

## A moralidade administrativa e sua densificação

Emerson Garcia

emersongarcia814@hotmail.com

**I. Proêmio. II. Introdução.** 1. Princípios. Aspectos Gerais. 2. O Caráter Normativo dos Princípios. 3. Princípio da Juridicidade. III. A Moralidade Administrativa e sua Densificação. 4. Princípio da Moralidade Administrativa. Intróito. 5. A Moral no Direito Privado. 6. Moral no Direito Administrativo e seu Alicerce Dogmático. 6.1. Delimitação da Moralidade Administrativa. 6.2. Essência da Moralidade Administrativa. 6.3. Previsão Normativa. 6.4. A Moralidade e os Elementos do Ato Administrativo. 6.5. A Moralidade Administrativa na Jurisprudência Pátria. 7. Códigos de Ética. IV. Síntese Conclusiva .

### I. PROÊMIO

Qualquer que seja a ideologia seguida, é tarefa assaz difícil combater a idéia de que o elemento moral é um componente indissociável da coexistência humana. Identificar seu alcance e sua esfera de interpenetração com o direito é tarefa extremamente delicada e envolta em atmosfera de grande risco. A justificativa, por sua vez, é tão simples quanto a conclusão: a noção de moral veicula conceito dotado de grande fluidez e imprecisão, exigindo a convergência de múltiplos fatores exógenos para a sua densificação. Dificuldade à parte, a identificação do real alcance da regra moral nos permitirá uma contínua valoração e adequação dos valores subjacentes a determinado grupamento, contribuindo para a preservação da harmonia nas relações intersubjetivas.

O presente escrito, que percorre caminhos já trilhados por penas ilustres e indubitavelmente mais talentosas, busca explorar a grande potencialidade do princípio da moralidade para a efetivação do ideal democrático, o que se dará a partir da demonstração de que a densificação de seu conteúdo nada mais é do que o resultado da extração do sumo de toda a normatização regente da atividade estatal. Com isto, confere-se-lhe uma expressão multifacetária que melhor se adequará aos constantes influxos sociais, permitindo uma contínua aferição da legitimidade dos atos daqueles que administram o patrimônio alheio, pois não cabe ao administrador público outra postura senão satisfazer os interesses do verdadeiro detentor do poder: o povo.

Exposto o objetivo, resta-nos indicar os meios que serão utilizados para a sua consecução.

Situando-se a perspectiva de estudo sob uma ótica principiológica, é imperativo que sejam tecidas breves considerações sobre o método a ser utilizado para a individualização dos princípios, prosseguindo-se com a demonstração de seu caráter normativo, o que é reflexo do aperfeiçoamento do positivismo de outrora, época em que norma e regra eram designativos de objetos idênticos e que preenchiam todo o espaço deixado para a atividade de criação do direito. Hodiernamente, a norma é identificada como o gênero do qual defluem duas espécies: a regra e o princípio - ambos dotados de conteúdo axiológico similar e que diferem a partir de seus graus de abstração e generalidade.

Concebido o princípio como norma, torna-se cogente que o administrador público a ele renda obediência. Estabelecida esta premissa, buscamos densificar o conteúdo do princípio da moralidade administrativa, o qual é um *Standard* de conduta informado pelos valores retirados das demais normas regentes da atividade estatal.

### II. INTRODUÇÃO

**1. PRINCÍPIOS. ASPECTOS GERAIS.** Tradicionalmente, os princípios vêm sendo estudados pela Teoria Geral do Direito, seara em que assumem grande importância na atividade de aplicação da norma, atuando como verdadeiros mecanismos de interpretação e integração desta. Em sua acepção clássica, de alicerce *jusnaturalista*, os princípios seriam proposições supremas, de natureza universal e necessária, próprios da razão humana e cuja observância independe do poder de coerção próprio da criação legislativa. Para o direito natural, os princípios são extraídos da natureza humana, sendo informados por elementos racionais, de consciência e pela interação do homem com o ambiente.

Para os *positivistas*, que encontram na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen<sup>1</sup> a sua pedra fundamental, os princípios, em essência, são proposições básicas, verdadeiros alicerces do sistema jurídico, sendo utilizados para limitar e direcionar sua aplicação. Podem ser explícitos ou implícitos, conforme estejam expressamente previstos no direito positivo ou dele sejam extraídos com a utilização de um processo hermenêutico, o que permitirá que sejam aclarados e declarados pelo intérprete. A identificação dos princípios não prescinde da norma, antes se apresentam como o alicerce fundamental que a sustenta e que deflui de sua estrutura. É neste sentido que se fala em princípios gerais de Direito<sup>2</sup>, ou, como preferem os italianos<sup>3</sup>, em princípios gerais do ordenamento jurídico, nomenclatura esta que torna mais clara sua origem, associando-os aos princípios implícitos.

O instrumento utilizado para a identificação dos princípios que integram o alicerce de um sistema jurídico é o processo lógico-indutivo, o qual possibilita que o estudo de preceptivos específicos conduza à densificação dos princípios gerais que os informam. Assim, parte-se do particular para o geral, com a conseqüente formação de círculos concêntricos - em nítida progressão dos graus de generalidade e abstração - que conduzirão à identificação da esfera principiológica em que se encontram inseridos os institutos e, no grau máximo de generalidade, o próprio sistema jurídico. A própria compreensão das regras específicas encontra-se condicionada à identificação e análise dos princípios extraídos do sistema em que estão inseridas, o que garantirá a harmonia entre este e as partes que o integram<sup>4</sup>. A partir desse método de generalização crescente, o operador do direito será conduzido à identificação dos princípios específicos norteadores de determinado instituto, bem como aos princípios que informam certo ramo da ciência jurídica e, ulteriormente, àqueles que alicerçam o sistema jurídico em sua integridade. Como se vê, esse prisma de análise se distingue daquele que é encampado pelos léxicos, onde o princípio é concebido como uma "proposição que se põe, no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável."<sup>5</sup> Aqui, o princípio é o elemento deflagrador de todo o sistema, enquanto lá o princípio é extraído do sistema.

À luz do exposto, vê-se que os princípios podem ter sua origem no ordenamento jurídico, sendo explícitos ou implícitos, conforme encontrem previsão expressa no direito positivo ou, apesar de não terem sido expressamente previstos, defluam do sistema - neste último caso, tem-se os denominados princípios gerais de direito.

Extra-sistêmicos, por sua vez, são os princípios associados à concepção de *direito justo*, própria do *jusnaturalismo*, não possuindo grande aceitação ante a sua extrema volatilidade. Apesar disto, deve-se frisar que essa assertiva não deve ser confundida com uma plena aceitação da *concepção positivista*, que veda ao intérprete qualquer consideração de ordem axiológica e limita sua atividade a uma operação de subsunção do fato à norma. A própria incompletude do ordenamento jurídico, de tendência crescente ante a impossibilidade de imediata adequação da norma aos influxos sociais, torna inevitável que o operador do direito venha a sopesar os valores comuns a determinado grupamento com o fim de integrar as lacunas normativas, o que maximiza o papel dos princípios.

