FRAGMENTOS TEÓRICOS SOBRE A MORALIDADE ADMINISTRATIVA

CLÁUDIO ARI MELLO*

1. Introdução; 2. A positivação da moralidade administrativa e a concepção pós-positivista de direito; 3. A moralidade administrativa e a moralidade comum; 4. A moralidade administrativa e o princípio da legalidade; 5. O princípio da moralidade administrativa e os demais princípios jurídicos; 6. A moralidade administrativa e o princípio da boa fé; 7. A moralidade administrativa e a improbidade administrativa; 8. Conclusão.

1. Introdução

O princípio da moralidade administrativa é uma das maiores novidades da nova ordem jurídica brasileira, instaurada a partir da Constituição Federal de 1988. Essa afirmação é consensual na doutrina brasileira que se tem ocupado do tema. No entanto, esse é o único consenso teórico sobre a moralidade administrativa. De modo geral, todas as questões teóricas relevantes para a definição do conceito dogmático de moralidade administrativa são ainda objeto de um intenso desacordo doutrinário.

Todavia, ninguém deve ficar admirado ou inconformado com a falta de um consenso teórico sobre o tema. A rigor, o direito brasileiro converteu-se em um verdadeiro laboratório juscientífico para a investigação do conteúdo jurídico da idéia de moralidade administrativa. Embora essa noção não seja desconhecida em outros países, a ordem jurídica brasileira parece ser a única que incorporou expressamente um princípio da moralidade administrativa diretamente na Constituição. Portanto, o desenvolvimento do conceito terá de ser quase totalmente autóctone. Aliás, esse é um fato desafiador para a teoria jurídica nacional, historicamente habituada à importação de temas e discussões do direito de outras nações.

* Professor de Direito Constitucional e Filosofia do Direito do Campus de Uruguaiana da PUCRS; Promotor de Justiça.

Neste artigo, eu pretendo expor os pontos que considero fundamentais para a construção, em nível de teoria, do conceito dogmático de moralidade administrativa, vale dizer, de um conceito doutrinário que possa guiar o intérprete jurídico na aplicação do princípio constitucional em casos práticos. Procurei não ser arbitrário na seleção das "questões fundamentais" sobre a moralidade administrativa. Penso que uma sistematização das abordagens teóricas produzidas sobre o tema demonstrará que a doutrina concentra as análises e exposições sobre a moralidade administrativa principalmente sobre os pontos que escolhi. Evidentemente, a minha ambição é a de ajudar a dissolver alguns dos desacordos teóricos com as propostas interpretativas apresentadas ao longo do ensaio.

2. A positivação da moralidade administrativa e a concepção pós-positivista de direito

Quando a Constituição Federal de 1988 entrou em vigor, era possível perceber um sensível desconforto da doutrina jurídica e na jurisprudência em relação ao modo de compreender e operar o princípio da moralidade administrativa. Naquele momento, a concepção de direito predominante na classe jurídica brasileira permanecia sendo o positivismo jurídico, que, como sabem todos, tem na rígida separação entre direito e moral um dos seus principais trunfos teóricos.

O princípio da moralidade administrativa parece à partida remeter o intérprete e aplicador da Constituição a um continente até então proibido ao jurista educado sob o paradigma positivista. De fato, a idéia de moralidade administrativa recomenda um conceito que se reporta à moral, ainda que seja a uma moral, por assim dizer, setorial ou específica de uma determinada atividade humana. Portanto, ela *prima facie* escapa da zona de controle da legalidade estrita por meio da qual se expressa a doutrina positivista do direito.

Por conseqüência, é absolutamente natural que inicialmente os intérpretes e aplicados da Constituição tenham estabelecido uma relação de estranhamento com a idéia de moralidade administrativa. Positivar um princípio jurídico cuja operacionalidade dogmática remete o jurista para a esfera da moralidade é trazer de volta ao reino da pureza jurídica esse ser enjeitado e exilado que é a moral: é, também, reintroduzir nesse cenário asséptico a incerteza conceitual, a subjetividade hermenêutica, o emotivismo axiológico, é, enfim, renunciar em alguma medida aos paradigmas da certeza e da objetividade conquistados com a redução do direito à legalidade.[1]

Entretanto, o ingresso da moralidade no direito positivo brasileiro coincidiu com uma mudança radical de paradigmas na teoria do direito e na própria estrutura dos

1 Esse "estranhamento", quando não verdadeiro rechaço, já fora registrado no célebre artigo do jurista português Antônio José Brandão, intitulado *Moralidade Administrativa*, publicado na Revista de Direito Administrativo, vol. 25, julho-setembro de 1951, p. 454-467, considerado o *debut* teórico sobre o tema no direito administrativo brasileiro.

sistemas normativos contemporâneos. Desde pelo menos a década de 80, o modelo do positivismo jurídico, que fora francamente hegemônico em todo o mundo ocidental por cerca de dois séculos, passou a ser duramente atacado por teóricos do direito de todos os quadrantes e deixou de representar também para os juízes a única concepção de direito cientificamente aceitável. A ousadia iconoclasta de Dworkin, que na década de 60 introduziu um dos seus mais influentes escritos afirmando que iria "lançar um ataque geral ao positivismo", encorajou toda uma geração de pensadores e práticos do direito a desafiar os deuses do positivismo em nome de uma "re-ligação" entre direito e moral.

Portanto, os estudos sobre a moralidade administrativa a partir de 1988 coincidiram com os estudos jurídicos produzidos já sob a influência de uma concepção de direito que é no mínimo crítica em relação ao paradigma positivista. Um número considerável de juristas cientificamente responsáveis sustenta hoje uma concepção de direito que freqüentemente é denominada de pós-positivista, no que se quer significar uma superação da pureza do direito e da redução do jurídico à legalidade, e uma re-ligação do direito à moral.[2]

É temerário dizer que a introdução do princípio da moralidade administrativa na Constituição Federal de 1988 tenha sido já um produto dessa concepção pós-positivista de direito. A doutrina jurídica brasileira sobre filosofia e teoria do direito à época era ainda dominada pelo paradigma positivista e legiscentrista. A teoria crítica do direito era um movimento cientificamente interessante, mas ocupava uma posição marginal no cenário jurídico nacional, e sua influência na práxis judicial era irrisória.

Tudo o que talvez se possa dizer é que os constituintes revelaram-se a antena do seu tempo, e alguns setores mais avançados do pensamento jurídico nacional, que já haviam racionalizado ou, no mínimo, intuído a mudança de conceitos que estava em pleno curso nos grandes centros mundiais de estudos jurídicos, conseguiram introduzir um princípio jurídico no direito constitucional positivo que estava fadado a simbolizar a revolução conceitual da teoria do direito. É bem verdade que é possível rastrear uma história do conceito de moralidade administrativa na doutrina jurídica, e mesmo no direito positivo brasileiro, antes da Constituição Federal de 1988. A narrativa de José Guilherme Giacomuzzi em seu estudo sobre o tema é uma verdadeira biografia da moralidade administrativa, não apenas no cenário jurídico brasileiro, como também na sua terra de origem, a teoria francesa do direito administrativo. A parte histórica do estudo de Giacomuzzi traz duas revelações de extrema importância.[3]

Primeiro, ele demonstra que a concepção original de moralidade administrativa, formulada no início do século passado por Maurice Hauriou, jamais vingou na doutrina e na jurisprudência francesas, a despeito do esforço de alguns de seus

2 V. Luiz Roberto Barroso, *Fundamentos filosóficos do direito constitucional brasileiro,* Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n. 46, 2002, Porto Alegre, p. 47-62.

3 José Guilherme Giacomuzzi, *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública*, São Paulo: Malheiros, 2002. Do mesmo autor, ver também *A moralidade administrativa — história de um conceito*, Revista de Direito Administrativo, vol. 230, 2002, p. 291.

discípulos para conferirem autonomia e dignidade científicas ao conceito. A idéia de moralidade administrativa foi suplantada pela teoria do *detournement de pouvoir* e pela vigorosa força ideológica do positivismo jurídico no direito francês. A seguir, ele revela que a doutrina administrativista brasileira manteve um persistente apego à idéia de moralidade administrativa de Hauriou para muito além do seu ocaso teórico na França. Conquanto também no Brasil tenha vencido a teoria do desvio de finalidade, que foi inclusive alçada a causa legal de nulidade dos atos administrativos pela Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), a doutrina administrativista permaneceu relacionando o desvio de finalidade a um conceito muito genérico e impreciso de moralidade administrativa, sem, contudo, extrair as conseqüências dogmáticas que somente o declínio da hegemonia positivista permitiria atingir.

