



Recebido 04 mar. 2013

Aceito 18 abr. 2013

O PRINCÍPIO DA MORALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A MATIZAÇÃO DA DISTINÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL

Lucas Cabral da Silveira¹

Manoel Nicolau da Silva Júnior²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo discutir a diminuição da distinção entre Direito e Moral a partir do princípio da moralidade, elencado na Constituição Federal. Será feito um discorrer histórico do tema para, em seguida, discutir se o princípio configura fundamento autônomo, podendo mesmo na existência de lei, anular um ato administrativo. Também serão analisadas questões correntes e de discussão jurídico-social: o nepotismo e os suplentes de Senadores. Por último, debateremos brevemente o instituto da ação popular voltado para a moralidade administrativa, com possíveis aplicações práticas.

Palavras-Chave: Direito. Moral. Princípio da moralidade.

1 INTRODUÇÃO

A literatura técnico-jurídica especializada, desde muito tempo, distingue o Direito da Moral, conceituando esta como um conjunto maior de “regras” sociais dentre as quais estaria implícita ou explicitamente o Direito. Por outro lado, segundo a ideia clássica, a conduta Moral não é dotada de caráter vinculante, não possuindo, dessa forma, característica de norma

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

² Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

jurídica. O escopo do presente artigo é propor uma interpretação diferente dessa distinção clássica, ainda forte, tendo como embasamento primeiro o “princípio da moralidade”, elencado na nossa Constituição Federal no art. 37, o qual propõe uma matização dessa distinção, sobretudo em se tratando da Administração Pública. Diante da força principiológica desse dispositivo, o mesmo não pode ser mera forma subsidiária de revestir os atos públicos, e sim, um *pressuposto* de validade para esses atos.

Inicialmente, será feita uma abordagem histórica e doutrinária da distinção entre Direito e Moral, para situar as controvérsias jurídicas sobre o tema, inclusive ainda em aberto. Não há um consenso sobre a maior ou menor relação entre o Direito e a Moral ou até mesmo se há autonomia ou união plena, como propõem os mais radicais de cada ala. A questão permanece em discussão, e, nesse ponto, cabe demonstrar ao leitor a possibilidade jurídico-filosófica da temática da matização da diferença entre o Direito e a Moral, não indo de encontro a preceitos estabelecidos pacificamente no Direito.

Em seguida, será mostrado como é abordado o tema “princípio da moralidade” em nossa Carta Maior, a partir da abordagem da autonomia deste dispositivo (fundamento autônomo), possuidor de eficácia plena, sobretudo, se encarado do ponto de vista da nova hermenêutica constitucional e da força principiológica dos preceitos constitucionais. Da análise constitucional argumentar-se-á a favor da diminuição da distinção entre a Moral e o Direito, abarcando este, novas áreas de forma salutar, isto é, sem adentrar em questões de mera etiqueta social, por exemplo.

Ademais, serão enfrentadas questões práticas e discussões bastante recentes na mídia, na jurisprudência e na sociedade em geral, a exemplo do nepotismo e dos suplentes de senadores, ambos em processo de mutação. Mas também, será feita uma análise pontual acerca da eficácia de novas medidas legais e se, na eventual falha, é possível tomar providências concretas apenas baseando-se no princípio da moralidade. Ou melhor, como este pode afetar a criação dessas normas ou até afastar as ainda vigentes.

No último tópico, será debatido o instituto da ação popular de eficiência bastante discutível até o momento, muito embora revestido de um poder constitucional ainda a ser descoberto. Dentro do rol de possibilidades para propor tal ação está a moralidade administrativa. Nesse ponto, surge novamente a problemática da necessidade ou não de lei prévia ou se a *moralidade pura* é princípio autônomo suficiente para desconfigurar a aplicação de uma lei e anular atos administrativos, perquirindo, pontualmente a dificuldade de uma possível anulação desses atos.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL

A eterna busca pela cientificação do Direito, com início no século XIX, trouxe profundos benefícios para a área, separando-o da religião, moral, política, economia, e, com isso, propiciando mais autoridade e seguridade em um momento no qual, de fato, existia uma necessidade de afirmação da matéria através da ciência. O positivismo foi nesse momento a corrente predominante.

Contudo, já com uma base fundada de segurança nas instituições do Direito, retomase uma busca por aliar o intérprete e o aplicador às outras áreas do conhecimento tornando-o mais complexo e, mais do que isso, enraizado com as construções sociais do momento. É a ideia do *Ius* como parte da cultura de um povo ou, em outras palavras, presente e sujeito às modificações da sociedade que o respira. Se, por um lado, não existe ordenamento jurídico sem sociedade, também não existe sociedade sem um conjunto organizado de normas jurídicas, muito embora possam ser minimamente desenvolvidas, como foi o caso de algumas organizações sociais da idade Antiga.