**2. O CARÁTER NORMATIVO DOS PRINCÍPIOS.** Em sua gênese, conforme a doutrina tradicional,

as normas se confundiam com as regras de conduta que veiculavam, sendo os princípios utilizados, primordialmente, como instrumentos de interpretação e integração daquelas. Hodiernamente, tem-se um período pós-positivista, em que os princípios deixaram de ser meros complementos das regras, passando a ser vistos como formas de expressão da própria norma, a qual é subdividida em regras e princípios. Na lição de Jorge Miranda<sup>6</sup>, "os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles - numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais - fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições."

Aqueles que se opõem ao caráter normativo dos princípios normalmente acenam com sua maior abstração e com a ausência de indicação dos pressupostos fáticos que delimitarão a sua aplicação, o que denota uma diferença substancial em relação às normas, as quais veiculam prescrições dotadas de maior determinabilidade, permitindo a imediata identificação das situações, fáticas ou jurídicas, por elas reguladas<sup>7</sup>. Em nosso entender, tais elementos não são aptos a estabelecer uma distinção profunda o suficiente para dissolver a relação de continência existente entre normas e princípios, figurando estes como espécies daquelas. Inicialmente, deve-se dizer que o maior ou o menor grau de generalidade existente em duas normas, a exemplo do maior ou do menor campo de aplicação, é parâmetro incapaz de estabelecer diferenças de ordem ontológica entre as mesmas. Os princípios, a exemplo das regras, carregam consigo acentuado grau de imperatividade, exigindo a necessária conformação de qualquer conduta aos seus ditames, o que denota o seu caráter normativo. Sendo cogente a observância dos princípios, qualquer ato que deles destoe será inválido, consequência esta que representa a sanção para a inobservância de um padrão normativo cuja observância é obrigatória. Em razão de seu maior grau de generalidade, os princípios veiculam diretivas comportamentais que devem ser aplicadas em conjunto com as regras sempre que for identificada uma hipótese que o exija, o que, a um só tempo, acarreta um dever positivo para o agente - o qual deve ter seu atuar direcionado à consecução dos valores que integram o princípio - e um dever negativo, consistente na interdição da prática de qualquer ato que se afaste de tais valores.

Discorrendo sobre o tema, Norberto Bobbio<sup>8</sup> afirma que "os princípios são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim, não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?".

De forma correlata à evolução dogmática que terminou por delinear a relação de continência existente entre as normas e os princípios, resta identificar os elementos que os distinguem das regras. Trata-se de consequência lógica dos argumentos expostos no item precedente, pois, fossem regras e princípios designativos de objetos idênticos, certamente dispensável seria uma classificação dicotômica, bastando falar em normas jurídicas.

Não obstante a evolução, ainda não se chegou a um consenso quanto à identificação da linha limítrofe que separa as regras dos princípios, vale dizer, quando determinada disposição consubstanciará uma regra ou quando deve ser concebida como um princípio.

As concepções doutrinárias podem ser subdivididas, basicamente, em duas posições: de acordo com a primeira, denominada de *concepção débil dos princípios*, a distinção para com as regras é quantitativa, ou de grau; enquanto a segunda, intitulada de *concepção forte dos princípios*, sustenta que a diferença é qualitativa.

A *concepção débil de princípios* está vinculada a uma visão positivista do Direito, não visualizando uma distinção substancial em relação às regras, mas, unicamente, uma maior generalidade e abstração, o que conduz os princípios à condição de normas fundamentais do sistema<sup>9</sup> e lhes confere um grande valor hermenêutico, sem aptidão, contudo, para fornecer uma unidade de solução no caso concreto.

A *concepção forte de princípios* identifica distinções sob os aspectos lógico e qualitativo, o que individualiza os princípios como normas jurídicas que se diferenciam das regras em razão de sua composição estrutural. A imperatividade da ordem jurídica não se esgotaria na previsão explícita das regras jurídicas, estendendo-se aos valores consubstanciados nos princípios<sup>10</sup>. Ante o prestígio auferido por esta concepção, para a qual converge a grande maioria dos estudos contemporâneos, teceremos breves considerações a respeito de dois de seus maiores expoentes.

Para Dworkin<sup>11</sup>, um dos maiores cultores da metodologia jurídica contemporânea, os princípios se distanciam das regras na medida em que permitem uma maior aproximação entre o direito e os valores sociais, não expressando conseqüências jurídicas que se implementam automaticamente com a simples ocorrência de determinadas condições, o que impede que sejam previstas, *a priori*, todas as suas formas de aplicação. A efetividade dos princípios não é resultado de uma operação meramente formal e alheia a considerações de ordem moral. Os princípios terminam por indicar determinada direção, mas não impõem uma solução em particular.

A distinção lógica entre regras e princípios é evidenciada por Dworkin ao dizer que "ambos estabelecem *standards* que apontam para decisões particulares sobre obrigações jurídicas em circunstâncias determinadas, mas distinguem-se quanto ao caráter de direção que estabelecem. *Regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada*. Se ocorrem os fatos estipulados pela regra, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que fornece deve ser aceita, ou não é, caso em que em nada contribui para a decisão". Dessa distinção deflui que os princípios possuem uma dimensão de peso, o que influirá na solução dos conflitos, permitindo a identificação daquele que irá preponderar. Quanto às regras, por não apresentarem uma dimensão de peso, a colisão entre elas será resolvida pelo prisma da validade, operação que será direcionada pelos critérios fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico - critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*), critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) e critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*).

Segundo Robert Alexy<sup>12</sup>, enquanto as regras impõem determinado padrão de conduta, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, ordenando que algo seja realizado na melhor medida possível, podendo ser cumpridos em diferentes graus<sup>13</sup>, sendo que a medida de seu cumprimento dependerá tanto das possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Além de encerrarem *comandos de otimização* que variarão consoante as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes por ocasião de sua aplicação, os princípios apresentam peculiaridades em relação às regras.

Para o jurista alemão, os princípios convivem harmonicamente, o que permite a sua coexistência e que, em caso de conflito, um deles seja preponderantemente aplicado ao caso concreto, a partir da identificação de seu peso e da ponderação de outros princípios, conforme as circunstâncias em que esteja envolto<sup>14</sup>. O conflito entre regras, por sua vez, será solucionado com a introdução de critérios de especialidade entre elas ou com o reconhecimento da invalidade de uma ou de algumas das regras confrontadas, permitindo que seja identificada aquela que regulará a situação

concreta. Aqui, diferentemente do que ocorre com os princípios, não se tem um exercício de ponderação, mas uma forma de exclusão, sendo cogente a aplicação da regra ao caso. *Enquanto os conflitos entre regras são dirimidos na dimensão da validade, os conflitos entre princípios o são na dimensão do peso*<sup>15</sup>. Portanto, as regras contém determinações no âmbito do fático e juridicamente possível, o que significa que a diferença entre regras e princípios, espécies do gênero norma jurídica, é qualitativa e não de grau.