Mas qualquer que tenha sido a história do princípio da moralidade antes da Constituição Federal de 1988, é possível afirmar que o seu caráter "subversivo", no sentido de uma reaproximação entre direito e moral, só pôde ser fundamentado a partir do processo de superação da hegemonia ideológica do positivismo, cuja lenta trajetória no cenário jurídico brasileiro tem seu ponto inicial apenas no início da década de 90 do século passado. Sem um discurso teórico de legitimação da aplicabilidade de um princípio jurídico cujo significado remete à esfera da moralidade, hoje fornecido pela concepção pós-positivista de direito, é provável que a doutrina e a jurisprudência reprimissem o sentido do cânone constitucional da moralidade administrativa dentro dos marcos ideológicos do positivismo jurídico, rejeitando a autonomia científica da moralidade administrativa e reduzindo-a a uma mera manifestação do princípio da legalidade.

É possível perceber, na doutrina jurídica brasileira pós-constitucional, um processo de consolidação positiva da autonomia dogmática da moralidade administrativa já em um novo marco teórico. No entanto, a elaboração de um conceito de moralidade administrativa depende da afinação de uma série de elementos dogmáticos que ainda não alcançaram uma definição estável na doutrina que se dedica à temática. Nos tópicos seguintes eu discuto alguns desses elementos, a fim de tecer uma rede conceitual que me permita fornecer ao leitor a minha compreensão sobre o estágio atual de desenvolvimento do conceito de moralidade administrativa no direito brasileiro.

3. A moralidade administrativa e a moralidade comum

Os autores brasileiros que têm se ocupado de definir os contornos conceituais do princípio em exame normalmente explicitam uma distinção entre a moralidade administrativa e a moral comum. À primeira vista, a distinção tem como propósito afirmar que o raio de incidência do princípio não abrange a violação de regras de conduta da moralidade comum reconhecidas na vida da sociedade brasileira. No entanto, a sua real importância teórica consiste justamente em identificar os elementos constitutivos específicos da moralidade administrativa, que a fazem uma categoria especial e autônoma da moralidade geral.

A moralidade positivada como norma de conduta no art. 37 da Constituição restringe-se a disciplinar as condutas das pessoas envolvidas nas relações jurídicas estabelecidas no âmbito da administração pública. Por isso, costuma-se sustentar, com base em Hauriou, que as regras de moralidade administrativa devem ser extraídas da "disciplina interna" da administração pública, como conseqüência da finalidade e das funções típicas do poder público. Uma definição particularmente expressiva dessa distinção foi formulada por Henri Welter, discípulo de Hauriou e autor de obra clássica sobre o controle jurisdicional da moralidade administrativa: "a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto de 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".[4]

Outra síntese exemplar da concepção de Hauriou pertence a Diogo de Figueiredo Moreira Neto: "a moral comum é orientada pela distinção entre o bem e o mal, ao passo que a moral administrativa é orientada pela diferença prática entre boa e má administração".[5] É através do exame da finalidade que se estabelece a moralidade da atuação pública, aferida "em relação aos seus fins e a seus meios, mas sempre conotada à idéia de legitimidade da ação do Estado no atendimento do interesse público".[6] O agente público tem o dever de bem administrar os interesses a ele confiados. Quando administra mal ou utiliza seus poderes administrativos para atingir resultados "divorciados do interesse público a que deveria atender",[7] ele viola a moralidade administrativa.

Existe, portanto, um núcleo conceitual básico na tradição doutrinária da moralidade administrativa que tem origem na doutrina francesa. Márcia Noll Barboza sintetiza esse núcleo conceitual articulando quatro elementos: a) observância de uma moral jurídica; b) extraída da disciplina interna da administração pública; c) com conteúdo determinado pela idéia de função administrativa (a implementação do bem comum), da qual decorre a noção de boa administração; d) devendo essa observância ser fiscalizada no terreno da discricionariedade, especialmente, mas não só, no caso de desvio de poder.[8]

Todavia, esses referenciais conceituais não são unânimes na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Há que diga, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que "mesmo os comportamentos ofensivos da moral comum implicam ofensa ao princípio da moralidade administrativa",[9] conquanto a autora não fundamente essa sua

4 Citação extraída de Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 84.

5 Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de Direito Administrativo*, 11ª edição, São Paulo: Forense, 1997, p. 70.

6 Moreira Neto, *idem*, p. 70.

7 Moreira Neto, *idem*, p. 70.

8 Márcia Noll Barboza, *O princípio da moralidade administrativa*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 115.

9 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 10ª edição, São Paulo: Atlas, 1998, p. 70.

discordância com o núcleo conceitual do princípio já tradicional na nossa doutrina. Mas é José Guilherme Giacomuzzi quem dispara as críticas mais agudas à imprecisão dos argumentos que se valem dessa distinção. O autor observa que a tese da não-equivalência da moralidade comum e da moralidade administrativa "não vem acompanhada de mínimos critérios balizadores seja da moral comum, seja da moralidade administrativa", pelo que "temos pouco mais que palavras vazias".[10] Como resultado dessa imprecisão conceitual e da ausência de explicações do que seja uma e outra espécie de moralidade, prevalece a moral mais conveniente ao intérprete e, por isso, impera o subjetivismo.[11] E adiante: "Daí que não vejo razão em continuar-se invocando a lição de que 'a moralidade administrativa não se confunde com a moral comum', ou mesmo de que 'a moralidade administrativa se consubstancia no conjunto de regras tiradas da disciplina interior da Administração'. Dizer isso é dizer pouco, em palavras, e nada, em significado. Invocar tais 'máximas' é esvaziar, em conteúdo, o discurso jurídico racional, lembrando-se de que num tal discurso se apoia a legitimidade do Direito".[12]

Sem dúvida alguma, a elaboração doutrinária brasileira sobre as diferenças conceituais entre a moral comum e a moralidade administrativa longe está de oferecer critérios seguros para fundamentar racionalmente a distinção. Nós juristas, que estamos a nos preocupar com o tema, normalmente não temos formação suficiente para manipular com desenvoltura argumentos pertinentes à filosofia moral, um dos mais densos e disputados ramos da filosofia geral. Grandes filósofos combatem há séculos por uma definição conceitual daquilo que nós estamos a denominar de "moral comum", por isso não admira a insegurança com que os intérpretes do princípio da moralidade administrativa tratam da diferença entre ele e a suposta moral comum.

Mas há nessa elaboração um *insight* extremamente valioso, que não me permite acompanhar o Prof. Giacomuzzi no seu desencanto em relação à distinção nessas alturas já tradicional. A moralidade administrativa é de fato uma moralidade específica, diferente da moralidade geral, por assim dizer. A "moral comum", como nós estamos a denominar nos estudos sobre essa temática, se refere à bondade ou à correção das condutas humanas voluntárias praticadas na vida em sociedade. O conjunto de regras de conduta componentes de uma moralidade comum a uma sociedade resulta de determinadas concepções de bem predominantes nesta sociedade em um determinado momento histórico, por força da tradição, de estatutos religiosos ou de uma racionalidade compartilhada pela comunidade. Essa moral comum decorre de uma razão prática que indica como se deve agir na vida comunitária para atingir o bem ou os bens que a sociedade estima como moralmente valiosos. Por conseguinte, segundo essa concepção de moralidade comum que estou a defender, e que de modo algum é unânime na filosofia ética, a moral é sempre teleológica.

10 José Guilherme Giacomuzzi, *A moralidade administrativa e a boa fé da administração pública*, p. 167-168.

11 José Guilherme Giacomuzzi, *ob. cit.*, p. 169.

12 José Guilherme Giacomuzzi, *ob. cit*, p. 173.

A moralidade administrativa é uma aplicação dessa razão prática orientada à consecução de um bem ou de bens estimados como valiosos, mas aplicada ao campo específico de uma espécie precisa de atividade humana, a atividade de administração pública. A sua especificidade está na especificidade do bem natural à atividade de administração pública. É o bem típico à atuação do poder público que constitui a natureza das condutas exigidas ao agente público pelo conjunto de regras típicas da moralidade administrativa. Ruy Cirne Lima disse que a atividade administrativa é aquela que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente. Nessa célebre frase está contida a inflexão que a finalidade cogente ou o bem inerente à administração pública tem sobre a natureza das condutas ou das ações exigidas do agente público. Por isso não é nenhum disparate conceituar sinteticamente a moralidade administrativa como um conjunto de regras extraídas da disciplina interior da administração pública. A teleologia específica da ética administrativa está bem apanhada neste conceito.