Sendo assim, dissociar os diferentes ramos das ciências sociais dos anseios da sociedade é, por um lado, válido, todavia é necessário saber até que ponto deve existir essa fissura e até onde uma área não depende reciprocamente da outra.

A tendência de diferenciação entre Direito e Moral ganhou destaque a partir das lições de Kant e tem por ponto máximo as ideias de Hans Kelsen (2006, p.58). Segundo este autor, o Direito não precisa ser revestido de um valor moral ou justo, sendo necessária apenas uma ordem jurídica instituída, um complexo de normas:

Por tal forma, pois, não se aceita de modo algum a teoria de que o Direito, por essência, representa um mínimo moral, que uma ordem coercitiva, para poder ser exigida como Direito, tem de satisfazer alguma exigência moral mínima. (...) Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral (KELSEN, 2006, p.58).

A experiência histórica demonstrou as consequências práticas de sistemas jurídicos completos e válidos despidos de qualquer valor moral. Os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial inspiraram novas formulações em prol de direitos humanos, em combate à Teoria normativista de Kelsen e também às correntes do estrito positivismo de forma geral. Outras questões surgem diante do quadro caótico de atrocidades geradas dentro de um sistema dito legal e eleito, como é o caso dos regimes nazifascistas. Que Direito é esse que, num estado democrático de direitos, não se interliga com a sociedade, podendo ser inclusive imoral e subjugar seu próprio povo?

A sempre crescente racionalização/cientifização do Direito, com especial destaque para os séculos XIX e início do século XX, sofre choque com um sistema “puro”, porém muito pior do que se sofresse influência de outras áreas das ciências sociais, revestindo as elucubrações magníficas, prolixas e de difícil entendimento de um caráter valorativo e humano.

Evidenciam-se, então, as ideias do jusnaturalismo, mais especificamente dos direitos humanos, antes mesmo do ordenamento jurídico. Um “confronto” é estabelecido entre a corrente dos direitos naturais e o positivismo, gerando o benefício de mesclar o ordenamento jurídico de leis fundamentais, sociais, normas abstrato, entre outras construções, e fugindo em parte do legalismo puro.

No atual estágio do Direito, pós-positivista ou neoconstitucionalista, existe uma tendência de aliar os estudos do Direito à sociologia, psicologia, economia, favorecendo uma maior integração das normas e dos profissionais às realidades sociais existentes. Uma mescla entre os sistemas positivista e jusnaturalista.

Dentro dessa problemática a questão da matização ou não da distinção clássica entre Direito e Moral não poderia ficar de fora do debate, principalmente após a promulgação da Constituição Federal atual que dá novos rumos à hermenêutica do Direito e inspira novos debates na seara Jurídica. Momento oportuno para, de forma pontual e sem exaurir o debate, exemplificar como é entendida mais minuciosamente essa divisão entre Moral e Direito, sobretudo a partir das predisposições constitucionais e para tratar de questões controversas da administração pública.

3 DIREITO E MORAL NA DOUTRINA BRASILEIRA

Antes de iniciar propriamente a discussão a cerca do princípio da moralidade cabe, brevemente, tecer alguns comentários de como os doutrinadores brasileiros vem tratando o tema, partindo duma visão histórica macro e adentrando na nossa realidade jurídica.

Vicente Ráo (1952, p.72), com uma abordagem bastante social já àquela época, preleciona sobre a distinção entre Direito e Moral:

Na verdade, se ambas tem por objeto atos humanos, uma, a Moral, os encara, por modo predominante, em seu momento interno, volitivo, ao passo que a outra, o Direito, os regula, precipuamente, quando se exteriorizam, isto é, quando revestem realidade física, não incidindo, aliás, na esfera do direito, (...).

Miguel Reale (2002, p.658) defende a impossibilidade de existir coação a um ato moral, sendo única e exclusivamente de *faculdade* interna do agente, diferenciando-se por esse motivo do Direito, já que não existiria coercibilidade nas normas morais. Todavia, entendemos ser possível a coercitividade a partir do momento que a ação moral deixa de ser puramente de uma vontade espontânea e passa a estar presente nas normas de Direito:

Sendo o ato moral pertinente ao indivíduo em sua essência, em sua dignidade universal de homem, qualquer intromissão externa, obrigando-o a agir, macularia a sua natureza. A possibilidade de coação inexiste no mundo estritamente moral, que requer sempre a adesão espontânea do obrigado, que só assim poderá ser *fiel a si mesmo*, nota ética fundamental. Em resumo, como o ato moral pertence à instância do sujeito, não é dado a outrem realizar o ato (*impossibilidade de substituição*) ou coagir o sujeito a praticá-lo (*impossibilidade de execução forçada*). (grifo do autor) (REALE, 2002, p. 658).