Após essa sintética abordagem das doutrinas de Dworkin e de Alexy, constata-se que a distinção existente entre regras e princípios é melhor identificada a partir da visualização da espécie de solução exigida para os casos de colisão, o que nos leva a encampar a *concepção forte dos princípios*.

É de se notar, ainda, que a regra é um tipo de norma que, presentes ou pressupostos autorizadores de sua aplicação, rege determinada situação fática ou jurídica, de forma incontestável e definitiva. Princípio, por sua vez, é um tipo de norma cujos pressupostos autorizadores de sua aplicação não assumem contornos precisos, o que lhe confere maior imprecisão e menor determinabilidade, fazendo com que atue como meio de otimização de certo comportamento, impregnando-o com os valores extraídos das possibilidades fáticas e jurídicas do caso.

Na dogmática contemporânea, os princípios podem assumir diversas funções. No que diz respeito ao objetivo específico deste escrito, podem assumir uma função explicativa, permitindo a identificação da *mens legis* e sua contínua adequação aos valores sócio-culturais existentes por ocasião de sua aplicação, ou uma função normativa, tornando cogente que os fatos, simultaneamente, sejam valorados em conformidade com as regras e os princípios que lhes são subjacentes.

A adoção dos princípios tornará a norma mais fluida e indeterminada, pois revestem-se de um grau de abstração e generalidade mais acentuado do que as regras; por outro lado, a menor determinabilidade do campo de aplicação da norma será compensada com uma adequação mais célere aos valores que disciplina, o que também exige maior responsabilidade do operador do direito ao sopesar sua axiologia e densificar seu conteúdo. De forma sintética, pode-se dizer que a aplicação das regras se esgota em uma operação de subsunção, enquanto que os princípios possibilitam um exercício de ponderação, permitindo que sejam sopesados os valores que informam determinada situação fática, culminando com a identificação da solução justa para o caso concreto.

Os princípios incidirão diretamente sobre a esfera de determinado bem jurídico, permitindo a integração da regra, aclarando o seu significado lingüístico e delimitando o seu objeto. É nesse sentido que avulta a importância dos princípios para o desenvolvimento deste estudo, pois, como será visto, o Poder Público deve sempre atuar em conformidade com a norma, e esta é integrada por regras e princípios, o que permite dizer que a imperatividade destes elementos, cada qual com seu grau de determinabilidade, haverá de ser observada pelo agente. Além dessa função normativa, a concreção da regra, delineada e limitada pelos princípios, terminará por indicar a *otimização*, e conseqüente correção, do comportamento do agente público. Em uma palavra, sua probidade.

Segundo Canotilho<sup>16</sup>, que sintetiza as teorias existentes, vários são os critérios sugeridos para a distinção entre regras e princípios, destacando-se os seguintes:

*"Grau de abstracção*: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.

*Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto; os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? Do juiz?), enquanto as

regras são susceptíveis de aplicação directa.

*Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).

*Proximidade da idéia de direito*: os princípios são standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na idéia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

*Natureza normogénica*: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante."

**3. PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE.** Pouco a pouco, os princípios regentes da atividade estatal foram erguidos aos estamentos mais elevados do ordenamento jurídico, sempre buscando manter o Estado adstrito às suas finalidades institucionais e garantir a estrita observância das liberdades públicas, com o conseqüente aumento da segurança dos administrados.

Ao atingirem o ápice da pirâmide normativa, foi inevitável a constatação de que o princípio da legalidade deixou de ser o único elemento de legitimação e limitação da atividade estatal, isto porque dele não mais defluíam a totalidade das regras e princípios que a norteavam; pelo contrário, passaram a coexistir lado a lado. Com a constitucionalização dos princípios, a concepção de legalidade cedeu lugar à noção de juridicidade<sup>17</sup>, segundo a qual a atuação do Estado deve estar em harmonia com o Direito, afastando a noção de legalidade estrita - com contornos superpostos à regra - passando a compreender regras e princípios.

Essa evolução dogmática está estritamente vinculada à própria concepção de Estado de Direito, o qual, segundo Canotilho<sup>18</sup>, "visa conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a *medida do direito*", acrescentando que "o direito compreende-se como um *meio de ordenação* racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, para cumprir esta função ordenadora, o direito estabelece *regras e medidas*, prescreve *formas e procedimentos* e cria instituições". O princípio da legalidade passou a ser visto como integrante de um princípio maior: o princípio da juridicidade. Com isto, consagra-se a inevitável tendência de substituição do princípio da legalidade pelo princípio da constitucionalidade, do "direito por regras" pelo "direito por princípios".

Como observou Germana de Oliveira Moraes<sup>19</sup>, "a noção de legalidade reduz-se ao seu sentido estrito de conformidade dos atos com as leis, ou seja, com as regras - normas em sentido estrito. A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe - não contrarie - os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição". Como exemplo desta tendência, pode ser citada a declaração constitucional da Lei Fundamental de Bonn, cujo art. 20 estatui que tanto o Poder Executivo como os Tribunais estão vinculados *an Gesetz und Recht* (à Lei e ao Direito). Em que pese o fato de o princípio da moralidade ser um dos vetores básicos da probidade administrativa, afigura-se evidente que tal princípio está abrangido por uma epígrafe mais ampla, sob a qual se encontram aglutinados todos os princípios regentes da atividade estatal, papel que é desempenhado pelo princípio da juridicidade.

No caso específico do Direito Administrativo, objeto principal deste escrito, afora os princípios que defluem do sistema (implícitos), preocupou-se o Constituinte em estatuir, de forma expressa, aqueles que deveriam ser necessariamente observados pelos agentes públicos. Nesta linha, dispõe o art. 37, *caput*, da Constituição da República: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e, também, ao seguinte: ..." Como se constata pela leitura do texto constitucional, os princípios enumerados no

art. 37 devem ser observados pelos agentes de todos os Poderes, não estando sua aplicação adstrita ao Poder Executivo, o qual desempenha funções de natureza eminentemente administrativa.

Não obstante o extenso rol de princípios, expressos ou implícitos, que norteiam a atividade do agente público, entendemos que merece maior realce o princípio da moralidade, o qual aglutina as características do bom administrador, do agente probo cuja atividade se encontra sempre direcionada à consecução do interesse público.

### III. A MORALIDADE ADMINISTRATIVA E SUA DENSIFICAÇÃO

**4. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. INTRÓITO.** Moral, como se sabe, é algo mais fácil de ser sentido do que propriamente definido. Trata-se de conceito eminentemente variável, sofrendo acréscimos, ajustes e supressões em conformidade com os critérios de ordem sociológica vigentes no meio em que se desenvolverá a sua análise; critérios estes que variarão em conformidade com os costumes e os padrões de conduta delimitadores do alicerce ético do grupamento. Moral, por conseguinte, é noção de natureza universal, apresentando conteúdo compatível com o tempo, o local e os mentores de sua concepção.