Quando Antônio José Brandão comentou resumidamente as idéias centrais dos autores franceses sobre o conceito de moralidade administrativa, ele chamou a atenção para o fato de que os elementos nucleares do conceito estão: a) na natureza institucional da administração e b) na natureza funcional da atividade administrativa.[13] Diz o autor português que, para Hauriou, o poder público é instituído ao modo de uma empresa, cuja estrutura destina-se à realização da idéia de *serviço público*. Por isso,

> "(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 de ação a desenvolver-se; as atividades dos administradores, se utilizam meios jurídicos e técnicos, destinam-se, por sua vez, a lograr, como resultado, a prestação de um serviço geral e, por isso, realizam uma função enquanto concretizam a idéia diretriz."[14]

Realmente a gênese do conceito de moralidade administrativa está nessa funcionalidade que é inerente à natureza institucional da administração pública. É a infidelidade ou a deslealdade na atuação funcional dos administradores em relação aos fins institucionais da administração pública que caracteriza a imoralidade administrativa.

Essa especialização da moralidade administrativa em relação à moralidade comum nada tem de excepcional. É comum que atividades humanas institucionalizadas tenham a sua própria moralidade específica, extraída das funções e dos fins inerentes à atividade. Assim, existe uma moralidade da atividade médica ou da atividade sacerdotal que não se confunde com a moralidade comum eventualmente incidente nas ações desenvolvidas pelos médicos e pelos sacerdotes. A proibição de

13 Antônio José Brandão, *ob. cit.*, p. 458.

14 Idem, *ibidem*.

revelar publicamente o diagnóstico ou confidências colhidas do paciente no tratamento e a vedação à interferência no tratamento realizado por outro profissional são, na esfera médica, deveres éticos intrínsecos à moralidade interna daquela atividade. A proibição de utilizar para interesses privados dos sacerdotes os donativos feitos pelos fiéis à causa religiosa e a vedação de fazer proselitismo político através dos rituais e ações religiosos são exemplos de deveres éticos intrínsecos à moralidade específica da atividade sacerdotal. Esses deveres morais não podem ser reconduzidos a uma moralidade geral e tampouco se comunicam à moralidade própria de outras atividades humanas. Não iríamos censurar por violação da ética médica o cirurgião que tenta convencer seu paciente de eleger o candidato de sua preferência nas próximas eleições presidenciais.

Essas analogias revelam que as moralidades funcionais podem ser todas elas conceituadas sinteticamente como um conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina interna da respectiva atividade. Trata-se de uma definição simples e seguramente insuficiente, mas que ainda assim compreende o *conteúdo essencial* dessas manifestações especiais da moralidade.

4. A moralidade administrativa e o princípio da legalidade

A vinculação positiva da administração pública ao princípio da legalidade é mais notável marca do Estado de Direito liberal. A administração pública, dizem os clássicos do direito administrativo, só está autorizada a fazer o que a lei permite. A vinculação do poder executivo à legalidade é um produto conspícuo do direito moderno. A superação do cânone medieval do *princeps legibus solutus* pela idéia de governo das leis, na forma do *rule of law* britânico ou do *Rechtsstaat* alemão, é provavelmente a melhor síntese da evolução história da modernidade jurídica. Todavia, a vinculação da administração pública à legalidade está também associada a uma mudança cultural que produziu o divórcio entre legalidade e moralidade administrativa e que deve como principais fatores: a) a hegemonia ideológica do legiscentrismo fundada no princípio da separação dos poderes; b) a autonomia da política em relação ao direito; e c) o postulado juspositivista da separação entre direito e moral.

A *raison d'être* original da separação dos órgãos do Estado era dividir o exercício do poder público a fim de estabelecer um sistema de controles recíprocos entre cada um dos órgãos responsáveis pelas três funções especializadas do poder público. A idéia reguladora continha-se na expressa francesa *le pouvoir arrête le pouvoir*. Nas suas fontes britânica e francesa, a separação de funções compreendia a especialização do poder legislativo na produção do direito, de modo a garantir à soberania popular o monopólio sobre a elaboração das leis. Esse monopólio sobre a produção das leis permitiria ao "povo" o controle da atividade dos governantes e dos juízes. Com a progressiva democratização dos Estados ocidentais, a partir do século XIX, a separação de poderes obteve um acréscimo de legitimidade política que lhe reforçou o vigor institucional e a transformou no principal elemento institucional dos Estados ocidentais modernos, o paradigma através do qual se julga a

maturidade e a qualidade das instituições políticas dos Estados contemporâneos. Pois bem, o princípio da legalidade é uma ferramenta ideológica inseparável desse concerto. Ao encerrar a atuação da administração pública nos estritos limites da lei de origem parlamentar, assegura-se a prevalência da vontade dos cidadãos sobre a vontade dos governantes.

Por outro lado, outro fator exerceu grande influência na glória do princípio da legalidade. Eu me refiro à ruptura entre política e moralidade, construída a partir de Maquiavel. A obra fundamental do pensador florentino, *O Príncipe*, inaugura a moderna ciência política e configura, por assim dizer, os contornos do Estado moderno. Como se sabe, *O Príncipe* encartava-se em um tipo de literatura da época denominada de "espelho", que era basicamente um livro de aconselhamento a governantes, escrito por estudiosos da arte política.[15] Até Maquiavel, a principal exigência que se fazia aos governantes era de que fossem dotados de *virtú*, conceito de antecedentes gregos, composto por um conjunto de virtudes diversas que habilitava os homens para o exercício das funções de governo. Maquiavel se opôs a esse moralismo político de orientação humanista. Quentin Skinner comenta a esse respeito:

> "Outro ponto no qual Maquiavel contesta as teses que prevaleciam entre os autores de espelhos para príncipes refere-se ao papel da *virtú* na vida política. Como já vimos, duas idéias centrais quanto à *virtú* emergiam da tradição humanista de pensamento moral e político: primeira, que a *virtú* é a qualidade que capacita um príncipe a realizar seus mais nobres fins; segunda, que se pode identificar a posse da *virtú* com a posse do conjunto das principais virtudes. Em conseqüência, os doutrinários mais destacados do principado culminavam, todos, num mesmo tempo — e fundamental — conselho aos políticos: se um governante pretende 'manter seu estado' e alcançar as metas da honra glória e fama, diziam eles, deve acima de tudo cultivar o elenco mais completo de virtudes, tanto cristãs quanto morais. Ora, é precisamente essa conclusão — cujo papel estratégico na literatura dos espelhos é ocioso recordar — que Maquiavel rejeita. Concorda que as metas adequadas para um príncipe consistem em honra, glória e fama. Mas repele, com a maior veemência, a convicção reinante de que o meio mais seguro de realizar esses fins consistirá sempre em agir de modo convencionalmente virtuoso".[16]

A partir de então, Maquiavel elabora um dos seus mais influentes raciocínios, que estaria fadado a exercer impressionante influência na práxis política dos séculos seguintes. Dirá o gênio florentino que o objetivo fundamental do governante não é a posse da *virtú*, mas a *manutenção do seu Estado*. Ele não rejeita a tese de que o

15 Quentin Skinner, *As Fundações do Pensamento Político Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. Ver, ainda, o ensaio de Ingo Wolfgang Sarlet, Maquiavel, *'O Príncipe' e a formação do Estado moderno*. Revista da AJURIS, nº 63, p. 91.

16 Skinner, *ob. cit.*, p.151.

príncipe deva ser virtuoso, mas considera que a grande virtude que se deve exigir dele é a sua capacidade de *manter o seu Estado*. Para conseguir atingir esse desiderato, não deve o príncipe ter preocupações de ordem moral, pois a ética pode impedi-lo de manter o poder. Seu conselho nuclear é o seguinte: "*Esforce-se, então, o príncipe, para vencer e manter o poder; os meios serão sempre considerados honrosos e louvados por todos*".[17] A partir desse raciocínio básico, Maquiavel aconselha o príncipe a estar disposto a tornar-se "um grande embusteiro e mentiroso", que "não necessita ter todas as boas qualidades", mas "deve certamente aparentar possuí-las", que deve aprender o quanto pode ser vantajoso "agir contra a boa fé, a caridade, a bondade, a religião".

