

ano 14 - n. 55 | janeiro/março - 2014
Belo Horizonte | p. 1-256 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL

A&C

 EDITORA
Fórum

© 2014 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Marcelo Belico

Revisão: Cristhiane Maurício
Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Lucieni B. Santos
Marilane Casorla

Bibliotecário: Ricardo Neto – CRB 2752 – 6ª Região

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Diagramação: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Ana Cláudia Finger
Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Luis Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luis Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luis Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa¹

Rogério Gesta Leal

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito. Professor Titular da UNISC. Professor da UNOESC. Professor Visitante da Università Túlio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura (ENFAM). Membro da Rede de Direitos Fundamentais (REDIR), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura (ENFAM), Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira. Coordenador da Rede de Observatórios do Direito à Verdade, Memória e Justiça nas Universidades brasileiras – Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

Resumo: Pretendo tratar neste texto das imbricações necessárias que há entre a moralidade administrativa, enquanto vetor axiológico de gestão da coisa pública — implicando aí sua natureza filosófica e política —, e probidade administrativa, dimensão mais deontológica do agir da máquina e do agente públicos na condição de gestores.

Palavras-chave: Moralidade administrativa. Poder público. Probidade administrativa.

Sumário: 1 Notas introdutórias – 2 As tensas relações entre moral, direito e Estado – Um debate inconcluso – 3 Densificações jurídicas da moralidade e da probidade no âmbito da Administração Pública – Referências

1 Notas introdutórias

Pretendo tratar neste texto das imbricações necessárias que há entre a moralidade administrativa, enquanto vetor axiológico de gestão da coisa pública — implicando aí sua natureza filosófica e política —, e probidade administrativa, dimensão mais deontológica do agir da máquina e do agente públicos na condição de gestores. Para tanto vou me valer de alguns construtos filosóficos e políticos que estão a fundamentar o conceito de moralidade, os quais, a meu juízo, melhor servem para aferir

¹ Este artigo é o resultado de pesquisas feitas junto ao Centro de Direitos Sociais e Políticas Públicas, do Programa de Doutorado e Mestrado da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), vinculado ao Diretório de Grupo do CNPQ intitulado Estado, Administração Pública e Sociedade, coordenado pelo Professor Titular Dr. Rogério Gesta Leal, bem como decorrência de projeto de pesquisa intitulado Patologias corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos.

as especificidades de suas feições pragmático-administrativas em prol do interesse coletivo, para depois me ocupar da probidade administrativa já na direção do agir instrumental dos poderes públicos instituídos — por certo que me valendo dos elementos teóricos anteriormente delimitados.

2 As tensas relações entre moral, direito e Estado – Um debate inconcluso

No plano da filosofia contemporânea, Jürgen Habermas lembra que os trabalhos de sistematização dos juristas especializados tornaram consciente o processo de validade pós-tradicional do direito (antes fundado pela tradição e pelo carisma weberiano), fazendo com que as diferentes proposições jurídicas tivessem de ser fundamentadas como parte integrante de uma ordem jurídica tornada compreensível a partir de normas que se encontram expostas, sempre, a exames discursivos.²

Esta ordem jurídica, por sua vez, só é legítima — na reflexão habermasiana e para mim — se estiver fundada numa relação interna entre moral e direito. Mas que relação é esta? É a relação na qual o universo moral constituído como processo histórico (e não natural) opera fundacionalmente na estratificação do direito moderno, notadamente através de suas regras e princípios.

Muitos destes princípios são, simultaneamente, de natureza jurídica e moral, tal como se consegue facilmente deduzir no direito constitucional. Os princípios morais do direito natural tornaram-se em direito positivo no estado constitucional moderno. Por isso, e perante discursos morais, as vias de fundamentação institucionalizadas, por procedimentos jurídicos, permanecem abertas de um ponto de vista lógico-argumentativo.³

É claro que por detrás dessa assertiva está a tese defendida por Habermas de que é a argumentação moral como procedimento a forma mais adequada à formação volitiva racional, no sentido de que cada um que queira argumentar seriamente sobre os interesses e desejos que possua tem de aceitar as suposições ideais regulatórias

² HABERMAS. Direito e moral, p. 27 et seq. De pronto Habermas esclarece, para já se distinguir de Weber, que ele não reconheceu o núcleo moral do direito formal burguês, porque entendia as intelecções morais, sempre, como orientações axiológicas subjectivas; valores equivalentes a conteúdos não mais realizáveis e, no futuro, impossíveis de compatibilizar com o carácter formal do direito. Ele não distinguiu entre a preferência de valores, que se recomendam, por assim dizer, como sendo mais importantes do que outros valores dentro de determinadas tradições e formas de vida culturais, e entre a validade deontica de normas, que obrigam, separou a avaliação axiológica, que espalha, em toda a extensão, conteúdos axiológicos concorrentes, do aspecto formal da obrigação ou validade de normas que, de forma alguma, varia com os conteúdos normativos. Em resumo, ele não tomou a sério o formalismo ético (op.cit., p. 29, grifos nossos).

³ Idem, p. 33. Adverte o autor, todavia, que: “[...] de certo modo, o direito positivo enterra, com uma velocidade de alteração crescente, os seus próprios fundamentos de validade. Com cada mudança de governo, outros interesses tornam-se dominantes, os quais se por exemplo, no direito de empréstimo, família ou impostos” (p. 38).

dessas possibilidades de forma exigente, ou seja, cada participante numa práxis da argumentação tem de antever, de forma pragmática, que, em princípio, todos os indivíduos possivelmente atingidos por esta argumentação ou disposição normativa poderiam participar como livres e iguais, numa procura cooperativa da verdade, na qual somente a coesão do melhor argumento teria a possibilidade de vencer.⁴

Por certo que esta argumentação moral fundada da forma como descrita não garante infalibilidade nem inequívoco, tampouco a realização do resultado pretendido ou indicado, isso porque este processo se dá em contextos de normas muito abstratas, envolvendo situações complexas que outorgam índices de alta indeterminação de resultados das relações sociais, porém o que o procedimento garante é visibilidade e transparência para o exercício do controle.

Para além disso, há que se ter em conta também o problema das múltiplas ordens axiológicas das sociedades complexas como são as de hoje, nas quais a tolerância e solidariedade por vezes servem de argumentos justificadores de certos comportamentos individuais que não se enquadram hegemonicamente (moral autônoma). Como diz Habermas:

Características importantes do direito positivo tornam-se compreensíveis, quando concebemos o direito a partir do ponto de vista do equilíbrio das fraquezas de uma moral autônoma. Expectativas de comportamento, institucionalizadas juridicamente, ganham uma força obrigatória através do seu acoplamento a um potencial estatal de sanção. Elas estendem-se aquilo que Kant chamou de aspecto exterior do agir, e não a motivos e atitudes morais, que não podem ser impostos. A administração profissional daquele direito, exarado e aperfeiçoado pública e sistematicamente, dispensa as pessoas jurídicas privadas do esforço, que é exigido, ao próprio indivíduo isolado, na resolução moral de conflitos de acção.⁵

Habermas prefere ver a moral como complementar ao direito, compensando em parte tanto os déficits de legitimidade e autonomia deste último, mas contribuindo à primeira em engajamento para ação institucionalizada. A moral é mais rigorosa, vez que observa toda ação à luz de um princípio da universalização. Todavia, após o desencantamento, permanece como poderosa motivação individual para ação, sem, todavia, maiores consequências sociais do seu descumprimento.⁶ É fruto de um

⁴ HABERMAS. Teoría de la acción comunicativa. Ver igualmente o texto HABERMAS. A inclusão do outro.