Em sentido contrário e de forma mais atual, Bittar (2011, p. 522) preleciona a favor de uma aproximação entre Direito e Moral quando explica: “A moral é, e deve sempre ser, o fim do Direito. Com isso, pode-se chegar à conclusão de que o Direito sem moral, ou o Direito contrário às aspirações morais de uma comunidade, é puro arbítrio, e não Direito.”

Já Adeodato (2009, p.240) encara o sistema jurídico de forma diferente, não aderindo à ideia da necessidade e possibilidade de um Direito atendendo a normas morais, muito pelo contrário. Isso seria impossível tendo em vista a resistência de certos indivíduos a uma moralidade forçada:

A impossibilidade aparece quando se fala no outro sentido do direito, o direito enquanto legitimidade, ou seja, a questão da universalização de conteúdos éticos definidos. Parece claro que a universalização de regras procedimentais, instrumentais, é mais fácil; o problema é o lado ético do direito e a consequente compulsão que precisa ter sobre aqueles que não querem ser moralmente persuadidos. Mas é justamente essa universalização, incompatível com o direito enquanto objetivação de uma moral circunstancial, que querem os fundamentalistas dos mais diversos matizes.³

O que se pretende demonstrar é que a literatura jurídica especializada não é una. Cada autor segue uma preferência ideológica ora dando mais peso ao Direito em detrimento da Moral ora o inverso, ou mesmo relacionando-as umbilicalmente. O objetivo aqui não é se delongar a fazer um resumo da doutrina, mas sim, demonstrar opiniões divergentes dotando a matéria de pontos abertos a serem discutidos.⁴

4 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O Art. 37, *caput*, da CF diz: “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 e, também, ao seguinte: (...)”.

Podemos extrair que esses princípios como um todo garantem uma série de direitos e deveres da administração pública. A título exemplificativo demonstra: Um tratamento isonômico para todos os cidadãos, a publicidade decorrente de órgãos públicos, a novel busca por eficiência administrativa, entre diversos outros pontos.

Vale ressaltar que os princípios, notadamente os constitucionais, são as normas basilares do ordenamento jurídico de um Estado Constitucional e Democrático, que sustentam um ordenamento jurídico e desta forma devem inspirar a todos os operadores do direito, quer

³ Javier Hervada (2006, p.87), jurista espanhol, se posiciona nesse mesmo sentido: “Descumprir os chamados deveres sociais é expor-se à rejeição social e, nesse sentido, é conveniente e oportuno cumpri-los; mas, em todo caso, seu descumprimento não viola *nada fundamental da pessoa*, de modo que pode ser um erro, porém não uma imoralidade nem uma injustiça.” (grifo nosso). Não coadunamos com essa ideia especialmente em se tratando de um caso de violação de um dever social com efeitos posteriores (violando “algo fundamental de outras pessoas”) sobre toda a comunidade.

⁴ Hart (2009, p.249): “Há muitos tipos diferentes de relações entre o direito e a moral, e nada existe que possa ser isolado e estudado como se fosse a única relação entre eles. Ao contrário, é importante distinguir alguns dos muitos significados diferentes da afirmação, ou da negação, de que o direito e a moral se relacionam.”

seja na elaboração da lei, quer seja na sua interpretação. Nesse sentido, preleciona o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello (1980, p.24), um conceito de princípio:

É, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido humano. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um Princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra.

Importa, contudo, adentrar mais especificamente no princípio da moralidade. Este, como decorre da interpretação do artigo, deve estar presente em qualquer um dos poderes do Estado Constitucional sob pena de macular o ato proferido pela autoridade pública. Todavia, não é de conhecimento geral, por exemplo, nenhum caso de grande relevância pública utilizando como ponto fundador da discussão *unicamente* esse princípio, já que é atribuído por boa parte dos doutrinadores como sendo de “baixa normatividade”. Só ocorre quando cumulado com algum caso de violação a alguma lei, e mesmo assim em raras ocasiões.

O ponto da baixa normatividade do princípio é extremamente discutível. Basta ver o princípio da dignidade humana, consagrado no Direito pátrio sem, contudo, possuir uma definição de aceitação majoritária e abarcar as mais diversas situações. Em sentido mais simples encontra-se a moralidade: possui objeto definido e melhor conceituação lógica, mesmo não sendo unívoca.