Em razão desses argumentos, *O Príncipe* sempre foi interpretado como a obra que provocou a ruptura entre a política e a moralidade, como tendo singrado um corte radical entre a ética e o governo, enfatizando a "autonomia da política" em relação à moral. Skinner chama a atenção para o equívoco desta interpretação, que oculta o contraste essencial que o gênio Florentino pretendeu fazer, entre duas moralidades antagônicas e incompatíveis: a moralidade então dominante, permeada pelo humanismo cristão, e a moralidade pragmática que ele pretendia instituir.[18] De qualquer modo, a principal repercussão prática da obra consistiu exatamente nessa separação entre moralidade e política, decorrente do pensamento racionalista e pragmático de Maquiavel. Como adverte Ingo Sarlet, a partir de Maquiavel a "política torna-se uma mera técnica de aquisição e conservação do poder político do Estado",[19] sem se condicionar, necessariamente, por pautas morais.

Um dos corolários da "autonomia da política", promovida pela teoria política maquiaveliana e consolidada pela práxis da doutrina da separação dos poderes, consiste na insindicabilidade judicial da moralidade administrativa ao longo dos últimos séculos. Autonomia da política significa que a ética no exercício da administração pública não era assunto do direito, exceto quando excepcionalmente o poder legislativo disciplinava através de lei o agir administrativo. Esse efeito foi potencializado quando, mais tarde, Kant sustentou a distinção entre o direito e a moral. Para Kant, a probidade jurídica é axiologicamente neutra, não havendo nenhum mérito no cumprimento de deveres jurídicos. Os deveres de direito são sempre preferíveis às obrigações da virtude, porque os deveres jurídicos são exatos, e as obrigações morais são indeterminadas. Por isso Kant denominava os primeiros como deveres perfeitos, e os segundos como deveres imperfeitos.[20] Para Kant não existe complementaridade entre direito e moral, o direito "não está a serviço da moralidade e tampouco se faz moralmente útil".[21] Como mostra José N. Heck, a

17 *O Príncipe*, Ed. RT, 1996, p. 114.

18 Skinner, *ob. cit.*, p. 155.

19 Sarlet, *ob. cit.*, p. 144.

20 Immanuel Kant, *A Metafísica dos Costumes*, São Paulo: EDIPRO, 2003, p. 85-88; v. José nº Heck, *Direito subjetivo e dever jurídico interno em Kant*, *Veritas*, Porto Alegre, vol. 48, nº 1, março-2003, p. 59-60.

21 José N. Heck, *ob. cit.*, p. 67.

chamada remoralização do direito, que tem sido desenvolvida por filósofos contemporâneos como Jürgen Habermas e Robert Alexy, é absolutamente antikantiana:

> "Entre moral e direito inexiste desnível de obrigatoriedade ou superposição de vínculos. Para Kant, o direito se presta tão pouco quanto a moral a ser usado como ferramenta de uma idéia ou proposta eticamente superior. Não há fins que transcendessem a esfera jurídica, em relação aos quais o direito não passaria de meio e cujo alcance lhe daria sentido, legitimidade e consistência. Segundo Kant, não há valor acima do universo jurídico cujos préstimos possam enobrecer o direito".[22]

Com Kant inicia-se a autonomização da moral em relação ao direito, que será consolidada pelo positivismo jurídico do século XX. Assim, o direito moderno tem como premissas metodológicas a "autonomia da política" e a "autonomia da moral" em relação ao direito. Esses três fatores, separação de poderes e vinculação da administração pública à lei, autonomia da política em relação à moralidade e autonomia do direito em relação à moral foram os responsáveis pelo divórcio entre legalidade e moralidade administrativas, que caracteriza o direito administrativo moderno. Quando esses três fatores passaram a ser contestados e entraram em declínio, o princípio da legalidade tornou-se nitidamente insuficiente como limite jurídico de controle judicial da administração pública.

É verdade que a teoria do desvio de finalidade e o controle judicial sobre os motivos e o objeto dos atos administrativos, desenvolvidos ao longo do século passado, pressupõem já um avanço da doutrina tradicional do direito público em relação a uma superação do monopólio do controle de legalidade. Os autores costumam denominar o controle judicial sobre a finalidade, os motivos e o objeto do ato administrativo de controle da *legalidade substancial ou interna* da administração pública, a exemplo do controle material da inconstitucionalidade das leis, que concerne à compatibilidade entre o conteúdo das normas constitucionais e o conteúdo das normas legais.

Alguns autores sustentam, inclusive, que a preexistência de instrumentos jurídicos de controle judicial da *legalidade substancial* dos atos administrativos torna desnecessário o recurso à idéia sempre imprecisa e subjetiva de moralidade administrativa. Afirma-se, ainda, que qualquer que seja o conteúdo conceitual da moralidade administrativa, ele pertencerá à esfera mais abrangente do princípio da legalidade. Como o controle jurídico das condutas ditadas pela moralidade administrativa pode ser feito perfeitamente mediante o recurso às categorias já englobadas na legalidade interna ou substancial da administração pública, tudo é uma questão de signos reciprocamente fungíveis, que expressam com significantes diferentes o mesmo significado. José Guilherme Giacomuzzi, por exemplo, estudando a moralidade administrativa inserta no art. 5º da Constituição Federal, sustenta que o constituinte conferiu "*status* constitucional a um aspecto especial da legalidade, qual seja, a

22 Idem, *ibidem*, p. 67.

legalidade *interna* do ato administrativo",[23] a legalidade *substancial*. Por isso, defende o autor:

> "Não me parece difícil ver que estamos, em verdade, a mudar tão-somente de signos, às vezes dando maior valor e amplitude de significado — a uns que a outros. Mas tudo gira em torno da tentativa de alargamento da abrangência do princípio da legalidade. Ou, como venho insistindo, de sua correta compreensão".[24]

No entanto, a definição conceitual das funções da moralidade administrativa e da legalidade não é um problema apenas de signos mais ou menos aparentados. Pode-se dizer que uma lei que condiciona a validade dos atos administrativos ao respeito pela finalidade pública legaliza a moralidade administrativa e torna desnecessário o recurso a essa categoria na argumentação jurídica. Pode-se dizer que não é necessário institucionalizar no direito a categoria da moralidade administrativa porque o controle da moralidade administrativa já é assegurado pelo controle judicial do desvio do poder, do objeto e dos motivos dos atos administrativos. Mas isso não significa que a legalização da moralidade administrativa elimine a sua autonomia conceitual. O fato de o legislador editar uma lei instituindo deveres legais de ética funcional para médicos não significa a morte da moralidade médica. Significa apenas que ela se converteu em uma moralidade jurídica e que ganhou concreções em condutas especificadas na lei. O fato de o poder judiciário impor sanções a procedimentos médicos por vício nos seus motivos e no seu conteúdo não significa que, por se tratar de uma aplicação da vedação legal de dano culposo, não exista uma ética funcional como fundamento material de todos os deveres de conduta da atividade médica.

Um método que poderíamos adotar para confirmar a existência de uma moralidade administrativa e inclusive da sua autonomia ôntica em relação aos deveres de conduta legalizados seria aquele que denominarei de "teste de Hart". O filósofo britânico elaborou uma lista particular de aspectos que diferenciam as obrigações jurídicas das obrigações morais. Entre esses aspectos, ele insere a característica da *imunidade à alteração deliberada* como um aspecto típico das regras morais que não é encontrado nas regras jurídicas. Segundo Hart,

> "é característico de um sistema jurídico que novas regras jurídicas possam ser introduzidas e as antigas alteradas ou revogadas por acto legislativo intencional, mesmo que algumas leis possam estar protegidas de alterações por uma constituição escrita que limite a competência do poder legislativo supremo. Contrastando com isto, as regras ou princípios morais *não podem* ser criados, alterados ou eliminados por este modo."[25]

23 Giacomuzzi, *ob. cit.*, p. 140.

24 Giacomuzzi, *ob. cit.*, p. 153.

25 Hart, *O Conceito de Direito*, 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 190.

As regras morais não podem ser revogadas ou alteradas através de comandos do tipo "a partir de 1º de janeiro de 2004 torna-se imoral fazer isso ou aquilo", vale dizer, as regras morais não podem ser criadas ou alteradas por um ato intencional ou deliberado, mesmo que seja um ato legislativo, muito embora a aprovação e a revogação de leis possam promover a alteração ou a decadência de um padrão moral.[26] O que pretendo obter com o "teste de Hart" é a verificação da existência autônoma de regras de conduta extraídas de uma moralidade administrativa que se encontra além das regras de conduta que a lei impõe ao administrador público. Se existem determinados deveres de conduta do administrador público que não foram criados pelo legislador e se esses deveres não podem ser imediatamente alterados por atos deliberados como leis, porque esses deveres persistiriam em uma esfera metalegal a despeito da alteração ou da revogação do dever legal, então temos um sólido indício de que existe uma moralidade incidente nas relações administrativas para além do acervo de normas legais que as disciplinam. Eu estou convencido de que, se aplicarmos o "teste de Hart", obteremos um substancioso conjunto de regras de conduta que constituem uma moralidade administrativa "relativamente indiferente" à legalidade administrativa.