⁵ HABERMAS. Direito e moral, p. 61. Adverte Habermas, no entanto, que: "Rapidamente tornou-se claro que a dinâmica de uma sociedade integrada através de mercados não se deixa mais aprisionar nos conceitos normativos do direito e, muito menos, paralisar no enquadramento de um sistema jurídico projectado aprioristicamente. Qualquer tentativa de deduzir teoricamente os fundamentos do direito privado e do direito público de princípios supremos teria de falhar perante a complexidade da sociedade e da história" (p. 108).

⁶ HABERMAS. Direito e democracia: entre faticidade e validade, p. 149. Lembra o autor que o direito, dado o princípio do discurso transformado em princípio da democracia, é aberto a considerações morais. Complementa esta, contudo, no sentido de que, a partir da estatuição do código do direito e sua faticidade, o direito tem atributos que permitem tanto um alívio motivacional pela confluência de expectativas (as pessoas passam a

procedimento reflexivo na própria tradição sem que existam ritos com hora marcada como no direito.

A questão é que direito e moral estão diferenciados do ethos da sociedade, isto é, são, por óbvio, fruto de uma sociedade, mas, por outro lado, não são o espelho desta mesma sociedade. Eles são também respostas a mesmos problemas: como é possível ordenar legitimamente relações interpessoais e coordenar entre si ações servindo-se de normas justificadas? E como é possível solucionar consensualmente conflitos de ação na base de regras e princípios normativos reconhecidos intersubjetivamente?⁷

É possível porque aquelas normas morais e éticas forjaram-se a partir da constituição de um mundo racional e intersubjetivamente compartilhado, fundada a partir de princípio que transcenda o contexto pessoal e hermenêutico de cada ser autônomo no exercício de sua liberdade individual, a saber, para Habermas, o princípio da universalização, oportunidade em que os indivíduos deveriam ter examinado: a) se podem querer a entrada em vigor de uma norma controversa relativamente às consequências e efeitos colaterais que teriam lugar se todos a seguissem; b) se todo aquele que se encontrasse em semelhante situação poderia querer a entrada em vigor de semelhante norma; c) que as consequências e efeitos colaterais, que (previsivelmente) resultarem para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos do fato de ser ela universalmente seguida, possam ser aceitos por todos os concernidos⁸ (e preferidos a todas as consequências das possibilidades alternativas e conhecidas de regragem).⁹

O ponto de corte entre o bom e o justo, ou seja, entre o ético e o moral, entendido o primeiro como uma totalidade cultural localizada e o segundo como o dado universal, é justamente a possibilidade de “universalização” de normas éticas para morais. Ou seja:

De certo, os valores culturais transcendem o desenrolar factual da ação; eles condensam-se nas síndromes históricas e biográficas das orientações axiológicas à luz das quais os sujeitos podem distinguir o “bem

saber o que fazer com um pouco mais de certeza), bem como pela institucionalização do direito em poderes organizados em força, compensando também os déficits de programação para a ação instrumental (a eventual sanção pode levar ao comportamento previsto).

⁷ HABERMAS. Direito e democracia: entre faticidade e validade, p. 141.

⁸ Através de processos discursivos que busquem o entendimento fundado em valores previamente demarcados igualmente por interlocuções fundacionais. Neste ponto Apel lembra que o discurso tem a função de conseguir soluções obrigatórias de todas as questões pensáveis que possam ser levantadas no mundo vivo. Ele não é, portanto, algo como um jogo autossuficiente, mas a única possibilidade existente para nós humanos de solucionar, por exemplo, conflitos sobre pretensões de validade sem o uso da força. E materialmente também é pressuposto que todos os participantes do discurso estejam, em princípio, interessados na solução de todas as questões de validade pensáveis, e não estão interessados em instrumentalizar o discurso com os outros somente para seus fins. APEL. Ética do discurso como ética da responsabilidade, p. 13.

⁹ HABERMAS. Consciência moral e agir comunicativo, p. 86. Isso quebra com a chamada lógica da metafísica da subjetividade que por tanto tempo imperou — e de certa forma ainda impera no âmago das relações sociais —, ambicioso projeto que fazia do EU o elemento central de todos os tipos de representação (inclusive política). Ver o texto de MAFFESOLI. A transfiguração do político: a tribalização do mundo, p. 196 et seq.

viver” da reprodução de sua vida como “simples sobrevivência”. Mas as idéias do bem viver não são representações que se tenham em vista como um dever abstrato; elas marcam de tal modo a identidade de grupos e indivíduos que constituem uma parte integrante da respectiva cultura ou personalidade. Assim, a formação do ponto de vista moral vai de mãos dadas com uma diferenciação no interior da esfera prática — as questões morais que podem, em princípio, ser decididas racionalmente do ponto de vista da possibilidade de universalização dos interesses ou da justiça, são distinguidas agora das questões valorativas, que se apresentam sob o mais geral dos aspectos como questões do bem viver (ou da auto-realização) e que só são acessíveis a um debate racional no interior do horizonte não-problemático de uma forma de vida historicamente concreta ou de uma conduta de vida individual.¹⁰

Mas como se dá isso no plano da dogmática jurídica? Desde a Modernidade e seus modelos de Democracia, via representação política e os instrumentos densificadores (Parlamento, Sufrágio, Processo Legislativo, Constituinte etc.), a partir dos quais a soberania popular (vontade geral) se faz presente no espaço público (inclusive de forma mais ativa contemporaneamente — Democracia Participativa e Deliberativa),¹¹ em especial no momento instituidor da Constituição, que condensa os elementos axiológicos eleitos nos processos de deliberação comunitária.

E digo isso exatamente para advertir sobre os perigos dos protagonismos exacerbados de outros Poderes — públicos e privados — de decisionismo político (institucional ou não), como o ativismo judicial e do Poder Executivo, e mesmo do mercado, que, por vezes, usurpam funções e competências, ao se erigirem como legitimados para definir/criar direitos em nome da sociedade.¹²

Claro que não se podem afastar argumentos morais das decisões judiciais, o desafio é que a articulação entre os princípios e as decisões políticas seja coerente no sentido de que se dê a aplicação do princípio no qual se apoia a decisão e não meramente a aplicação de uma regra particular anunciada em nome daquele princípio.

Ao fundir pretensões jurídicas e morais, o texto jurídico faz com que a validade de um direito dependa não somente de uma determinada regra positiva, mas de complexos problemas morais, isso porque, ao ser compreendida de forma mais aberta, a regra jurídica desmistifica-se, abandonando a onipotência que o positivismo

¹⁰ HABERMAS. Consciência moral e agir comunicativo, p. 130-131.

¹¹ Ver meu texto: LEAL (Org.). A democracia deliberativa como nova matriz de gestão pública: alguns estudos de caso.