A moralidade contempla um rol maior até que o da probidade administrativa. Atentar a essa moral não é, *numerus clausus*, ou seja, não se restringe como já dito à probidade, vai mais além, e aqui reside a mudança: ultrapassa os limites da própria lei, se esta eventualmente possibilitar uma atuação imoral embasada em uma norma infraconstitucional ou mesmo na ausência de regulação legal. Um ato, por exemplo, com o objetivo de favorecer alguém, descumpra esse princípio mesmo dentro de uma suposta legalidade.

Ademais, os princípios constitucionais devem guiar o legislador na sua produção normativa, aliás, não só ele, mas também o aplicador do direito, que deve interpretar as

normas ordinárias à luz dos princípios constitucionais. Além disso, coadunando-se com o exposto, assevera o Decreto-lei Nº 4.657/42 (LINDB)⁵.

Isto é, o legislador de 42, ao tratar do tema da aplicação legal, já naquele momento histórico, emplaca fins éticos e morais, visando vincular o operador no sentido de interpretar o ordenamento jurídico de forma a não contrariar totalmente a moral social.

Ora, se a constituição é hierarquicamente superior a qualquer lei, nenhuma disciplina infraconstitucional haverá de se esbarrar com o princípio da moralidade sob pena de ser retirada do ordenamento Jurídico. Entende-se, portanto, em se tratando da administração pública, a moralidade é essencial.

Avançando ainda mais na discussão, o princípio em pauta é posicionado topograficamente ao lado de uma série de garantias principiológicas mais concretas como é o caso da legalidade e publicidade. Se o constituinte originário desejasse revestir o princípio da moralidade com um caráter subsidiário, não teria o posicionado junto e sem nenhuma distinção de regras tão práticas e fundantes da atuação pública.

5 DECORRENTE MATIZAÇÃO DA DISTINÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL

Com o exposto sobre o presente princípio, entende-se, logo, que algo, sendo imoral, é mais do que ilegal, é inconstitucional em se tratando da administração pública. A distinção clássica não pode resistir à força normativa da constituição. O Direito ganha, sobre essa perspectiva, mais espaço dentro do rol dito mais amplo, denominado Moral, e pode se alargar dentro dessa esfera até a medida do necessário, sem adentrar, contudo, em questões de mera etiqueta.

Alegações clássicas de imoralidade eternizadas na frase: “Isso pode ser até imoral, mas não é ilegal”, como meio legitimador para revestir determinados atos manifestamente incorretos de figuras do poder público, não podem permanecer. Sobretudo, se o argumento for uma suposta omissão ou comissão legislativa delituosa. Se o parlamento for omissivo, os princípios do ordenamento devem suprir as ausências.

⁵ “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

Tais práticas, sustenta-se aqui, podem e devem ser confrontadas à luz do princípio da moralidade. Não subsiste esse argumento, na verdade deveria ser mais do que claro a não permanência da *estrita legalidade* ante o Neoconstitucionalismo. Quando se trata de gerenciamento estatal, ou seja, da influência na vida de cada cidadão seja através de tributos ou da utilização dos serviços públicos, a norma moral deixa de ser simplesmente de cumprimento voluntário para ser constringente.

E ainda, o princípio da legalidade (estrita) no âmbito da atuação dos agentes públicos, jamais poderá ser entendido, sujeito à consequência de restringir a essência da *mens legis*, como faculdade de atuar preocupado apenas em não cometer atos que afrontem à lei, muito pelo contrário. O dever do agente público é atuar onde a lei permite, expressamente regula, devendo omitir-se em ocasiões de lacuna legal, conforme alude Hely Lopes Meirelles (2002, p.86):

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. (...) A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei.

Na concepção atual de democracia, esta deve prezar cada vez mais uma gestão clarificada e honesta, sem benefícios pessoais e sem prejudicar os interesses sociais; tais anseios se coadunam com a moralidade do serviço público a qual esta além da legalidade, é, de fato, moralidade do serviço, um julgamento em grande medida de valor construído socialmente e majoritário. A opinião pública demanda essas mudanças e de tempos em tempos traz à tona casos correntes de imoralidade na gestão pública ocasionando um repúdio popular por política e burocracia estatal. O argumento de a Moral ser somente faculdade interna de cada indivíduo torna-se até contraditório quando confrontado com o sistema estatal. A forma de administrar tem consequências para todos e não só internamente a cada um.