Portanto, se nós realmente podemos confirmar a existência autônoma da moralidade administrativa, quando se faz o tal controle da legalidade interna ou substancial da administração pública, através do exame do desvio de finalidade e dos vícios nos motivos ou no conteúdo dos atos administrativos, o que se faz é um controle da moralidade administrativa. O desvio de finalidade, o vício dos motivos ou do conteúdo são algumas das manifestações possíveis da moralidade administrativa, quiçá as mais importantes ou as mais freqüentes, mas não são sem mais *a* moralidade administrativa. Esse conceito é mais abrangente e muito mais significativo do que aqueles, que se referem a manifestações específicas da ética exigida dos agentes públicos e privados nas relações jurídico-administrativas.

Mas e se dissermos que existe um conceito geral de legalidade interna ou substancial dos atos da administrativa pública que é parte do princípio da legalidade, não tornaríamos desnecessário o apelo à moralidade administrativa? Só se tivermos a intenção deliberada de evitarmos a todo o custo a pronúncia dessa expressão, porque o controle da tal legalidade interna ou substancial é, na verdade, ao menos em parte apenas um controle da moralidade administrativa.

E qual a vantagem de invocarmos uma categoria tão subjetiva e imprecisa quanto a moralidade administrativa para controlarmos aquilo que se pode fazer através do recurso a uma categoria tão mais objetiva e definida como o princípio da legalidade em sua expressão *interna* ou *substancial*? A primeira vantagem é que damos os nomes certos às coisas: se a lei não prevê expressamente determinados deveres de conduta, mas eles podem ser inferidos como exigidos pela moralidade funcional da administração pública, não há porque mediarmos esse raciocínio dizendo que as leis possuem um conteúdo implícito ou pressuposto que impõe e proíbe condutas dos

26 Hart, *ob. cit.*, p. 191. Ver, também, Jeremy Waldron. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 14-15.

agentes públicos e privados envolvidos em relações jurídico-administrativas. Estas condutas são exigidas pelo direito, que incorporou as normas da moralidade administrativa, não pela lei.

A segunda vantagem é que podemos superar racionalmente o medo de trabalharmos com a categoria da moralidade dentro do direito. O receio de assumir que o controle da legalidade interna ou substancial é um controle da moralidade administrativa resulta da síndrome de pureza do positivismo jurídico. Mas se nós podemos superar essa síndrome com os novos paradigmas da ciência do direito, não há porque não reconhecer que nem sempre a lei prevê todas as condutas juridicamente reprováveis, inclusive no âmbito da administração pública. Quando a lei obriga ou proíbe, expressa ou implicitamente, uma determinada conduta a um agente público, então dizemos que o princípio da legalidade impõe a ele o cumprimento daquele dever de ação ou de abstenção. Mas quando a lei não prevê, expressa ou implicitamente, uma determinada conduta ativa ou omissiva de um agente público, não obstante essa conduta atente contra a moralidade interna da administração pública, não há porque tergiversar dizendo que então ela viola a legalidade *interna* ou *substancial*. Não, ela viola a moralidade administrativa, e como a moralidade administrativa é um princípio jurídico, as condutas que a violam são ilícitas ou antijurídicas, ainda que não sejam propriamente ilegais, já que não houve violação a uma regra legal, no caso inexistente.

Claro que muitos deveres de conduta impostos por lei aos agentes públicos e privados envolvidos em relações jurídico-administrativas tem como fundamento a moralidade administrativa, e nesse caso haveria como que uma justaposição entre as duas categorias. Mas esse fenômeno não é exclusivo do direito administrativo; é um fenômeno universal do direito. Conforme observou Hart, "em qualquer comunidade há uma sobreposição parcial de conteúdo entre a obrigação jurídica e a moral; embora as exigências das regras jurídicas sejam mais específicas e estejam rodeadas por exceções mais detalhadas do que as correspondentes regras morais".[27] Além disso, como Habermas tem assinalado, a absorção de valores morais ou deveres éticos por normas tem a importante função de reduzir a carga argumentativa inerente à moral, que está sujeita à aceitação voluntária nem sempre racional dos agentes.[28] Portanto, é muito importante converter deveres morais em deveres legais. E uma vez feita essa "conversão", não há mais necessidade de invocar o fundamento moral do dever legal, já que a legalidade tende a ganhar um valor autônomo em relação à moralidade mesmo quando a lei tem um claro fundamento moral.

Agora, outra coisa é dizer que a legalidade é suficiente para controlar a moralidade da administração pública. Ela não é. Como ninguém ignora, a capacidade de conhecimento, de previsão e de antecipação do legislador é muito inferior à dinâmica veloz e vigorosa das condutas humanas. No âmbito do direito administrativo a situação não é diferente. No entanto, a moralidade funcional está melhor aparelhada

27 Herbert L.A. Hart, *O Conceito de Direito*, p. 185.

28 Jürgen Habermas, *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, v. II, 1996, Rio de Janeiro: Tempo Universitário, p. 193 e ss.

para acompanhar o ritmo dinâmico do surgimento de novos deveres de conduta extraídos da funcionalidade típica da administração pública, porque trabalha com pautas mais flexíveis e ajustáveis à teleologia da atividade administrativa. Assim, parece realmente muito mais conveniente operar com os dois conceitos, de legalidade e de moralidade administrativa, quando se pretende instituir um sistema bem-ordenado de controle jurídico-moral da administração pública.

Nada impede que se incorporem esses dois princípios a um princípio mais geral, do qual eles seriam manifestações especiais. Emerson Garcia[29] sugere a adoção da idéia de *princípio da juridicidade* da administração pública, por meio do qual se poderia impor aos agentes públicos e privados que participem de relações jurídico-administrativa que respeitem tanto o princípio da legalidade, quanto o princípio da moralidade administrativa. Nesse sentido é que a moralidade administrativa *complementaria* a legalidade administrativa. O princípio da moralidade administrativa atua nos espaços jurídicos não alcançados pelo princípio da legalidade, ela não está em outra instância da legalidade, nem a transcende. A moralidade administrativa encontra-se ao lado ou logo em seguida à legalidade,[30] e ambas conformam o princípio da juridicidade da administração Pública.

E não parece nem mesmo conveniente dizer que o princípio da juridicidade não passa do princípio da legalidade em sentido amplo, porque não é disso que se trata. De fato, como já anotei, muitas vezes deveres legais materializam explícita ou implicitamente deveres originários da moralidade administrativa, e neste caso temos então deveres legais. Mas a migração da moralidade administrativa para o direito através de um princípio jurídico visa justamente a ultrapassar a redução do direito à legalidade, porque essa redução não corresponde à complexidade do fenômeno jurídico e porque ela deixa sem regulação jurídica um número muito grande de condutas eticamente inadmissíveis para o *telos* da administração pública. Por isso, é recomendável a afirmação da existência do princípio da juridicidade, que recolha tanto a legalidade quanto a moralidade administrativa.

29 Emerson Garcia, *A moralidade administrativa e a sua densificação*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, Editora Revista dos Tribunais, n. 43, p. 118.

30 O positivismo jurídico remeteu a moralidade para uma instância metafísica em relação ao direito positivo, no sentido de uma instância transcendente à lei e, por isso mesmo, fora do direito. No entanto, a reintrodução da moralidade ao direito implica uma mudança no modo de compreender a posição da moralidade no âmbito do direito. Heidegger mostra que se desenvolveram duas concepções de metafísica ao longo da história da filosofia. A concepção original de metafísica na Grécia antiga, derivava do termo meta, que significa aquilo que vem "depois" ou "logo em seguida" à física, e que em latina é expressa através da palavra *post*. No entanto, uma outra compreensão de metafísica desenvolveu-se a partir de um outro sentido do vocábulo meta, como "sair de uma instância para outra" ou "ir de um lugar para outro lugar", cujo equivalente em latim é *trans*. Foi nesse segundo sentido que a metafísica foi compreendida na filosofia, como aquilo que se encontra além do sensível, que transcende o sensível. Cf. Martin Heidegger, *Os Conceitos Fundamentais da Metafísica*, São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 46-48. A reinserção da moralidade no direito, movimento bem representado pela positivação do princípio da moralidade administrativa na Constituição Federal, pode ser melhor compreendida através de um retorno à concepção original de metafísica, como aquilo que está ao lado ou logo em seguida ao direito legislado.

