MORALIDADE ADMINISTRATIVA: DO CONCEITO À EFETIVAÇÃO

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO*

1. Introdução. 2. Histórico do princípio da moralidade. 3. Conceito da moralidade administrativa. 4. Caracterização da moralidade administrativa. 5. O dever da boa administração. 6. Dimensões éticas atuais da ordem jurídica contemporânea. 7. Os novos princípios e preceitos constitucionais que tutelam a moralidade, especialmente a administrativa. 8. Eficácia e efetividade da moralidade administrativa. 9. A Administração Pública no Estado Pluriclasse. 10. Conclusões na linha da efetividade.

1. Introdução

A expressa admissão do princípio da moralidade administrativa no texto da Constituição de 1988 provocou, como seria de prever, um ressurgimento dos estudos do tema.

Não obstante, o tratamento doutrinário, que no Brasil ficou tanto a dever à monografia pioneira de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *O Controle da Moralidade Administrativa*, escrita há quase vinte anos, não se tem mostrado suficiente para suportar uma desejada difusão do *emprego* dos instrumentos postos à disposição dos administradores e dos órgãos de zeladoria pública da juridicidade, o que vem a ser, em suma, sua *efetividade institucional*.

Outras achegas teóricas vieram, é certo, nesse interregno, a se somar àquelas preciosas lições do mestre paranaense, nem sempre permanecendo fiéis às distinções de seu trabalho desbravador, embora sempre a ele reverentemente referidas, nem trazendo, afinal, qualquer novo avanço digno de nota.

Por outro lado, as dimensões éticas do Estado contemporâneo se viram imensamente ampliadas no correr deste século, não só com a definitiva sedimentação da *legalidade*, essencial à realização do Estado de Direito, mas com o viçoso ressurgi-

* Professor de Direito Administrativo. Procurador do Estado do Rio de Janeiro

mento autônomo da *legitimidade*, essencial à realização do Estado Democrático e, ainda, como conquista *in fieri*, a introdução da *licitude*, também como valor autônomo, capaz de levar à realização do Estado de Justiça no próximo milênio.

A juridicidade, assim, já não mais se reduz à *legalidade*, mas só se realiza plenamente com a *legitimidade* e a *licitude*, fato esse que pode ser claramente observado na ordem constitucional inaugurada em 1988 no Brasil, que adota os três referenciais em inúmeros dispositivos.

Por outro lado, o próprio Estado tem sofrido grandes mudanças em decorrência dos acontecimentos políticos ocorridos neste século, principalmente como resultado das vertiginosas alterações produzidas pelo redondo fracasso do socialismo em todos os países em que foi implantado. As ideologias, com seu caráter estatizante, haviam levado a hipertrofia do Estado a níveis incompatíveis com as próprias dimensões humanas; parafraseando Daniel Bell, o Estado havia ficado pequeno demais para os grandes problemas que gerava, os problemas do mundo, enquanto se tornava grande demais para os pequenos problemas que relegava, os problemas do homem.

Essas mudanças têm tido o sentido de reequilibrar a relação Estado-sociedade, não sem abandono de soluções ortodoxas e a experimentação de novos institutos jus-políticos, vindo tudo a caracterizar o Estado contemporâneo, que a moderna doutrina italiana tem denominado de Estado pluriclasse, capaz de responder aos reclamos de uma sociedade pluralista e poliárquica.

Como seria inevitável, essa nova concepção de Estado repercutiu profundamente na administração pública, hoje cada vez mais aberta, flexível, descentralizada e, até, como se verá, desestatizada.

Esses fatos nos incitaram a examinar, neste breve ensaio, como se conceitua, como se situa e como pode ser efetivada a moralidade administrativa, enquanto aspecto peculiar da moral e do próprio conceito ampliado de juridicidade.

O próprio sentido expositivo e despretensioso do trabalho, espero, indica a intenção de suscitar o debate, provocar o estudo para, enfim, estimular a aplicação dessa extraordinária conquista do espírito humano que é o princípio da moralidade administrativa.

Neste fim de século e milênio não mais basta às conscientes e exigentes sociedades contemporâneas saberem que o Estado se submete à vontade da maioria, mas, ainda, que os governantes se submetem às exigências da moral.

A moralidade é cada vez mais cobrada dos parlamentares, dos juízes e dos administradores, na medida em que aumentam as decepções populares com a conduta de seus dirigentes. O descrédito dos políticos, como não poderia deixar de ocorrer, se tem comunicado às próprias instituições, abalando-as profundamente nos seus alicerces, muitas vezes tão laboriosamente plantados pelos povos.

Em nosso país, essa crise é grande e necessita ser superada, até como condição fundamental para a retomada da governabilidade e do desenvolvimento. A preocupação com a moralidade é reclamo público, presente no povo, nos meios de comunicação e, esperamos, com frutífera repercussão na consciência e na ação dos profissionais do direito.

Focalizando, embora, um objetivo mais estrito — apenas a *moralidade administrativa* — através de sua trajetória, de seu conceito e de sua inserção no ordenamento jurídico, esperamos ter contribuído, neste particular, para a conquista de sua efetividade ou, pelo menos, para o bom debate que ela um dia conduzirá.

2. *Histórico do Princípio da Moralidade*

Poucos temas em Direito revelaram-se tão tormentosos e fascinantes quanto este, que perlustra as suas polêmicas relações com a Moral, tendo até merecido de Jhering a qualificação de "Cabo Horn da Ciência jurídica".[1]

Todavia, tanto para os que preferem a placidez geométrica das formulações idealistas, a gosto do positivismo jurídico, quanto para os que se libram nos vôos alcandorados mas tormentosos dos que vêem o Direito como um objeto cultural, todos têm o *fenômeno ético* como um dado sempre presente em suas meditações, ainda que seja para depois bani-lo como "suspeito lixo metafísico".[2]

Fácil concluir-se que estamos diante de um desafio, antes de tudo, epistemológico, sendo natural que, à guisa de introdução, cedamos a vez aos filósofos.

No estudo dessas relações, desde logo encontramos o magno problema da distinção entre os dois campos, da Moral e do Direito, e, destacadamente, duas geniais formulações: primeiro, no início do século XVIII, de Christian Thommasius[3], e, depois, já no fim desse mesmo século, de Immanuel Kant.[4]

Thommasius delimitou as três disciplinas da conduta humana: a Moral (caracterizada pela idéia do *honestum*), a Política (caracterizada pela idéia do *decorum*) e o Direito (caracterizado pela idéia do *iustum*), para demonstrar que os deveres morais são do "foro interno" e insujeitáveis, portanto, à coerção, enquanto os deveres jurídicos são externos e, por isso, coercíveis.

Immanuel Kant, sem, de todo, abandonar essa linha, ao dividir a metafísica dos costumes em dois campos, distinguiu o da *teoria do Direito* e o da *teoria da virtude* (Moral); as regras morais visam a garantir a liberdade interna dos indivíduos, ao passo que as regras jurídicas asseguram-lhes a liberdade externa na convivência social.

Ao descer, todavia, o nível das indagações do Direito, enquanto Ciência, ao *direito positivo*, as relações com a Moral possibilitam visões e respostas caleidoscópicas, conforme os autores e seus critérios de análise. Sem dúvida, porém, certas lições como, dentre outras, as de Ripert, Radbruch, Del Vecchio e CarneLutti, ganharam

[1] Cf. Max Erns Mayer, *Filosofia do Direito*, 1937, *apud* José da Silva Pacheco, *in Repertório Enciclopédico*, verbete "moral", p. 292.

[2] Referência à expressão de Antonio José Brandão, numa das mais autorizadas digressões sobre *Moralidade Administrativa, in* RDA, nº 25, p. 454 a 667.

[3] CHRISTIAN THOMMASIUS — *Fundamenta iuris naturae et gentium*, Halle, 1705.

[4] IMMANUEL KANT — *Metaphysik der Sitten*, Königsberg, 1797.

especial relevo, ainda porque souberam marcar, com nitidez, a imprescindibilidade do conceito moral, mesmo sob o mais ortodoxo positivismo jurídico.[5]

Permitimo-nos, todavia, dar um destaque especial à teoria tridimensional de Miguel Reale, de vez que, ao integrar fato, valor e norma, o grande jusfilósofo alçou o fundamento moral (valor) a elemento essencial do Direito. Não importando tanto, assim, uma distinção entre este e Moral, mas "saber distingui-los em sua funcionabilidade"[6], já que o Direito é bilateral, atributivo e visa ao ato exteriorizado, ao passo que a Moral é unilateral, visando à intenção do agente.[7]

Se descermos um terceiro degrau nesse aprofundamento das interseções relevantes entre Direito e Moral, chegamos a uma distinção, bem mais palpável, entre a moralidade na *criação da lei* — a moral *no* Direito, e a moralidade na *aplicação da lei* — a moral *do* Direito.

A primeira questão é objeto de especulação da Filosofia do Direito, sendo amplamente divulgada a imagem dos círculos concêntricos, de tal forma que o círculo menor, o do Direito, estaria inscrito no maior, da Moral. Mas está claro que essa imagem simpática só vale no plano do dever-ser, já que, em termos de realidade, nem tudo o que é legal é moral: a escravidão, por exemplo, entre nós é um passado relativamente recente, era legal, mas nem por isso era lícita.

A última indagação — o quanto de ético se realiza ou se deixa de realizar *na aplicação* do Direito — é a que particularmente nos interessa neste estudo: não nos preocupa, portanto, até que ponto a norma legal incorpora a moral, mas até que ponto a norma moral inspira e condiciona a *aplicação* da norma legal.

É sob esse enfoque, assim definido — o da interseção da moral no direito em termos de aplicação —, que encontramos, como em tantos outros temas jurídicos, a primazia do Direito romano, considerada que é, a doutrina do *abuso de direito*, como "a primeira intromissão da regra moral na esfera do jurídico".[8]

O abuso de direito, ontem como hoje, nada mais é do que um *instituto de correção*, destinado a evitar desvios morais, praticáveis na aplicação *à outrance* de um direito[9], como são também a boa-fé, a teoria da imprevisão, a teoria da lesão enorme e a teoria das dívidas de valor.

O abuso de direito assim foi conceituado por Ripert:

> "...cobrir de aparência do direito, o ato que se tinha o dever de não realizar, ou ao menos, que não poderia ser realizado senão indenizando os que por ele fossem lesados".[10]

[5] A respeito, para aprofundamento, remetemos o leitor ao item 14 do já mencionado verbete "moral", de JOSÉ DA SILVA PACHECO, para o *Repertório Enciclopédico* (nota 1), p. 294 e ss., e, com maiores detalhes, à Introdução do artigo de ANTONIO JOSÉ BRANDÃO, também já referido (nota 2), p. 454 a 456.

[6] MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, São Paulo, 1953, II, p. 533.

[7] *Op. cit.*, p. 609.

[8] ANTONIO JOSÉ BRANDÃO, *op. cit.*, p. 456.

[9] Para aprofundar, no *Ensaio para uma Teoria dos Institutos da Correção*, *in Revista de Direito* da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara, vol. 16, 1967, p. 81 a 96.

[10] George Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*; Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 4ª ed., 1949, na tradução do seguinte original:

E justifica a teoria com essas palavras:

"O direito não foi dado ao homem senão para fins sociais; existe abuso em trair a sociedade que no-los deu."[11]

Tão importante foi, então, a abertura dessa porta, que por ela logo vieram a passar outros conceitos impregnados do sentido moral, como o do *locupletamento ilícito*, o da *obrigação moral*, o do *bom pai de família* e tantos outros mais que chegaram a nossos dias como sólida herança romanística, a ponto de um jurista do porte de Ripert afirmar que não há desvão teórico do direito em que não penetre a luz da moral, pois não há como separá-los absolutamente.[12]

A repercussão no direito público, todavia, levaria muitos séculos. Desde logo, o próprio ramo público teria ainda de amadurecer com a separação dos sub-ramos Constitucional e Administrativo para que, neste, viesse a brotar, na jurisprudência do Conselho de Estado da França, cúpula do sistema do contencioso administrativo desse País, a saudável teoria do *desvio de poder*.[13]

Ainda assim, surgida em pleno fastígio do positivismo jurídico, os autores dessa teoria pejavam-se de suportá-la, confessadamente, num juízo moral e, portanto, metajurídico, e preferiam apostar na violação da *finalidade* do ato, enquanto elemento vinculado, essencial à sua existência e validade. Caberia, um pouco mais tarde, a Maurice Hauriou introduzir, sem vacilar, enfrentando a dura crítica de então, notadamente de seu amigo Léon Duguit, o deão de Bordéus, o conceito da *moralidade administrativa*.

A literatura jusadministrativista registra, a propósito, como primeira menção à moralidade administrativa, as anotações de Hauriou às decisões do Conselho de Estado francês proferidas no caso *"Gommel"*, feitas em 1914.[14] Sem dúvida, nesses lúcidos comentários já existia um desenvolvimento importante do polêmico conceito, inclusive com sua conotação ao não menos controvertido conceito gêmeo da boa *administração*.[15]

Encontramos, todavia, referência ainda mais antiga que essa, do mestre de Toulouse, à moralidade administrativa. Precisamente sete anos antes, sua criação já es-

"Abuser du droit c'est alors en réalité couvrir de l'apparence du droit l'acte qu'on avait le devoir de ne pas accomplir, ou tout au moins qu'il n'était possible d'accomplir qu'en indemnisant ceux qui étaient lésés par cet acte."

[11] *Op. cit.*, p. 164, na tradução do seguinte original:

"Le droit ne doit être à l'homme que pour des fins sociales; il y a abus à trahir la société qui vous les a donnés."

[12] Georges Ripert, *op. cit.*, p. 23.

[13] Dá-se como origem da teoria o aresto no famoso caso *Lesbats*, prolatado em 25 de fevereiro de 1964, tornando-se, depois, mundialmente consagrada, como inestimável marco no controle jurídico da Administração Pública.

[14] Sirey, 1917, III, 25.

[15] O reconhecimento do dever da boa administração só viria a difundir-se décadas mais tarde graças ao trabalho de Rafaelle Resta, *L'onere di buona amnistrazione*, que, publicado nos festejos *Scritti giuridici in onore di Santi Romano* (1940), alcançou merecido acolhimento.

tava nitidamente delineada quando ele desenvolveu seu conceito institucional de *poder público*, dando-lhe, talvez pioneiramente, no Direito Público, um sentido *valorativo*, vinculado aos *fins* da administração pública.

Assim é que, já em 1910, na primeira edição dos seus *Princípios de Direito Público*[16], Hauriou já escrevia:

> "Assim, o poder público constituiu a armadura moral da administração pública. E, aliás, deve-se notar que todo controle organizado em nome da *moralidade administrativa* sobre os atos administrativos deve partir da noção do poder".[17]

E, adiante, a afirmação luminosa de que tal conceito permite "um controle dos atos que seja exercido em nome da *moral pública*, mais do que em nome do direito, e que, por conseqüência, vá mais longe do que o direito, mais longe que a legalidade (notadamente na teoria do desvio de poder)".[18]

Antonio José Brandão, discorrendo sobre esse genial legado de Hauriou, remarca que só na 10ª edição de seu *Compêndio de Direito Administrativo*[19] o autor clareou o conceito de moralidade administrativa: "conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração".[20]

Com esses ligeiros subsídios históricos, podemos ir à análise do conceito.

3. *Conceito de Moralidade Administrativa*

Para bem compreender essa apertada síntese conceitual de Hauriou — "conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração" —, é mister assenhorearmo-nos do alcance de certas premissas que nela se subentendem.