Para não permanecer apenas no plano teórico, exemplifica-se, por exemplo, com um orçamento público que maneje *vultuosas* somas de dinheiro para a mera realização de propagandas mesmo diante do caótico quadro em diversos setores sociais. Em tese (e na realidade fática acaba sendo muito comum), é possível tomar tal medida, e o pior de tudo, será uma atitude legalmente instituída. No entanto, não estará dentro da moralidade mínima exigida de um gestor público por seus eleitores (os que, em última instância, são os seus

legitimadores), e, com a visão aqui defendida, *deve* dependendo do grau de descaso ser motivo de reprimenda, sem prejuízo de outras sanções penais e civis já reguladas em outras leis de eficácia discutível. A moralidade Pública é fundamento autônomo e é pressuposto de validade e eficácia dos atos administrativos e não apenas auxiliar a administração pública.

Passaremos agora a analisar casos práticos onde o princípio da moralidade poderia ter caráter cogente diante de uma ausência normativa ou de seus efeitos e alcance não serem os desejáveis. Trataremos do Nepotismo, um exemplo de uma prática imoral que até pouco tempo se perpetuava (o que não significa a interrupção da sua ocorrência, muito pelo contrário); e o suplente de Senador, a discussão sobre a legitimidade da atual forma, a qual não privilegia o sufrágio popular.

5.1 Suplentes de Senadores

Assunto dos mais controversos e debatidos no âmbito político e jurídico é sobre as condições do suplente de Senador. Na Constituição Federal atual, um senador eleito pode dispor de dois suplentes os quais o substituirão nos casos previstos no art. 56 § 1º e § 2º, comumente por assumir outro cargo ou com licença superior a cento e vinte dias. Deste dispositivo legal decorrem os maiores problemas.

A escolha dos suplentes independe de disposições do partido ao qual o senador faz parte, sujeita apenas à vontade íntima do membro do Senado, como se o cargo pudesse ser de propriedade de algum particular. Pior ainda, não há vedações à colocação de familiares próximos, sendo muito comum, filhos, esposas, estabelecendo verdadeira perpetuação familiar no cargo⁶. Na prática, acontece de senadores eleitos, nas próximas eleições, disputarem para outro cargo e diante de vitória passar o cargo para seu suplente de discutível elegibilidade. Ou a nomeação para ministro de Estado.

O primeiro ponto a ser debatido é: o eleitor não votar no suplente e, em quase totalidade dos casos, desconhecer sua procedência. Diferentemente do vice-presidente da República, por exemplo, que participa avidamente da campanha, angaria votos e dispõe

⁶ “Na troca de cadeiras do Senado, há filho que assume o mandato do pai e pai que entra enquanto o filho sai, porém ocupando mandatos diferentes. O senador Edison Lobão Filho (PMDB) deverá substituir, a partir do segundo dia de mandato, o pai, Edison Lobão (PMDB), que já é o ministro de Minas e Energia.” TUPYNAMBÁ, José Paulo. Legislatura começa com dez suplentes exercendo o mandato. **Agência Senado**, Brasília, 13 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Especiais/possesenadores2011/noticias/legislatura-comea-com-dez-suplentes-exercendo-o-mandato.aspx>>. Acesso em: 17 jun. 2012

abertamente seu nome para julgamento da sociedade, além de que sua escolha decorre, na maioria das vezes, de alianças políticas.

O suplente de senador, por outro lado, configura o total oposto. O indivíduo não exerceu influência política sobre o eleitorado e mesmo assim poderá assumir um cargo eletivo de extrema importância cujo voto pode definir drasticamente ou não a aprovação de uma lei (basta ver que a casa possui somente 81 senadores e em uma votação de maioria simples, a não presença de um número mínimo de senadores, e subtraídas as abstenções, faz com que menos de quarenta e uma pessoas decidam questões da nação, muitas delas não eleitas – os suplentes).⁷

São cargos de efetiva aplicação do poder com possibilidade de exercício - não democrático uma vez que deveriam, no mínimo, atender aos princípios de outras candidaturas: Deputado Federal, Vereador, Deputado Estadual; e à eventual substituição pelo próximo candidato da lista do partido que recebeu mais votos, em outras palavras, efetivamente participou da eleição. Não bastasse isso, a ausência de vedações para a estipulação da suplência nos relembra das situações grotescas de nepotismo presentes nessa casa desde longas datas. O cargo parece muitas vezes ser de propriedade do candidato eleito e não apenas uma função temporária de ordem pública.

O princípio da moralidade está totalmente esquecido nesses casos, bem como os da publicidade e impessoalidade. Quando a legalidade não estipula vedação à quebra da moralidade (nepotismo, falta de clareza da gestão), o princípio constitucional deve entrar em choque. Sobretudo quando o tema já é de amplo conflito na seara jurídica e causa repulsa e indisposição política dos cidadãos.