5. O princípio da moralidade administrativa e os demais princípios jurídicos

O princípio da moralidade administrativa possui autonomia normativa dentro do sistema jurídico nacional e não pode ser considerado apenas uma expressão redundante e dispensável do princípio da legalidade na sua feição interna ou substancial. Isso não significa, todavia, que o próprio princípio da moralidade não tenha desdobramentos internos que se manifestem em outros princípios jurídicos, igualmente incidentes nas relações jurídico-administrativas.

Com efeito, a moralidade administrativa veicula deveres de conduta impostos aos participantes das relações jurídico-administrativas pelo próprio *telos* das funções típicas da administração pública. Esses deveres de conduta expressam valores com significados e finalidades específicas distintas, que se reconduzem em última instância à garantia da eticidade interna ao poder público, mas que no entanto podem expressar princípios jurídicos já relativamente autonomizados em relação ao princípio da moralidade administrativa.

Essa autonomização de princípios jurídicos derivados da moralidade administrativa ocorreu com diversos princípios do direito administrativo brasileiro. O *princípio da impessoalidade* recolhe o dever imposto ao administrador público de não utilizar os poderes inerentes às suas competências para beneficiar ou prejudicar pessoas para atender interesses pessoais seus ou de terceiros. Evidentemente que nesse sentido a moralidade administrativa implica a vedação da "pessoalização" benéfica ou prejudicial da ação dos agentes públicos. Mas essa vedação está tão bem delimitada conceitualmente, que se pode garantir a ela o *status* de um princípio jurídico relativamente independente em relação à sua fonte original.

Esse processo também se deu com o *princípio da publicidade*. Por suposto os atos do poder público em regra não podem ser secretos, misteriosos ou inacessíveis. A administração pública é uma atividade voltada exclusivamente para gerir os interesses coletivos e difusos dos membros da comunidade política, por isso os agentes encarregados de executar as funções de gestão dos interesses sociais não podem esconder dos próprios titulares os atos praticados em nome deles, ou os seus motivos e conseqüências. É um dever ético da administração pública comunicar abertamente aos indivíduos e à comunidade os atos praticados no exercício do poder público, bem como as razões que os justificam fática e juridicamente, e as conseqüências e resultados desses atos. Porém, conquanto seja um dever ético inerente à moralidade administrativa, o conteúdo desse dever de publicidade da gestão pública possui autonomia conceitual suficiente para funcionar como outro princípio jurídico relativamente autônomo da administração pública.

O *princípio da probidade*, por seu turno, impõe ao agente público que resguarde a máxima honestidade pessoal no trato das funções, competências, bens e serviços da administração pública. O dever de probidade determina uma série de vedações de condutas ofensivas à moralidade administrativa: os agentes públicos não podem apropriar-se de bens ou recursos do Estado, não podem enriquecer valendo-se das prerrogativas e oportunidades dos seus cargos, não podem ser negligentes em relação à preservação do patrimônio público; não podem promover o enriquecimento ilícito de terceiros às custas da atuação do poder público. O princípio ou dever de probidade

é uma manifestação específica do princípio da moralidade administrativa caracterizado pela acentuação de virtudes pessoais do agente, como a honestidade e a lealdade às instituições públicas, e, se não temos o medo da tautologia, a lisura e a retidão.

Por conseguinte, a existência de diversos princípios jurídicos que disputam espaço com o princípio da moralidade não é um sintoma de confusão ou de imprecisão conceitual. É evidente que o âmbito normativo do princípio da moralidade administrativa é muito abrangente, já que veicula uma pletora de deveres de conduta ética impostos pelo *telos* específico da atividade de administração pública. Alguns desses deveres éticos podem ganhar independência conceitual e relevância normativa suficientes para funcionar como princípios jurídicos autônomos do direito administrativo. Isso não significa que eles não permaneçam materialmente ligados ao seu princípio-fonte, do qual são concretizações.[31] Por isso, acompanho Márcia Noll Barboza, quando entende equivocada "a preocupação teórica voltada à delimitação da área de incidência de cada princípio no regime jurídico administrativo quando entre eles não há conflito, mas apenas sobreposição, um reforçando o outro. São comuns, em realidade, os casos de sobreposição e compartilhamento de área de incidência entre os princípios da Administração Pública".[32]

6. A moralidade administrativa e o princípio da boa fé

A relação entre o princípio constitucional da moralidade administrativa e o princípio da boa fé é bem mais complexa e merece um exame apartado. Vimos no tópico anterior que o princípio da moralidade administrativa é a fonte material de muitos princípios jurídicos de direito administrativo, os quais entretêm com ele uma nítida relação de continência. Pois bem, a relação de continência entre moralidade administrativa e a boa fé nem é tão nítida, e nem parece explicar suficientemente a associação entre os dois princípios.

No estudo que produziu sobre a moralidade administrativa e a boa fé da administração pública, José Guilherme Giacomuzzi revela ao menos dois aspectos extremamente interessantes acerca dessa associação. Primeiro, ele mostra como o criador da idéia de moralidade administrativa, Maurice Hauriou, que tanta influência exerceu e exerce sobre a doutrina administrativista brasileira, já nas primeiras menções à concepção de moralidade administrativa fez referência à similitude de regime jurídico da concepção de boa fé prevista no Código Civil alemão de 1900, sobretudo nos seus §§ 157 e 242, e a concepção objetiva da moralidade administrativa que estava a sustentar. Como se sabe, o desenvolvimento da noção de boa fé objetiva

31 Neste sentido a posição de Emerson Garcia: "Partindo-se da premissa de que o alicerce ético do bom administrador é extraído do próprio ordenamento jurídico, é possível dizer que o princípio da moralidade administrativa atua como um verdadeiro mecanismo aglutinador, extraindo o sumo de todos os princípios regentes da atividade estatal e condensando-os em *standards* que podem ser mais facilmente percebidos do que definidos"; *ob. cit.*, p. 127.

32 Márcia Noll Barboza, *ob. cit.*, p. 118.

nas relações jurídicas no direito moderno partiu justamente da doutrina e da jurisprudência alemãs do século XX, com base naquelas normas do Código Civil de 1900.

O segundo aspecto importante consiste na função moralizadora objetiva exercida pelo princípio da boa fé no âmbito das relações obrigacionais. De fato, o princípio da boa-fé na sua expressão objetiva funciona como a fonte normativa de deveres jurídicos contratuais que não estão estabelecidos em lei ou no instrumento contratual, mas que decorrem de uma exigência da moralidade interna específica às relações contratuais. As condutas que são proibidas, obrigadas ou permitidas no curso do processo contratual não são apenas aquelas impostas por lei ou pelo contrato: as relações obrigacionais formam também um vínculo moral entre as partes, que devem respeitar pautas éticas como a proteção da confiança legítima, da lealdade e da transparência.[33]

Giacomuzzi mostra que o princípio da moralidade administrativa manifesta-se em uma dupla feição. Por um lado, ele tem uma expressão subjetiva, a qual permite a punição de agentes públicos em face do elemento subjetivo da suas condutas. O dever de probidade administrativa e a punição da improbidade administrativa resultam dessa feição subjetiva da moralidade administrativa. Essa feição é muito semelhante à concepção de boa fé subjetiva tão comum no direito privado, que permite a sanção a atos caracterizados pela má fé do agente. Por outro lado, o princípio da moralidade administrativa assume uma expressão objetiva, quando implica a emergência de deveres de conduta decorrentes do *telos* específico à administração pública, independentemente do elemento subjetivo das ações dos envolvidos nas relações jurídico-administrativas. Essa feição objetiva da moralidade administrativa equipara-se à função moralizadora que o princípio da boa fé objetiva passou a exercer nas relações obrigacionais ao longo do século XX. Ambos os princípios destinam-se a superar as insuficiências do princípio da legalidade e a resgatar o respeito à ética nas relações jurídicas.