[16] 16 Maurice Hauriou, *Principes de Droit Public*, Librairie de la Société du Récueil. J.-B. Sirey & du Journal de Palais, Paris, 1910.

[17] No original, todo o parágrafo em que foi recolhida a citação, com nossa sofrível tradução e destaque da expressão "*moralité administrative*":

> "Ainsi la puissance publique constitue l'armature morale de l'administration publique. Et, d'ailleurs, il est bien remarquable que tout le contrôle organisé au nom de la moralité administrative sur les actes administratifs soit sorti de la notion du pouvoir. Il se résume dans l'idée que l'acte administratif ne doit pas être entaché d'excès de pouvoir. L'acte est la manifestation d'un pouvoir supérieur et, justement parce qu'il est supérieur, ce pouvoir se doit à lui-même de se montrer correct. Supprimer le pouvoir dans l'acte administratif, serait supprimer la garantie du recours pour excès de pouvoir." (*Op. cit.*, p. 485).

[18] Também, no original, o parágrafo citado, em sua inteireza:

> "C'est encore un des bienfaits de la puissance publique contenue dans l'administration d' avoir engendré un contrôle des actes qui soit exercé au nom de la morale publique, plutôt qu' au nom du droit, et qui, par suite, aille plus loin que le droit, plus loin que la légalité (notamment dans la théorie du détournement de pouvoir). L'honête homme s' élève au-dessus de la loi vulgaire par la sentiment de sa valeur, l'administration aussi, seulement sa valeur ne peut lui apparaitre, d'une façon sûre, que sous la forme de pouvoir. Si tout cela disparaissait et que l'on fût réduit aux moyens du droit privé, on serait ramené à l'observation de la loi, mais sans moralité, et l'on sait combien une conduite strictement legale peut-être, en réalité, immorale." (*Op. cit.*, p. 485/486).

[19] Maurice Hauriou, *Précis de Droit Administratif*, Larose.

[20] Antonio José Brandão, *op. cit.*, p. 457.

Dois discursos tornam-se imprescindíveis para tanto: um, de um filósofo, e outro, de um jussociólogo, que se combinam para iluminar a compreensão *institucional* da moralidade administrativa.

Do filósofo Bergson, deve-se a distinção entre *moral aberta* e *moral fechada*. A aberta é *individual*, ligada à consciência que cada um tem sobre o bem e o mal; a moral fechada é *social*, referida a um grupo determinado, na qual se desenvolveu para proteger a incolumidade de seus próprios *fins grupais*, contra o influxo perturbador da vontade a eles estranha.

Sob a perspectiva bergsoniana, fácil é observar-se que a *moral administrativa* é uma *moral fechada*, gerada dentro do círculo restrito dos atores investidos de poder público para executarem a *pública administração*; um complexo institucional jus-político regido por "um sistema de normas destinadas à realização de certos valores".[21]

A importância da contribuição de Hauriou, ainda sob essa perspectiva, reside no reconhecimento da Administração Pública como uma *instituição finalisticamente orientada*, exigindo de seus agentes, além da submissão formal à lei, como qualquer agente público, uma específica *honestidade profissional*.

A outra vertente teórica amadurece em Weber, com a distinção entre a *moral de intenção* e a *moral de resultados*. De um lado, a *moral de intenção* é a que se evidencia a partir do exame da vontade do agente, na condição de administrador, em contraste com a moral comum. Do outro lado, a *moral de resultados* só se torna patente quando se contrasta o resultado objetivamente considerado com o resultado que seria exigido para a finalidade legal da administração.

Assim, por exemplo, se a atividade do administrador se dirigiu, honestamente, a obter o máximo de ganhos para a Administração, mas não se voltou ao atingimento de objetivos finalisticamente adequados, sua intenção pode ter sido moralmente boa, mas seu *resultado* foi moral-administrativamente mau.

Da mesma forma, se a intenção do agente foi moralmente viciada ao atuar administrativamente, mas, não obstante, seus objetivos satisfazem a finalidade pública, o vício porventura existente em sua intenção não inquinará a ação administrativa cujo resultado foi moral-administrativamente bom.

Considera-se, portanto, na moral administrativa, o *resultado*, desvinculadamente da *intenção* de produzi-lo, pois estamos diante de um conceito finalisticamente orientado. Não se quer julgar, aqui, a atitude de um agente administrativo, mas sua *conduta*. A atitude não conduz a um bom resultado administrativo, capaz de satisfazer a finalidade institucional da Administração Pública; mas a conduta, sim, produz resultados moral-administrativamente sadios ou viciados.

Ora, esse *bom resultado*, objetivamente considerado, a que moralmente deve tender a Administração Pública, só pode ser o que concorra para a realização da

[21] Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *O Controle da Moralidade Administrativa*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1974, p. 53.

boa administração, inegavelmente o que satisfaz o direcionamento aos *interesses públicos*, o que vem a ser seu *fim institucional*.

Segundo os padrões morais weberianos, portanto, o administrador público tem o dever de realizar o bem (comum) que é a finalidade especial de seu agir. Nada lhe obriga a assumir esse *munus* de gestor da coisa pública, mas, uma vez que se dispõe a fazê-lo, seja qual for a forma de sua investidura, assume o dever e a correlata responsabilidade de perseguir *apenas* esse fim institucional. Políticos e servidores da Administração Pública serão moralmente censuráveis, mesmo que suas intenções sejam boas, quando suas ações empregarem o poder estatal de que foram investidos para fins estranhos aos interesses públicos que a lei lhes cometeu.

Em suma, como se pode observar, a "disciplina interior" (ou interna), a que se refere Hauriou, há de ser entendida como um resultado de conjugação dessas duas vertentes de pensamento: trata-se de um *sistema de moral fechada, próprio da Administração Pública, que exige de seus agentes absoluta fidelidade à produção de resultados que sejam adequados à satisfação dos interesses públicos, assim por lei caracterizados e a ela cometidos.*

Integram-se no conceito a *idéia institucional* de governo e a de *disciplina interior* (ou interna), propostas por Hauriou e tão bem desenvolvidas por seus eméritos discípulos Renard e Welter.[22]

Por um lado, a idéia institucional de Governo, geradora da *vocação finalística* da administração pública, ganha nítidos contornos na seguinte passagem de Renard:

> "L'État est l'institution de l'*idée gouvernamentale*: l'idée de la chose publique, dit M. Hauriou, *"res publica"*(1). Le peuble a besoin d'être gouverné: il appelle qui réaliser en son profit l'*idée gouvernamentale*."[23]

Afinal, a *instituição* é uma forma de *poder* vocacionado a um *fim*.

Por outro lado, a idéia de *disciplina interior* põe em evidência uma *deontologia* própria, que se impõe aos agentes estatais no desempenho de sua profissão de administradores públicos.

Este aspecto esclarece-o bem Silvio de Macedo: "Quando se eleva a profissão a nível de missão, tem-se a dimensão deontológica. O profissional não é conceituado apenas como um técnico — capacitado para atuar na sua especialidade, mas também como alguém que atribui à sua ação valores éticos, estéticos e metafísicos" e, rematando: "O atuar deontológico tem compromisso com a sociedade ou com a instituição ou grupo social, estabelecendo pontos mais extensos com a sociedade humana em geral, por que penetra mais a fundo na tessitura dos fenômenos sociais."[24]

[22] Georges Renard, *La Théorie de l'Institution*, Paris, 1930, e Henri Welter, *Le contrôle jurisditionnel de la moralité administrative*, Paris, 1929.

[23] Georges Renard, *op. cit.*, ed. Récueil Sirey, Paris, 1930 — 1º volume, p. 162.

[24] Silvio de Macedo, *in Enciclopédia Saraiva de Direito*, verbete "Deontologia", v. 23, p. 351, Rio — São Paulo, 1914, 1979.

Ruy de Azevedo Sodré, a propósito da deontologia profissional, refutando os que lhe negam a existência por entenderem que não há possibilidade de existirem éticas diferenciadas para a mesma pessoa, consoante as circunstâncias de sua vida, responde com A. Martines Gil (*in Código de Deontologia Jurídica*, Madri, 1954): "A moral profissional não é mais que uma aplicação das regras gerais da moral ao trabalho profissional do homem."[25]

Vale aqui recordar que, como toda instituição tem em si a idéia de *fim*, foi nessa vinculação teleológica que, ainda em pleno fastígio do positivismo jurídico, que se encontrou fundamento para desenvolver a teoria do desvio de poder (ou desvio da finalidade), como primeira manifestação da importância da moralidade administrativa, que, embora não tenha sido então assim considerada, hoje ganhou reconhecimento e se expandiu para abranger não só os casos clássicos de desvio como todos aqueles em que o agente público atue em desconformidade com seu dever de fidelidade à disciplina interna da Administração Pública.

Graças à genialidade de Hauriou estava, portanto, pavimentado o caminho para o rejuvenescimento do Direito Público e para dar nitidez à distinção entre sistema legislativo (ordem jurídica positiva) e sistema normativo (ordem jurídica integral), na qual se coimbricam diversos subsistemas prescritivos "oriundos das diversas fontes do Direito", na expressão de Miguel Reale[26], em que passa a ter cabimento um subsistema normativo moral, que nem por isso deixa de ser jurídico em suas implicações e aplicações. Essas considerações, porém, antecipam os temas dos próximos itens.

4. Caracterização da Moralidade Administrativa

Assentado que o referencial da moralidade administrativa é a finalidade pública e entendido que esta é um elemento do ato administrativo, assim como do contrato administrativo e do ato administrativo complexo, cinge-se o problema da caracterização da *moralidade administrativa*, ou seja, da vulneração infligida à regra moral interna do governo da coisa pública, *a demonstrar como isso ocorre e como pode ser diagnosticada.*

Já Oliveira Franco Sobrinho, em sua apreciada monografia, aí situava a dificuldade do tema: "O desafio está precisamente nisto: em permitir que os analistas do ato administrativo passem a distinguir claramente nos componentes do ato os requisitos que nascem das exigências legais. Nesse campo *neutro*, ainda pouco trabalhado pela doutrina, e quase ainda hoje de nenhuma importância para a apreciação jurisdicional da legalidade, situam-se duas evidências:

a) aquela da formação da vontade resultante de um processo ordenado de formalidades; processo marcante da fronteira entre as garantias do administra-

[25] Ruy de Azevedo Sodré, *A Ética Profissional e o Estatuto do Advogado*, Ed. LTr., São Paulo, 1975, p. 44.

[26] Miguel Reale, *Nova Fase do Direito Moderno*, ed. Saraiva, São Paulo, 1990, p. 140.

do e da legalidade administrativa; processo cujo fim é o de assegurar o respeito dos interesses postos em causa;

b) aquela outra que decorre do que a lei impõe como essencial à autenticidade de expressão da vontade; a obrigação, por assim dizer necessária, de fundamentar-se a decisão ou o ato; as razões motivantes do ato onde o objeto apareça certo e legal, conveniente e oportuno.

É aqui e nisto tudo que se afigura, em termos concretos, o exemplo do *ato legal* porque amparado na lei, mas deformante da *verdade do fato*. Viciando a vontade, infringindo a moralidade, induzindo à fraude. Atos que poderão ser avaliados, não só em função dos vícios, e sim pela influência que esses vícios possam ter na moralidade."[27]

Aqui estamos, portanto, como que diante de uma contrapartida publicística dos vícios da vontade. Só que, no Direito Administrativo, não é a vontade da Administração que se apresenta viciada, mas a de seus agentes, e, mais, que esse vício é *deontológico*, ou, se se prefere, "de não moralidade", como o chama o citado monografista.[28]

E é ainda do mestre pioneiro paranaense a indicação de como correlacionar à *finalidade* os dois outros elementos do ato administrativo (assim como de suas expansões bilaterais e multilaterais, o contrato administrativo e o ato administrativo complexo): o *motivo* e o *objeto*: "Importa, está claro, a *ilegitimidade do fim* que o ato administrativo persegue. Contudo, se faz importante saber que esse *fim* há de se compreender na apreciação dos *motivos*. E muito mais que isso no *negócio jurídico* que a Administração já realizou ou tende a realizar."[29]

Para os que prefiram incluir a *causa como elemento do ato administrativo, da mesma forma aí estarão tanto a causa efficiens* (motivo) como a *causa finalis* (objeto ou negócio jurídico).

Resiste irretocável a lição de Oliveira Franco Sobrinho há mais de três lustros e, por isso, parece que aí nos está indicada a metodologia da análise apropriada. Nela já nos iniciamos, ao estudar, em relação aos mesmos elementos da ação administrativa, os limites jurídicos da discricionariedade, procurando submeter à lupa como a pesquisa desses limites transfere o exame do ato, desde o motivo e desde o objeto, para a finalidade.[30]

Esse enfoque também deve ser o adotado sempre que devamos pesquisar se esses mesmos elementos, *motivo* e *objeto*, foram *manipulados* pelo agente público para dar a falsa impressão de que suportam lidimamente a inafastável finalidade pública.

Sob o prisma da *legalidade*, recorde-se, seria suficiente que tais elementos, o *motivo* e o *objeto*, tivessem *existência* e satisfizessem os requisitos legais da *validade*.

[27] Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *op. cit.*, p. 107.
[28] *Op. cit.*, p. 103.
[29] *Op. cit.*, p. 26 (grifos nossos em "motivos" e "negócio jurídico").
[30] Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Legitimidade e Discricionariedade*, Ed. Forense, Rio, 2ª ed., 1991, p. 40, 43 e 52.

Sob o prisma da *moralidade* a satisfação dos requisitos de legalidade do ato não é suficiente. Será necessário ir adiante, na análise da ação administrativa, para investigar se o conjunto dos seus elementos realmente sustenta o interesse público ou apenas dá a falsa impressão de que o faz.

Como se pode observar, a pesquisa da imoralidade é mais exigente do que a da ilegalidade e, sem dúvida, muito mais difícil.

A moralidade administrativa como que se disfarça na legalidade e a única maneira de pô-la a nu é proceder a uma análise desses dois elementos — o *motivo* e o *objeto* — em relação direta com o interesse público específico identificado como o elemento *finalidade*.

Ora, esse é o tipo de exame que se preconiza para detectar os *vícios da discricionariedade*, ou seja, o mal uso ou abuso dessa faculdade administrativa.[31]

Por isso, parte-se, aqui, do mesmo método, porque o vício de discricionariedade, via de regra, torna o ato contaminado impróprio para realizar a boa administração, ou seja, o vício de discricionariedade, nesses casos, se identifica com o *vício de moralidade administrativa*.

Ocorre, portanto, o *vício da moralidade administrativa* quando o agente público praticar ato administrativo (contrato administrativo ou ato administrativo complexo) fundando-se em *motivo*: a) inexistente; b) insuficiente; c) inadequado; d) incompatível; e e) desproporcional.

O *motivo inexistente* (a) não pode suportar a realização de qualquer finalidade pública. Isso já havia sido constatado até mesmo em pleno fastígio do positivismo jurídico e capitulado como uma "presunção" de desvio de poder[32] para lograr ser enquadrado na ilegalidade.

Com a afirmação da teoria da imoralidade administrativa, hoje guindada no Brasil à hierarquia constitucional, a *injuridicidade* não se esgota na violação à lei, o que permite encompassar mais comodamente essa figura, da inexistência de motivo, bem como as das suas congêneres (insuficiência, inadequação, incompatibilidade e desproporcionalidade) num conceito de *ordem jurídica* dilargada, para alcançar não apenas as violações à legalidade, como à legitimidade e à licitude.