Com o evoluir das relações sociais e a paulatina harmonização dos interesses do grupamento, foi inevitável a formulação de conceitos abstratos, os quais condensam, de forma sintética, a experiência auferida com a convivência social, terminando por estabelecer concepções dotadas de certa estabilidade e com ampla aceitação entre todos, o que contribui para a manutenção do bem estar geral. A moral representa o elemento aglutinador de tais concepções, podendo ser concebida como o conjunto de valores comuns entre os membros da coletividade em determinada época, ou, sob uma ótica restritiva, o manancial de valores que informam o atuar do indivíduo, estabelecendo os seus deveres para consigo e sua própria consciência sobre o bem e o mal. No primeiro caso, conforme a distinção realizada pelo filósofo Bergson, tem-se o que se convencionou chamar de moral fechada, e, no segundo, a moral aberta.

As relações do Direito com a moral são tão antigas quanto polêmicas. Diogo Figueiredo Moreira Neto<sup>20</sup> noticia que "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 Cristian Thommasius, e, depois, já no fim desse mesmo século, de Immanuel Kant. 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."

A partir dos sentimentos auferidos no campo moral, é possível delinear e nortear a regra de direito. Com a moral, tornou-se possível identificar e proteger os que estão de boa-fé e, na outra vertente, castigar os que agem com malícia e perseguem a fraude. Apesar disto, observa-se que nem sempre a moral se exterioriza como mero elemento "propedêutico" da ciência jurídica. Não raras vezes, a regra moral penetra no mundo jurídico e, com o auxílio do poder de coerção estatal, torna-se uma regra obrigatória de conduta. Nas percucientes palavras de Georges Ripert<sup>21</sup>, "o dever de não fazer mal injustamente aos outros é o fundamento do princípio da responsabilidade civil; o dever de se não enriquecer à custa dos outros, a fonte da ação do enriquecimento sem causa; o dever de prestar assistência ao próximo poderá chegar à consagração legal?" Por certo, uma resposta positiva a este questionamento, pouco a pouco, vai-se delineando. À guisa de ilustração, pode ser mencionado o preceito constitucional que impõe à sociedade o dever de assegurar à

criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação etc<sup>22</sup>. Não seria este um caminho adequado a uma larga interpenetração da moral na regra de direito e, conseqüentemente, uma forma de construção de "uma sociedade livre, justa e solidária"<sup>23</sup> ?.

A presença da moral sempre se fará sentir na regra de direito, quer seja quando toma a própria forma desta, ou mesmo quando forneça o colorido da realidade social que haverá de ser regida pela norma de conduta, permitindo a sua integração e a consecução do tão sonhado ideal de justiça. Em que pese inexistir uma superposição total entre a regra de direito e a regra moral, em essência, não há uma diferença de domínio, de natureza e de fim entre elas; nem pode existir, porque o direito deve realizar a justiça, e a idéia de justo é uma idéia moral<sup>24</sup>.

Identificada a existência de um regramento moral e outro jurídico, a observância deste será tanto mais forte quanto for sua superfície de coincidência com os padrões de moralidade do grupamento que haverá de ser por ele regido. Correspondendo ao ideal moral, a norma será respeitada de forma voluntária, tendo-se um reduzido número de irresignações. Colidindo com os padrões de moralidade, haverá grande resistência na sua observância<sup>24</sup>, o que comprometerá os próprios fins almejados com a sua edição, culminando com uma instabilidade social - situação que persistirá até que a norma consiga subjugar os ideais preexistentes, vindo a criar outros à sua imagem e semelhança.

**5. A MORAL NO DIREITO PRIVADO.** Foi no âmbito do Direito Civil que a regra moral primeiramente se fez sentir, rompendo com os dogmas da onipotência do princípio da legalidade. Paulo já dissera que nem todo ato que respeita a lei está em harmonia com a moral: "*non omne quod licet honestum est*".

A maior maleabilidade da regra moral permite um acompanhamento mais célere dos influxos sociais, tornando-se indispensável à efetivação do ideal de justiça, o qual, em determinados casos, não é passível de ser alcançado pelo engessamento normativo. Tal pode ser percebido com a contínua remissão legislativa à idéia de *bons costumes*, expressão que carrega consigo indúvida carga moral.

Inicialmente com a teoria do exercício abusivo dos direitos e posteriormente com as doutrinas que impunham vedações ao enriquecimento ilícito e legitimavam a obrigação natural, sempre se buscou envolver a regra jurídica em uma atmosfera axiológica própria das regras de coexistência humana<sup>26</sup>.

O impacto inicial desta nova variante, que orientaria e condicionaria a aplicação da regra jurídica, foi pouco a pouco diluído, resultando em uma ampla compreensão de sua importância, o que terminou por fazer que a regra moral migrasse para outros ramos do Direito, em especial para o Direito Público.

**6. A MORAL NO DIREITO ADMINISTRATIVO E SEU ALICERCE DOGMÁTICO.** Deve-se a Maurice Hauriou o pioneirismo na idealização e no estudo da moralidade administrativa, iniciativa esta que cresce em relevância quando se constata que o seu desenvolvimento se deu no ápice do positivismo jurídico, o que representava importante óbice aos mecanismos de contenção da atividade estatal que não se reduzissem a um mero preceito normativo.

Em seu *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*<sup>27</sup>, Hauriou sustenta que "*o recurso por excesso de poder é uma via de nulidade que outorga ao Conselho de Estado o poder de anular uma decisão executória, se ela contém um excesso de poder formal da autoridade que tomou a decisão (incompetência, violação das formas, desvio de poder, violação da lei), e que, por ele mesmo, tende a impedir o procedimento executório de ação direta*", esclarecendo posteriormente que a *irresignação por violação da lei somente tem sido anexada ao recurso por excesso de poder*

*de uma forma artificial, pois, enquanto os limites deste devem ser fruto de uma disciplina interna, resultando do próprio equilíbrio interior do órgão, em matéria de legalidade se tem um limite exterior ao poder administrativo, imposto pelo Legislador*<sup>28</sup>.

Esse tipo de recurso criou a possibilidade de se penetrar em regiões novas, à medida que o próprio Conselho de Estado desejasse expandi-las, sendo talvez este um dos argumentos utilizados para se impor maior resistência a essa doutrina.

Hauriou captara e desenvolvera a idéia de que o Estado não é um fim em si mesmo, mas, sim, um instrumento utilizado em prol do interesse público, o que exigia a construção de mecanismos que o mantivessem adstrito a este fim, tendo concluído, a partir das decisões do Conselho de Estado, "que os poderes da administração têm um certo objetivo ou que os atos da Administração têm uma certa causa final que é o interesse público ou a boa administração, e que se o administrador, no lugar de agir dentro do interesse geral, tomou sua decisão, seja sob influência de um interesse particular a satisfazer, seja mesmo sob a influência de um interesse fiscal, há um desvio de poder e o ato deve ser anulado."

