ativa. Por outras palavras: uns e outros trataram de localizar aquela tarefa no domínio exclusivo da legalidade. Mesmo nos países como a França, onde ao lado do contencioso da anulação há o contencioso da plena jurisdição, a decisão jurisdicional obtida mediante recurso foi sempre, e predominantemente, encarada como sanção da ilegalidade do ato definitivo e executório. Mero juiz da legalidade, nunca o Tribunal Administrativo poderia funcionar à maneira de superior hierárquico da Administração ativa, quer imiscuindo-se nos assuntos dela, quer sôbre ela exercendo preceptorado disciplinar.

Influídos por esta precaução, — e a "pré-caução" implica sempre "pré-conceito" — entrou a afirmar-se dogmàticamente: o juiz administrativo efetua o policiamento da legalidade do sistema jurídico, — contrapartida do direito subjetivo público do administrado à legalidade dos comportamentos da Administração, — nunca o policiamento da oportunidade ou da moralidade das intervenções das autoridades administrativas. Foi esta mesma idéia que, repercutindo na teoria jurídica do ato administrativo, levou a enquadrar o desvio de poder na ilegalidade. Raciocinou-se assim: o ato administrativo tem vários elementos: competência, vontade, objeto, forma e fim. Relativamente a cada um dêstes elementos, os poderes jurídicos do agente podem estar ou não estar vinculados por lei. Desta sorte, há uma lei da competência, da vontade, do objeto, da forma e do fim. Donde: o ato administrativo nunca é discricionário no sentido de ser absolutamente arbitrário: a discricionariedade revela-se na ausência de vinculação legal, que nunca é absoluta. A mesma competência abrange poderes jurídicos vinculados e desvinculados; o mesmo ato admite vinculação quanto a certos elementos e desvinculação quanto a outros. Por isso, em todos os atos há, — como Michoud, Laun e Kelsen já o viram, — um mínimo de vinculação e um mínimo de discricionariedade. No ato que se diz vinculado há, pelo menos, livre escolha do momento oportuno de o praticar, no ato que se diz discricionário há, pelo menos, vinculação quanto ao fim. Logo: o exame jurisdicional do ato discricionário é, ainda, exame da legalidade dêle.

Sem querer entrar aqui na crítica da teoria jurídica tradicional do ato administrativo, — crítica, aliás, já magistralmente feita por Kelsen, do ponto de vista particular da sua teoria pura, — limito-me a notar a incoerência que consiste em incluir nela, como elemento constitutivo do referido ato, o fim, — pois êste é, por natureza, metajurídico. Por outro lado, mesmo dentro da teoria tradicional, não vejo o motivo que necessàriamente vincule a apreciação do desvio do fim provocado pelo desvio no uso do poder ligado pela lei, a uma apreciação da legalidade do ato.

Com efeito, o desvio de poder não se reduz a mero problema de legalidade, pois o ato em que êle se manifesta concretamente é praticado com observância da lei, mas obedece a determinante imoral. Por outras palavras: o que afeta a jurisdicidade 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. A lei foi observada; mas a sua observância fêz-se acompanhar do desconhecimento da máxima profissional que requer honesto e verdadeiro uso da legalidade. O órgão que atua sob o império da paixão política, do zêlo burocrático mal entendido, ou erra, por deficiência de estudo, na apreciação dos fatos, ou pode cometer um desvio de poder, não obstante ter satisfeito as exigências legais. 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.

Por outro lado, fiscal do desvio de poder tanto pode ser a própria Administração ativa como a Administração contenciosa. O princípio da hierarquia administrativa não é apenas salvaguarda preventiva dos direitos dos administrados e da unidade de espírito e de ação das várias peças do mecanismo administrativo: é, também, meio de obter o policiamento interno, eficaz, do trabalho profissional. Renard diria, antes, que é o meio de obter o saneamento da "intimidade institucional". Para que inclui ela, distribuída por vários graus, poderes de direção, de superintendência, de inspeção e de preceptorado disciplinar? Não será precisamente para que a Administração, organizando os seus serviços, especializando-os para a função, pratique atos definitivos e executórios irrepreensíveis quanto à legalidade, à oportunidade e à moralidade? Qual seria a vantagem do recurso hierárquico se êle não visasse, precisamente, a evitar a prática de um ato definitivo e executório considerado irregular por alguns dêstes aspectos? Porque a atividade dos subalternos informa e prepara a atividade dos superiores, e porque a competência dêstes engloba a competência daqueles, destina-se o recurso hierárquico a obter a revogação ou a modificação do ato. Isto mostra que, por um dos seus aspectos, a hierarquia administrativa coloca os superiores hierárquicos na posição de fiscais natos da moralidade administrativa. A êles compete, na sua qualidade de portadores qualificados da idéia instituída não só orientar a atividade dos subordinados, por despachos, instruções e circulares, no sentido de uma cada vez maior adequação do serviço prestado à função administrativa desempenhada, mas também o de corrigir, pela ação disciplinar, pela faculdade de revogar ou alterar os atos praticados (salvo o respeito pelas situações adquiridas), tôdas as tendências contrárias ao que se chamou "bem do serviço" e inclui, a par do elemento *legalidade*, o elemento *bondade* — isto é: um fator moral.

A hierarquia mostra-se impotente para eliminar estas tendências? Não se vê motivo algum, de natureza retinta e exclusivamente jurídica, que vede ao juiz do desvio de poder o exame da imoralidade administrativa. Para se entregar a tal exame não carece êle de funcionar como superior hierárquico da Administração ativa: basta-lhe funcionar como juiz, pois, como se mostrou, a imoralidade administrativa, penetrando no mundo jurídico, vai nêle aparecer na forma, não de ilegalidade, mas de antijuridicidade.

O juiz do desvio de poder é, com efeito, mais do que um juiz da legalidade, — isto é: da mera conformidade da Administração à lei, — porque atua como juiz dos intuitos morais das autoridades administrativas, na medida em que êsses intuitos podem afetar a regularidade jurídica do ato praticado, — e, por conseguinte, a própria ordem jurídica.