Para ilustrar com um exemplo, caracteriza-se como imoralidade administrativa a concessão de período de férias remuneradas a servidor que já tenha gozado esse benefício relativamente ao mesmo período, ocultando-se a *inexistência de motivo* que seria capaz de justificar-lhe a finalidade pública. Neste caso, o ato, embora vinculado, é administrativamente imoral: não porque o agente tenha atuado para favorecer o servidor, pois isso seria um aspecto de moral comum, é mas porque seu ato não concorre para a boa administração.

Observe-se, ainda, que, sendo o motivo uma situação de fato ou de direito que *determina* (vinculado) ou *autoriza* (discricionário) a prática de um ato, a inexistência

[31] Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *op. cit.*, p. 42 e ss.

[32] Marcel Waline dizia: "l'inexistence des motifs constitue une présomption de détournement de pouvoir" (*apud* Michel Stassinopoulos, *Traté des actes administratifs*, 1954, p. 218, nota 1).

tanto pode se referir à ausência das condições fáticas quanto à das condições jurídicas para agir.

O *motivo insuficiente* (b) dificilmente poderá suportar a realização de um interesse público, pelo menos nos termos pretendidos por seu agente. Este vício também foi detectado há quase vinte anos na doutrina nacional por Caio Tácito, que, prelecionando sobre as limitações do poder discricionário, referia-se não só à necessidade de existência de motivos como à da *apreciação do valor* desses motivos, para saber se foram determinantes ou não da necessidade de atuação administrativa e do uso dos seus próprios meios para a obtenção de certo resultado (objeto), referindo-se, especificamente, à *insuficiência* e citando ainda, a propósito, Zanobini e Giannini *(insuficienza dela motivazione)*[33].

Correntios exemplos de insuficiência de motivo aninham-se nos atos punitivos praticados exagerando-se o motivo. Como a realidade não basta para determinar e autorizar a prática do ato sancionatório, o agente invoca um agravamento que simula a legalidade, mas deixa à mostra, para o analista atento, sua inaptidão para atingir uma finalidade pública requerida pelo dever da boa administração.

Observe-se que, ainda aqui, é irrelevante para o direito público o foro íntimo do agente, perquirindo-se qual foi sua intenção real: o juiz deve ater-se apenas a verificar se foi atendido ou não o *standard* jurídico da boa administração e, se não o foi, invalidar o ato exclusivamente por essa razão.

O *motivo inadequado* (c) decorre da falta da necessária correspondência entre o que deveria motivar o ato e a natureza categorial do seu objeto. O agente pretende aqui derivar efeitos jurídicos de pressupostos fáticos ou jurídicos que jamais poderiam a eles correlacionar-se em tese, como causa e efeito.

Como o motivo não se presta à produção da categoria de efeitos visada pelo agente, essa inadequação põe a nu a ausência de finalidade pública do ato e, assim, a insatisfação do requisito moral-administrativo da boa administração.

Exemplo desse vício é a utilização de motivos indiciários para aplicar sanções extremas que, por sua própria natureza categorial, exigiriam provas concludentes.

O *motivo incompatível* (d) é aquele que não guarda adequação com o objeto do ato. Neste caso, não se cogita de mera pertinência categorial, como acima se expôs, mas da *relação de causalidade* que demonstre ser o motivo compatível com o objeto do ato. Agora, exige-se a adequação *específica* e não apenas a *categorial*.

Está claro que se o agente público eleger um objeto sem que com ele o motivo se compatibilize, trai a finalidade pública do ato, prejudicando ou beneficiando um administrado sem qualquer relação com o seu dever de bem administrar.

Valha de exemplo a retenção da carteira de habilitação de um motorista pela autoridade de trânsito porque em seu veículo são encontrados petrechos de pesca predatória. O motivo é incompatível com o objeto, viciando a moralidade administrativa do ato, já que não logra nenhuma finalidade pública. Observe-se, mais uma

[33] Caio Tácito, *Direito Administrativo*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1975, p. 66.

vez, no exemplo, que em nada altera a intenção moral do agente manifestada em sua preocupação com a pesca, pois o que se perquire não é sua moralidade enquanto pessoa, mas a qualificação finalística de sua atuação enquanto agente.

O *motivo desproporcional* (e), por fim, revelará imoralidade administrativa sempre que, embora declinado verdadeiramente, for *erroneamente estimado* pelo agente para servir de fundamento para sua ação, levando a um resultado incompatível com o atendimento de interesse público específico a que deveria visar o ato.

Exige-se do administrador público uma *valoração razoável* dos motivos. Se ele super ou subestimar motivos com a intenção de produzir certo resultado (objeto), *que sem isso não se justificaria*, administrará mal os interesses públicos a seu cargo.

Essa figura também já recebeu tratamento legalista, como em Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que erigiu a desproporcionalidade entre o fato e a realidade administrativa, a uma "ilegalidade indireta".[34] Hoje, com o desenvolvimento da teoria da moralidade administrativa, ela se enquadra entre todas as congêneres, que têm na *má administração* o seu referencial metalegal.

Use-se ainda o exemplo da retenção da carteira de habilitação: seria administrativamente imoral, por desproporcionalidade de motivo, que o agente de trânsito o fizesse porque não se agradou da atitude do motorista. Não há, obviamente, finalidade pública no ato. O agente não pode transmitir suas emoções ao desempenho de seu dever de bem administrar o interesse público específico a seu cargo. O desacato à autoridade exigiria proporcionalidade que, não existindo, não pode justificar o uso do poder de reter documentos.

Como se pode observar nos cinco tipos de vício de imoralidade administrativa a partir dos motivos, dois foram os princípios aplicados: o da *realidade*, nos casos de inexistência e de insuficiência, e o da *razoabilidade*, nos casos de inadequação, incompatibilidade e desproporcionalidade dos motivos.[35]

Ao mesmo modo que, com respeito aos motivos, ocorre vício de moralidade administrativa quando o agente público praticar ato administrativo, contrato administrativo ou ato administrativo complexo visando a *objeto*: a) impossível; b) desconforme; e c) ineficiente.

O *objeto é impossível* (a) quando o resultado jurídico visado pelo agente não se compatibiliza com o ordenamento jurídico. Cogita-se aqui a injuricidade no seu aspecto mais amplo, pois pode envolver a ilegalidade, a ilegitimidade e a ilicitude. Mas a impossibilidade também pode ser meramente *física*, quando os resultados materiais normalmente esperados não puderem ser alcançados. Em ambos os casos, a imoralidade administrativa está no uso do poder estatal, desenvolvendo uma atividade pública, sem correspondente finalidade pública, independente de que, direta ou indiretamente, venha prejudicar ou beneficiar terceiros e, também como nas hi-

[34] Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Forense, Rio, 1969, v. I, p. 430.

[35] A respeito dos princípios invocados, da realidade e da razoabilidade, a breve notícia de nosso *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Forense, Rio, 10ª ed., 63 e 71.

póteses precedentes, da intenção do agente. Tudo o que se lhe exige é que, como bom administrador do interesse público, atenha-se ao jurídico e faticamente possível.

Um prefeito que pretender estabelecer uma barreira sanitária para proibir o ingresso de aidéticos em sua cidade, visa a um objeto impossível e, assim, não obstante a intenção que possa ter tido, administra mal os interesses públicos a seu cargo e seu ato será administrativamente imoral.

O *objeto é desconforme* (b) quando ocorrer uma imcompatibilidade lógica entre sua escolha (discricionária) e o interesse público contido na regra da finalidade. Aqui a conformidade que interessa é com o dever da boa administração, que é o ônus do administrador.

Sempre que seja logicamente incompatível o objeto do ato praticado com esse dever há imoralidade administrativa, pois não poderia, o agente, fazer uso da parceria do poder estatal a seu cargo para atingir um resultado contrário ao interesse público a que deve atender.

O prefeito que, não satisfeito com a qualidade do ensino ministrado nas escolas municipais, resolver encerrar as atividades escolares até que sejam admitidos novos professores, pratica um ato com vício de moralidade administrativo, já que seu objeto é incompatível com o interesse público específico (educacional) que lhe foi confiado. A mesma forma, o governador que autorizar regalias a certos presos nas penitenciárias estaduais, ainda que por alegadas razões humanitárias, estará praticando uma imoralidade administrativa.

O *objeto é ineficiente* (c) quando ocorrer grave comprometimento do interesse público pela desproporcionalidade entre custos e benefícios.

Também aqui estamos diante de violação de dever da boa administração. Não se justifica, com efeito, que o agente público malbarate e desperdice recursos do Erário com escolhas que pouco ou mal atendem aos interesses públicos, para o prosseguimento dos quais foi investido. Atender de forma grosseira, canhestra, desastrada, numa palavra *ineficiente*, o interesse público, caracteriza a modalidade mais disseminada de imoralidade administrativa.

Com efeito, de ninguém se exige que gerencie a coisa pública, mas se alguém se apresenta para investir-se em cargo público a fazê-lo, assume, na lição de Max Weber, o *ônus moral* de *bem administrar*.

Mesmo, como se verá adiante, sem se chegar ao ponto de exigir do administrador público a *melhor* solução, embora até existam publicistas que o reclamem, deve-se demandar, com Alessi, que a ação administrativa satisfaça "um grau mínimo de interesse público", abaixo do qual se caracteriza a ineficiência capaz de, detectada pelos órgãos do Judiciário, a cargo dos quais ficou a competência para essa investigação e para essa avaliação, anular o ato assim viciado.

Não nos alongaremos desfiando copiosos exemplos, toda uma patologia juspolítica de que tanto padece o país, destacando-se como casos mais notórios, todavia, as *encampações ideológicas* de concessionárias de serviços públicos, tão dispendiosas para os tesouros públicos quão catastróficas para os usuários, embora vantajosas para a clientela política e para a captação de votos radicais, daqueles que esta-

riam mais receptivos a *slogans* e palavras de ordem que preocupados com a eficiência da administração pública.

Como se pôde apreciar, também no caso do *objeto*, simetricamente ao que se pôde observar do examinado quanto ao vício de moralidade no tocante ao motivo, aplicaram-se os mesmos dois princípios: o da realidade, no caso da incompatibilidade, e o da razoabilidade, nos de desconformidade e de ineficiência.

5. O Dever da Boa Administração

Todos esses vícios, em maior ou menor grau, convergem para a idéia central no estudo da moralidade administrativa: o *dever da boa administração*, sobre ele passou-se a escrever em meados deste século[36], mas até hoje ainda não se alcançou suficiente precisão doutrinária.

Para Resta, "Boa administração exprime um conceito final: é a atividade administrativa perfeitamente adequada no tempo e nos meios ao fim específico a alcançar."[37]

Para nós, é um imperativo moral do administrador público, cuja violação, embora possa escapar às malhas da legalidade, pode prender-se nas da licitude.

Distintamente do padrão de *legitimidade*, que se submete a controle predominantemente político, a *licitude* encontra hoje, no ordenamento jurídico, suas modalidades de controle através do Judiciário, autonomamente do controle da *legalidade*, que lhe é próprio, ou em conjunto.

A declaração do princípio da moralidade administrativa no texto constitucional (art. 37, *caput*) e a sanção da nulidade em caso de sua violação, mesmo que satisfeitos os requisitos da legalidade (art. 5º, LXXIII), permitem que o juiz confronte o ato praticado com o *standard* de *boa administração*, adequado à espécie.

Ora, esse *fim específico* nada mais vem a ser que aquele explícito ou implícito na norma legal como o *interesse público* também *específico*, a ser alcançado em determinada ação administrativa.

Assim, o *conceito genérico da finalidade* da administração pública refere-se, amplamente, ao *interesse público genérico*, enquanto que o *conceito específico de finalidade pública* de uma determinada ação administrativa, ato ou contrato, dirige-se, restritamente, a um *interesse público específico*.

Ora, quando o agente da administração pública *não atende a esse interesse público específico*, seja de modo absoluto, seja pelo modo grosseiro ou precário de fazê-lo, ele viola o dever da boa administração.

[36] A respeito, de Raffaele Resta, o clássico *L'onere di buona amministrazione, in Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, 1940, v. III, e de Guido Falzone, *Il dovere di buona amministrazioni*, Milão, 1953.

[37] *Buona amministrazione esprime un concetto finale: à l'attività amministrativa perfettamente adequata nel tempo e nei mezzi al fine specifico da reggiungere, op. cit.*, p. 128, item 14.

Nessa hipótese, o Judiciário terá, além da tradicional competência de perquirir da legalidade do ato, a competência acrescida de considerar se esse *dever da boa administração* foi ou não cumprido pelo agente, diante de caso específico que se lhe seja submetido.

Observe-se que o juiz não estará julgando a *intenção do agente*. Se ela era boa ou má, isso é juridicamente irrelevante para anular um ato da Administração Pública. O que importa é, objetivamente, o seu direcionamento finalístico. Se, ao confrontá-lo com o interesse público específico que deveria ser satisfeito, o juiz concluir que o ato foi, dentro dos limites do razoável, *inadequado*, deverá anulá-lo, pois a ordem jurídica repudia o uso do Poder estatal, senão quando se justifique finalisticamente.

O juiz, em conseqüência, ao considerar nulo um ato, *por desatender ao interesse público específico*, não está emitindo um julgamento de moral comum, mas, apenas, reconhecendo que seu agente o praticou com violação do seu dever deontológico de atendê-lo. O agente infringiu *o dever interno* de bem administrar o interesse cuja satisfação lhe foi cometida. Mas não é o agente que estará sendo julgado, mas o seu ato. A responsabilidade funcional do agente se sucederá como decorrência.

Não compartilhamos, todavia, da opinião extremada de que o dever da boa administração se confunda com o da *melhor* administração[38], de modo que apenas esta *única* escolha poderia ser adotada[39] pelo administrador. O princípio da razoabilidade atua aqui, também, *para manter a posição de legalidade, legitimidade e licitude*, quando o interesse público específico tiver sido atendido em grau satisfatório.

Não se trata, aqui, de rediscutir a *vexata quaestio* da "delegação" ou do "reenvio" da norma legal à norma moral, mas de reconhecer que o ordenamento jurídico do País, a partir de sua Constituição Política, atribuiu à moralidade administrativa uma *relevância jurídica*[40], visando protegê-la, tutelá-la e defendê-la.

É mister esclarecer-se, antes de passarmos adiante, que a ordem jurídica não sanciona, em caso da imoralidade administrativa, um *exercício ilegal* de um poder-dever do administrador, *pois isso já o faz nos casos de ilegalidade tradicionais*, mas, distintamente, sanciona a falta da *justa medida* no seu exercício legal, capaz de comprometer a satisfação dos interesses públicos específicos.

Há uma *medida de exercício*, para o bom administrador, que satisfaz a seu dever moral interno, enquanto agente público, evidenciada, em cada caso, sua análise das relações entre motivo, objeto e finalidade dos atos administrativos, bem como dos contratos administrativos e dos atos administrativos complexos.

A respeito, a digressão juspolítica do próximo capítulo.

[38] Tezner (*Das freies Ermessen der Verwaltungsbörde*, Viena, 1888, p. 63 e ss.).

[39] Como o quer Sérgio Ferraz (*Instrumentos de Defesa dos Administrados, in Curso de Direito Administrativo*, R.T., São Paulo, 1986, p. 167).

[40] *V.* Verbete *Morale, in Novissimo Digesto Italiano*, assinado por Cajo Enrico Bassolini.

6. *Dimensões Éticas Atuais da Ordem Jurídica Contemporânea*

A ordem jurídica contemporânea não é apenas um sistema coercitivo de *legalidade*: também o é de *legitimidade* e de *licitude*.