Em seguida, distingue os recursos por *détournement de pouvoir* e por *violation de la loi*, esclarecendo que eles "visam a conformidade da ação administrativa, seja com o objetivo da boa administração (desvio de poder), seja com as prescrições da legalidade (violação da lei)". Buscando estabelecer parâmetros adequados para a individualização do desvio de poder, conclui que este "não se reduz à legalidade, como se tem dito, pois o objetivo da função administrativa é determinado muito menos pela lei que pela moralidade administrativa"<sup>29</sup>.

Não obstante a sementeira do princípio, somente na 10ª edição de seu Précis, conforme notícia Antônio José Brandão<sup>30</sup>, Hauriou indicou o que entendia por moralidade administrativa, tendo cunhado o conceito hoje plenamente difundido entre os juristas pátrios, em que sobreleva a distinção com a moral comum, tratando-se de uma moral jurídica que é caracterizada como "o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração".

Não é suficiente que o agente permaneça adstrito ao princípio da legalidade, sendo necessário que obedeça à ética administrativa, estabelecendo uma relação de adequação entre seu obrar e a consecução do interesse público. A norma, instituída pelo órgão que detenha tal prerrogativa, delimita as atribuições dos agentes públicos e estatui os meios a serem por eles utilizados para o alcance de determinados fins, denotando seu caráter funcional, como idéia de obra a realizar.

A moral administrativa, por sua vez, é extraída do próprio ambiente institucional, condicionando a utilização dos meios (*rectius*: poderes jurídicos) previstos em lei para o cumprimento da função própria do Poder Público, a criação do bem comum, o que denota um tipo específico de moral fechada, sendo fruto dos valores de um círculo restrito ocupado pelos agentes públicos. Enquanto a moral comum direciona o homem em sua conduta externa, permitindo-lhe distinguir o bem do mal, a moral administrativa o faz em sua conduta interna, a partir das idéias de boa administração e de função administrativa, conforme os princípios que regem a atividade administrativa.

Marcel Waline<sup>31</sup> critica a posição de Hauriou, concluindo que a violação à moralidade administrativa permite sancionar as violações ao espírito da lei que respeitem a letra desta; mas, em verdade, a violação ao espírito da lei ainda é uma violação à lei; logo, o desvio de poder advindo de um ato imoral também é uma forma de ilegalidade. Em verdade, a imoralidade conduziria à ilegalidade, sendo absorvida por esta.

Para Georges Vedel<sup>32</sup>, a exatidão da doutrina de Hauriou não é absoluta, pois o desvio de poder deve ser analisado como uma variação da ilegalidade, situando-se na violação da lei que imponha ao agente a obrigação de perseguir um objetivo determinado com a exclusão de todos os outros. Ressalta, no entanto, que a idéia de Hauriou não deve ser completamente rejeitada, já que o juiz

(administrativo), sob o amparo "do espírito" da lei ou sob o amparo dos princípios gerais de direito, pode integrar as diretivas da moralidade à legalidade. Ao final, conclui que, do ponto de vista do direito feito (*droit fait*), o desvio de poder nada mais é que uma variação da ilegalidade; enquanto, do ponto de vista do direito que se faz (*droit qui si fait*), o desvio de poder incorpora à legalidade certos princípios de moralidade aos quais o juiz confere o respeito necessário.

**6.1. DELIMITAÇÃO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.** Expostas, em síntese, as concepções de Hauriou, Waline e Vedel, cumpre estabelecer nosso entendimento a respeito do princípio da moralidade.

Em um primeiro plano, não vislumbramos uma dicotomia absoluta entre a moral jurídica e a moral comum, sendo plenamente factível a presença de áreas de tangenciamento entre elas, o que não raro possibilitará a simultânea violação de ambas.

Sob outra perspectiva, constata-se que os atos dissonantes do princípio da legalidade sempre importarão em violação à moralidade administrativa, concebida como o regramento extraído da disciplina interna da administração; a recíproca, no entanto, não é verdadeira. Justifica-se, já que um ato poderá encontrar-se intrinsecamente em conformidade com a lei, mas apresentar-se informado por caracteres externos em dissonância da moralidade administrativa, vale dizer, dos ditames de justiça, dignidade, honestidade, lealdade e boa-fé que devem reger a atividade estatal.

Convém ressaltar, ainda, que, apesar de não guardar sinonímia com o princípio da legalidade, a moralidade administrativa apresenta uma relação de continência com o princípio da juridicidade, o qual abrange todas as regras e princípios norteadores da atividade estatal. Violado o princípio da moralidade administrativa, maculado estará o princípio da juridicidade, o que reforça a utilização deste como parâmetro para a identificação dos atos de improbidade.

Assim, somente seria possível negar autonomia ao princípio da moralidade se à legalidade for dispensado um conceito amplo, abrangendo todos os valores jurisdicizados veiculados pelas regras e pelos princípios, usurpando o próprio conteúdo do princípio da juridicidade, o que importaria na adoção de sistemática de estudo distinta daquela encampada neste ensaio.

A valoração dos elementos delineadores da moralidade administrativa não pode ser direcionada por critérios de ordem ideológica ou de estrita subjetividade. Ao interpretar e aplicar a norma, deve o agente considerar os valores norteadores do sistema jurídico, ainda que se apresentem dissonantes de sua visão pessoal. Assumindo espontaneamente o ônus de gestor da coisa pública, tem o agente o dever de agir em harmonia com as finalidades institucionais próprias do órgão que ocupa, o que demonstra que o conceito de moralidade administrativa tem índole eminentemente teleológica.

Ainda que o alicerce da moralidade se situe na própria norma, compreendendo as regras e os princípios, a influência de fatores externos em sua conformação - entendidos como tais as circunstâncias que envolvem a ação, verdadeiros elementos de densificação dos valores que compõem a moralidade - impede que sua delimitação e seu alcance sejam superpostos aos da lei, o que faz que cada situação concreta assumam peculiaridades que não são identificadas a partir do maior grau de concretude que emana da lei. Ademais, no direito positivo pátrio, legalidade e moralidade coexistem lado a lado por força de expressa disposição constitucional.

**6.2. ESSÊNCIA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.** De forma correlata à moral comum, o princípio da moralidade administrativa também exige que o administrador observe determinados valores, os quais assumem certa especificidade em razão da própria natureza de sua atividade.

Enquanto a moral comum consubstancia o conjunto de valores ordinários entre os membros de determinada coletividade, possuindo maior generalidade e abstração, a moral administrativa toma

como parâmetro os valores subjacentes à atividade estatal.

Como foi visto, no Estado de Direito os atos dos agentes públicos auferem seu fundamento de validade na norma. O fim destes atos, em razão da própria natureza do Estado, haverá de ser sempre a consecução do bem comum. Em razão disto, é possível dizer que legalidade e moralidade se integram e se complementam, sendo cogente sua observância pelos agentes públicos.

O princípio da legalidade exige a adequação do ato à lei, enquanto o da moralidade torna obrigatório que o móvel do agente e o objetivo pretendido estejam em harmonia com o dever de bem administrar. Ainda que os contornos do ato estejam superpostos à lei, será ele inválido se resultar de caprichos pessoais do administrador, afastando-se do dever de bem administrar e da consecução do bem comum.