A insuficiência de medidas políticas para readaptar o dispositivo à realidade democrática é causa de possível regulação pelo poder judiciário ou, no mesmo caminho, pela opinião pública, no sentido de resolver a querela por pressão política e instrução social de quem desconhece a problemática, iluminando a questão. A tese defendida no presente artigo é da não necessidade de uma regulação legal sobre o tema. Uma decisão jurisdicional mesmo não constringente (no caso das súmulas vinculantes, tem força de ato normativo), nesse

⁷ “A nova legislatura começa com dez suplentes no exercício do mandato, 12,3% da composição total da Casa, que tem 81 senadores. O número pode parecer alto, uma vez que a eleição do ano passado colocou em disputa dois terços das cadeiras da Casa, mas reduz para menos da metade o número de suplentes que chegaram ao final da atual legislatura como senadores: 22.” Esse dado só reforça o poder de pessoas “não eleitas” e com procedência discutível tomarem decisões importantes no Senado. TUPYNAMBÁ, José Paulo. Legislatura começa com dez suplentes exercendo o mandato. **Agência Senado**, Brasília, 13 jan. 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Especiais/possesenadores2011/notici_.asp>. Acesso em: 17 jun. 2012

sentido, poderia inspirar debates e até mesmo nova legislação condizente com a necessidade social. O problema é a dificuldade de um poder chocar-se abertamente contra outro.

Atualmente, tramita uma proposta de emenda constitucional (PEC Nº 37 de 2011) com intuito de reduzir para um o número de suplentes e impossibilitar a nomeação de cônjuge ou parente consanguíneo ou afim até segundo grau. Nada garantido. A autolimitação de um dos poderes é sempre dificultosa e nada impede a derrubada do projeto no plenário ou sua ineficácia posterior, de fato já aconteceu com outras leis limitando os arbítrios imorais (lei nº 9.421/96 que precisou de resolução do CNJ em 2005 para confirmá-la, tema abordado novamente a seguir).

5.2 Nepotismo

O problema da pessoalidade (não se pode ainda falar em imoralidade sem a existência de uma sociedade com preceitos culturais e morais definidos) no trato público, nas terras *brasilianas*, vem de longa data, tecnicamente, vem desde antes de se chamar Brasil. Pero Vaz de Caminha ao relatar à Coroa Portuguesa pede, em sua primeira carta, o seguinte:

E, pois que, Senhor, é certo que, assim neste cargo que levo, como em outra qualquer coisa que de vosso serviço for, Vossa Alteza há de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que, *por me fazer singular mercê*, mande vir da ilha de São Tomé a Jorge de Osório, *meu genro* – o que d’Ela receberei em muita mercê. (grifo nosso) ⁸

Isto é, desde o “descobrimento” do Brasil já existe o problema endêmico de gestores da *res pública* utilizarem dos cargos para obtenção de favores pessoais. Entretanto, de forma alguma isso deve servir de justificativa para que não se lute contra, vez que a construção social e cultural do momento atingiu um ponto no qual se considera o nepotismo como uma imoralidade dentro do sistema sócio-político-cultural.

⁸CAMINHA, Pero Vaz de. *Carta de Pero Vaz de Caminha*. Disponível em: <<http://www.biblio.com.br/defaultz.asp?link=http://www.biblio.com.br/conteudo/perovazcaminha/carta.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

Abstraindo-se a reminiscência histórica que seria possível de adaptar para a definição etimológica da palavra Nepotismo⁹, temos, segundo Antônio Roberto Hildebrand (2005, p.208), em seu “Dicionário Jurídico”, a conceituação do termo: “favoritismo, patronato”.

O problema dessa prática se dá, justamente pelo fato de faltar ao ato do administrador o fundamento de interesse público. Prevalendo, nessas circunstâncias, atos que violam os princípios basilares da administração pública, em detrimento dos que coadunem com esses princípios.

Nesse diapasão, surgem justificativas que tentam legitimar tais atos subsidiando-se da definição legal de cargos como os de “livre nomeação” podendo o gestor, discricionariamente¹⁰, escolher dentre os cidadãos os que adequem às funções de determinado cargo, sendo o administrador nomeante o único legitimado a exercer essa valoração. O que, em princípio, não excluiria os parentes dos ocupantes desse cargo.

Porém, como já aludiu Júlio César: “À mulher de César não basta ser honesta, deve parecer honesta”¹¹, isto é, ao administrador não basta apenas pautar-se na estrita legalidade, deve ele respeitar os ditames da moral social/jurídica. O nepotismo é, pois, social e juridicamente, uma prática imoral inaceitável.