A sujeição da sociedade e depois a do Estado moderno à lei, foram as primeiras conquistas, conformando o sistema da *legalidade*, como "o mínimo ético indispensável que a sociedade exige de seus membros"[41], marcando a transição histórica do Estado Absolutista para o *Estado de Direito*.

A sujeição do Estado à *vontade da sociedade* foi, a seguir, a extraordinária conquista política realizada pelas revoluções francesa e americana, dotando a ordem jurídica de um sistema da *legitimidade* e permitindo o surgimento e a disseminação do *Estado Democrático*.[42]

Finalmente, a sujeição do Estado à *moral*, a mais ambiciosa e demandante das conquistas éticas, está apenas começando, incorporando-se lentamente à ordem jurídica como um sistema de *licitude* e possibilitando, onde o Estado Democrático de Direito já se está sedimentando, o advento do *Estado de Justiça*.

O *Estado de Direito* afirmou-se, com sua ordem jurídica positiva e seu rigor conceitual e dogmático no século XIX, nos países à vanguarda da civilização. O *Estado Democrático* necessitou, para impor-se, com sua ordem jurídica flexibilizada por uma percepção mais aguda do substrato econômico e social do direito, de quase meio século de guerras mundiais, quentes e fria, sendo seu marco histórico a queda do Muro de Berlim. Toca a vez, agora, ao *Estado de Justiça* desdobrar-se neste final de século e de milênio, com a incorporação, cada vez mais nítida, por certo, da orientação valorativa, à ordem jurídica.

Essas etapas de desenvolvimento ético não se substituem, senão que se acrescem, enriquecendo a ordem jurídica contemporânea com a plenitude de seu conteúdo ético, como também, com os contributos técnicos da *jurisprudência dos conceitos*, da *jurisprudência dos interesses* e, agora, da *jurisprudência dos valores*.[43]

Não obstante as vicissitudes e as decepções da vida política, que tanto a aviltam perante o homem comum, que tem um senso fundamentalmente ético[44], é fora de

[41] É de José da Silva Pacheco a expressão, referindo-se à doutrina Jellinek sobre as relacões moral e direito (*in Repertório Enciclopédico*, verbete "moral", p. 295).

[42] Embora o conceito de legitimidade tenha surgido com as primeiras manifestações da consciência política, conotado ao tipo de relacionamento de poder típico do patriarcalismo primitivo que Max Weber denominou de "dominação tradicional", este próprio autor constatou que o racionalismo havia imposto seu tipo de dominação — o "racional-legal", deslocando, na expressão precisa de Clemerson Merlin Cleve, o "pólo da legitimação da relação do poder"... "para a abstração e impessoalidade da lei" (v. *O Direito e os Direitos*, Ed. Acadêmica, São Paulo, 1988, p. 101/102).

[43] Referência às etapas evolutivas do Direito desde a Revolução Francesa a nossos dias, expostas por Miguel Reale (*in Nova Fase do Direito Moderno*, Saraiva, São Paulo, 1990, p. 93 e s.).

[44] Para Johs Rawls, o único formulador de uma teoria da Justiça desde Aristóteles, deve-se acreditar na prevalência do imperativo de Justiça, pois a humanidade tem uma *natureza moral* e, dadas as necessárias condições objetivas, muitas das quais institucionais, os homens atuarão, comprovadamente, de acordo com seus princípios (*A Theory of Justice*, Belknap Press, Harvard University Press, Cambrigde, Massachusetts, 1980, p. 580).

dúvida que as lutas contra as transgressões éticas ocupam grande parte das notícias dos meios de comunicação social, aviventando, diariamente, valores morais que vão sendo paulatinamente incorporados às ordens jurídicas de vanguarda.

A introdução de diferentes e sempre mais exigentes valores na ordem jurídica, como luzeiros orientadores de *toda atividade* do Estado, seja da legislativa, administrativa ou jurisdicional, responde às próprias exigências do progresso humano em todos os seus múltiplos setores e com toda sua crescente complexidade. Cada vez mais demanda-se uma visão prospectiva nítida dos rumos a serem tomados. Não necessita que essas indicações sejam fixas, imutáveis ou ideologizadas, como no passado, pois não é de engessamento de idéias que se necessita para enfrentar desafios sempre cambiantes, porque os rumos valerão enquanto forem úteis, até que sejam superados na livre crítica das sociedades pluralistas e desideologizadas. O que não se aceita é deixar que o progreso se confunda com o mero crescimento da economia e ir à ventura, desarticulado dos valores cardeais, que devem unir e elevar os esforços das sociedades humanas.

Essa nova visão, que parece dominar a cena histórica que vivemos, ao rechaçar o dogmatismo, o radicalismo e a intransigência, aponta para a afirmação do pluralismo e dos valores morais.[45]

A ressurgência dos valores no Direito tornan-se patente na crescente importância atribuída pela ordem jurídica aos *princípios*. Essa "normas de normas"[46], densamente impregnadas de sentido axiológico, quando não, apenas, a expressão de um determinado valor, que tradicionalmente se alinhavam no corpo da doutrina, ganham hoje os textos legais e constitucionais.

Surgem *princípios* de toda ordem: explícitos, implícitos, polivalentes, monovalentes, gerais, subgerais, especiais, setoriais, que começam, pelo menos, a dar sentido à astronômica produção preceitual do Estado contemporâneo. A ordem jurídica, embora cada vez mais estatizada, como observa Bobbio[47], paradoxalmente, volta-se à sociedade para dela abeberar-se dos valores nela vigentes, graças aos avanços substanciais dos procedimentos legitimatórios.

Coube, assim, ao arejamento pela legitimidade política, entronizada pela prática democrática, essa modificação conceptual do direito contemporâneo, como os jusfilósofos mais atilados já o perceberam e, como expressivo exemplo, entre nós, Miguel Reale, na seguinte passagem: "Note-se, por exemplo, o papel que os valores do indivíduo e da sociedade civil passaram a desempenhar nos mais recentes Estatutos constitucionais, merecendo realce o que consta da Constituição brasileira de 1988."[48]

[45] Conforme, ainda, Miguel Reale, "sobretudo a partir de meados da década de 50, passou-se a compreender que os valores não podiam ser concebidos como "arquétipos ideais" (*op. cit.*, p. 115) e, por isso, a necessidade sentida de passar a expressá-los ao nível jurídico.

[46] V. no *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Forense, Rio, 1992, 10ª ed., p. 61 e ss.

[47] É o fenômeno de convergência entre Estado e do Direito na filosofia política moderna, analisada por Norberto Bobbio, no verbete "Diritto" para o *Dizionario di Politica* (Ed. Utet, Turim, 1983, p. 334 e ss.).

[48] *Op. cit.*, p. 125.

E é sobre a legitimidade que se torna agora possível partir para a construção do Estado de Justiça, conquistando a última fronteira ética — a *licitude* do poder estatal, pela incorporação do conceito de moralidade pública à ordem jurídica.

7. *Novos Princípios Constitucionais que Tutelam a Moralidade Administrativa*

Mencionamos os *princípios*, como importante traço distinguidor do direito contemporâneo, sem ir além de sua configuração prática como "norma de normas".

Essa relevância — e até mesmo algum exagero — na inserção de princípios no ordenamento jurídico, parece estar generalizada; a respeito, em obra recente, Vitorio Italia dá-nos conta: "Il concetto dei *prinzipi fondamentale stabiliti dalle legge dello Stato* indica *un operazione logica ben diversa da quella tradizionale dei principi generali del diritto. Per voluntà del legislatore, si stabilisce che una determinata disposizione ha valore di disposizione di principio.*" E conclui o autor chamando a atenção para o perigo do emprego indiscriminado: "*Ciò è stato fonte di confusione ancora maggiore, perché di fronte ad un principio o ad un preteso principio, l'interprete si è arrogato una possibilità di interpretazione simile a quella del legislatore.*"[49]

Mas é no Direito Constitucional, porém, que essa categoria normativa vem ganhando crescente importância, ampliando-se, até mesmo por isso, a heterogeneidade de sua compreensão dogmática.[50]

O certo é que, não importando tanto a dogmática adotada quanto, apenas, a nomenclatura usada, essa riqueza categorial acaba sendo benéfica, pois reparte melhor as múltiplas funções exigidas da norma constitucional.

As Constituições modernas, ao acolherem as *normas-princípio*, ou simplesmente *princípios*, ao lado das *normas-regras* tradicionais, ou simplesmente *regras* como prefere Canotilho, ou *normas, tout court*, como em maioria se tem preferido, ou, ainda a *preceitos*[51], dão a flexibilidade necessária para atender à diversidade dos graus de *abstração*, de *generalidade*, de *endereçamento* e de *exeqüibilidade* demandada pelo ordenamento constitucional.[52]

Quanto à *abstração*, porque os princípios contêm orientações téticas, que exigem, salvo excepcionalmente, preceitos hipotéticos intermediários à sua aplicação aos casos concretos.

[49] *La Fabbrica delle Leggi*, Giuffrè, Milão, 1990, p. 16.

[50] Dessa dimensão dão-nos ampla conta os mais atuais especialistas, como J. J. Gomes Canotilho, na recentíssima 5ª edição de seu *Direito Constitucional* (Livraria Almedina, Coimbra, 1991, p. 171 a 174).

[51] Preferimos "preceito", para indicar a norma de menor abstração e generalidade, em contraste com "princípio", atendo-nos à voz latina *praeceptu*, que transmite um sentimento de mandamento, de ordem, do que é previamente instruído.

[52] Não nos deteremos aqui a examinar categorias intermédias, como o é a *norma geral*, sobre a qual remetemos o leitor a nosso *Competência Concorrente Limitada — O Problema da Conceituação das Normas Gerais, in Constituição e Revisão*, Ed. Forense, Rio, 1991, p. 129 a 171.

Quanto à *generalidade*, porque os princípios têm amplíssima incidência, distintamente dos preceitos, que se aplicam sobre hipóteses específicas e definidas.

Quanto ao *endereçamento*, porque os princípios são indeterminadamente dirigidos aos legisladores e aos aplicadores concretos (administradores e juízes), ao passo que os preceitos têm precisado a quem se dirigem.

Quanto à *exeqüibilidade*, porque os princípios serão sempre aplicáveis, ainda que o sejam em suas funções inibidora e desconstitutiva de atos que os infrinjam, sejam estes normativos ou concretos, diferentemente dos preceitos, que podem ter toda sua exeqüibilidade diferida.

Modernamente, as cartas constitucionais valem-se de princípios e de preceitos, conforme as exigências demandadas de cada norma, combinando, em diversos graus, essas quatro características, exatamente para atender à multifuncionalidade requerida.

Quanto aos princípios, apresentam-se eles com cinco funções distintas: *nomogenética, exegética, sistêmica, inibidora* e *desconstitutiva*.

Por *função nomogenética*, talvez a mais importante a ser desempenhada na ordem jurídica, entende-se a *orientação* matricial que emana do princípio para a criação das normas infraconstitucionais, sejam preceituais ou, também, principiológicas. Dirige-se, por isso, pecipuamente, ao legislador e, secundariamente, ao administrador no exercício de atividade normativa.

Por *função exegética* entendemos o balizamento da *interpretação* dos preceitos e princípios derivados. Dirige-se, portanto, ao aplicador.

Por *função sistêmica* vemos, com Canotilho, a que permite "ligar ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional", com uma "idoneidade irradiante"[53], que contribui para dar uma *identidade* ético-política a cada Constituição. Dirige-se, assim, a todos, indistintamente, legisladores, administradores e juízes, pois é por essa função que se expressa, com maior ou menor clareza, a opção moral do legislador constituinte.

Por *função inibidora*, estreitamente ligada à anterior, entende-se a decorrente da sua eficácia *impeditiva* de prática de qualquer ato que contrarie o princípio adotado. Dirige-se, igualmente, a todos, sem exceção.

Por *função desconstitutiva*, por fim, também vinculada às duas anteriores, entende-se a decorrente da sua eficácia *resolutiva* do princípio, seja ato legislativo, administrativo, judicial ou privado.

Além dessas funções, os princípios podem ser *auto-exeqüíveis concretamente*, dispensando especificação preceitual.

A prevalência relativa de princípios ou de preceitos num dado sistema constitucional permite-nos distinguir as *constituições principiológicas* e as *constituições preceituais*. De um lado, as *principiológicas*, caracterizando-se pela síntese, pela generalidade e pela maior demanda de atividade integrativa legislativa e jurisprudencial, enquanto, de outro, as *preceituais* caracterizam-se pelos textos analíticos, particula-

[53] *Op. cit.*, p. 175.

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

rizantes, quando não casuísticos, reduzindo a participação integrativa do legislador e do juiz.

Também sob enfoque sistêmico mas com diversa orientação, Canotilho, seguindo de perto R. Alexy[54] prefere falar em *modelo aberto* e *modelo fechado* de constituição.

O modelo *fechado* de constituição seria (teoricamente) o que contasse apenas com preceitos ("regras" para o autor), exigindo um extraordinário esforço legislativo para obter um sistema integralmente positivado, que, embora garantindo segurança máxima, como nos ramos dogmatizados do Direito (Direito Penal, Direito Tributário e Direito Processual), seria impérvio à moralidade e proclive à obsolescência de suas normas.

O modelo *aberto*, diversamente, admitindo-o como uma conformação mista de princípios e preceitos, tal como o é o brasileiro, embora perca em termos de segurança, reduzindo o dogmatismo, compensa-se por ser mais flexível, mais ágil, por permitir uma participação jurisprudencial mais ativa, por possibilitar a existência de uma axiologia constitucional mais definida e, por isso, ser mais duradouro.

Desnecessário remarcar que um modelo *totalmente aberto* seria (também teoricamente) de absoluta imprecisão e de nenhuma segurança.

Por *modelo aberto*, portanto, a referência é feita ao misto, que permite, no justo equilíbrio entre princípios e preceitos, encontrar para cada País, no seu momento histórico, o "constitucionalismo adequado" (*Gemässigte Konstitutionalismus*, na expressão de R. Alexy).[55]

Adotado o modelo aberto, verifica-se, ainda, que os princípios aparecerão com as funções acima descritas, todas ou algumas delas. Certos princípios, porém, terão uma *função sistêmica* tão nítida e tão vigorosa sobre toda a ordem jurídica que se aplicam acima de quaisquer outros. Entre nós, José Afonso da Silva, citando Jorge Miranda, realça essa função, que chama de "ordenadora"[56], de alguns princípios que, por isso, recebem a qualificação de *fundamentais*.

Alguns desses princípios, porém, além de fundamentais, são construtivos, isto é, produzem concreta e plenamente toda a eficácia a que se destinam: caracterizar um modelo político de Estado, como, exemplificativamente, o *princípio republicano*, o *princípio federativo*, o *princípio democrático*, o *princípio da legalidade*[57], o *princípio da soberania popular*[58] e o princípio da *separação de Poderes do Estado*.[59]

No que respeita às aberturas para a *moralidade* na Constituição de 1988, não obstante o Estado brasileiro esteja qualificado apenas como *Democrático e de Direi-*

[54] *Theorie der Grundrechte*, 1985, e *Rechtssystem und Prakische Vernunft, in* "Rechtstheorie", V-18, p. 405 e ss.

[55] Sobre os modelos aberto e fechado, consulte-se Canotilho *(op. cit.*, p. 174 e 175*)*, lembrando que o autor caracteriza a Constituição portuguesa como um sistema aberto.

[56] *Curso de Direito Constitucional Positivo*, R.T., São Paulo, 1990, 5ª ed., p. 85.