¹² Ver, nesse sentido, o meu texto: LEAL. As responsabilidades políticas do ativismo judicial: aspectos teórico-práticos da experiência norte-americana e brasileira. In: LEAL (Org.). Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Igualmente ver o excelente texto de COUTINHO. A absurda relativização absoluta de princípios e normas: razoabilidade e proporcionalidade. In: COUTINHO; FRAGALE FILHO; LOBÃO (Org.). Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Na mesma direção ver o texto de FERRAZ; DALLARI. Processo administrativo.

jurídico lhe atribui e tornando-se uma fonte extraordinária de direitos morais.¹³ Por tais razões é que se opera no âmbito da cotidiana tarefa de interpretação da Constituição verdadeira moral reading of the Constitution, aqui entendida como the moral reading proposes that we all — judges, lawyers, citizens — interpret and apply these abstract clauses on the understanding that they invoke moral principles about political decency and justice.¹⁴

Assim, o ato judicatório será um ato político, na medida em que se valerá de certos princípios — que podem ser desprendidos da regra jurídica —, para, através destes, buscar os direitos morais das partes pertinentes às suas pretensões. Este mecanismo, que vincula as questões práticas (relativas à tomada de decisões do juiz) às questões teóricas da concepção da regra jurídica, oferece uma resposta (através do direito) à sociedade pela via da realização possível da justiça, ao mesmo tempo que deve ser controlada socialmente, haja vista que não há uma nítida e absoluta distinção entre argumentos morais universais e argumentos morais pessoais que se entrecruzam no cotidiano das práticas judiciais.¹⁵ Daí a advertência de Dworkin quando chama a atenção para o fato de que:

Pero la ubicuidad de la lectura moral se torna evidente cuando las convicciones principistas de algún juez, identificadas, sometidas a prueba, y tal vez modificadas por la experiencia y la discusión, apuntan en dirección opuesta, porque, entonces, hacer cumplir la Constitución debe querer decir, para ese juez, decirle a la mayoría que no puede tener lo que quiere.¹⁶

Vale a pena lembrar o registro de Habermas para o que interessa:

Uma Constituição que é democrática, não somente de acordo com seu conteúdo, mas também de acordo com a fonte de sua legitimação, constitui um projeto capaz de formar tradições com um início marcado na

¹³ Um típico exemplo disso é a batalha nos tribunais e na opinião pública norte-americana — pela via dos seus meios de comunicação de massa, os quais, por sua vez, influenciam mais ou menos as decisões judiciais —, da questão que envolve a possibilidade legislativa do casamento de pessoas do mesmo sexo. Recentemente, o The Washington Post apresentou essa questão, envolvendo decisão da Suprema Corte da Califórnia sobre tal possibilidade, portanto, o Judiciário sendo chamado para se manifestar sobre tema de cunho destacadamente moral da comunidade (VICK. Maine set to vote on gay marriage. Washington Post, p. 2).

¹⁴ DWORKIN. The Moral Reading of the Constitution, p. 3. Adverte o autor que: “The moral reading therefore brings political morality into the heart of constitutional Law. But political morality is inherently uncertain and controversial, so any system of government that makes such principles part of its law must decide whose interpretation and understanding will be authoritative”. E, nesse sentido, com certeza não é o Poder Judiciário o único ator que tem tal competência — a despeito de ser o guardião final da Constituição.

¹⁵ Correto está Dworkin, analisando a entrevista que o Senado americano fez do candidato à Suprema Corte dos EUA, John Roberts, na qual o candidato tentava escapar de se filiar às correntes mais originalistas de interpretação e aplicação da Constituição, sustentando que era o caso concreto que induziria as teses de filiação, sustentou: “This more pragmatic approach, which lets a judge’s sense of how case should be decided govern the method of interpretation he uses to decide it, rather than the other way around, is the most open invitation possible to result-driven adjudication, that is, to a judge putting his own policy preferences into his decision rather than trying to filter them out” (Idem, p. 11).

¹⁶ DWORKIN. La lectura moral y la premisa mayoritarista. Revista Diké, p. 105.

história. Todas as gerações posteriores enfrentarão a tarefa de atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de direitos estatuído no documento da Constituição, a legislação em vigor continua a interpretar e a escrever o sistema dos direitos, adaptando-o às circunstâncias atuais (e nesta medida, apaga a diferença entre normas constitucionais e simples leis). É verdade que essa continuação falível do evento fundador só pode escapar do círculo da autoconstituição discursiva de uma comunidade se esse processo, que não é imune a interrupções e a recaídas históricas, puder ser interpretado, a longo prazo, como um processo de aprendizagem que se corrige a si mesmo.¹⁷

Daí a importância das chamadas normas jurídicas principiológicas, pois que representam a legitimidade das escolhas públicas civilizatórias no que diz com que tipo de sociedade se pretende viver, e com que procedimentos. Pode-se dizer até que:

L'ordine normativo ha imposto la sua verità, la verità del legislatore che diviene l'unica verità in grado di salvaguardare il bene comune, ovvero il progetto che normalizza la convivenza. La verità normativa diventa, in questo senso, una strategia di aggregazione e di riconoscimento, sia dal punto de vista terminologico e concettuale, sia dal punto de vista pratico e concreto.¹⁸

Quando tais normas são violadas, é a própria matriz criativa do social que se vê atacada, instabilizando as bases do convívio societal e instalando ambiências de insegurança — quebra da confiança — na Ordem Democrática e em suas instituições e momentos conformadores, abrindo espaços para o caos mitigador de direitos e garantias fundamentais, públicos e privados.

O debate filosófico e pragmático sobre a natureza destas normas (princípios e regras) tem se dado internacional e nacionalmente à exaustão, razão pela qual basta dizer, ainda com Habermas, que no plano normativo dos Estados Nacionais a Constituição, por exemplo, apresenta-se como um todo dinâmico, na qual os interesses e bens jurídicos individuais e públicos têm de ser temperados à luz de princípios supremos constitucionais e de uma compreensão holista da própria Constituição.¹⁹ É tão convicta a tese do autor alemão que sustenta:

¹⁷ HABERMAS. A era das transições, p. 165. Vale aqui a advertência de Cittadino: “a Constituição, ao configurar um conjunto de Direitos Fundamentais, contextualiza princípios universalistas e, assim, transforma-se na única base comum a todos os cidadãos. Em outras palavras, em mundos pós-convencionais, onde indivíduos não integram sólidas comunidades étnicas ou culturais, são as Constituições que, incorporando um sistema de direitos, podem conformar uma “nação de cidadãos”. É a partir desta argumentação que Habermas formula a concepção de patriotismo constitucional enquanto modalidade pós-convencional de conformação de uma identidade coletiva” (CITTADINO. Direito e justiça distributiva, p. 177).

¹⁸ RUFINO. Il Diritto delle Garanzie. In: TEUBNER; RUFINO. Il Diritto Possibile, p. 17, grifos no original.

¹⁹ HABERMAS. Direito e democracia: entre faticidade e validade, p.43. Correto o autor ao lembrar que a qualidade racional da legislação política não depende, somente, do modo como as maiorias eleitas e as minorias protegidas atuam dentro do parlamento. Ela depende, igualmente, do nível dos participantes e da formação escolar, do grau de informação e do rigor de articulação de questões resumidamente controversas: do caráter discursivo da formação de opinião não institucionalizada na esfera pública política.