Nesse viés, deve o gestor da coisa pública guiar-se pelo princípio constitucional da moralidade no sentido de não nomear parentes em cargos de livre escolha, colocados a seu

⁹ A divulgação do vocábulo (ao qual foi acrescido o sufixo-ismo), no sentido hoje difundido em todo o mundo, em muito se deve aos pontífices da Igreja Católica. Alguns papas tinham por hábito conceder cargos, dádivas e favores aos seus parentes mais próximos, terminando por lapidar os elementos intrínsecos ao nepotismo. (GARCIA, 2006, p. 1-9)

¹⁰ Importante discussão acerca do termo “discricionariiedade” é levada a cabo por Ronald Dworkin (2007, p.51-63): “Os positivistas extraíram o conceito de poder discricionário da linguagem ordinária. (...) O que significa dizer, na vida cotidiana, que alguém tem um ‘poder discricionário’? a primeira coisa a notar é que o conceito está sempre deslocado, exceto em contextos muito especiais.” Discricionariiedade não pode ser encarada como liberdade total de decidir, mas necessita o atendimento de certos padrões legais, ou, a divisão –funcional- de tomar uma decisão. Muito embora alguns gestores acreditem possuir total controle dos mandos e desmandos.

¹¹ Vale ressaltar que a temática do Nepotismo resta-se pacificada - no âmbito da legalidade - em nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, faz-se mister uma sucinta reminiscência histórica das leis sobre o tema. Antes de 1996 não existia disposição legal no Brasil que proibisse efetivamente a prática de empregar parentes em cargos comissionados (havia a Lei 8.172/90, porém só restringia o emprego de parentes/afins sob a chefia imediata), até que, nesse mesmo ano, edita-se a lei nº 9.421/96 que em seu artigo 10º normatizava que: “No âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo é vedada a nomeação ou designação, para os Cargos em Comissão e para as Funções Comissionadas de que trata o art. 9º, de cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, salvo a de servidor ocupante de cargo de provimento efetivo das Carreiras Judiciárias, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir junto ao Magistrado determinante da incompatibilidade.” Porém essa lei, era descaradamente ineficaz, pois foi preciso, já em 2005, uma resolução do CNJ regulando o tema, a Resolução nº 7/05, que, com o fito de dar efetividade a proibição do nepotismo no Poder Judiciário, ainda precisou ser declarada constitucional no Supremo Tribunal Federal através da ADC 12, de relatoria do ministro Ayres Brito. E por fim, em um passe de grande acerto, foi editada a Súmula Vinculante nº 13 proibindo a pratica do nepotismo em qualquer dos três poderes da nação.

critério discricionário, com a consequência de dar vazão a práticas que contrariem os princípios de um Estado Democrático de Direito.

Aqui se alude, entre outros pontos, aos cargos *Ad Nutum*. Pode um gestor, protegido por um suposto manto de necessidade de confiança (critério moral?), nomear pessoas próximas? É dizer, para o bom entendedor, que: ou a população e a sociedade em geral não são dignas de confiança, ou os funcionários públicos devidamente investidos não o são.

5.3 Ação popular como meio idôneo para nulidade de atos administrativos

Diante do exposto, procura-se um meio de eficácia possível para anular atos atentatórios à moralidade do serviço público, para os céticos em utilizar unicamente o princípio. A formação de uma consciência social pressionando os órgãos políticos e o posicionamento dos órgãos judicantes é meio de atingir tal objetivo. Necessitam, todavia, de uma democracia em estágio bastante amadurecido, o que pode dificultar em certos casos a eficácia.

No entanto, a Constituição Federal privilegiou o instituto da ação popular e em seu Art. 5º, LXXIII dispõe como um dos fundamentos autônomos para propô-la a “moralidade administrativa”. Ainda pouco utilizado, pode ser um meio de confrontar, partindo da sociedade, ato lesivo à moralidade administrativa. A doutrina sobre o tema não é pacífica. Alguns doutrinadores afirmam a necessidade de se mostrarem presentes os dois institutos clássicos para a sua impetração: ilegalidade e lesividade.

Lesividade tem a ver com real interesse público, deixando de fora questões de mera etiqueta ou irrelevantes. Já a ilegalidade se torna bastante discutível, principalmente por sua necessidade não ter sido expressa pelo constituinte. Simplesmente o requisito de “anular ato lesivo à moralidade administrativa” é, pela leitura da constituição, suficiente para propor uma ação popular, vez que foi colocado de forma autônoma. Soma-se a isso a interpretação sistemática, dando força vinculante aos princípios constitucionais, incluso nesse rol da moralidade administrativa. Assim, não é necessário, segundo opinião aqui proposta, o requisito da ilegalidade, podendo existir ação na lacuna da lei ou em sua inexistência. Trata-se de um dispositivo que apenas dá maior força ao exposto nos tópicos anteriores. A questão agora é saber da dificuldade de anular atos do poder público, e da viabilidade prática do instituto. Contudo, a possibilidade existe, resta agora a modulação dos efeitos.

