

1 Aspectos introdutórios

Com a promulgação da Constituição de 1988, o povo brasileiro pode vislumbrar o florescer de dois fenômenos conexos e interdependentes, que assumiram vital importância no ambiente sociopolítico, isso por influírem diretamente no modo como compreendemos a realidade. Trata-se do processo de redemocratização do País e do surgimento de uma imprensa verdadeiramente livre.

Após transitarmos do *status* de colônia para o de Império, alcançamos a República no final do século XIX. Desde então, convivemos com longos períodos ditatoriais, sendo o último e mais dramático de todos o que se desenvolveu entre as décadas de sessenta e oitenta do século passado. Nesses períodos, tínhamos a antítese da famosa construção de Abrahan Lincoln, proclamada no discurso de Gettysburg, de 19 de novembro de 1863, ao afirmar que democracia é o governo “do povo, para o povo e pelo povo”. O mandato eletivo não encontrava legitimidade na vontade popular, não era exercido em benefício do povo e muito menos era possível que qualquer do povo fosse alçado ao poder. O poder, em verdade, era o maior algoz do povo.

O eclipse da democracia, quando verificado, elimina o debate e a crítica a respeito da atuação daqueles que ocupam os altos escalões do poder, bem como dos demais fatos de interesse coletivo. A partir dessa singela constatação, é possível afirmar que os regimes ditatoriais e autocráticos,¹ por serem idealizados e conduzidos com abstração de toda e qualquer participação popular, mostram-se como o ambiente adequado à aparição de altos índices de corrupção. A debilidade democrática facilita a propagação da corrupção ao aproveitar-se das limitações dos instrumentos de controle, da inexistência de mecanismos aptos a manter a Administração adstrita à legalidade, da arbitrariedade do poder e da conseqüente supremacia do interesse dos detentores da *potestas publica* face ao anseio coletivo.

Para que a democracia possa cimentar o vínculo entre povo e poder é necessário que o pensamento político assuma contornos relativos, jamais absolutos, de modo que o pluralismo seja reconhecido e o debate estimulado. O

* Pós-doutorando, Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em Education Law and Policy pela European Association for Education Law and Policy (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro da American Society of International Law e da International Association of Prosecutors (The Hague – Holanda).

¹ Cf. HAMON, Francis, TROPPER, Michel e BURDEAU. *Droit Constitutionnel*. 27ª ed.. Paris: L.G.D.J., 2001, p. 87.

pluralismo conduz à tolerância e esta à harmônica convivência político-social. O respeito às opiniões dissidentes, permitindo o seu livre desenvolvimento, pode ser considerado um dos alicerces fundamentais da democracia. A concretização desses objetivos, no entanto, não prescindindo do conhecimento da realidade circundante, daí a relevância da liberdade de informação e de imprensa.

Verdadeiro núcleo das liberdades civis e pressuposto para o exercício das demais liberdades constitucionalmente reconhecidas,² a liberdade de informação pode ser concebida como contraponto da liberdade de expressão, indicando a faculdade, em princípio reconhecida a qualquer pessoa, de, por qualquer forma ou meio, sem censura prévia, transmitir e receber informações fidedignas sobre pessoas e acontecimentos de relevância social. Além disso, confunde-se, em aspectos significativos, com a liberdade de imprensa e de comunicação social.³ Tombando a liberdade de imprensa, tomba com ela qualquer aspiração de oxigenação e aprimoramento do poder estatal. Tomba, igualmente, a possibilidade de aprimoramento da capacidade crítica do indivíduo e de sua maior integração ao ambiente sociopolítico. Não é por outra razão que o § 1º do art. 220 da Constituição de 1988 veda a edição de qualquer comando normativo de natureza infraconstitucional que dificulte a plena expansão da liberdade de informação jornalística, impondo requisitos ou estabelecendo meros obstáculos, de ordem burocrática ou material, ao seu exercício. Essa liberdade deve ser ampla, qualquer que seja o veículo de comunicação social (*rectius*: rádio, televisão, jornal, revista etc.).