Simplesmente, não existe um direito que não poderia ser limitado, com base em considerações de princípios. Por isso, o Tribunal Constitucional Federal estabeleceu o “princípio da ação recíproca”; cada elemento isolado da ordem jurídica pode, no seu todo e de acordo com o contexto, ser interpretado de modo diferente, a partir da compreensão da “ordem axiológica da lei constitucional”. A partir desta antecipação, guiada por princípios, no sentido reconstruído do todo, estabelece-se, na verdade, não a nível do conteúdo dos diplomas, mas sim, metodicamente, uma bigradação entre ordem legal e princípios legitimadores. Esta tem como consequência uma insegurança jurídica considerável.²⁰

Veja-se ainda que, se o ordenamento jurídico deve ser normativamente fonte de legitimação e não simples meio fático da organização do poder, então o poder administrativo (por exemplo) tem que ser retroligado àqueles elementos normativos produzidos comunicativamente. Essa retroligação em geral realiza-se através de uma divisão funcional dos poderes, porque a tarefa do Estado Democrático de Direito consiste não apenas em distribuir equilibradamente o poder político, mas também em despi-lo de suas formas de violência através da racionalização.²¹

Então é que o autor traz a tese da existência nas relações sociais de diversos tipos de poder, dentre os quais o poder comunicativo — que se constitui mediante os meios discursivos dispersos da opinião pública, que pode chegar a consensos sobre metas políticas em discursos pragmáticos, valores compartilhados em discursos éticos, ou normas de ação em discursos morais, assim como sobre seus interesses em negociações equitativas. Esse poder comunicativo, que surge discursivamente nas instâncias da opinião pública, tem de penetrar nas estruturas do Estado de Direito de tal modo que possa orientar as ações do poder administrativo.²²

O poder administrativo consiste na substituição da violência, que os indivíduos possuem em estado natural, pela violência organizada do Estado civil, permitindo a constituição das instâncias do Estado de Direito, a legislação, o governo e a justiça como uma ordem legal e, por fim, estabelece faculdades e competências que autorizam este Estado a tomar decisões vinculantes.

Com a subordinação do poder administrativo do Estado de Direito ao poder comunicativo dos cidadãos, as instituições estatais amoldam-se às condições normativas democráticas e procedimentais da autolegislação; isso, porém, somente pode ocorrer porque o direito funciona como meio de transformação daquele poder comunicativo em administrativo, uma vez que, do ponto de vista do sistema político, o consenso que se gera discursivamente e as razões que se aduzem a favor das

²⁰ Idem, p. 49. Ver, nesse sentido, o texto de TUSHNET. *Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*.

²¹ HABERMAS. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, p. 235.

²² Idem, p. 183.

leis continuam sendo interpretados, pela óptica do poder, como resultado do conflito entre interesses divergentes.²³

Por outro lado, Habermas mais uma vez inova ao demonstrar que, do ponto de vista da lógica da argumentação, as instâncias que fazem, aplicam e executam as leis estão regidas por diferentes lógicas argumentativas em vista de sua função. Em princípio, somente a função legislativa dispõe de modo plenamente livre dos argumentos geradores do direito. Já a função judiciária dispõe da liberdade de reconstruir de maneira coerente esses mesmos argumentos, enquanto que a administração, em vista das normas sugeridas: “[...] amarram a persecução de fins coletivos a premissas estabelecidas e limitam a atividade administrativa no horizonte da racionalidade pragmática. Elas autorizam as autoridades a escolher tecnologias e estratégias de ação, com a ressalva de que não sigam interesses ou preferências próprias — como é o caso de sujeitos de direito privado”.²⁴

Por tais razões é que a Administração Pública não pode se afastar das diretrizes axiológicas demarcadas pela Constituição e legislação ordinária, pois estaria, assim, agindo usurpando Poder que não possui, podendo até configurar ilícitos administrativos, cíveis e penais. Mais que isso, mesmo em nome de uma Sociedade do Bem-Estar, não pode o Estado deixar de fomentar e constituir espaços de gestão pública compartilhada, adotando políticas públicas decisionistas e sem a participação social, pois já advertira o autor alemão que a experiência do Estado do Bem-Estar mostrou que o poder administrativo do Estado de Direito, mais que institucionalizar o poder comunicativo dos cidadãos, caracterizou-se por uma tendência à autoprogramação, a qual se verifica na escolha de programas de ação independentemente da participação desta cidadania.

Conclui-se fácil a partir desses elementos que a relação entre moral, direito e Estado é por demais estreita, constituindo estas esferas de organização social instâncias retroalimentadoras do modelo de Democracia que se pretende viver, ao mesmo tempo que condiciona as ações e políticas públicas da Administração.

É importante agora verificar como a dogmática jurídica recepcionou estes elementos em termos internacionais e no Brasil.

²³ Jessé Souza já advertia que: “Em Habermas, destaca-se a conexão complementar e problemática de ‘poder comunicativo’ e ‘poder administrativo’. O poder comunicativo manifesta-se nos procedimentos democráticos de formação da vontade estatal que, além de incluir o processo eleitoral e o legislativo, abrange o discurso em vários níveis da esfera pública. Trata-se da determinação de decisões vinculatórias e da produção de normas jurídicas entre sujeitos orientados na busca do entendimento. O poder administrativo corresponde à dominação legal racional no sentido weberiano. Habermas propõe que o direito seja compreendido como o meio de conversão do poder comunicativo em poder administrativo” (SOUZA (Org.). Democracia hoje: novos desafios para a teoria contemporânea, p. 123).

²⁴ HABERMAS. Direito e democracia: entre faticidade e validade, p. 239.

3 Densificações jurídicas da moralidade e da probidade no âmbito da Administração Pública

No âmbito internacional a Organização das Nações Unidas tem se ocupado desta discussão sobre a moralidade e probidade administrativa de forma mais pontual e, inclusive, no que diz com as suas particularidades operacionais no que toca à corrupção e condutas criminosas envolvendo o ponto, desde praticamente os termos da Resolução nº 415(V), da Assembleia-Geral, de 01.12.1950.

Várias iniciativas foram tomadas desde então, entre as quais a sugestão para se criar um Código Internacional de Conduta para Funcionários Públicos, como recomendado pelo Conselho Econômico e Social, na Resolução nº 1996/8; e pela Assembleia-Geral, a partir da Resolução nº 51/59, de 12.12.1996, adotando este Código.²⁵

A Argentina ratificou a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos em 04.08.1997, publicando a Lei nº 24.759, de 04.12.1996, que a recepcionou, inclusive foi editado o Decreto nº 152, de 14.02.1997, que criou o Escritório Nacional de Ética Pública, para controlar a Administração Pública centralizada e descentralizada.

O Chile ratificou a Convenção em 22.09.1998, pelo Decreto nº 1.879, de 29.10.1998, já contando com uma Lei Orgânica de 1979 que regulamentava alguns crimes que acarretavam perda econômica contra o Estado, e crimes contra a confiança pública. Foi criada uma Comissão Nacional sobre Ética Pública, em 05.04.1994, que tem incumbências de propor políticas públicas contra a corrupção. Há ainda a Lei nº 19.645, de 02.12.1999, tratando da transparência administrativa e aplicável às agências públicas.

O Uruguai ratificou a Convenção em 28.10.1998, tendo antes disso algumas leis que tentavam evitar a corrupção, editando, em 07.12.1995, a chamada Lei de Segurança do Cidadão, introduzindo normas no Código Penal atinentes a suborno, corrupção, ameaça, falsificação de documentos etc.

Já o Brasil assinou a Convenção em 29.03.1996, editando algumas leis que vão ao encontro dessas preocupações, como a Lei nº 8.027, de 12.04.1990, que dispõe sobre normas de conduta dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas, e o Decreto nº 1.171, de 22.06.1994, que aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal.