[57] Art. 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CF).

[58] CF, art. 1º, parágrafo único.

[59] CF, art. 2º.

to, ou seja, submetido aos princípios da *legitimidade* e da *legalidade*, respectivamente, é indubitável que, por força dos inúmeros princípios e preceitos em que o referencial moral da *licitude* vem consignado, também lá se expressa a vocação ao *Estado de Justiça*.

São, ao todo, 58 normas constitucionais, entre princípios e preceitos, dirigidas ao Estado, à sociedade ou a ambos, que tratam da licitude: ora enunciando seu referencial de valor (substantivo), ora definindo os instrumentos que devam garanti-la.

Passemos à apresentação desses dispositivos, para deles pinçarmos, a seguir, os especificamente voltados à moralidade administrativa.

Logo no Título I, dos *Princípios Fundamentais*, encontramos cinco princípios morais; um, elevado a fundamento do Estado brasileiro, a *dignidade da pessoa humana*[60], e quatro, a finalidades: a construção de uma *sociedade livre, justa e solidária*[61], a prevalência dos *direitos humanos*[62], a *defesa da paz*[63] e a *solução pacífica das controvérsias*.[64]

No Título II, dos *Direitos e Garantias Fundamentais*, são inúmeras as referências a parâmetros morais, bem como a extensão de remédios à sua tutela: a vedação à *tortura e ao tratamento desumano e degradante*[65]; a indenização por *dano moral*[66], inclusive em *violação* da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem[67]; a proibição de associação para *fins ilícitos*[68]; o direito de petição aos Poderes Públicos extensivo aos casos de *abuso de poder*[69]; o tratamento penal diferenciado para os *crimes hediondos*[70]; a proscrição das *penas cruéis*[71]; o respeito à *integridade moral* dos presos[72]; a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos[73]; a concessão de *habeas corpus* em caso de *violência ou ameaça de violência* à liberdade de locomoção por abuso de poder[74]; a concessão de *mandado de segurança* para a proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data, em caso de abuso de poder, por parte de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*[75]; a legitimação cidadã para propor *ação popular que vise a anular ato lesivo à moralidade administrativa*[76], *e a previsão de outros direitos e garantias decorrentes de princípios* adotados pela Cons-

[60] CF, art. 1º, III.
[61] CF, art. 3º, I.
[62] CF, art. 4º, II.
[63] CF, art. 4º, VI.
[64] CF, art. 4º, VII.
[65] CF, art. 5º, III.
[66] CF, art. 5º, V.
[67] CF, art. 5º, X.
[68] CF, art. 5º, XVII.
[69] CF, art. 5º, XXXIV, "a".
[70] CF, art. 5º, XLIII.
[71] CF, art. 5º, XLVII, "e".
[72] CF, art. 5º, XLIX.
[73] CF, art. 5º, LVI.
[74] CF, art. 5º, LXVIII.
[75] CF, art. 5º, LXIX.
[76] CF, art. 5º, LXXIII.

tituição ou dos tratados internacionais em que o Brasil é parte[77]. Ainda no mesmo Título, a previsão de *perda ou suspensão de direitos políticos em caso de improbidade administrativa.*[78]

O Título III, da *Organização do Estado*, prevê a intervenção *da União nos Estados e no Distrito Federal* por dois motivos de densa conotação moral: para *pôr termo a grave comprometimento de ordem pública*[79] e para *assegurar a observância do princípio constitucional fundamental garantidor dos direitos da pessoa humana.*[80] Ao tratar da Administração Pública, o princípio da *moralidade administrativa* é explicitado pela primeira vez em textos constitucionais do país[81], cominando-se no mesmo artigo, a *suspensão dos direitos políticos e perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, por atos de improbidade administrativa.*[82] Finalmente, no Título, prevê-se a perda do posto e a patente para o oficial das Forças Armadas julgado *indigno do oficialato.*[83]

O Título IV, da *Organização dos Poderes*, além da preocupação com a moralidade administrativa, procura, em inúmeros dispositivos, resguardar o alto nível moral dos que devem deter as altas magistraturas do Estado: perderá o mandato o Deputado ou Senador cujo procedimento for declarado *incompatível com o decoro parlamentar*[84], incluindo-se nesta figura o *abuso das prerrogativas* a eles asseguradas[85]; o Tribunal de Contas pode propor ao Congresso nacional a sustação de *despesa irregular*, se julgar que o gasto possa causar dano irreparável ou grave lesão à economia pública[86]; a exigência de *idoneidade moral e reputação ilibada* como requisito para a nomeação para o Tribunal de Contas da União[87]; a legitimação de qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato para *denunciar irregularidades* perante o Tribunal de Contas da União[88]; a tipificação de crime de responsabilidade do Presidente da República em caso de atentar contra a *probidade administrativa*[89]; a exigência de *reputação ilibada* para os advogados que venham a compor o quinto reservado dos Tribunais[90]; a mesma exigência, de *reputação ilibada*, para a escolha para o Supremo Tribunal Federal[91]; o deslocamento de competência judicante para o Supremo Tribunal Federal em caso de propositura de ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente *interessa-*

[77] CF, art. 5º, LXXVII, § 2º.
[78] CF, art. 15, V.
[79] CF, art. 34, III.
[80] CF, art. 34, VII, "b".
[81] CF, art. 37, *caput*.
[82] CF, art. 37, § 4º.
[83] CF, art. 42, § 7º.
[84] CF, art. 55, II.
[85] CF, art. 55, § 1º.
[86] CF, art. 72, § 2º.
[87] CF, art. 73, § 1º, II.
[88] CF, art. 74, § 2º.
[89] CF, art. 85, V.
[90] CF, art. 94, *caput*.
[91] CF, art. 101, *caput*.

dos ou em que mais da metade dos membros do Tribunal de origem o estejam[92]; a exigência de *reputação ilibada* para a nomeação para o Supremo Tribunal de Justiça[93]; a *idoneidade moral* para a nomeação para o Tribunal Superior Eleitoral[94]; a *conduta ilibada* para a nomeação para ministro civil do Supremo Tribunal Militar[95]; a atribuição de competência funcional do Ministério Público para promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção de *interesses difusos e coletivos*, em geral[96], bem como dos *interesses das populações indígenas*, também em geral[97], a exigência de reputação ilibada para a nomeação do Advogado-Geral da União[98] e, finalmente, no Título, a indispensabilidade do advogado não só à prestação da função jurisdicional como também de modo amplo, à *administração da justiça* pelo Estado, por todos seus órgãos em qualquer de suas manisfestações de monopolizador da coerção.[99]

O Título V, da *Defesa do Estado e das Instituições Democráticas*, se inicia com a motivação da decretação do *estado de defesa*, para a preservação ou pronto restabelecimento da *ordem pública* ou a *paz social*, conceitos metajurídicos, densamente impregnados de conotações morais[100], seguindo-se, no caso de agravamento dessas condições, o *estado de sítio*, diante da ineficácia da medida anterior[101]; a garantia da *ordem* — sem qualificativo — segue-se, como missão constitucional das Forças Armadas[102]; admite-se o *imperativo de consciência* dos alistados, como motivo para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar[103] e, finalmente, a *ordem pública* volta a ser considerada como *objetivo de segurança pública*, com todo o conteúdo moral que lhe atribui a doutrina autorizada[104], cometendo-se às *Polícias Militares* a sua preservação.[105]

O Título VI, da *Tributação e do Orçamento*, pela especificidade e tecnicismo de suas normas, não ficou aberto a nenhum conceito de avaliação moral, embora certas avaliações políticas no campo tributário não deixem de admitir um superamento ético, metajurídico; mas é preciso notar que a execução orçamentária está intimamente vinculada à administração pública dos recursos públicos, segundo as normas examinadas.

O Título VII, da *Ordem Econômica e Financeira*, se desdobra sob a finalidade principiológica de assegurar a todos *existência digna*.[106]

92 CF, art. 102, I, "n".
93 CF, art. 104, parágrafo único.
94 CF, art. 119, II.
95 CF, art. 123, parágrafo único, I.
96 CF, art. 129, III.
97 CF, art. 129, V.
98 CF, art. 131, § 1º
99 CF, art. 133.
100 CF, art. 136, *caput*.
101 CF, art. 137, *caput*.
102 CF, art. 142, *caput*.
103 CF, art. 143.
104 CF, art. 144, *caput*.
105 CF, art. 144, § 5º.
106 CF, art. 170, *caput*.

O Título VIII, da *Ordem Social*, afirma o *plurarismo de idéias* no ensino nacional[107]; garante tratamento prioritário à *pesquisa* que vise o *bem público*[108]; manda o Estado regular as *diversões e espetáculos públicos* de modo a que se informe sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendam, locais e horários em que sua apresentação se mostre *inadequada*, o que subentende uma *avaliação moral* por parte de certos órgãos públicos[109], competindo à lei federal estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem essa regulamentação[110]; submete a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão aos *valores éticos* e sociais da pessoa e da família[111]; determina a proteção especial do Estado à família, fundada nos princípios da *dignidade da pessoa humana* e da *paternidade responsável*[112]; estabelecer como *dever da família, da sociedade e do Estado*, assegurar o direito à *dignidade da criança e do adolescente*, colocando-os a salvo, entre outros males, de toda a forma de *violência e crueldade*[113] e proporcionando programas de *prevenção* e atendimento especializado para os *dependentes de entorpecentes e drogas afins*[114]; também estabelece o dever da família, da sociedade e do Estado de *amparar as pessoas idosas*, defendendo sua *dignidade*[115]; e, finalmente, reconhece os *costumes* dos índios[116], dando-lhes proteção pelo Ministério Público.[117]

Especificamente, quanto ao dever de moralidade da administração pública, destacam-se os seguintes dispositivos constitucionais que enunciam 1 princípio e 9 preceitos.

1º — *Preceito* que estabelece a garantia do *habeas corpus* contra *abuso de poder* (além do caso de ilegalidade) de agente no exercício de sua competência (art. 5º, LXVIII).

2º — *Preceito* que estabelece a garantia do *mandato de segurança* contra *abuso de poder* (além do caso de ilegalidade) de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, LXIX).

3º — *Preceito* que atribui *legitimação* a qualquer cidadão para propor *ação popular* que vise a anular *ato lesivo a moralidade administrativa* (art. 5º, LXXXIII).

[107] CF, art. 206, III.
[108] CF, art. 218, § 1º.
[109] CF, art. 220, § 3º, I.
[110] CF, art. 220, § 3º, II.
[111] CF, art. 221, IV.
[112] CF, art. 226, § 7º.
[113] CF, art. 227, *caput*.
[114] CF, art. 227, § 3º, VII.
[115] CF, art. 230.
[116] CF, art. 231, *caput*.
[117] CF, art. 232.

4º — *Princípio* que *submete toda administração pública*, direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ao *princípio da moralidade* (art. 37, *caput*).

5º — *Preceito* que comina com *suspensão dos direitos políticos, indisponibilidade de bens* e *ressarcimento ao erário*, os atos de *improbidade administrativa* (art. 36 § 4º).

6º — *Preceito* que institui o julgamento de *indignidade para o oficialato*, com perda de posto e patente, compreendida a hipótese anterior, de improbidade administrativa, como quaisquer outras de caráter nitidamente deontológico (art. 42, § 7º).

7º — *Preceito* que prevê a *sustação*, pelo Congresso Nacional, por proposta do Tribunal de Contas da União, de *despesa irregular*, assim entendida aquela que depassa do conceito de despesa ilegal, cuja anomalia injurídica só pode ser suscetível de apreciação sob o prisma da moralidade administrativa (art. 72, § 2º).

8º — *Preceito* que atribui *legitimação* a cidadão, partido político, associação ou sindicato para denunciar *irregularidades* (tanto quanto ilegalidades) ao Tribunal de Contas da União (art. 74, § 2º).

9º — *Preceito* que capitula como *crime de responsabilidade* do Presidente da República, atos que atentam contra a *probidade na administração* (art. 58, V).

10º — *Preceito* que atribui ao Senado Federal, depois da autorização da Câmara dos Deputados para tanto, o *processo e o julgamento* do Presidente da República e do Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade e dos Ministros de Estado, nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles (art. 52, I).

Os publicistas nacionais comentando todos ou alguns desses dispositivos referidos à temática da moralidade administrativa, notadamente o princípio constitucional que a expressa (art. 37, *caput*), têm coincidido em suas observações, com pequenas divergências que não chegam a prejudicar o entendimento homogêneo de sua eficácia.

Examinemos algumas delas, recolhidas sob um critério de atualidade das publicações:

Celso Bastos[118] ensina que a moralidade "impõe a obediência à lei, não só no que ela tem de formal, mas na sua teleologia". De certa forma atém-se à ordem jurídica positiva, embora faça a referência a valores, subentende-os na lei.

Preleciona SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA[119]: "Congnato com a *legalidade e a legitimidade* é a *moralidade administrativa*, que, elencada com o princípio do

[118] Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 11ª ed., 1989, p. 286.
[119] SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *Comentários à Constituição*, Freitas Bastos, Rio, 1991, ps. 89 e 90.

caput do art. 37, é erigida em *interesse social juridicamente tutelado*, na medida em que o art. 5º, LXXIII, faz, da lesão a ela, fundamento fático-jurídico hábil e se inserir na *causa pentendi* da *ação popular*.

É a *moralidade* juridicizada: o princípio ético tornado *princípio* e *interesse juridicamente significativos*.

Na realidade, não basta, conforme salientado, que o administrador se atenha ao estrito cumprimento da legalidade, devendo o exercício de seus direitos, poderes e faculdades, balizado por parâmetros de razoabilidade e *justiça*, fazer-se de modo regular, sem abuso, tudo isso informado pelos princípios éticos".

Com propriedade, depois de lembrar que a *imoralidade*, como fator de *ilicitude*, sempre esteve presente na noção de *objeto lícito* (art. 115, II, do Código Civil), e a *ilicitude do exercício irregular do direito* (art. 160, I do Código Civil), o autor indica a *declaração de nulidade* como sanção à imoralidade adminstrativa.

DIÓGENES GAPARINI[120] está perfeitamente de acordo com a doutrina deontológica de HAURIOU acrescentando-lhe, com expresso apoio de HELY LOPES MEIRELLES e MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, o conceito da *boa administração*.

HELY LOPES MEIRELLES[121], afirmando que a moralidade administrativa "constitui hoje em dia *pressuposto da validade* de todo o ato da Administração Pública" (n/grifo), reporta-se a HAURIOU, com o sistematizador do conceito, com a seguinte síntese: "A moral comum, remata HAURIOU, é imposta ao homem para sua conduta externa; a *moral administrativa* é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem-comum".

Depois de recordar WELTER e LACHARRIÈRE, este, situando a moralidade administrativa na áreaa da discricionariedade, lembra ANTONIO JOSÉ BRANDÃO e FRANCO SOBRINHO, nas duas obras já examinadas neste trabalho.

A discrepância que temos com a lição do pranteado Mestre, neste particular, liga-se à seguinte firmação que faz em seu excelente *Direito Administrativo Brasileiro*: "O inegável é que a *moralidade administrativa integra o direito* como elemento indissociável da sua aplicação e na sua finalidade, erigindo-se em favor da legalidade".

Prendeu-se, assim, a um teimoso ressaibo de positivismo jurídico, uma vez que prefeiru não distingüir a ordem jurídica positiva, que caracteriza a *legalidade*, da ordem jurídica moral, que caracteriza a *licitude* — ambas, entretanto, compondo a mesma *ordem jurídica* integral, precisamente porque, como ele mesmo observou, nem tudo que é legal é moral...