A doutrina brasileira tem examinado a associação entre moralidade administrativa e boa fé, eventualmente afirmando que, no direito público brasileiro, o princípio da boa fé contratual é uma derivação do princípio constitucional da moralidade administrativa prescrito no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Juarez Freitas assinala que o princípio da confiança ou da boa fé recíproca nas relações de administração é "manifesto resultado da junção dos princípios da moralidade e da segurança jurídicas".[34] Essa mesma vinculação da boa fé, no âmbito do direito público, ao princípio constitucional da moralidade administrativa é encarecida por José Guilherme Giacomuzzi, para quem "da moralidade insculpida no art. 37 da Constituição Federal de 1988 se deve — não só, mas sobretudo — extrair *deveres objetivos* de

33 Sobre a dupla funcionalidade da boa fé, Judith Martins-Costa, *A Boa fé no Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 410.

34 Juarez Freitas, *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 73.

conduta administrativa a serem seguidos, proibindo-se a contradição de informações, a indolência, a leviandade de propósitos".[35]

Os autores citados têm, a esse respeito, inteira razão. Vimos que a idéia de boa fé nas relações jurídicas em geral é resultado de um movimento de "remoralização" do conteúdo dos direitos e deveres produzidos pela realização de negócios jurídicos no tráfico social, movimento esse que encontra sólido amparo normativo no cânone constitucional mencionado. Com efeito, o conteúdo das relações negociais não está limitado aos estritos direitos e deveres expressamente previstos na lei ou no instrumento contratual. Um contrato não é algo moralmente neutro nem é indiferente em relação aos valores éticos subjacentes à espécie negocial. Ao contrário, ele se deixa permear por exigências morais que determinam o surgimento de deveres de conduta destinados a fazer respeitar a confiança, a transparência, a lealdade, a fidelidade e a honestidade da parte em face da outra parte e do próprio objeto contratual.

Entre os *deveres objetivos de conduta*, fundados na *moralidade administrativa*, Egon Bockmann Moreira, examinando a vinculação do princípio da boa fé à moralidade administrativa, cita os seguintes: 1) proibição ao *venire contra factum proprium* (conduta contraditória, dissonante da anteriormente assumida, à qual havia se adaptado a outra parte, que tinha assumido legítimas expectativas); 2) proibição à inação inexplicada e desarrazoada, vinculada a exercício de direito, que gera legítima confiança da outra parte envolvida; 3) lealdade ao fator tempo (proibição ao exercício prematuro de direito ou dever; ao retardamento desleal do ato e à fixação de prazos inadequados); 4) respeito aos motivos determinantes do ato (imutabilidade das razões que o geraram); 5) dever de sinceridade objetiva (não só dizer o que é verdade, mas não omitir qualquer fato ou conduta relevantes ao caso concreto, nem tampouco valer-se de argumentos genéricos ou confusos); 6) dever de informação, no sentido de não omitir qualquer dado relevante na descrição da questão controversa ou que possa auxiliar na sua resolução.[36]

Por muito tempo desconhecido ou ignorado no direito brasileiro, o princípio da boa fé tem merecido atenção cada vez maior dos nossos juristas. Recentemente o Superior Tribunal de Justiça admitiu a incidência do princípio da boa fé no âmbito das relações jurídicas de direito público, no julgamento do Recurso Especial n. 184.487-SP, em 24.11.1998, relatado pelo Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar Jr. O direito positivo infraconstitucional brasileiro também contempla expressamente a vinculação da conduta das partes de uma relação de direito administrativo aos deveres inerentes ao princípio da boa fé. A Lei nº 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito federal, mas cuja principiologia se aplica a toda

35 Giacomuzzi, *ob. cit*, p. 270. Ver, no mesmo sentido, Edílson Pereira Nobre Júnior, *O Princípio da Boa fé e sua aplicação no Direito Administrativo Brasileiro*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 203 e ss.

36 Egon Bockmann Moreira, *Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei n. 9.784/99*, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 91-92. No mesmo sentido José Guilherme Giacomuzzi, *ob. cit.*, p. 275-276

e qualquer relação jurídico-administrativa no direito brasileiro, prevê, no art. 2°, inciso IV, a exigência às partes das relações administrativas de "atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa fé".

Como conseqüência, não parece errado afirmar que no direito brasileiro há uma relação interna sólida entre a moralidade administrativa e a boa fé, cânones que impõem aos envolvidos em relações jurídico-administrativas padrões de conduta que transcendem os deveres previstos em lei e nos contratos, porque decorrem de exigências da moralidade inerente às relações de direito administrativo. O resultado é o surgimento de deveres não enumerados na lei ou em contratos administrativos.

7. A moralidade administrativa e a improbidade administrativa

Os problemas teóricos e dogmáticos que cercam o princípio da moralidade administrativa são ainda mais agravados pela emergência, no direito público brasileiro, da categoria jurídica da improbidade administrativa como um ilícito civil, que foi uma outra novidade introduzida pela Constituição Federal de 1988 e que não encontrava uma trajetória preexistente na história do nosso direito administrativo.

Dois fatores, contudo, contribuíram para facilitar a delimitação conceitual e funcional da improbidade administrativa. O primeiro deles está nos próprios elementos de identificação da categoria fornecidas pela Constituição. O art. 37, § 4°, da Constituição Federal prescreve que os *atos de improbidade administrativa importarão a sanção dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, independente, sem prejuízo da ação penal cabível*. O próprio preceito constitucional permite compreender que a improbidade administrativa, para os efeitos nele previstos, é uma espécie de *ato ilícito não-penal* praticado pelos agentes públicos. O texto da norma parece já remeter a definição de improbidade administrativa ao exame do elemento subjetivo do ato ilícito, a exemplo das infrações penais. Essa remissão ao elemento subjetivo da conduta resulta da própria expressão improbidade, que expressa sobretudo desonestidade, deslealdade, má fé, ou seja, espécies de condutas portadoras de um vício da vontade moralmente reprovável.

Depois, a Lei n. 8.429/92 instituiu um microssistema jurídico prevendo tipos legais de atos ilícitos de improbidade administrativa e sanções diversas aplicáveis a cada tipo de improbidade criada pela lei. Com isso, o ato ímprobo passou a constituir uma espécie distinta de ato ilícito, que seguramente não é uma espécie de ilícito criminal, e também não é um simples ilícito civil. De qualquer modo, cuida-se de uma modalidade de ato ilícito que pune uma espécie de conduta caracterizada por um vício de vontade moralmente reprovável desde a perspectiva de moralidade administrativa, ou seja, daquela moralidade extraída da disciplina interna ou da teleologia específica da administração pública. A improbidade administrativa é, assim, uma manifestação subjetivada do princípio da moralidade administrativa.

Por isso se tornou possível dividir o princípio da moralidade administrativa em duas diferentes manifestações. A *moralidade administrativa objetiva* impõe deveres éticos de conduta aos participantes de relações jurídico-administrativas, inde-

pendentemente do elemento volitivo ou psicológico do agente, prescindindo de qualquer consideração subjetiva ou intencional do agente para a caracterização da violação do dever.[37] A *moralidade administrativa subjetiva* está bem resumida por José Guilherme Giacomuzzi: "A 'parte' *subjetiva* do conteúdo da moralidade é, como já se mencionou, o *dever de probidade administrativa*. Da violação desse dever exsurge, como se verá no último item do trabalho, o ato ilícito (não-penal) de improbidade administrativa, entre nós regulado pela LIA (Lei 8.429, de 1992), a qual prevê, sempre, responsabilidade *subjetiva* ao agente — pessoa individualizada, física, não mais o ente público *Administração*, pessoa jurídica — administrativo *desonesto*".[38]

Essa duplicidade de regime jurídico da moralidade administrativa é que tem permitido a alguns autores nacionais sugerir a existência de um paralelismo entre a boa fé e a moralidade administrativa.[39] Como vimos, a boa fé também tem uma dimensão moral objetiva, que determina o surgimento de deveres objetivos de conduta e cuja verificação prescinde do exame do conteúdo volitivo ou psicológico do ato do agente; e tem uma dimensão subjetiva, caracterizada pela má fé do agente, vale dizer, por um elemento volitivo cuja apuração exige o exame do conteúdo psicológico do ato do agente. A boa fé subjetiva encontra paralelo exatamente na concepção de improbidade administrativa, ao passo que a boa-fé objetiva, como analisei no item anterior, corresponde ao princípio geral da moralidade administrativa em sua dimensão objetiva.