Igualmente a Assembleia-Geral adotou, em 16.12.1996, por meio da Resolução nº 51/191, a Declaração contra a Corrupção e o Suborno em Transações Comerciais Internacionais. Essa Declaração também reconhece a importância e necessidade da promoção da responsabilidade social e de ética não apenas do setor público,

²⁵ Ver o texto do Código que está anexo à Resolução nº 51/59. Disponível em: <<http://www.un.org/>>. Esse documento foi ratificado por vários países, entre os quais: México, Espanha, Brasil, Portugal, Chile e Argentina.

mas também do setor privado — incluindo empresas. Foi em 15.12.1998 que a Assembleia-Geral adotou a Resolução nº 53/176, sobre a Ação contra a Corrupção e o Suborno em Transações Comerciais Internacionais.

Outra Resolução importante nesta direção foi a da Assembleia-Geral, nº 54/205, de 27.01.2000, sobre a Prevenção de Práticas Corruptas e Transferências Ilegais de Fundos, tendo no particular a contribuição do Centro das Nações Unidas para a Prevenção da Criminalidade Internacional (CICP), juntamente com o Instituto Inter-regional das Nações Unidas para a Pesquisa em Crime e Justiça (UNICRI), de Roma, os quais elaboraram um programa global contra a corrupção.²⁶

Há três grandes centros de atração da corrupção identificados pela UNICRI: a) a corrupção institucional na Administração Pública em todos os seus escalões; b) a corrupção em atividades negociais, comprometendo a competição; c) o alto índice de corrupção nos centros decisórios, sejam políticos, financeiros ou administrativos. Em face desses estudos, foi sugerida a criação de um Protocolo de Monitoramento da Corrupção, para acompanhar o seu desenvolvimento, assim como um banco de dados internacional em corrupção.²⁷

Já no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 10.06.1994 sua Assembleia-Geral adotou uma resolução sobre probidade e ética, incitando a criação de um grupo de trabalho no Conselho Permanente da OEA, que foi criado e encarregado de compilar e estudar as legislações nacionais acerca da ética pública e suas consequências e tratamentos. A partir desse período, a OEA requereu de seus membros estudos pontuais sobre o tema e, baseada nesses relatórios, a Assembleia-Geral adotou, em 09.06.1995, Resolução acerca da Probidade e Ética Pública, convocando um seminário que ocorreu no Uruguai em novembro de 1995. A partir desses debates a Assembleia-Geral ainda adotou a Convenção Interamericana contra a Corrupção, que entrou em vigor em 07.03.1997.²⁸

Há ainda a Convenção Penal contra a Corrupção, de iniciativa do Conselho da Europa, que teve aberta sua assinatura em 27.01.1999, acompanhada pelo Grupo de Estados contra a Corrupção (GRECO), aberto a Estados membros da Europa e a não membros.²⁹ Essa Convenção também prevê a responsabilidade de pessoas jurídicas no âmbito penal exatamente em face da dificuldade de se apurarem responsabilidades em redes criminosas protegidas por empresas de fachada.

²⁶ Esse programa da UNICRI tem duas partes, uma envolvendo a pesquisa sobre a corrupção, e a outra envolvendo ajuda técnica a países que pretendem desenvolver mais instrumentos de combate a corrupção. Ver o site: <<http://www.unicri.it>>.

²⁷ Ver o interessante trabalho de RAMINA. Ação internacional contra a corrupção.

²⁸ Ver os documentos do sítio <<http://www.oas.org>>. Vários países assinaram esta Convenção Interamericana contra a Corrupção, entre os quais Paraguai, México, Argentina, Chile, Uruguai e Brasil (que o fez em 29.03.1996).

²⁹ Ver o sítio eletrônico <<http://www.coe.fr>>. Ver também o texto de TEOBALD. Corruption, Development and Underdevelopment.

De importante registro a Convenção Civil sobre a Corrupção, elaborada pelo Conselho da Europa logo após a aprovação da Convenção Penal, exatamente para criar mecanismos civis de reparação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais provocados por atos corruptivos. Além de a Convenção requerer que os Estados prevejam em suas legislações internas o direito de mover uma ação civil em casos de corrupção, também previu a situação da responsabilidade do Estado decorrente de ato de corrupção cometido por funcionário público no exercício de suas funções. Poucos países assinaram essa Convenção.³⁰

Todos esses documentos, a despeito de que focados mais no tema da corrupção, estão conectados em suas disposições de motivos e mesmo nas normas que os detalham, com a preservação da moralidade na gestão do interesse público, e configuram instrumentos internacionais importantes desencadeadores da aquilatação das normativas nacionais de diversos países, inclusive do Brasil.

No que diz com a legislação interna, a moralidade administrativa está inserida na Constituição Federal brasileira de 1988 como princípio fundamental a ser obedecido pela Administração Pública, sendo diversos e variados os desdobramentos dessa moralidade por atingir, de modo nuclear, o aspecto axiológico das ações concretas desenvolvidas pelos agentes públicos.

A doutrina especializada atribui a Maurice Hauriou³¹ a sistematização do conceito a respeito da moralidade administrativa. Segundo o referido doutrinador, não se busca impor, na prática da atividade administrativa, uma moral comum, mas sim uma moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração.

Tem-se, portanto, na escola administrativa francesa a base da construção da moralidade administrativa moderna, como princípio que se compõe da afirmação de que a legalidade dos atos jurídico-administrativos é fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei. Mas a conformidade desses atos aos princípios basilares da boa administração, determinante necessária de qualquer decisão administrativa, é fiscalizada por outro recurso, fundado no desvio de poder, cuja zona de policiamento é a zona da moralidade administrativa.³²

Mais tarde, a noção foi ampliada pela doutrina francesa para abarcar também a análise dos motivos (Welter), extensão acolhida na doutrina brasileira por Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, com a adesão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que inclui na moralidade também a análise do objeto do ato administrativo, que será contrário à moralidade se for impossível, desconforme com sua finalidade ou ineficiente.³³

³⁰ Ver o sítio: <<http://conventions.coe.int>>. Ver o texto de JONES. Combating Fraud and Corruption in the public sector.

³¹ HAURIUO. *Precis élémentaire de droit administratif*. Para o autor, essa moralidade diz respeito a ações que têm como resultados elementos satisfatórios ao interesse da comunidade, fim primordial da Administração Pública. Em termos de Brasil, ver as contribuições de ARAÚJO. *Motivação e controle do ato administrativo*.

³² Nesse sentido ver também BRANDÃO. *Moralidade administrativa*. *Revista de Direito Administrativo*.