Em sentido parecido se posiciona José Afonso da Silva (2011, p.464-465) quando diz:

Se se exigir também o vício de ilegalidade, então não haverá dificuldade alguma para a apreciação do ato imoral, porque, em verdade, somente se considerará ocorrida a imoralidade administrativa no caso de ilegalidade. Mas isso nos parece liquidar com a intenção do legislador constituinte de contemplar a moralidade administrativa como objeto de proteção desse remédio. Por outro lado, pode-se pensar na dificuldade que será desfazer um ato, produzido conforme a lei, sob o fundamento de vício de imoralidade. Mas isso é possível porque a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da administração. No caso de defesa da moralidade pura, ou seja, sem alegação de lesividade ao patrimônio público, mas apenas de lesividade do princípio da moralidade administrativa, assim mesmo se reconhecem as dificuldades para se dispensar o requisito da ilegalidade, mas quando se fala que isso é possível é porque se sabe que a atuação administrativa imoral está associada à violação de um pressuposto de validade do ato administrativo.

De difícil acontecimento, mas possível. A existência de vontade política ou popular suficiente ocasionará lesividade, mesmo sem predisposição anterior de lei. Ainda mais porque, o princípio da moralidade passa a ser um pressuposto de todo ato da administração e não apenas acessório à sua atividade. É inerente. Surge antes do próprio ato, para dar predisposições de como esse deve ser realizado.

Passaremos agora à fase final, concluindo com os principais pontos do artigo em questão.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do artigo não é exaurir o tema, e sim, propiciar o debate constante entre Direito e Moral e, agora, relacionando com o princípio da moralidade presente na Constituição Federal. Tentou-se demonstrar a força desse princípio a partir de uma interpretação literal, o posicionamento dado pelo constituinte e, sobretudo, pela interpretação sistemática de fornecer aos princípios constitucionais maior eficácia.

O confronto entre Direito e Moral deixa o tema em aberto, possível de ser debatido sob o viés aqui exposto. A mera existência de uma lei não pode barrar a utilização do princípio da moralidade. A anulação de atos da administração pública pode ser pautada unicamente no argumento da moralidade pura, sem necessidade de outros institutos, contudo, se houver indisposição política, existem outros meios, como é o caso da ação popular, pronunciamento do judiciário e participação da opinião pública cobrando resultados.

A questão central é dar primazia a esse princípio para impossibilitar a gestão imoral e contra os anseios sociais diminuir a força do chavão: “É imoral, mas não ilegal”. Sob o ponto de vista desse artigo, é mais do que ilegal, passa a ser inconstitucional independente de lei regulando o caso.

Em suma, a moralidade pública ganha novas feições diante desse quadro que pede para ser concretizado por um governo mais claro, democrático e moral. Sobretudo em virtude dos desmandos sempre recorrentes na gestão da coisa pública até o dia de hoje. Portanto, algo tem de ser feito, e a ferramenta jurídica para isso, já existe.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Mauricio Leitão. **Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência: (em contraposição à Ontologia de Nicolai Hartmann)**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTAR, Eduardo C.B. **Curso de filosofia do direito**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GARCIA, Emerson. O nepotismo. **JAM Jurídica**, Salvador, v. 4, ano 11, p. 1-9, abr. 2006.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HERVADA, Javier. **O que é o direito?: a moderna resposta do realismo jurídico: uma introdução ao direito**. Trad. de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HILDEBRAND, Antonio Roberto. Dicionário Jurídico. São Paulo: J.H. Mizuno, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Max Limonad, 1952.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

PRINCIPLE OF MORALITY IN THE PUBLIC ADMINISTRATION AND THE BLENDING OF THE DISTINCTION BETWEEN LAW AND MORAL

ABSTRACT

The following article wishes, as its main objective, to discuss the decrease of distinction between law and Moral starting with the principle of morality, listed on the constitution. There will be made an historical analysis of the theme and then a discussion on whether the principle is considered a standalone fundament, being able, even despite the existence of a law, to annul an administrative act. Also practical questions will be analyzed as well as juridical-social: nepotism and alternate senator. At last, we will briefly debate the institute of popular demand focused on administrative morality with possibility of practical application.

Keywords: Law. Moral. Principle of morality.