Esse seu posicionamento compatibilizou-se com o do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, citado logo a seguir, que identificou a moralidade não só com

[120] DIÓGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, Saraiva, São Paulo, 1989, p. 7.
[121] HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, R.T., São Paulo, 1989, 14ª ed., ps. 79 e 80.

a legalidade mas com a ilegitimidade, numa propositada confusão, nitidamente positivista de categorias éticas[122].

Carlos Pinto Coelho da Motta[123] aponta a moralidade pública como "uma das preocupações mais imediatas e essenciais da sociedade brasileira" e também se louva em Franco Sobrinho para marcar seu entendimento do instituto. Para o autor, o princípio exprime um direito cidadão "a um Governo honesto".

Maria Sylvia Zanella Di Pietro[124] discorre com maior amplitude sobre moralidade administrativa, em sua obra sistemática, começando pela discussão sobre a autonomia do próprio conceito. Remonta, também, às fontes tradicionais — Hauriou, Antonio José Brandão, Oliveira Franco Sobrinho — assinalando, igualmente, que a "moralidade administrativa surgiu e se desenvolveu ligada idéia de *desvio de poder*", remarcando que "A imoralidade estará na intenção do agente", esclarecendo, com propriedade, essa posição: "Essa a razão pela qual muitos autores entendem que a imoralidade se reduz a uma das hipóteses de ilegalidade que pode atingir os atos administrativos, ou seja, a ilegalidade quanto aos *fins (desvio de poder)*".

Diante dessa inserção da moral no direito, já que, para absorver o desvio de poder "o *direito* ampliou o seu círculo para abranger matéria que antes dizia respeito apenas à *moral*", a autora paulista faz a indagação retórica: "Será então que se pode identificar o princípio da legalidade com o da moralidade administrativa?" Respondendo pela *negativa*, mostra a autonomia da regra moral no ordenamento jurídico brasileiro, capaz de ser aplicada mesmo quando inexista qualquer sombra de ilegalidade e prossegue, com abertura ainda maior: "Mesmo os comportamentos ofensivos da *moral comum* implicam ofensa ao princípio da moralidade administrativa (cf. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, 1974:11)".

Além disso, o princípio deve ser observado não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública. São freqüentes, em matéria de licitação, os conluios entre licitantes, a caracterizar ofensa a referido princípio.

E emata com os *efeitos* da imoralidade administrativa: "Embora não se identifique com a legalidade (porque a lei pode ser imoral e a moral pode ultrapassar o âmbito da lei), a imoralidade administrativa produz efeitos jurídicos, porque acarreta a invalidade do ato, que pode se decretada pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário".

[122] TJSP-RDA 89/134: "O controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo". Trata-se de um julgado realmente pioneiro, que subsiste integralmente em seu valor, embora hoje mereça reparos quanto aos aspectos teóricos apontados acima.

[123] CARLOS PINTO COELHO DA MOTTA, *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Lê, Belo Horizonte, 2ª ed., 1991, ps. 72 a 74.

[124] MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, Ed. Atlas, São Paulo, 1989, ps. 66, 67 e 68.

José Afonso da Silva[125], em seu festejado *Curso de Direito Constitucional Positivo*, trata da *imoralidade administrativa* e da *probidade administrativa*, como dois *princípios* destacados, sendo o primeiro geral, e o segundo específico: "A *moralidade* é definida como um dos princípios da Admimnistração Pública (art. 37). Já discutimos o tema quando tratamos da ação popular e vimos que a Constituição quer que a imoralidade administrativa, em si, seja *fundamento da nulidade do ato viciado*. A idéia subjacente ao princípio é a de que a moralidade administrativa não é *moralidade comum*, mas *moralidade jurídica*. Essa consideração não significa necessariamente que o ato legal seja honesto. Significa, como disse Hauriou, que a moralidade administrativa consiste no "conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina da Administração".

Observe-se que também é Hauriou o teórico invocado. Sublinhamos, no texto, a indicação de que a violação do princípio leva à *nulidade* do ato e, assim examina, o autor, o problema da nulidade: "Pode-se pensar na dificuldade que será desfazer um ato, produzido conforme a lei, sob o fundamento de vício de imoralidade. Mas isso é possível porque *a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal*, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração. A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, p. ex., com intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato *formalmente* legal, mas *materialmente* comprometido com a moralidade administrativa".

Quanto ao outro princípio, que seria específico: "*A probidade administrativa è uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º).* A *probidade administrativa* consiste no dever de o "funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer".

Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem."

Nagib Slaibi Filho[126] é dos autores que também incursionam na base doutrinária do princípio da moralidade administrativa. Depois de lembrar a clássica dicotomização kantista entre moralidade e legalidade, na *Crítica da Razão Prática*, cita o conceito de Welter e o acórdão primeiro referido por Hely Lopes Meirelles (v. nota 121), sem comentar, porém, que o acórdão acaba confundindo as categorias que Kant já havia distinguido...

Interessante e verídica afirmação apresenta-nos a respeito da jurisprudência existente sobre a discricionariedade: "Nossos tribunais são, ainda, arredios na aprecia-

[125] José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional*, Ed. RT, São Paulo, 6ª ed., 1990, ps. 563 e 564.

[126] Nagib Slaibi Filho, *Anotações à Constituição de 1988*, Ed. Forense, Rio, 1989, p. 362 a 365.

ção dos elementos subjetivos do ato administrativo e, não poucas vezes, preferem não examinar a questão proclamando que a mesma se insere no campo da discricionariedade administrativa e, assim, imune ao controle jurisdicional". Mas acrescenta: "Com a nova Constituição, introduzindo o requisito de moralidade como essencial aos atos de Administração Pública, não terão os tribunais, em casos concretos que lhes forem submetidos, senão a alternativa de apreciar o elemento subjetivo, visando apurar se há *boa administração da coisa pública*, não só nos aspectos de adequação à ordem jurídica, mas também no que diz respeito aos fins e motivos da atuação do administrador."

O tratamento do tema envolve, ainda, a análise dos "momentos para a apreciação da moralidade administrativa": o dos *fins*, o dos *meios* e o da *causa* (entendida esta como causa eficiente). Segue-se um estudo breve das relações Direito e Moral, com seu subsídio em Kelsen, para sustentar a conduta de que a dicção do princípio a nível constitucional, torna-o legal.

Também o autor deixa claro que a sanção da vulneração da moralidade administrativa é a *anulação*, o que depreende da inconstitucionalidade.

Henrique de Carvalho Simas[127], da mesma forma, subsume a moralidade na legalidade na seguinte passagem: "A ilegalidade tanto pode ser formal como ideológica, tanto pode estar em dados concretos de conteúdo ou de forma, como nos *motivos ilegítimos e na finalidade desviada. A Imoralidade administrativa, o excesso ou abuso de poder, a deturpação do interesse público* são aspectos freqüentes de ilegalidade, que comumente vê dissimulados sob perfeita apresentação material e formal do ato."

Em conclusão, não obstante as divergências quanto aos fundamentos teóricos do conceito de moralidade administrativa, causada pela fidelidade de alguns às premissas do direito puro, há concordância geral quanto à sua aplicabilidade; é, pois este o ângulo que resta a ser desbravado.

8. *Eficácia e Efetividade da Moralidade Administrativa*

Uma instituição jurídica não se aprecia apenas quanto à sua eficácia: a *efetividade* é a destinação lógica que dela se espera.

Esse conceito, cujo trânsito no atual curso jurídico brasileiro muito deve ao trabalho de Luís Roberto Barroso[128], é, na sua expressão, "a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social", e depende de inúmeros fatores metajurídicos e de alguns fatores jurídicos.

[127] Henrique de Carvalho Simas, *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Lumen Juris, 1992, p. 158.

[128] Iniciado com sua Tese de Concurso à Livre-Docência em Direito Constitucional da UERJ, com a denúncia de *A Força Normativa da Constituição — Elementos para a Efetividade das Normas Constitucionais*, março de 1988.

A efetividade das dez normas tutelares da moralidade administrativa insertas em nosso ordenamento constitucional depende de inúmeros fatores, como os sócio-culturais, entre os quais a sensibilidade do Judiciário, como lembrou acima Slaibi Filho, e o preparo profissional dos advogados, e, ainda, de fatores políticos, como, por exemplo, o reconhecimento da missão constitucional das funções essenciais à justiça e, finalmente, de fatores estritamente jurídicos, como a *eficácia* e a *exeqüibilidade* das normas constitucionais.

Como a efetividade pressupõe a *eficácia*, é por ela que se deve começar. O princípio e os demais nove preceitos atinentes à moralidade administrativa produzem, é claro, vários efeitos. Interessa-nos, no momento, definir-lhes o *efeito principal* de cada um, ao qual corresponderá uma determinada resposta de efetividade que se desejaria ver realizada na vida jurídica nacional.

Sob esse critério, têm *eficácia desconstitutiva* sobre os atos, contratos e atos administrativos complexos praticados com violação da moralidade administrativa, os preceitos do art. 5º, LXVIII, LXIX, e LXXIII, e o princípio do art. 37, *caput*. Serão nulos de pleno direito, *ainda que legais*, abrangendo a desconstituição, todos os efeitos dele esperados.

Os preceitos dos arts. 37, § 4º; 42, § 7º; 52, I, e 85, V, têm *eficácia apenatória*, submetendo os agentes responsáveis por improbidade administrativa a sanções punitivas políticas, disciplinares e civis (sem prejuízo das penais, se o caso) e os altos agentes políticos do Executivo à perda do cargo e inabilitação para exercício da função pública (sem prejuízo de outras sanções cabíveis).

O preceito do art 72, § 2º, tem *eficácia suspensiva* sobre despesas que, mesmo sendo legais, apresentem irregularidade que configure uma imoralidade administrativa. Os pagamentos são sustados, sem prejuízo de que os que se sintam prejudicados recorram ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF).

Os preceitos dos arts. 5º, LXXXIII, e 74, § 2º, têm, por fim, *eficácia legitimatória* para admitir o cidadão como autor de ação popular, bem como também o cidadão, o partido político, a associação e o sindicato, como qualificados para denunciar *irregularidades* ao Tribunal de Contas da União, norma que é extensível, *mutatis mutandis*, às demais cortes de contas da Federação.

Examinada a eficácia, vejamos a *exeqüibilidade* dessas normas constitucionais.

O *habeas corpus*, o mandado de segurança e a ação popular (art. 5º, LXVIII, LXIX e LXXIII), não estão condicionados à edição de leis que os regulem; enquadram-se no tipo que José Antonio da Silva denomina de normas de eficácia contida, isto é, que podem, apenas, ser restringidas pela lei ordinária.

O princípio da moralidade administrativa, na sua dicção ampla (art. 37, *caput*), tampouco poderia depender de lei que explicitasse o que é ou não moral. A precisão que se exige da legalidade não tem cabimento quando se trata da moralidade, pois, de outra forma, se estaria subsumindo um ao outro princípio, tornando ocioso falar-se em moral administrativa.

As sanções políticas, administrativas e civis da improbidade administrativa (art. 37, § 4º) são, todavia, inexeqüíveis; ficam na expressa dependência de *lei* que lhes

dê a forma e a gradação, ainda porque se submetem ao princípio geral do devido processo da lei (art. 5º, LIV).

Tampouco, a sanção específica aplicável ao oficial das Forças Armadas (art. 42, § 7º) é exeqüível sem lei que defina o processo, obrigatório sempre que se trate de agravamento da condição individual da pessoa humana (art. 5º, LIV).

A eficácia sustatória da despesa irregular é imediatamente exeqüível pelo Congresso Nacional (Assembléias Legislativas ou Câmara dos Vereadores das Cidades do Rio de Janeiro e São Paulo), pois estamos, aqui, diante de uma regra de competência das cortes de contas para provocá-los.

A exeqüibilidade da denúncia de irregularidades (art. 74, § 2º), não tendo ficado sujeita ao devido processo da lei (art. 5º, LIV), já que não se trata de processo dirigido à liberdade e aos bens pessoais, tampouco depende de lei. Trata-se da norma categorizada como de eficácia redutível pelo legislador ordinário.

Finalmente, nos crimes de responsabilidade, não há exeqüibilidade alguma da norma constitucional (art. 85, V) sem lei especial, pois, como quaisquer outros crimes, não prescindirão do devido processo (art. 5º, LIII, LIV e LV, e XXXIX), estabelecendo as normas de processo e de julgamento, sendo que a eficácia punitiva está limitada à perda do cargo e à inabilitação do condenado durante oito anos para o exercício de qualquer outra função pública (art. 52, parágrafo único).

A efetivação desses princípios e preceitos tem regras diferentes segundo quem está autorizado a provocá-los (legitimidade) e quem deva ser processado (competência).

A garantia do *habeas corpus* ante abuso de poder ser promovida pelo paciente, por terceiros, e até ser ministrada *ex officio*.

A garantia do mandado de segurança contra abuso de poder exige a legitimação constitucional (art. 5º, LXVIII, LXIX e LXX).

A ação popular é privativa do cidadão, mas, por outro lado, o direito de petição é assegurado a *todos*, contra abuso de poder, figura que o próprio legislador constitucional, por mais de uma vez, distinguiu de ilegalidade (art. 5º, XXXIV, 'a').

O princípio da *moralidade administrativa*, em tese, admite efetivação pelo Legislativo, pelo Executivo e pelo Judiciário. A legislativa, através das funções sistêmica, monogenética e inibidora dos princípios; a judiciária, através das funções sistêmica, desconstitutiva, exegética e inibidora; e a administrativa, também através das funções sistêmica, desconstitutiva, exegética e inibidora.

O preceito cominatório da improbidade administrativa (art. 37, § 4º) dependerá de efetivação pelo Poder Judiciário nos casos de supressão de direitos políticos, de indenização civil e, se agente público resguardado pela vitaliciedade, para a perda do cargo.

A efetivação da perda do posto e patente para os oficiais das Forças Armadas depende da decisão do Judiciário.

A efetivação da sustação pelo Congresso Nacional de despesa irregular depende de provocação do Tribunal de Contas (art. 72, § 2º), que, por sua vez, pode ser acionado por cidadãos, partidos políticos, associações e sindicatos (art. 74, § 2º).

Finalmente, a aferição e a apuração do crime de responsabilidade se efetivam em processos especiais que tramitam nas Casas Legislativas (art. 51, I — a Câmara dos Deputados autoriza a instauração do processo, e art. 52, I — o Senado processa e julga).

Inespecificamente, todavia, a moralidade administrativa pode ser suscitada pelo exercício do *direito de petição*, a todos aberto, aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 5º, XXXIV, 'a'); pelo exercício da ação civil pública, frente ao Judiciário, provocado por quem tenha legitimação e pelo Ministério Público (art. 129, III, e § 1º), uma vez que, tutelando interesses difusos, neles se inclui a moralidade pública; e pela ação ordinária, aberta aos que demonstrem legítimo interesse em agir.

Toca, a seguir, antes de recomendar políticas para lograr um satisfatório nível de *efetividade* para o controle da moralidade administrativa, situar a administração pública no Estado contemporâneo.

9. *A Administração Pública no Estado Pluriclasse*

O problema da efetividade do princípio da moralidade administrativa não pode ser tratado sem que se tenha, como pano-de-fundo, uma idéia bem clara do que vem a ser a administração pública no Estado contemporâneo.

O Estado, como qualquer instituição, evolui e, nessa evolução, perde algumas características e ganha novas. A instituição estatal que se desenha neste final de século e de milênio é distinta da que serviu de cenário ao desenvolvimento do princípio da moralidade administrativa, tal como hoje se apresenta na doutrina.