³³ FRANCO SOBRINHO. *O controle da moralidade administrativa*; MOREIRA NETO. *Moralidade administrativa: do conceito à efetivação*, especialmente p. 9-15. Há, ainda, corrente doutrinária que associa a moralidade

Assim é que, a partir do princípio da moralidade administrativa, a satisfação dos requisitos legais do ato não é suficiente, impondo-se ir adiante à análise da ação administrativa, no intento de investigar se, realmente, há interesse público nela, ou outro tipo de interesse deste divorciado.³⁴

Em outras palavras, é indispensável à caracterização da moralidade de um ato administrativo a análise do motivo e do objeto de tal ato, o que possibilita afirmar se houve ou não a efetivação do dever de boa administração inerente ao administrador/interesse público.³⁵

De se ver que o âmbito de subjetividade que a moral contém implica não se tratar apenas de saber se é ou não legal determinado ato de gestão pública, mas se ele está ou não em consonância com os objetivos, finalidades e princípios, constitucionais e infraconstitucionais, que informam a Administração. A finalidade do controle da moralidade, assim, é fundamentalmente assegurar que esteja sempre de acordo com os vetores axiológicos e vinculantes que sempre impõem o interesse público.³⁶

Observa-se, dessa forma, que o conceito de moralidade é determinante de regras de conduta, ou seja, traça linhas de comportamentos para o administrador, fazendo com que este, ao realizar seus atos, observe, além dos elementos constitutivos próprios de cada um, a eficácia e eficiência dos mesmos, de forma transparente, no plano dos compromissos e vinculações político-jurídicas já existentes.³⁷

A identificação da compatibilidade da atividade administrativa com aqueles vetores é matéria complexa que conduz a situações singulares, dotadas de sutilezas que desafiam o aplicador e intérprete do direito. Sobrinho,³⁸ numa perspectiva mais pragmática, elenca quatro hipóteses que podem configurar quebra ao princípio em comento: a) o fato não justificar o ato, viciando-o na origem; b) o ato não corresponder ao fato, desviando-se da causa; c) o fato não exteriorizar motivos determinantes categóricos; d) o ato não formalizar regras jurídicas estabelecidas.

administrativa aos princípios do interesse público, razoabilidade e/ou proporcionalidade, conforme os trabalhos de MORAES. Controle jurisdicional da Administração Pública e JUSTEN FILHO. O princípio da moralidade pública e o direito tributário. Revista de Direito Tributário, p. 65-79.

³⁴ Oportuno lembrar, como visto dantes, que os poderes administrativos concedidos à autoridade pública não são ilimitados, mas deverão estar sempre em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, os implícitos ou explícitos, todos aqui considerados horizontalmente no que concerne à importância. O uso de tais poderes é prerrogativa da autoridade desde que não haja qualquer abuso ou desvio, estes entendidos como excesso de poder ou desvio de finalidade. Nesse ponto, ver o trabalho de DIEZ. El acto administrativo, p. 273 et seq.

³⁵ Evidencia-se, pois, viciada a moralidade administrativa quando houver a prática de um ato fundado em motivo inexistente, insuficiente, incompatível etc.; do mesmo modo, caracteriza-se a imoralidade administrativa quando o ato visar a objeto impossível, desconforme e ineficiente ao permissivo legal e ao interesse público. Neste sentido, ver texto de MAIRAL. Control judicial de la Administración Pública, p. 134.

³⁶ Aprofundei esse tema no livro LEAL. Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas.

³⁷ Como quer FRAGOLA. Degli atti amministrativi, p. 187.

³⁸ SOBRINHO. O controle da moralidade administrativa, p. 85. Ver o texto de MARTINS JR. Proibidade administrativa.

O elemento moral, a partir da Constituição Brasileira de 1988, passa, dessa forma, a integrar o ato administrativo por força de preceito da mais alta categoria. A consequência gerada é de relevância, porque a moralidade passou a ser um requisito constitucional de sua validade e legitimidade, evidenciando-se como um dos elementos integrantes da sua formação.

A jurisprudência nacional já vem, há bastante tempo, insistindo em assim compreender esse princípio, entendendo, por exemplo, em sede de Ação Popular, que basta existir ato administrativo que contraria normas específicas que regem a sua prática ou que se desviam dos princípios que norteiam a Administração Pública, para os fins de ensejar sua interposição, afigurando-se como dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos no caso concreto, já que o disposto no inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico.³⁹

Em outra situação curiosa do legislativo brasileiro, a jurisprudência pátria mais antiga entendeu que, uma vez sendo a remuneração do prefeito, do vice-prefeito e dos vereadores fixada pela Câmara Municipal em cada legislatura para a subsequente, nos termos do que dispõe a Carta Política, em seu art. 29, V, ocorrendo a fixação pelos edis de sua própria remuneração para viger na própria legislatura, estariam praticando ato inconstitucional lesivo não só ao patrimônio material do Poder Público, mas também à moralidade administrativa que constitui patrimônio moral da sociedade.⁴⁰

Isso evidencia certa autonomia jurídica à moralidade administrativa, enquanto princípio constitucional que é, sem depender sua efetividade de outros princípios a ela referentes — como a lealdade, boa-fé, veracidade e honestidade, como quer Márcio Cammarosano,⁴¹ e mais, com tais feições, dá legitimidade ativa amplíssima a quem quer que seja para os fins de denunciar e reivindicar investigação sobre potenciais violações aos princípios axiológicos que informam e vinculam o gestor público.⁴²

³⁹ Conforme decisão RE nº 170768, DJ, 13 ago. 1999. PP-00016, EMENT.VOL.01958-03, PP-00445, julgado em 26.03.99, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão. Origem: São Paulo.

⁴⁰ RE nº 206889/MG, DJ, 13 jun. 1997, PP-26718, EMENT. VOL-01873-11, PP-02257, julgado em 25.03.97, Segunda Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão. Assim também a seguinte decisão envolvendo o Tribunal de Contas da União: "Tribunal de Contas. Nomeação de seus membros em Estado recém-criado. Natureza do ato administrativo. Parâmetros a serem observados. Ação Popular desconstitutiva do ato. Tribunal de Contas do Estado de Tocantins. Provimento dos cargos de conselheiros. A nomeação dos membros do Tribunal de Contas do Estado recém-criado não é ato discricionário, mas vinculado a determinados critérios, não só estabelecidos pelo art. 235, III, das disposições gerais, mas também, naquilo que couber, pelo art. 73, par. 1., da CF. NOTORIO SABER - Incisos III, art. 235 e III, par. 1., art. 73, CF. Necessidade de um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar. Precedente histórico: parecer de Barbalho e a decisão do Senado. Ação Popular. A não observância dos requisitos que vinculam a nomeação, enseja a qualquer do povo sujeita-la a correção judicial, com a finalidade de desconstituir o ato lesivo a moralidade administrativa. Recurso extraordinário conhecido e provido para julgar procedente a ação" (RE nº 167137/TO, DJ, 25 nov. 1994, pp-32312, Ement. Vol.01768-04, pp-00840, julgado em 18.10.1994, Segunda Turma, Min. Paulo Brossard.

⁴¹ CAMMAROSANO. O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função pública, p. 95-96.

⁴² Isto vai se estender a uma espécie de imoralidade administrativa que é a improbidade, haja vista que o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de dizer que: "É admitida a instauração de procedimento administrativo destinado a investigar a prática de ato de improbidade até mesmo em caso de denúncia anônima, quando esta for verossímil" (Decisão de sua Segunda Turma, no RMS nº 30510, julgado em 17.12.2009).

Isso é tão evidente que há autores, inclusive, que associam ao tema da moralidade que se discute a probidade administrativa, como Marcelo Figueiredo, ao sustentar que a probidade é espécie do gênero moralidade administrativa, nos termos do art. 37, caput, e seu §4º, da Constituição Federal de 1988, eis que o núcleo da probidade estaria associado ao princípio da moralidade administrativa.⁴³ Na mesma direção vai José Afonso da Silva, quando assevera:

[...] é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão dos direitos políticos (art. 37, §4º). A probidade administrativa consiste no dever de o “funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício de 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.⁴⁴

Di Pietro igualmente tem dito que os princípios moralidade e probidade têm pontos de confluência muito fortes, embora algumas leis façam referência separadamente a cada um deles.⁴⁵ No entanto, quando se fala em improbidade como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões imoralidade e improbidade, porque esta tem um sentido mais amplo e mais preciso, por abranger não somente atos desonestos ou imorais, mas também atos ilegais. Efetivamente, na Lei de Improbidade Administrativa, a lesão à moralidade é apenas uma das inúmeras hipóteses de atos de improbidade previstos em lei.