A partir da interação entre democracia e liberdade de imprensa, o povo brasileiro passou a ver, desnuda, uma realidade que jamais se mostrou, em intensidade similar, durante a ditadura militar. Nesse processo de oxigenação da opinião pública, temos constatado que certas práticas administrativas, francamente contrárias a qualquer referencial de juridicidade, estão plenamente sedimentadas, tendo adquirido foros de normalidade. O grande desafio do Brasil contemporâneo é encontrar um amálgama para restabelecer o primado da moralidade administrativa e extinguir o “*código paralelo de conduta*” que se instalou na Administração Pública pátria.

2 A moralidade administrativa e os seus contornos estruturais

O conceito de moral apresenta uma base axiológica, de contornos voláteis e compatíveis com a época, o local e os mentores de sua concepção, estando vinculado a um paradigma específico de análise, daí se falar em moral individual, moral social e moral administrativa. Um referencial de indiscutível relevância para a individualização desses paradigmas consiste na divisão, proposta por Bergson,⁴ entre moral aberta e moral fechada: na primeira, tem-se

² Cf. CORASANITI, Giuseppe. *Diritto dell'informazione*. Padova: CEDAM, 1992, p. 2.

³ Cf. MACHADO, Jónathas E. M.. *Liberdade de expressão – dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 473. Sobre as distinções do direito à informação na perspectiva dos cidadãos e dos jornalistas, vide MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV. 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 457.

⁴ *The Two Sources of Morality and Religion*. Trad. de AUDRA, R. Ashley e BERETON, Cloudsley, com o auxílio de CARTER, W. Horsfall.. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1977, p. 34 e ss.

o conjunto de valores que informam o atuar do indivíduo, estabelecendo os seus deveres para consigo e a sua própria consciência sobre o bem e o mal; a segunda, por sua vez, indica o conjunto de valores comuns entre os membros de um certo círculo, como é o caso de uma sociedade específica ou da própria Administração Pública.⁵

Enquanto a moral individual pode encontrar justificativa nos mais recônditos meandros da imaginação de cada ser humano, capaz de construir livremente os seus padrões conceituais de correção, isso sem prejuízo do risco de ser sancionado assim que exteriorizá-los, a moral social e a moral administrativa, na medida em que estão vinculadas a círculos específicos, serão necessariamente limitadas no desenvolvimento de sua essência.

A moral social se forma a partir da base de valores oferecida pelo ambiente sociopolítico. Cada povo, em verdade, tem o direito de nutrir suas tradições e expressá-las, formando a sua identidade cultural, fundamento último de sua ordem jurídica.⁶ É justamente a cultura que forma a identidade de um povo e oferece a essência do vetor sociológico, do qual se desprendem os referenciais axiológicos que se integram e dão vida à ordem jurídica, influenciando na formação dos valores jurídicos. A identificação da essência da cultura, por sua vez, exige sejam observados alguns parâmetros antropológico-jurídicos que sintetizam os seus elementos centrais mais relevantes: (1) a *nível histórico*, devem ser considerados a tradição e os legados sociais;⁷ (2) a *nível normativo*, as regras e usos sociais, incluindo os respectivos valores e ideais de conduta; (3) a *nível psicológico*, as adaptações que permitem a superação dos problemas, incluindo processos de aprendizagem; e (4) a *nível estrutural*, o conjunto de modelos de organização da própria cultura ou a compreensão da cultura como produto, ideia ou símbolo.⁸ A cultura pode ser concebida como uma “*realidade aberta*”,⁹ um conceito volátil, que acompanha as vicissitudes do ambiente sociopolítico. Embora se reconheça que é justamente essa intensa permeabilidade que permite seja ela vista como a identidade de um povo, a funcionalidade dessa “*propriedade*” ainda estará condicionada à intensidade dos influxos que pode receber, particularmente amplos em um ambiente em que o pluralismo seja a tônica.