Essas transformações do Estado são intensas e profundas [129], pois decorrem das experiências mais marcantes da vida política internacional, num dos períodos mais agitados e criativos da História humana, que viu o fastígio e o declínio do mega-Estado e das ideologias estatizantes e sofreu as angústias de três guerras mundiais, duas quentes e uma fria, que se prolongaram por três quartos de século.

O Estado hegeliano, em seu declínio, cedeu espaço político para o ressurgimento de uma sociedade civil cada vez mais consciente e poderosa — e este é um dado inafastável para a compreensão de qualquer instituto que, a partir do princípio da moralidade administrativa, pretenda se estudar na atualidade.

Com efeito, o conceito de moralidade administrativa, pioneiramente formulado às vésperas da Primeira Guerra Mundial e tão arduamente trabalhado pela doutrina jusadministrativa, ao ponto de hoje estar vitorioso em nosso país, não poderia mais estar, como não está, em condições de receber aplicação automática no ordena-

[129] "Para um regime democrático", como o que se instalou na maioria dos países do mundo no decorrer do período, "o estar em transformação é seu estado natural", ensina Norberto Bobbio, (*O Futuro da Democracia*, Ed. Paz e Terra, São Paulo, 1987, p. 9).

mento jurídico brasileiro, e de merecer a desejada difusão, ou seja, a efetividade, sem os ajustes e temperamentos que se tornaram requeridos ao cabo desse período histórico de grandes transformações que, como se exporá, alterou o próprio perfil da administração pública.

O chamado Estado burguês, que deita suas raízes na Inglaterra do século XVIII e sua afirmação nas revoluções francesa e americana, no mesmo século, apresentava as características sociológicas do *Estado monoclasse*.Trata-se de uma concentração de poder coesa e coerente, a serviço de uma classe que ascendia, em confronto com o absolutismo que minguava, ordenando e disciplinando o caos individualista de uma sociedade que ensaiava então os primeiros passos do liberalismo e, de certa forma, se intoxicava com a liberada recém-conquistada.

Ao considerar-se a atomização individualista dessa sociedade liberal emergente, era lógico que o Estado, centro coerente de poder, viesse, paulatinamente, a ocupar os espaços deixados pelo soberano absoluto e, por isso, não foi difícil a espíritos mais atilados, prever que, em algum momento, o público absorveria o privado (G. Ripert) e o Estado, a sociedade (C. Schmitt).

A hipertrofia do Estado, da mesma forma que a intoxicação da liberdade havia levado aos abusos do capitalismo manchesteriano dos primeiros momentos da afirmação do liberalismo, resultou numa intoxicação progressiva do poder político, gerando os mega-Estados, que protagonizariam a *Machtpolitik* do século XX. À sociedade não restava senão o papel de massa de manobra nas ferozes estratégias de expansão de poder, movida por ideologias e antiideologias que as tornavam mais dóceis aos donos do poder e formuladores dos "objetivos nacionais", que nada mais eram que objetivos *estatais*.

Esse Estado monoclasse, porém, desgastou-se com as próprias guerras e com a intranqüilidade que promoveram, a pretexto de garantir a paz e a segurança, na medida em que a sociedade, esclarecida pela educação universal e pela comunicação social, tomava consciência de seus múltiplos interesses. Assim, ao ruir do mega-Estado, correspondeu uma afirmação da sociedade pluralista, cônscia de ser a origem do poder e não, apenas, o seu objeto, e o Estado, seu delegatário político, a ser conduzido e, sobretudo, controlado, e não o Leviathan a ser obedecido cegamente, até nos caminhos insanos da guerra e da destruição. O risco do holocausto nuclear foi a pá de cal do mega-Estado, o que bem simboliza a desagregação do último e maior império da Terra.

O *Estado pluriclasse*, tanto quanto o socialista (que também surgiu como resposta ao monoclasse, embora com menor possibilidade de sobrevivência, por ser também concentrador de poder), sucedeu ao Estado monoclasse, marcando a correspondência, a nível de poder político estatal, da pluralização do poder que passava a caracterizar a sociedade civil.

Na definição de Massimo Severo Giannini, que a esse fascinante tema dedica o primeiro volume do recentíssimo *Tratado do Direito Administrativo*, dirigido por Giuseppe Santaniello, a formação do Estado pluriclasse se deu porque os parlamentos passaram a contar com representação não mais de uma ou, pelo menos, duas

classes, mas de *todas* as inúmeras classes, ou seja, de todas as categorias de interesses em intercurso na sociedade.[130]

No quadro do Estado de monoclasse, expõe Giannini, "o poder público era o Estado; a coletividade estatal era o 'povo', o qual, porém, institucionalmente, não era senão um nome com escasso conteúdo; era, com efeito, apenas a minoria censitária do 'povo', titular do poder e do seu exercício; mas o executava como 'povo', porque era como se agisse em nome e por conta da totalidade, só que ninguém se podia encarregar de verificar se realmente agia dessa maneira, em vista de que a outra parte do 'povo' não tinha qualquer poder público...".[131]

No quadro do Estado pluriclasse, a sociedade civil desenvolve suas funções políticas para realmente ocupar o papel que, "teoricamente", deveria ter como "povo" e, na mesma linha, amplia-se o conceito jurídico de "povo" para corresponder, ao máximo possível, ao conceito de sociedade.

Essa evolução só pôde ocorrer porque a sociedade se articulou em defesa de seus múltiplos interesses, tornando-se uma sociedade *pluriclasse* e, na medida em que reconcentrava poderes difusos, *poliárquica*, tornando o Estado também pluriclasse, renovado por um neocontratualismo, não mais de indivíduos mas de grupos de interesses.[132] Nesse novo modelo de organização política, a *participação* não fica mais restrita aos processos de acesso ao poder, mas sobremodo ampliada a todos os demais processos do poder: atribuição, destinação, distribuição, exercício e controle.[133]

Em suma, à pluralização dos interesses, sucedeu-se a das organizações para sustentá-los e, por isso, à multiplicação de entidades dotadas de "poder público" além do próprio Estado, o que levou Giannini a concluir teoricamente: "Existem, assim, os poderes públicos das coletividades pluriclasse; um desses poderes públicos é o Estado."[134]

O grande fenômeno deste fim de século, no Direito Político, ou, mais restritamente, na Teoria do Estado, vem a ser, assim, o desabrochar do ilimitado potencial de associação de organização da sociedade civil, além do Estado e das próprias comunidades de Estado, talvez como um princípio da sociedade global que um dia virá.

Essa transformação do "poder público" trouxe como conseqüência uma profunda alteração do *quadro de referência* do que se deve entender por *administração pública*: a idéia de uma administração pública exclusiva ou quase exclusivamente centralizada no Estado cede a duas realidades: ao surgimento da *desestatização* — a administração *fora do Estado* — e o da desagregação — a descentralização da administração pública *dentro do Estado*.

[130] *Tratado di Diritto Amministrativo*, v. I, *L'Amministrazione Pubblica dello Stato Contemporaneo*, Ed. Cedam, Pádua, 1988, p. 61.

[131] *Op. cit.*, p. 67.

[132] A respeito, S. Fracapane, *Contrattualismo e Sociologia Contemporanea*, Ed. Zanichelli, Bolonha, 1892, citado por Norberto Bobbio, *op. cit.*, p. 146.

[133] A esse respeito, remete-se o leitor a nosso pequeno ensaio *Metodologia Constitucional*, publicado na Revista Informativa do Senado Federal, a. 23, nº 91, jul./set. 1986, p. 63 e ss.

[134] Esistomo quindi i pubblici poteri di collettività pluriclasse; uno di questi pubblici poteri è lo Stato (*op. cit.*, p. 67).

Quanto ao surgimento de tipos de administração pública *fora do Estado*, a desestatização, o quadro de referência debuxado por Massimo Severo Giannini[135] nos fornece uma sugestiva lista, da qual destacamos: a) a *administração internacional*, através da qual o Estado e a sociedade recebem da comunidade internacional organizada as normas sobre vários setores de atividade, como aviação civil, telecomunicações, correios e, em alguma medida, comércio internacional e patentes. Os Estados se limitam a dar-lhes aplicação em seu âmbito; b) a *administração supraestatal não estatal*, como são as convenções internacionais de caráter profissional (industrial, empresarial do terciário, operários), a UNESCO, o Comitê Olímpico Internacional e, de modo geral, as federações esportivas; c) a *administração das comunidades das nações*, tal como já a tem a Europa e se desenvolve na América do Norte, na Ásia e esboça no Cone Sul, deixando o Estado como executor de normas concentradas em centros de poder cada vez mais distintos dos parlamentos nacionais; e d) as *estruturas empresariais transnacionais*, que desnacionalizam o capital e a tecnologia e que os localizam nos Estados que escolhem, com eles negociando regras administrativas simbiônticas, como nos exemplos dos NECS asiáticos.

Quanto à desagregação da administração pública *dentro do Estado*, a descentralização, ainda a partir das indicações de Massimo Severo Gianni, temos: a) *os entes territoriais locais*, que embora inseridos na órbita estatal, cada vez mais reclamam e obtêm poderes autônomos de decisão admininstrativa sobre uma extensa gama de interesses identificados como das circunscrições territoriais menores, como o dos burgos, das cidades, dos municípios, dos distritos e até dos bairros, em última e profunda correlação com as correspondentes frações da sociedade. No Brasil isso é particularmente operável no reforço da autonomia dos municípios, hoje constitucionalmente guindados a membros *sui generis* da federação, juntamente com a União, os Estados e o Distrito Federal (arts. 1º e 18 da Constituição de 1988); b) — os *partidos políticos*, não só por serem os canais oficialmente reconhecidos do acesso ao poder, como por neles terem origem as propostas de decisão eventualmente executadas, assim como por neles se iniciar, sem interferência estatal, a escolha dos candidatos aos ofícios coletivos da administração pública e, não menos importante, por exercerem, eles próprios, parcelas de poder, enquanto instituições autônomas, ao comporem colegiados administrativos de toda sorte; c) — as *associações profissionais*, sindicatos ou federações de classe de todo tipo às quais se reservou, por lei, o poder de polícia administrativa com exclusão da ingerência do Estado, com competência desde o reconhecimento da habilitação profissional até a negociação coletiva de contratos em representação classista; d) as *entidades delegatárias* de todo o gênero, não só as tradicionais *concessionárias* e *permissionárias* de serviços públicos como as modernissimas *entidades de gestão privada* de interesses públicos, as *auditorias privadas* das contas públicas e, finalmente, não sem menor importância, as entidades que executam atividades *reconhecidas* como de interesse público, que conformam a cate-

[135] *Op. cit.*, p. 9 e ss.

goria em expansão da descentralização social, na qual o Estado, em vez de delegar, limita-se a reconhecer eficácia de pública administração nas atividades praticadas por entes de colaboração, que gerem certos interesses de natureza pública, como ocorre, por exemplo, com os chamados clubes de serviço, com as associações de bombeiros voluntários, com as associações de moradores, com as associações civis e as associações assistenciais, em geral.

Já se pode observar que a *descentralização*, nas suas expressões mais avançadas, das delegações de gestão privada de interesses públicos e das delegações sociais, se aproximam da desestatização, se não que com ela se confundem, dando lugar a uma zona de transição em que a administração pública e privada se sobrepõem e se confundem.

Ora, na medida em que esses fenômenos ganham expressão, o Estado vai perdendo a *administração* dos interesses públicos para se concentrar na sua *direção*, à semelhança do que Georges Langrod observou, em meados do século, quanto à *legislação*, cujo monopólio da elaboração saía dos Parlamentos para que esses pudessem se concentrar no *monopólio da política legislativa*. Hoje, os Executivos, da mesma sorte, perdem o *monopólio da execução administrativa*.

É, portanto, nesse complexo quadro de referência, do Estado pluriclasse, em que a *prestação* da administração pública perde em importância política para sua *direção*, que devemos repensar o problema de moralidade administrativa.

Moralidade na *aplicação da lei*, é certo, mas, agora, é necessário que saibamos distinguir a atividade administrativa pública estatal da atividade administrativa não-estatal e, ainda, a execução privada, de direção pública, da atividade administrativa pública.

Enfim, da relativa simplicidade do Estado monoclasse passa-se a uma complexidade ainda pouco estudada do Estado pluriclasse, escondendo ou diluindo o vício de moralidade administrativa em inúmeras atividades e procedimentos que tradicionalmente não têm sido plenamente compreendidos no campo do Direito Administrativo.

É necessário que o critério da administração pública cada vez mais se defina pela *existência de um interesse público específico* em jogo. Dê-se a tutela desses interesses por agentes públicos ou por agentes privados, a partir de normas recebidas ou de normas próprias pouco importa para o princípio da moralidade administrativa, há sempre uma conduta a ser exigida, de acordo com a disciplina interna da instituição, que preserve e garanta a *destinação finalística* estabelecida na lei que erigiu, não importa quais interesses, à categoria de *interesses públicos específicos*.

Assim, em vez de reduzir-se, aumenta a importância da moralidade administrativa já que nem sempre será possível confrontar-se ato de administração prestado sob regime privado com os rígidos parâmetros da legalidade, enquanto será sempre possível estabelecer-se o *contencioso de licitude* para anular os atos lesivos à moralidade administrativa, seja qual for o regime do ato.

Observe-se que a *ação popular*, instituída pela Constituição de 1988 para "anular ato lesivo à moralidade administrativa" (art. 5º, LXXIII), não se restringe a ato

administrativo, praticado pelo Estado, nem exige que se caracterize também uma ilegalidade. Aquela ação constitucional tem cabimento qualquer que seja a espécie de ato de gestão administrativa (público ou privado) que lese os interesses mencionados (patrimônio público, moralidade administrativa, meio ambiente e patrimônio histórico e cultural) tenha sido ou não legal a sua prática.

Já se pode observar que o legislador constitucional brasileiro foi sensível às tendências contemporâneas da administração pública ao instituir a ação popular como um contencioso mais amplo que o da legalidade, para abranger a legitimidade (patrimônio e meio ambiente) e a licitude (moralidade administrativa), independentemente de se tratar de administração pública estatal. Pode-se, portanto, alcançar, com essa ação, quaisquer das modalidades da administração pública desestatizada e desagregada que foram acima identificadas.

É nesse quadro que podemos apontar como fenômeno relevantíssimo a ampliação e o aperfeiçoamento dos controles da sociedade civil sobre os atos de administração dos interesses públicos, independentemente de quem os pratique, se entidades públicas ou privadas.

O importante, como aliás em todo o moderno Direito Público, não é o *órgão* que atua, mas a *função* que desempenha.

Os *interesses públicos*, por definição, são expressos em lei e, por isso, a lei que os estabelecer não só poderá como deverá criar as melhores condições de garantia de que serão sempre a finalidade de qualquer ente que seja encarregado de administrá-los: público ou privado.

Isso se obtém: a) *diversificando os institutos de participação* da sociedade civil *no controle* da atividade administrativa pública; b) *ampliando a legitimação ativa* das pessoas da sociedade civil para provocar esses controles; e c) *aprimorando institucionalmente a atuação das funções essenciais à justiça*, que são indispensáveis para a defesa dos interesses públicos e privados, individuais e metaindividuais e para a promoção dos vários meios legislativos, administrativos e judiciários de controle, capacitadas que são para a satisfação das crescentes exigências técnicas que apresentam, mormente no quadro do Estado pluriclasse.