Marcello Caetano traz à colação bons argumentos para demarcar melhor o que envolve a probidade administrativa em casos concretos e ordinários de comportamento do gestor da coisa pública, a saber:

- a) guarda fiel dos bens, direitos, interesses e valores públicos, abstendo-se do uso em proveito próprio ou de qualquer procedimento tendente a danificá-los, destruí-los ou diminuir-lhes o valor;
- b) abstenção de proteger interesse, ainda que por interposta pessoa, em contrato a celebrar com a entidade a que esteja vinculado ou em negócio que dela dependa, particularmente se no exercício das funções puder exercer influência;
- c) proibição de aceite, por si ou interposta pessoa, de qualquer vantagem patrimonial, ou promessa futura, a fim de praticar ato influido nas suas funções, ou mesmo abster-se de praticá-lo ou influir em outrem para

⁴³ FIGUEIREDO. Probidade administrativa, p. 21.

⁴⁴ SILVA. Curso de direito constitucional positivo, p. 653. Ver igualmente a abordagem mais ampliada que faz FREITAS. O controle dos atos administrativos e os princípios jurídicos fundamentais, p. 187-188.

⁴⁵ DI PIETRO. Direito administrativo, p. 750.

obter esse comportamento, ou de fazer negócios pessoais com quem possa resultar dependência econômica comprometedora da sua função pública;

d) vedação da exigência de particulares ou de consentimento de que se exijam deles quantias ou serviços legalmente indevidos e de abuso dos seus poderes para opressão da liberdade e interesses alheios ou para lesão do patrimônio privado sem fundamento legal;

e) proibição de fazer negócio lucrativo com o provimento de alguém em cargo público;

f) inadmissibilidade da circulação de listas de subscrição de donativos, em seu favor ou de terceiros, no recinto de trabalho ou de subscrever as que lhe forem apresentadas;

g) impossibilidade de advogar ou intermediar interesse particular nos serviços de sua competência;

h) recusa do aceite de homenagens de subalternos ou particulares com interesses dependentes do exercício de sua função pública, salvo aposentadoria ou transferência.⁴⁶

No caso brasileiro, Fábio Medina Osório propõe uma formulação conceitual caracterizadora da improbidade administrativa a partir de feições mais pragmáticas:

(A) Categoria ético-normativa ligada à idéia de honra institucional, no marco da moralidade institucional republicana, que abarca patologias e transgressões normativas consubstanciadas em graves desonestidades e ineficiências funcionais dos agentes públicos, nas flutuações pertinentes à proporcionalidade enquanto postulado normativo e exposta ao processo hermenêutico institucionalizado num marco da razoabilidade.

(B) Espécie de má gestão pública, em que podem existir múltiplas categorias, revestindo-se das notas da desonestidade ou ineficiência graves, passível de cometimento por ações ou omissões, dolosas ou culposas, por parte de agentes públicos no exercício de suas funções ou em razão delas, com ou sem a participação de particulares.

(C) Exige a vulneração de regras legais e princípios (ou princípios e regras) constitucionais que presidem as funções públicas com grave agressão a direitos fundamentais e a normas de cultura administrativa vigentes;

(D) Perfectibiliza-se a partir de normas sancionadoras em branco, que se integram e complementam por outras normas, e não pela simples violação a princípios e muito menos pela direta incidência da Lei 8.429/92.⁴⁷

Concordo em parte com os termos enunciados por Osório, eis que, a meu sentir, pelos fundamentos acima expostos, a violação de princípios da Administração

⁴⁶ CAETANO. Manual de direito administrativo, p. 684. Vale a leitura também do texto de MARTINEZ-CARRASCO PIGNATELLI. Post modernidad y derecho público.

⁴⁷ OSÓRIO. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência, p. 142. Ver também o texto de GARCIA; ALVES. Improbidade administrativa.

Pública pode, sim, caracterizar suficientemente atos de improbidade, sem estarem vinculados a uma lei específica — como a nº 8.429/92, aliás, é que prevê a própria norma infraconstitucional referida, em seu art. 11.

Sobre o ponto, sei que há séria divergência doutrinária e jurisprudencial no que tange ao tema da exigência de dolo à caracterização da violação de princípio da Administração Pública — não bastando a culpa para tanto —, porém, filio-me ao entendimento de que a lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente, nem prova da lesão ao erário. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade, como já teve oportunidade de decidir o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESPESAS DE VIAGEM. PRESTAÇÃO DE CONTAS. IRREGULARIDADE. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ELEMENTO SUBJETIVO. DANO AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. SANÇÃO DE RESSARCIMENTO EXCLUÍDA. MULTA CIVIL REDUZIDA.

1. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Precedente da Turma. (Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 880.662/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 15.02.2007, DJ, 1º mar. 2007, p. 255)⁴⁸

É preciso que se diga, no entanto, que a doutrina e a jurisprudência majoritária neste aspecto são no sentido da necessidade de dolo na conduta violadora de princípios, sob o argumento de que a LIA não se destina à punição do administrador inábil ou de quaisquer ilegalidades verificadas no decorrer do dia a dia da Administração, as quais devem ser tratadas em diplomas menos rigorosos, com a aplicação de advertência e suspensão, por exemplo, previstas na Lei nº 8.112/90, reservando-se esta norma para os casos em que a conduta do agente é manifestamente desonesta.⁴⁹

Fábio Medina Osório cria um argumento sofisticado para justificar essa posição, a meu juízo, esvaziadora das potencialidades profiláticas e fortalecedoras da moralidade e probidade na Administração Pública, dizendo que:

Ainda que se admitam modalidades culposas de improbidade, imperioso reconhecer que os agentes públicos têm direito ao erro juridicamente tolerável.

⁴⁸ Na mesma linha, ver o texto de MARTINS JUNIOR. Wallace Paiva. Probidade administrativa, p. 286.

⁴⁹ Ver a decisão do Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, no REsp nº 414697, julgado em 16.09.2010, em que rechaça a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei nº 8.429/1992, exigindo a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 — que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente —, e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao erário. Da mesma forma o REsp nº 1038777, julgado pela Primeira Turma em 03.02.2011.

Não se pode aniquilar o direito ao erro, que fomenta, indiretamente, a boa gestão pública pela assunção responsável de riscos, pela ousadia e pela complexidade que a Administração Pública exige na tomada de decisões. O direito ao erro está inserido na estrutura normativa básica de cada um dos tipos previstos especialmente nos artigos 9º e 10 da Lei 8.429/92, pois é óbvio que nem toda lesão ao erário ou mesmo aos princípios da Administração Pública hão de transformar-se em um ato típico de improbidade definido nessa legislação.