A moralidade limita e direciona a atividade administrativa, tornando imperativo que os atos dos agentes públicos não subjuguem os valores que defluam dos direitos fundamentais dos administrados, o que permitirá a valorização e o respeito à dignidade da pessoa humana. Além de restringir o arbítrio, preservando a manutenção dos valores essenciais a uma sociedade justa e solidária, a moralidade confere aos administrados o direito subjetivo de exigir do Estado uma eficiência máxima dos atos administrativos, fazendo que a atividade estatal seja impreterivelmente direcionada ao bem comum, buscando sempre a melhor solução para o caso.

A correção dessas conclusões, no entanto, pressupõe que um caminho mais árduo e tortuoso seja percorrido: a necessária conscientização de todos os setores da sociedade de que devem zelar pela observância do princípio da moralidade. O controle sobre os atos dos agentes públicos deve ser rígido e intenso, o que permitirá um paulatino aperfeiçoamento da atividade estatal e, o que é mais importante, a necessária adequação dos agentes públicos aos valores próprios de um Estado Democrático de Direito, no qual o bem comum representa o pilar fundamental.

Aqui, busca-se transmudar para o administrador público o ideal de que deve agir como um "bom pai de família", o que permite dizer que o sentido jurídico da norma restará prejudicado sempre que estiver ausente o componente moral que caracteriza o "bom administrador".

Dizer que o princípio da moralidade tem como alicerce os valores próprios da atividade estatal é conferir ares de banalidade a uma operação extremamente complexa e delicada, qual seja, extrair a essência destes valores e compatibilizá-la com a realidade fenomênica sem impregná-la do intenso subjetivismo que, certamente, se desprenderá do agente responsável por esta operação.

Diversamente do que ocorre com o princípio da legalidade, que é resultado direto da produção normativa estatal, o princípio da moralidade tem maior generalidade e abstração, o que exige uma atividade responsável e coerente para a correta identificação dos padrões de conduta que individualizam o bom administrador, vinculando-o à finalidade pública que é peculiar à atividade estatal, sempre com a necessária impessoalidade que deve estar presente em atos desta natureza.

De acordo com Antônio José Brandão<sup>33</sup>, para que se possa falar em boa administração, é preciso que esteja presente "o exercício do senso moral com que cada homem é provido, a fim de usar retamente, - para o bem, entenda-se, - nas situações concretas trazidas pelo quotidiano, os poderes jurídicos e os meios técnicos; e, por outro lado, exige ainda que o referido bom uso seja feito em condições de não violar a própria ordem institucional, dentro da qual eles terão de atuar, o que implica, sem dúvida, uma sã noção do que a Administração e a função administrativa são".

Partindo-se da premissa de que o alicerce ético do bom administrador é extraído do próprio ordenamento jurídico, é possível dizer que o princípio da moralidade administrativa atua como um

verdadeiro mecanismo aglutinador, extraíndo o sumo de todos os princípios regentes da atividade estatal e condensando-os em *standards* que podem ser mais facilmente percebidos do que definidos.

Talvez seja por esse motivo que a jurisprudência pátria, ao fundamentar suas decisões com base no princípio da moralidade administrativa, normalmente o faz em conjunto com outro princípio dotado de maior especificidade para o caso concreto (v.g.: moralidade e impessoalidade, moralidade e publicidade etc.). Tal, longe de arrancar a autonomia do princípio da moralidade, demonstra apenas que os valores extraídos do outro princípio utilizado concorreram de maneira mais incisiva na conformação do *Standard* adotado como padrão de bom administrador naquela situação<sup>34</sup>.

Quando dizemos que referido *Standard* representa o padrão de bom administrador à luz de determinada situação - fática ou jurídica -, queremos dizer que tal parâmetro não subsiste por si só, sendo imprescindível associá-lo à finalidade própria do ato a ser praticado. O dever de bem administrar somente será atingido quando for identificada e perseguida a *mens legis* criadora da regra de competência, pois o administrador de interesses alheios se encontra sempre vinculado à consecução da finalidade que melhor aprouver ao verdadeiro titular do direito, *in casu*, o interesse público.

Progressivamente, tem-se a identificação da situação que ensejou a prática do ato, a finalidade a ser atingida com ele, os princípios administrativos que possuem maior especificidade para o caso e, derradeiramente, a operação de aglutinação dos valores que consubstanciam a moralidade administrativa, com a conseqüente densificação do *Standard* do bom administrador, o que haverá de ser feito tomando-se como referencial as três primeiras etapas anteriormente referidas.

**6.3. PREVISÃO NORMATIVA.** O princípio da moralidade administrativa, em que pese não ter tido previsão expressa na Carta de 1967, há muito encontra-se arraigado no ordenamento jurídico pátrio, sendo considerado princípio implícito regente da atuação administrativa<sup>35</sup>.

Hodiernamente, o princípio está expressamente previsto no art. 37, *caput*, da Constituição da República, o qual dispõe que "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência..."; acrescentando-se, ainda, que o âmbito de abrangência da ação popular, a teor do art. 5º, LXXIII, da Constituição da República, foi ampliado para alcançar a possibilidade de anulação dos atos lesivos à moralidade administrativa.

São igualmente formas de expressão do princípio da moralidade os preceitos constitucionais que prevêm como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária<sup>36</sup> e que resguardam o decoro parlamentar<sup>37</sup> e o dever de probidade do Presidente da República<sup>38</sup>.

Como se vê, os princípios da legalidade e da moralidade mantêm uma relação harmônica, ocupando o mesmo grau hierárquico na estrutura principiológica que rege os atos estatais, o que afasta qualquer concepção que considere o princípio da moralidade elemento secundário ou meramente complementar.

Tal qual o princípio da legalidade, é requisito de legitimidade da atuação do agente e de validade do ato administrativo; logo, sua inobservância pode acarretar a anulação do ato por meio de ação popular ou de ação civil pública.

**6.4. A MORALIDADE E OS ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO.** Afigura-se indubioso que os atos administrativos devem apresentar plena adequação ao sistema normativo que os disciplina e ter sua finalidade sempre voltada à consecução do interesse público. A partir da presença de

determinada situação fática, deve o agente público, nos limites de sua competência, praticar o ato administrativo que se ajuste à hipótese. Este ajustamento, por sua vez, deve ser por ele demonstrado com a exteriorização dos motivos que o levaram a praticar o ato, o qual deve necessariamente visar a uma finalidade pública.

Não obstante presentes os elementos do ato (competência, finalidade, forma, motivo e objeto) e a plena compatibilidade entre eles e a lei, em muitos casos será vislumbrada a inadequação dos motivos declinados e da finalidade almejada com a realidade fática e o verdadeiro elemento volitivo do agente.

Para que o ato praticado em consonância com a lei esteja em conformidade com a moralidade administrativa, é imprescindível que haja uma relação harmônica entre a situação fática, a intenção do agente e o ato praticado, sendo analisadas no contexto deste a motivação declinada e a finalidade almejada.