Enfim, somente um sistema de grande amplitude e de vasta capilaridade social, como o das *funções essenciais à justiça* será capaz de responder satisfatoriamente às missões de controle de juridicidade, pois não é apenas de controle da legalidade, mas também de legitimidade e de licitude, que se tem em conta na expressão "justiça", pois, obviamente, não está ali uma referência restritiva à "Justiça" formal, a cargo do Poder Judiciário, mas do *valor justiça*, referida a todo o contexto interagente sociedade-Estado.

Em síntese: somente esse sistema das funções essenciais à justiça poderia responder, no Estado pluriclasse, a tão ingentes demandas de controle, não sendo difícil verificar-se naqueles Estados que ainda não lograram aperfeiçoá-lo a ponto de tê-lo suficientemente vigilante, forte, ativo e independente, um imenso e desalentador hiato entre a vontade da lei e a sua aplicação.

Esse hiato, entre o que diz a lei e sua efetivação, além de tudo, desmoraliza o sistema jurídico e o próprio Estado, prestando-se à irrupção da contestação ao regime e da administração paralela.

São, portanto, dessas condições para apurar a efetividade do princípio da moralidade pública de que trataremos para concluir esta exposição.

10. *Conclusões na Linha da Efetividade*

Em resumo, este breve estudo começou por lembrar o histórico do *princípio da moralidade* e suas relações com o Direito. Fixou-se o tema na *aplicação moral do Direito*, mostrando o seu papel de *instituto de correção*, reflorescido com o surgimento da teoria do *desvio de poder* e aperfeiçoado com a introdução do conceito da *disciplina interna institucional* e, mais tarde, da *boa administração*.

Prosseguiu-se concentrando o estudo na *moralidade administrativa*, concluindo por sua tipificação especial, como uma espécie de deontologia exigida dos agentes públicos, extensível a quaisquer indivíduos que se relacionem com a gestão da coisa pública.

A partir desses dados, foi possível a caracterização da *transgressão* ao princípio da moralidade administrativa, como um vício de vontade do agente que compromete o ato, numa combinação de três dos seus elementos: *finalidade*, *motivo* e *objeto*, sendo que a finalidade é o referencial fixo que contém o interesse público.

Como um interlúdio entre essas apresentações preliminares e a análise do quadro constitucional da moralidade administrativa, apresentou-se uma digressão sobre as dimensões éticas da ordem jurídica nos Estados contemporâneos — a *legalidade*, a *legitimidade* e a *licitude* — mostrando como essa evolução acompanhou *pari passu* as teses doutrinárias desdobradas pelo direito moderno — a *dogmática*, a *sociológica* e a *axiológica*.

Demonstrou-se a plena inserção da *licitude*, como conceito integrante da ordem constitucional vigente, em especial referenciada ao Estado e à sua atividade administrativa, examinando-se a *eficácia* e a *efetividade* do princípio e dos preceitos constitucionais que tratam de moralidade administrativa.

O item anterior tratou de situar o problema da moralidade administrativa no panorama da administração pública do Estado contemporâneo, demonstrando que os controles se aplicaram além do Estado e passaram a atuar onde quer que se encontrem interesses públicos a serem atendidos.

Registrou-se também uma tríplice orientação para o aperfeiçoamento do sistema de controle, com vistas à efetividade do princípio da moralidade administrativa: 1º) o desenvolvimento dos institutos de *participação política* no controle da administração pública; 2º) pela ampliação da *legitimidade* de pessoas da sociedade civil para provocar o controle; e 3º) pelo aperfeiçoamento institucional das *funções essenciais à justiça*, visando a torná-las realmente atuantes na defesa e prossecução dos variados interesses que lhes são confiados.

Está claro que, precedendo logicamente essas providências, está a necessidade geral de aprimoramento da cultura política da própria sociedade, pois as condições sócio-políticas são pressupostos das atividades juspolíticas de controle.

Essas providências, todavia, escapam à natureza e às finalidades deste trabalho, voltado ao *possível* e não ao desejável, pois deve ater-se à realidade social existente e buscar, a curto prazo, tirar o melhor proveito das condições sociais e dos institutos existentes.

São, portanto, das *condições juspolíticas* para otimizar o controle das moralidade administrativa que se deve tratar para encerrar este estudo.

Quanto a elas, dois aperfeiçoamentos devem ser porfiadamente buscados por ocasião da revisão constitucional: *dos processos da participação pública* e dos *processos de contenção do poder*.

O aperfeiçoamento dos institutos de *participação política* da sociedade nos processos do poder (atribuição, distribuição, exercício, contenção e detenção) passou a ser uma condição inafastável. A democracia tradicional, apenas *representativa*, não tem condições de levar eficientemente os interesses, as aspirações e, no caso, os *valores* da sociedade ao plano de governo. A democracia *participativa*, em pleno desenvolvimento em todos os quadrantes do globo neste final de século, parece ser a resposta que faltava para aquecer essa necessária interação entre a sociedade e seu governo e garantir a legitimidade dos governantes e de suas decisões.[136]

A participação política defendida, alcançando todas as funções do Estado e seus delegados, através de institutos apropriados, além de permitir o aprimoramento da *legitimidade* das decisões, exalta os valores vigentes na sociedade e facilita o controle da sua observância na administração pública.

Em especial, nesse quadro amplo, deve-se atentar aos processos de *contenção do poder*. Este antigo ideal, que remonta ao pensamento aristotélico, mas que teve em Locke, em Montesquieu e nos federalistas americanos seus grandes epígonos, se realiza de duas maneiras: pela *limitação* e pelo *controle* do poder.

A *limitação* pode dar-se em razão da matéria e em razão do espaço, resultando em repartições do exercício do poder em centros mais controláveis. O *controle*, por sua vez, admite inúmeras modalidades institucionais, sendo importante, em todas elas, a ampliação da legitimidade para sua provocação e a garantia dos órgãos controladores.

É neste ponto, ao se tratar do *controle do poder*, que entra em cogitação o papel dos profissionais do direito que se ocupam da *advocacia*, aqui tomada no sentido amplo, tal como categorizada na Constituição de 1988: *função essencial à justiça*.

No Estado em que se acentua a tendência à administração privada com direção pública, em que a descentralização se opera em todos os níveis e setores e em que

[136] Nesse importante veio de investigação Miguel Sanchez Morón produziu, em 1980, uma rica monografia — *La Participación del ciudadano en la administración pública* — a que se seguiram os estudos e conferências de Agustin Gordillo e, no Brasil, o nosso *Direito da Participação Política* (Ed. Renovar, Rio, 1992).

a eficácia só é obtida com crescente agilidade no trato das informações, a *moralidade administrativa* passa a ser um balizamento bem mais abrangente que, apenas, a antiga disciplina interna dos órgãos executivos do Estado, estendendo-se para alcançar toda e qualquer gestão, pública ou privada, dos interesses por lei definidos como públicas, assim como de outros interesses cuja tutela transcenda a órbita individual.

Ninguém pode negar a exigência da moralidade pública no trato desses interesses mencionados nem a necessidade de disporem, tanto o Estado quanto a sociedade, de instrumentos para tornar efetivo esse controle.

Ora, a *advocacia*, profissão jurídica que desempenha duas funções principais, que a caracterizam — a *consultiva* e a *postulatória* — com seus dois grandes ramos: o *público* e o *privado*, tem essas condições para exercer o mais amplo controle e, assim, ser indispensável à realização desse aspecto especial e delicadíssimo da justiça, que é a *moralidade administrativa*.

De um lado, a *advocacia privada* se volta ao atendimento dos indivíduos e dos grupos secundários, em geral, personalizados ou não, orientando-os e representando-os judicialmente (art.133).

De outro lado, a *advocacia pública* atende, especificamente, a uma gama de interesses sensíveis, definidos por lei, e, por isso, entregues a órgãos do Estado (arts. 127, 131, 132 e 134).

De modo especial, a atuação da *advocacia pública* é ainda mais próxima ao dia-a-dia da administração pública, pois ela compreende ramos que penetram na intimidade dos órgãos do Estado; são eles: a *advocacia da sociedade*, exercida pelos membros do Ministério Público, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127); a *advocacia do Estado*, exercida pelos membros da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e pelos Procuradores do Estado e do Distrito Federal, incumbida de zeladoria e da defesa dos interesses públicos cometidos às respectivas unidades federadas (arts. 131 e 132), e a *advocacia dos necessitados*, exercida pelos membros da Defensoria Pública, incumbida de zeladoria e defesa dos interesses daqueles que não possam custeá-los (art. 134).

Sem esses órgãos, públicos e privados, de advocacia, não pode haver *justiça*, aqui entendida como a qualidade que se pretende exigir do Estado pluriclasse, ampliado na execução da administração pública e eticamente comprometido quanto à legalidade, à legitimidade e à licitude. E porque essa justiça só pode vir a ser realizada em sua essencialidade se se dispuser dessas funções, autônomas, independentes, onipresentes, sobretudo, corajosas, o legislador constitucional as denominou *"essenciais à justiça"* (Título IV, Capítulo IV).

Por esse motivo, os exercentes das *funções essenciais à justiça*, sejam servidores públicos ou não, passaram a desempenhar um papel *sui generis* dentro do novo quadro de distribuição dentro do Título da "Organização dos Poderes" (Título IV), mas como um capítulo à parte (Capítulo IV), separado das estruturas dos poderes orgânicos, Legislativo, Executivo e Judiciário. Embora possam vincular-se a qualquer dos Poderes, e tradicionalmente a vinculação é ao Executivo (Procuradorias-Gerais

e OAB), isso *em nada lhes pode reduzir a autonomia funcional*, sem a qual obviamente não poderiam cumprir a missão constitucional de controle que lhes é própria. Para haver a essencialidade prevista, para não ficar apenas no papel, como os preceitos das constituições formais de que falava Ferdinand Lassale, *é preciso que essas funções sejam efetivamente exercidas na zeladoria e defesa dos valores da sociedade*, exigindo-se, quando se trate de órgãos públicos — os membros do Ministério Público, os Procuradores da União, da Fazenda Nacional, dos Estados e do Distrito Federal e os Defensores Públicos — severos requisitos de excelência para sua admissão e no seu desempenho, garantindo-se-lhes, em contrapartida, sua necessária autonomia funcional e inviolabilidade profissional.

Se, de um lado, os órgãos públicos finalísticos do Estado têm suas garantias próprias para o desempenho de suas funções legislativa, administrativa e jurisdicional, é evidente que, de outro lado, os órgãos públicos que têm como incumbência a *provocação do controle* e, em certos casos, *o próprio exercício preventivo do controle interno da administração pública*, devem estar garantidos para atuar sem submissão, sem hierarquia, sem dependência e sem temor de represálias.

Imaginar, assim, que um Chefe de Poder Executivo possa punir, degradar, manipular os vencimentos de um advogado público, removê-lo ou afastá-lo de suas funções porque ele cumpriu o seu dever é reverter séculos de aperfeiçoamento do Estado. Não obstante, isso ainda ocorre, porque, por exemplo, mantém-se, em certos círculos desinformados ou de má-fé, que a advocacia de Estado é uma dependência da administração pública e, em última análise, seus membros lá estão para defender a pessoa do Presidente da República ou do Governador.

A sociedade encontra nas três advocacias públicas, no exercício de suas respectivas competências, toda a capilaridade de que necessita para atuar nas atividades de controle, sob o tríplice referencial de que aqui vimos tratando: legalidade, legitimidade e licitude.

Acresce que os profissionais de direito, além de uma visão mais nítida dos fenômenos juspolíticos, têm também formação humanística, que lhes aguça a atenção para os valores que as sociedades desejam ver consagradas através dos tempos e, sobretudo, têm essa ampliada consciência de que "a solução dos problemas da vida associada deve ser buscada não no sistema político, mas no sistema social".[137]

Por todos esses motivos, a política da administração pública que pretenda se orientar para a realização do Estado de Justiça, não pode deixar de valorizar o controle de legalidade, de legitimidade e de licitude e, em conseqüência, o papel das carreiras jurídicas.

Para tanto, porém, não só é necessário *reforçar essas instituições*, como autênticos órgãos públicos *sui generis*, que fazem parte da "Organização dos Poderes",

[137] Norberto Bobbio e Michelangelo Bovero, *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*, Ed. Brasiliense, São Paulo, 1987, 2ª ed., p. 99.

tal como os situa a Constituição de 1988 (Título IV, Capítulo IV), com todas as garantias funcionais de que necessitam para exercer seu dever com independência, como é preciso *rever a formação acadêmica delas exigida*, para assegurar um processo de aprimoramento que pode queimar etapas na busca da efetivação do Estado de Justiça.

Para desempenhar tão importantes missões de justiça e equilíbrio na nova sociedade, que se esboça mais pluralista e mais participativa no milênio que se avizinha, é imprescindível rever-se o currículo de formação dos bacharéis em Direito para:

1 — aprimorar-lhes a percepção dos *valores da sociedade*, para que sejam profissionais mais eficientes no desempenho de suas funções essenciais à justiça; e

2 — aprimorar-lhes a percepção das *funções do Estado*, para que sejam profissionais mais eficientes no *controle da legalidade, da legitimidade e da licitude*, em todos os papéis que lhes possam caber no processo.

Essas correções curriculares demandarão, por certo, uma ênfase especial nas disciplinas *formativas* como o são a Sociologia, a Política, a Economia e a Filosofia do Direito, a par de um maior aprofundamento nas disciplinas profissionalizantes que constituem a constelação do *Direito do Estado*, envolvendo o Direito Político, o direito Econômico, o Direito Agrário, o Direito Urbanístico e o Direito Ambiental, que se diferenciam dos ramos tradicionais por suas características multidisciplinares e de síntese, refletindo, com maior validade, a complexa realidade da vida contemporânea.

A espantosa revolução científica e tecnológica que presenciou o século XX, trouxe, como equívoca sinalização e indesejada conseqüência, um certo abandono do humanismo, como se o cultivo dos valores tradicionais se houvesse tornado incompatível com as novas demandas da modernidade.

Bem ao contrário, mais do que nunca, nas sociedades plurais, policêntricas e poliárquicas que emergiram deste século, torna-se necessário a prática dos valores éticos, pois o progresso material sem essa têmpera já se revelou perigoso e brutal.

O profissional de direito, na dupla condição de membro da sociedade e de responsável pelo acionamento dos sistemas de controle ético do Estado, assume uma importância transcendente não só na zeladoria e defesa dos valores que funcionalmente lhe cabe, como pelo amplo papel pedagógico que pode e deve desempenhar.

Essas providências, associadas à *ampliação dos canais de participação política*, através da sua institucionalização adequada, bem como da legitimidade da provocação de controles, serão decisivas para que se alcance a desejada *efetividade do princípio da moralidade administrativa*, induzindo entre nós, para parafrasear Octavio Paz, o *hábito de indagar pela licitude*, tanto quanto o hábito de indagar pela legalidade e pela legitimidade.

Essas providências, enfim, mais que tudo, a disseminação da consciência social quanto ao conteúdo profundo dessas conclusões, contribuirão para resgatar a pro-

fissão do advogado, obscurecida e reduzida na era de hegemonia estatizante, que consagrou a concentração de poder, para que, mais além de ser "essencial à justiça", também o seja na construção do *Estado de Justiça*, com o alumbramento de um renovado sentido de missão e de destino em seu trabalho do dia-a-dia, como na lição de Emerson: "atrelando sua carroça a uma estrela".[138]

[138] Ralph Waldo Emerson, em *Civilization*: "So it is wisdom for a man in his labor to hitch his wagon to a star and see his chore done by the gods themselves".