Para além do reconhecimento do direito ao erro, destarte, também é importante assinalar que existe um catálogo hierárquico de transgressões, desde aquelas juridicamente toleráveis até outras que simplesmente são absorvidas por outras categorias jurídicas. Nem toda ilegalidade configura improbidade, e as infrações devem ser classificadas de acordo com critérios hierárquicos. Aí a dimensão fragmentária do Direito Punitivo em geral. Uma violação aos princípios da Administração Pública pode dar lugar a respostas exclusivamente disciplinares do Estado, sem adentrar a seara da improbidade, por exemplo.⁵⁰

É estranha tal posição, pois se o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de dizer que não se aplica o princípio da insignificância nos casos de improbidade administrativa,⁵¹ e que não há vedação legal ao entendimento de que cabem danos morais em ações que discutam improbidade administrativa, seja pela frustração trazida pelo ato ímprobo na comunidade, seja pelo desprestígio efetivo causado à entidade pública que dificulte a ação estatal,⁵² como constituir o argumento de que esta norma não pode responsabilizar atos de gestão que violam os princípios da Administração Pública causados por imperícia, negligência ou imprudência do servidor/funcionário público? Por tais razões comungo com Pazzaglini, Elias e Fazzio, quando sustentam que a LIA busca atingir a improbidade enquanto corrupção administrativa que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas a expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo “tráfico de influência” nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos.⁵³

⁵⁰ OSÓRIO. Conceito e tipologia dos atos de improbidade administrativa. Revista de Doutrina TRF4, p. 4.

⁵¹ STJ. REsp nº 892818, Segunda Turma, julgado em 11.11.2008.

⁵² STJ. REsp nº 960926, Segunda Turma, julgado em 18.03.2008. Em sentido contrário ver a decisão da Primeira Turma do STJ, no REsp nº 821891, julgado em 08.04.2008, sob o argumento de que: “Há incompatibilidade entre o dano moral, qualificado pela noção de dor e sofrimento psíquico, e a transindividualidade, evidenciada pela indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa objeto de reparação, o que conduz à não indenizabilidade do dano moral coletivo, salvo comprovação de efetivo prejuízo”.

⁵³ PAZZAGLINI FILHO; ELIAS ROSA; FAZZIO JÚNIOR. Improbidade administrativa., p. 29.

Lúcia Valle Figueiredo afirma que “o princípio da moralidade vai corresponder ao conjunto de regras de conduta da Administração que, em determinado ordenamento jurídico, são consideradas os ‘standards’ comportamentais que a sociedade deseja e espera”.⁵⁴ Já Cármen Lúcia Antunes Rocha considera extremamente importante a observação deste princípio para que seja realizada justiça:

[...] a moralidade administrativa não é uma questão que interessa prioritariamente ao administrador público: mais que a este, interessa ela prioritariamente ao cidadão, a toda a sociedade. A ruptura ou afronta a este princípio, que transpareça em qualquer comportamento público, agride o sentimento de Justiça de um povo e coloca sob o brasão da desconfiança não apenas o ato praticado pelo agente, e que configure um comportamento imoral, mas a Administração Pública e o próprio Estado, que se vê questionado em sua própria justificativa.⁵⁵

E, mais adiante, na mesma obra, conclui sustentando que a moralidade administrativa tornou-se não apenas Direito, mas direito público subjetivo do cidadão: todo cidadão tem direito ao governo honesto.

Por todas essas razões não há como se aceitar a orientação normativa, jurisprudencial e doutrinária de que a má gestão pública provocada por despreparo de agentes públicos, mesmo que transgressora de princípios da Administração, não poderá ser considerada improbidade para os fins de LIA.

Ainda há muito que se debater.

Necessary Overlapping between Administrative Morality and Administrative Probity

Abstract: I want to examine in this paper the necessary overlapping that exists between the administrative morality, while vector axiological management of public affairs — implying there his philosophical and political nature- and administrative probity, more deontological dimension of action of the machine and public officials on condition managers.

Key words: Administrative Morality. Government. Administrative Probity.

Referências

APEL, Karl-Otto. Ética do discurso como ética da responsabilidade. São Paulo: Edusp, 1998. (Cadernos de Tradução, n. 3).

ARAÚJO, Flórida Dutra de. Motivação e controle do ato administrativo. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. Revista de Direito Administrativo, São Paulo, n. 25, p. 454-467.

⁵⁴ FIGUEIREDO. Curso de direito administrativo, p. 45.

⁵⁵ ROCHA. Princípios constitucionais da Administração Pública, p. 191.

- CAETANO, Marcello. Manual de direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1997.
- CAMMAROSANO, Márcio. O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função pública. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- CITTADINO, Gisele. Direito e justiça distributiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A absurda relativização absoluta de princípios e normas: razoabilidade e proporcionalidade. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2011.
- DIEZ, Manoel Maria. El acto administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1995.
- DWORKIN, Ronald. La lectura moral y la premisa mayoritarista. Revista Diké, Madrid, v. 34, 2009.
- DWORKIN, Ronald. The Moral Reading of the Constitution, v. 43, n. 5, Mar. 21, 1996.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. Processo administrativo. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FRAGOLA, Umberto. Degli atti amministrativi. Milano: Giuffrè, 1992.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O controle da moralidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 1974.
- FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios jurídicos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. A era das transições. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. São Paulo: Loyola, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e moral. Lisboa: Instituto Piaget, 1986.
- HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa. Madrid: Tecnos, 2000.
- HAURIOU, Maurice. Précis élémentaire de droit administratif. Paris: Dalloz, 1976.
- JONES, Paul. Combating Fraud and Corruption in the public sector. London: Chapman & Hall, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. O princípio da moralidade pública e o direito tributário. Revista de Direito Tributário, São Paulo, v. 67, p. 65-79, 2010.
- LEAL, Rogério Gesta (Org.). A democracia deliberativa como nova matriz de gestão pública: alguns estudos de caso. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011. E-book. Disponível em: <<http://www.unisc.br/editora>>.
- LEAL, Rogério Gesta. As responsabilidades políticas do ativismo judicial: aspectos Teórico-Práticos da Experiência Norte-Americana e Brasileira. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- LEAL, Rogério Gesta. Estado, Administração Pública e sociedade: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

- MAFFESOLI, Michel. A transfiguração do político: a tribalização do mundo. Porto Alegre: Sulina, 1997.
- MAIRAL, Héctor. Control judicial de la Administración Pública. Buenos Aires: Depalma, 1990. v. 1.
- MARTINEZ-CARRASCO PIGNATELLI, Concepción. Post modernidad y derecho público. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- MARTINS JR., Wallace Paiva. Probidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 190, out./dez. 1992.
- OSÓRIO, Fábio Medina. Conceito e tipologia dos atos de improbidade administrativa. Revista de Doutrina TRF4, n. 57, 30 dez. 2012. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Fabio_Osorio.html>. Acesso em: 30 jan. 2014.
- OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PAZZAGLINI FILHO, M.; ELIAS ROSA, M. F.; FAZZIO JÚNIOR, W. Improbidade administrativa. São Paulo: Atlas, 2006.
- RAMINA, Larissa L. O. Ação internacional contra a corrupção. Curitiba: Juruá, 2008.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- RUFINO, Annamaria. Il diritto delle garanzie. In: TEUBNER, Gunther; RUFINO, Annamaria. Il diritto possibile. Milano: Guerini, 2012.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo, 2001.
- SOUZA, Jessé (Org.). Democracia hoje: novos desafios para a teoria contemporânea. Brasília: UnB, 2001.
- TEOBALD, Richard. Corruption, development and underdevelopment. New York: Hound-mills, Basingtoke, Hampshire, Macmillan, 2009.
- TUSHNET, Mark. Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- VICK, Karl. Maine set to vote on gay marriage. Washington Post, Nov. 02 2009.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar. 2014.

Recebido em: 08.01.2013
Aprovado em: 12.02.2014