A intenção do agente deve surgir estritamente vinculada ao propósito de atingir o bem comum, escolhendo um fim que se harmonize com a previsão abstrata da norma e permitindo que o ato, em sua gênese, se apresente, a um só tempo, em conformidade com a lei e a moralidade administrativa.

A conduta do agente deve ser juridicamente possível e estar em harmonia com os efeitos jurídicos previstos na norma, o que, aliado à real intenção de atingi-los, conferirá licitude ao ato. No entanto, ainda que haja completa adequação da conduta à norma e esta possa produzir determinados efeitos, o ato será ilícito se for viciada a intenção do agente em relação aos reais efeitos que pretende alcançar, pois somente na aparência haverá adequação à lei.

Para que seja identificada a real intenção do agente, a qual poderá revelar a verdadeira motivação do ato e o objetivo colimado com a sua prática, afigura-se impossível a penetração no psiquismo do mesmo, o que conduzirá à análise de tal elemento volitivo a partir da situação fática embasadora do ato e dos caracteres externos - ainda que não declinados - que venham a influir na sua prática. A intenção, assim, é indício aferidor da moralidade do ato, sendo também verificada a partir da compatibilidade entre a competência prevista na norma e a finalidade pretendida com a prática do ato<sup>40</sup>.

O ato formalmente adequado à lei, mas que vise, em essência, a prejudicar ou beneficiar a outrem, será moralmente ilegítimo<sup>41</sup>, isto em virtude da dissonância existente entre a intenção do agente, a regra de competência e a finalidade que deveria ser legitimamente alcançada com esta.

Como desdobramento do que já foi dito, constata-se que, para a identificação da moralidade do ato, será sempre necessário analisar o motivo e o objeto em cotejo com o interesse público consubstanciado na finalidade, o que permitirá a identificação de possíveis vícios dos atos discricionários ou mesmo a presença de abuso de poder.

Estará ausente a moralidade administrativa quando o agente praticar o ato fundando-se em motivo inexistente (ausência da situação de fato ou de direito que determine ou autorize a prática de um ato), insuficiente (o valor dos motivos não denota a necessidade do ato), inadequado (falta de correspondência entre o que deveria motivar o ato -causa- e a natureza categorial de seu objeto - efeito), incompatível (ausência de adequação com o objeto do ato) e desproporcional (valoração irrazoável dos motivos, levando a um resultado incompatível com o interesse público específico a que deveria visar o ato); identificando-se igual vício quando o objeto for impossível (o resultado jurídico almejado não se compatibiliza com o ordenamento jurídico ou com a realidade física), desconforme (incompatibilidade lógica entre a escolha e o interesse público contido na regra da finalidade) ou ineficiente (grave comprometimento do interesse público pela desproporcionalidade entre custos e benefícios)<sup>42</sup>.

**6.5. A MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA.** Em inúmeras oportunidades, os tribunais têm sido instados a analisar a compatibilidade dos atos do Poder Público com o princípio da moralidade administrativa. À luz da jurisprudência pátria, infringem tal princípio:

- a) realização de gastos excessivos, a pretexto de outorga de títulos e honorarias, com bebidas, comestíveis, peças de vestuário etc.<sup>43</sup> ;
- b) alienação de lotes de terrenos pertencentes à municipalidade, contíguos a outros de propriedade do Prefeito, e posteriormente por ele adquiridos pelo valor da avaliação, acarretando a valorização da área contínua quando agregada à primitiva<sup>44</sup> ;
- c) concessão de aposentadoria especial a vereadores, após o curto lapso de 8 (oito) anos de contribuição, com desvio de verba pública para cobrir *déficit* técnico<sup>45</sup> ;
- d) resolução de Câmara de Vereadores que fixou os subsídios destes, em época de congelamento de preços e salários instituído no plano federal, em quantia exorbitante<sup>46</sup> ;
- e) o custeio, pela municipalidade, das despesas de viagem ao exterior da esposa do Prefeito, em companhia dele, o que não representa nenhum benefício para o Município, ainda que ela dirigisse algum órgão público; sendo idêntica a conclusão em relação às despesas com viagens do Prefeito não autorizadas pela Câmara Municipal<sup>47</sup> ;
- f) ato de Câmara Municipal que, sob o argumento de “oferecer exemplo à coletividade”, reduz a remuneração dos edis para a legislatura seguinte, após a realização da eleição em que a grande maioria não foi reeleita<sup>48</sup> ;
- g) omissão deliberada da Administração Pública, sob a alegação de discricionariedade, deixando de convocar o estágio probatório que consubstancia condição indispensável ao acesso dos terceiros sargentos do quadro complementar da Aeronáutica ao quadro regular, tendo feito com que exercessem tarefas próprias dos postos mais elevados sem a contrapartida salarial devida<sup>49</sup> ;
- h) a participação de Juiz integrante de Tribunal Regional do Trabalho em eleição destinada a compor lista tríplex para preenchimento de vaga de juiz togado quando um dos candidatos é filho do mesmo<sup>50</sup> ;
- i) fixação da remuneração do Prefeito, Vice-Prefeito e dos Vereadores para viger na própria legislatura em que fora estabelecida, o que também importa em violação ao art. 29, VI, da Constituição da República<sup>51</sup> ;
- j) abertura de conta-corrente em nome de particular para movimentar recursos públicos, independentemente da demonstração de prejuízo material aos cofres públicos<sup>52</sup> .

**7. CÓDIGOS DE ÉTICA.** A atividade administrativa, de forma correlata à observância das prescrições legais, deve render obediência aos valores que defluem do sistema, os quais são normalmente condensados sob a epígrafe do princípio da moralidade. A densificação deste princípio, cujo conteúdo deflui de preceitos explícitos e implícitos no sistema, representa, como já fora visto, tarefa extremamente delicada e complexa, o que é conseqüência inevitável de seu alto teor de abstração. Por tal motivo, são extremamente relevantes as iniciativas que buscam elaborar diretrizes básicas que devem nortear a atuação dos agentes públicos.

Com isso, são densificados os valores afeitos à moralidade administrativa e, conseqüentemente, tem-se um aumento de efetividade do princípio, pois seu alto grau de abstração passa a coexistir

com comandos específicos que delineiam as vedações e os deveres a serem cumpridos pelo agente e disciplinam a forma de exercício de seus direitos. Para alcançar tais objetivos, são editados os denominados "Códigos de Ética" ou "Códigos de Conduta", os quais, como deflui da própria etimologia da expressão, estatuem os padrões éticos a serem observados por seus destinatários.

Tais "Códigos" são extremamente difundidos entre diversas categorias profissionais (Códigos de Ética dos advogados, dos médicos etc.) e coexistem, em diversas unidades da Federação, com o regime jurídico dos servidores públicos.