Enquanto a cultura alimenta e dá vida à moral social, a juridicidade faz o mesmo em relação à moral administrativa. 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.

⁵ Cf. GARCIA, Emerson. A Moralidade Administrativa e sua Densificação, in Revista de Informação Legislativa do Senado Federal nº 155/153, 2002.

⁶ Cf. MAKINSON, David. *Rights of Peoples: A Logician's Point of View*, in CRAWFORD, James. *The Rights of Peoples*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 69 (89).

⁷ Cf. LUCAS VERDU, Pablo. *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*. 2ª ed.. Madrid: Editorial Dykinson, 1998, p. 22.

⁸ Cf. HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura (Verfassungslehre als Kulturwissenschaft)*. Trad. de MIKUNDA, Emilio. Madrid: Tecnos, 2000, p. 25.

⁹ Cf. HÄBERLE. *Teoría de la Constitución...*, p. 31.

Em seu *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*,¹⁰ 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 irrisignação por violação da lei somente tem sido anexada ao recurso por excesso de poder de maneira artificial, pois, enquanto os limites desse último devem ser fruto de uma disciplina interna, resultando do próprio equilíbrio interior do órgão, em matéria de legalidade tem-se um limite exterior ao poder administrativo, imposto pelo Legislador.¹¹ Hauriou distinguira os recursos por *détournement de pouvoir* e por *violation de la loi*, esclarecendo que eles “visam à conformidade da ação administrativa, seja com o objetivo da boa administração (desvio de poder), seja com as prescrições da legalidade (violação da lei)”. Com o objetivo de estabelecer parâmetros adequados para a individualização do desvio de poder, conclui que ele “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”.¹²

A moral administrativa 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 ideias de boa administração e de função administrativa. Apesar de não guardar sinonímia com o princípio da legalidade, a moralidade administrativa apresenta uma relação de continência com o princípio da juridicidade, que 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 último como parâmetro para a identificação dos atos de improbidade administrativa, tal qual descritos na Lei nº 8.429/1992. Nessa linha, somente seria possível negar autonomia ao princípio da moralidade se à legalidade fosse dispensado um conceito amplo, abrangendo todos os valores jurisdicizados veiculados pelas regras e pelos princípios, usurpando o próprio conteúdo do princípio da juridicidade.

Ao valorar os elementos delineadores da moralidade administrativa, é defeso ao agente público direcionar seu obrar por critérios de ordem ideológica ou de estrita subjetividade. Em sua atuação, deve, sempre, considerar os valores norteadores do sistema jurídico, ainda que se mostrem dissonantes de sua visão pessoal. Assumindo espontaneamente o *munus* 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. Em

¹⁰ 8ª ed.. Paris: Recueil Sirey, 1914, p. 435 e ss.

¹¹ HAURIUO. *Précis...*, p. 455.

¹² HAURIUO. *Précis...*, P. 439.

consequência, ainda que o agente público tenha uma moral distorcida ou exerça sua atividade funcional em um ambiente administrativo macerado pelo ilícito, isso em nada contribuirá para a deturpação da moralidade administrativa, direcionada que é, sempre e sempre, pela juridicidade.¹³

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 assuma 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.

3 A sedimentação dos “códigos paralelos de conduta”.

Não é incomum que o agente público, embora exerça suas funções no âmbito de uma estrutura organizacional destinada à consecução do bem comum, desvie-se dos seus propósitos originais e passe a atuar em prol de um interesse privado bipolar, vale dizer, aquele que, a um só tempo, propicia uma vantagem indevida para si e enseja um benefício para o particular que compactuou com a prática ilícita. Caso a questão fosse dissociada de balizamentos éticos, sendo analisada sob uma ótica meramente patrimonial, seria possível concluir que, em inúmeras oportunidades, o particular tenderá a aceitar a prática ilícita para a satisfação mais célere ou menos custosa de seu interesse privado, ainda que o interesse público termine por ser prejudicado.