A dupla dimensão de regimes jurídicos tem, a propósito, uma recente e interessante retaguarda legal. No âmbito do direito público, a já mencionada Lei n. 9.784/99, a Lei do Processo Administrativo na esfera federal, ao detalhar a principiologia incidente nas relações jurídico-administrativas, determinou que as partes do processo administrativo devem agir segundo *padrões éticos* de probidade, decoro e boa fé. Perceba-se a recondução da disciplina ética dessas relações jurídicas a esses dois signos, a boa fé e a probidade. No âmbito do direito privado, o Novo Código Civil de 2002 também conjugou os dois signos em normas que visam justamente a "moralizar" o conteúdo das relações contratuais: o art. 422 dispõe que *os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa fé.*

O aspecto necessariamente subjetivo da improbidade administrativa, por seu turno, está muito bem enfocado por José Guilherme Giacomuzzi. Conforme a própria dicção constitucional, trata-se de *ato* de improbidade administrativa: "*Ato* de impro-

37 Giacomuzzi, *ob. cit.*, p. 241.

38 Giacomuzzi, *ob. cit.*, p. 242.

39 Embora não acolha explicitamente a noção dupla funcionalidade, Germana de Oliveira Moraes parece adotá-la na divisão que propõe do conteúdo da moralidade administrativa. Segundo a autora, o princípio em estudo corresponderia a três dimensões: a) a boa fé, que tutelaria a confiança, e portanto expressaria a dimensão objetiva; b) a probidade administrativa, que veicula deveres de honestidade e de lealdade, e assim expressaria a dimensão do princípio; c) a razoabilidade. Ver *Controle jurisdicional da administração pública*, São Paulo: Dialética, 1999, p. 111-126.

bidade administrativa — referi. Ato ilícito. Contrário ao Direito, portanto. Não disse *princípio* da improbidade administrativa. Se há um princípio a ser seguido, devo dizer princípio da *probidade*. Parece-me, no entanto, que da moralidade do art. 37 da Constituição Federal de 1988 não decorre, na sua 'parte subjetiva', um princípio jurídico, mas sim um *dever* de probidade administrativa, o qual determina que a atividade do administrador deva ser sempre honesta — aqui, no sentido de destituída de má fé (subjetiva, pois)".[40] Remarque-se o que o autor disse: existe um princípio da probidade administrativa que decorre da dimensão objetiva da moralidade administrativa, e existe um dever subjetivo de probidade administrativa que decorre da dimensão subjetiva da moralidade administrativa, e cujo descumprimento, quando coincide com a disciplina legal da Lei nº 8.429/92, constitui o ilícito de improbidade administrativa, passível de sanções legais específicas.

A dimensão necessariamente subjetiva da improbidade administrativa tem ao menos duas conseqüências muito importantes. A primeira concerne à exigência de dolo ou ao menos culpa grave por parte do agente para caracterizar a improbidade. O ilícito de improbidade exige sempre um vício de vontade, uma vontade desonesta ou desleal em relação ao *telos* específico da administração pública. Ato ímprobo é ato voluntariamente desonesto, desleal ou de má fé. Por isso andou muito bem o legislador brasileiro em exigir sempre dolo ou culpa para a caracterização dos tipos legais de improbidade administrativa.

É verdade que a improbidade culposa, prevista pelo art. 10 da Lei nº 8.429/92 para o tipo de improbidade que causa dano ao patrimônio público, provoca um certo desconforto no intérprete que corretamente associa improbidade à desonestidade, deslealdade e má fé. Como alguém pode ser culposamente desonesto ou desleal? O problema hermenêutico exige que o intérprete encontre o foco certo para compreender a norma. Não é possível distorcer o significado da expressão improbidade administrativa para dizer que um administrador incompetente, desinformado ou desorganizado é *tout court* ímprobo. Evidentemente não é esse o sentido e a finalidade da norma constitucional que é a gênese da Lei de Improbidade Administrativa.

Por outro lado, não se pode recusar que algumas formas de negligência dos deveres objetivos de conduta que a moralidade administrativa impõem ao agente público assumem formas tão graves, que se pode reconhecer nelas uma forma de improbidade por deslealdade ao interesse público e às instituições. A desídia e a negligência grave podem ser uma manifestação de improbidade,[41] ainda que o dano patrimonial ao Estado seja apenas culposo, ou seja, não desejado pelo agente público.

A segunda conseqüência relevante se refere à inadmissibilidade de reconduzir a improbidade administrativa à mera violação da legalidade. Isso acontece porque o elemento subjetivo do ato ímprobo é um elemento subjetivo especial. Não basta que o agente realize voluntariamente os elementos objetivos do tipo de improbidade, ou que voluntariamente descumpra algum comando legal. Além de realizar volun-

40 Giacomuzzi, *ob. cit.*, p. 286.

41 Sobre a improbidade na forma culposa, v. Fábio Medina Osório, *Uma reflexão sobre a improbidade culposa*, Revista do Ministério Público, Porto Alegre, nº 46, 2002, p. 67-78.

tariamente os elementos objetivos do tipo legal de improbidade ou de descumprir alguma lei, o conteúdo da sua vontade deve estar marcado pelos vícios materiais característicos da improbidade administrativa, a desonestidade, a deslealdade, a má fé. É que, como tantos autores têm ressaltado, com inteira correção teórica, a improbidade administrativa é sempre uma imoralidade administrativa qualificada por esses conteúdos mais ofensivos à teleologia específica da administração pública.

Punir um agente público por improbidade administrativa, e assim caracterizá-lo como agente ímprobo, por mera violação da legalidade, seria uma evidente demasia, um exagero que o princípio da razoabilidade não admitiria. Por conseguinte, o polêmico *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429/92, cuja redação literal prevê que a simples violação do princípio da legalidade configura ato de improbidade administrativa, deve receber uma *interpretação conforme a constituição*, para evitar a inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da razoabilidade. Com isso, somente a violação desonesta, desleal ou de má fé de comandos legais configura ato de improbidade administrativa por violação aos princípios da administração pública.

Conclusão

A construção do conceito jurídico de moralidade administrativa catalisa uma série de questões teóricas que se tornaram fundamentais para a ciência jurídica moderna. O declínio do legalismo simboliza a decadência de uma cultura jurídica cuja principal característica esteve na separação entre direito e moral. A ascensão de um novo *modo-de-ser* do direito, marcado pela reaproximação entre juridicidade e moralidade, determina uma ampla mudança no modo de compreender conceitos e institutos jurídicos. Ora, o conceito de moralidade administrativa está inegavelmente no centro dessa polêmica, para ele convergem as clivagens teóricas onde se manifestam os abalos sísmicos provocados pela decadência do positivismo jurídico e pela remoralização do direito. Por isso, a elaboração do seu conceito dogmático é uma operação intelectual profundamente condicionada por muitos preconceitos e pré-juízos teóricos implantados nas nossas mentes pelo peso da ideologia positivista, muitos deles sequer trazidos à consciência.

O círculo hermenêutico que deve se formar entre os teóricos preocupados com o tema e as suas respectivas contribuições pressupõe um diálogo capaz de trazer à tona esses preconceitos e pré-juízos a fim de submetê-los aos paradigmas científicos representativos da nova concepção de direito, da qual o princípio da moralidade administrativa é um produto de destaque. O que não é aceitável é enquadrá-lo em categorias teóricas de uma concepção de direito justamente contra a qual ele foi concebido. A redução do conceito de moralidade ao de legalidade é uma forma reacionária de sabotar o caráter transgressivo do princípio constitucional. Ricardo Timm de Souza afirma que "muito diz sobre um determinado pensamento as reações que esse suscita. Tessituras mentais diletantes, fantasmagorias inofensivas, delírios mansos revestidos de pretensa credibilidade intelectual, reformismos, superfluidades e endogenias da tradição não costumam provocar mais do que olhares cúmplices ou complacentes. Seu lugar os espera antes ainda de surgirem; pertencem já à lógica

das adequações antes mesmo de se saberem adequados".[42] Essa é uma patologia contra a qual devemos estar prevenidos se pretendemos que a idéia de vincular juridicamente a administração pública à moralidade colabore para o aperfeiçoamento político e cultural da sociedade brasileira.

42 Ricardo Timm de Souza, *Ética e desconstrução. Justiça e linguagem desde "Force de loi: le fondement 'mystique de l'autorité'*, de J. Derrida, *Veritas*, Porto Alegre, v. 47, n. 2, junho-2002, p. 159-160.