Estatuída a deontologia a ser seguida pelos agentes públicos e sendo certo que a mesma auferir seu fundamento de validade nos princípios regentes da atividade estatal, conferindo-lhes maior determinabilidade com a previsão de condutas específicas a serem seguidas, torna-se possível dizer que a violação dos deveres éticos normatizados pelo Poder Público consubstanciará relevante indício da inabilitação moral do agente para o exercício da função pública, já que violado o princípio da moralidade.

Além das sanções de ordem disciplinar a que estará sujeito o agente, também incidirá a tipologia específica dos atos de improbidade constante da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade), as quais assumem uma feição nitidamente repressiva. Ocorre que, como antecedente lógico desta, os "Códigos de Ética" desempenham um papel eminentemente preventivo, pois individualizam, de forma explícita ou implícita, os preceitos proibitivos que consubstanciam a improbidade administrativa, o que certamente contribuirá para que os agentes adquiram consciência dos valores de ordem ética que devem seguir, direcionando, *pari passo*, sua atuação e evitando a prática dos atos de improbidade.

#### **IV. SÍNTESE CONCLUSIVA**

I. Os princípios são proposições básicas, verdadeiros alicerces do sistema jurídico, sendo utilizados para limitar e direcionar sua aplicação.

II. Os princípios são estruturados a partir de um processo indutivo, o qual, por meio de um método de generalização crescente, permitirá que a análise de preceptivos específicos conduza à densificação dos princípios gerais que os informam.

III. Os princípios não são meros complementos das regras, devendo ser vistos como formas de expressão da própria norma, a qual é subdividida em regras e princípios.

IV. Em razão de seu caráter normativo, a exemplo das regras, é imperativa a observância dos princípios.

V. De acordo com o princípio da juridicidade, a atuação do Estado deve estar em harmonia com o Direito, afastando a noção de legalidade estrita - com contornos superpostos à regra - passando a compreender regras e princípios.

VI. O princípio da moralidade é um elemento primordial do princípio da juridicidade.

VII. Moral é noção de natureza universal, variando em conformidade com o tempo, o local e os mentores de sua concepção, terminando por condensar os valores subjacentes a determinado grupamento.

VIII. A moral comum se distingue da moralidade administrativa na medida em que esta é retirada dos valores subjacentes à Administração Pública.

IX. A moralidade administrativa coexiste com a legalidade, não sendo mero apêndice desta.

X. O princípio da moralidade administrativa atua como um mecanismo aglutinador, extraindo o sumo de todos os princípios regentes da atividade estatal e condensando-os em standards.

XI. Os atos administrativos, além de estarem em consonância com a lei, devem apresentar conformidade com a moralidade administrativa, sendo necessária a existência de uma relação harmônica entre a situação fática, a intenção do agente e o ato praticado, analisando-se no contexto deste a motivação declinada e a finalidade almejada.

## NOTAS DE RODAPÉ CONVERTIDAS EM NOTAS DE FIM

1 Teoria Geral do Direito e do Estado, trad. de Luis Carlos Borges, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

2 Na lição de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramon Fernández (*in Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 2ª ed., Madrid: Editora Civitas, 1978, p. 63), "*la expresión principios generales del Derecho, empleada un tanto intuitivamente por el artículo 6 CC en su primeira redacción (hoy artículo 1º - 4), y más tarde generalizada en casi todos los países, es muy certera para indicar su verdadero contenido. Al decir que se trata de principios se está precisando su carácter básico, en sentido ontológico, no sólo lógico, como soportes primarios estructurales del sistema entero del ordenamiento, al que por ello prestan todo su sentido. Son generales por lo mismo, porque trascienden de un precepto concreto y organizan y dan sentido a muchos, y a la vez, porque no deben confundirse con apreciaciones singulares y particulares que pudieran expresar la exigencia de una supuesta justicia del caso concreto y mucho menos con opiniones subjetivas del intérprete; lo general, lo comunitario, es lo propio del mundo jurídico, aunque por supuesto, el primero de los valores comunitarios, más aún, el fin propio de todos ellos, sea justamente la libertad humana. Pero son, finalmente, principios del Derecho, esto es, como va hemos notado, fórmulas técnicas del mundo jurídico y no simples criterios morales, o menos aún, las famosas buenas intenciones o vagas o imprecisas directivas.*

3 O art. 12 das disposições preliminares do Código Civil italiano assim dispõe: "se uma controvérsia não pode ser decidida com uma disposição precisa, devem-se levar em conta disposições que regulem casos semelhantes ou matérias análogas; se o caso permanece ainda duvidoso, deve ser decidido segundo os *princípios gerais do ordenamento jurídico* do Estado". (grifo nosso).

4 Giorgio Del Vecchio, *Les Principes Généraux de Droit*, apud *Recueil d'Études Sur Les Sources du Droit em l'Honneur de Françoise Geny*, vol. II, Paris: Éditions Sirey, p. 69.

5 Aurélio Buarque de Holanda, Novo Dicionário da Língua Portuguesa.

6 Manual de Direito Constitucional, tomo 1, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 198.

7 Cf. Margarita Beladiez Rojo, *Los Principios Jurídicos*, Madrid: Tecnos, 1994, p. 75 e ss.

8 Teoria do Ordenamento Jurídico, Brasília: UNB, 1989, pp. 158/159.

9 Neste sentido: Norberto Bobbio, *op. Cit.*, pp. 158/159.

10 Neste sentido: Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Massachusetts: Harvard University Press, 1980 e Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

11 Taking Rights Seriously, Massachussets: Harvard University Press, 1980, p. 24.

12 *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 86 e seguintes.

13 A afirmação de que os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus resulta do fato de não veicularem mandados definitivos. Assim, o comando que deles inicialmente deflui pode ser afastado por razões opostas, sendo que a solução deste conflito não é identificada a priori, variando gradativamente conforme os valores em jogo no caso concreto.

14 Nas palavras de Alexy (*in* Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Dirreito Democrático, trad. por Luíz Afonso Heck, RDA nº217/75), "princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. A discussão sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, uma discussão sobre ponderação".

15 Teoria ..., p. 89.

16 Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999, p. 1.086.

17 A cunhagem do termo deve-se a Merkl, o qual incluía sob o signo do princípio da juridicidade todo o ordenamento jurídico, abrangendo os regulamentos, os princípios gerais, os costumes etc; tendo reservado a nomenclatura de princípio da legalidade unicamente à lei em sentido formal (Cf. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramon Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 2ª ed., Madrid, Editora Civitas, 1978, p. 251).

18 *Op. cit.*, p. 239.

19 Controle Jurisdicional da Administração Pública, 1ª ed., São Paulo: Dialética, 1999, p. 24.

20 Moralidade Administrativa: Do Conceito à Efetivação, RDA nº 190/1.

21 A Regra Moral nas Obrigações Civas, trad. da 3ª ed. francesa por Osório de Oliveira, Campinas: Bookseller, 2000, p. 24.

22 Art. 227, *caput*, da CR/88.

23 Art. 3º, I, da CR/88.

24 Cf. Ripert, *op. cit.*, p., 27. Citando a lição de Gény, aponta o jurista uma diferença de caráter entre a