¹³ Na jurisprudência, são exemplos de violação à moralidade administrativa: (1) o pagamento de diárias a servidora que reside, por longa data, em sede diversa da sua lotação, onde tem apartamento locado e na qual deveria realizar determinado serviço. Verba que pressupõe o deslocamento temporário do servidor da sede onde está lotado e que tem a finalidade de indenizar as despesas de alimentação e pousada, pressupostos ausentes na hipótese (TJRS, 3ª CC, AP nº 597.121.730, rel. Des. Tael João Selistre, j. em 27/11/1997); (2) candidato em concurso público, já vinculado à administração, que tem acesso a material de preparação ao certame pelo menos um mês antes dos demais. Existindo apenas uma vaga, que foi conquistada por aquele, restaram inferiorizados os demais candidatos, os quais não tiveram igualdade de oportunidades (TJRS, 1ª GCC, EI nº 598466415, rel. Des. Irineu Mariani, j. em 18/6/1999); (3) lei municipal que concede benefícios concretos a pequenas empresas, em detrimento de outras, no interesse de pessoas determinadas, ligadas aos responsáveis pelo ato causador do dano ao erário (JRS, 3ª CC, AP nº 599399946, rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. em 26/10/2000); (4) empréstimo de dinheiro, a juros abusivos, com nítida prática do crime de usura, realizado por escrivão judicial, valendo-se das comodidades e do prestígio inerentes ao seu cargo, o que se agrava em se tratando de conduta reiteradamente praticada em comarca do interior (TJRS, 4ª CC, AP nº 70003638541, rel. Des. Vasco Della Giustina, j. em 28/12/2001); (5) ato que modifica os critérios de aproveitamento de candidatos aprovados em concurso público, terminando por beneficiar apenas um deles (TRF-4ªR., MS nº 0409985, rel. Juíza Ellen Gracie Northfleet, DJ de 08/03/1995); (6) realização de gastos excessivos, a pretexto de outorga de títulos e honorárias, com bebidas, comestíveis, peças de vestuário etc. (TJSP, 4ª CC., AP nº 186.613-1/0, rel. Des. Alves Braga, j. em 24/6/1993, RT nº 702/71); e (7) 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 (TJSP, 7ª CC, AP nº 145.916-1/2, rel. Des. Campos Mello, j. em 26/6/1991, RT nº 673/61).

Essa ausência de consciência coletiva, com a correlata supremacia do interesse privado sobre o público, é, igualmente, um poderoso elemento de estímulo à corrupção, tornando-a socialmente aceitável. Na conhecida classificação de Arnold Heidenheimer,¹⁴ que leva em consideração a percepção das elites e da opinião pública em relação à corrupção, esta se subdivide em negra, cinza e branca. Na corrupção negra, é divisado um consenso entre as elites e a opinião pública quanto à reprovabilidade de um ato e à imprescindibilidade de sua punição. Na corrupção cinza, alguns elementos, normalmente oriundos das elites, defendem a punição do ato, enquanto que a maioria da população assume uma posição dúbia. Por último, na corrupção branca, a maior parte das elites e da população, por tolerar certos atos de corrupção, não apoia com vigor a sua criminalização e consequente coibição. O “*jeitinho brasileiro*” reflete uma “*zona cinzenta moral*”, em que, a depender das circunstâncias, condutas normalmente tidas como erradas passam a ser vistas como certas ou, ao menos, como toleráveis.¹⁵ A aceitação social da corrupção possui um potencial expansivo diretamente proporcional à possibilidade, ou não, de que certa conduta seja considerada um mero “*jeitinho*”, o que, sob os olhos da realidade social, a retiraria do plano da ilicitude. Seu combate está diretamente relacionado ao desenvolvimento dos padrões educacionais e da consciência cívica da população, fatores que exigem um processo contínuo de aperfeiçoamento e que somente apresentam resultados satisfatórios a longo prazo.

Deve-se afastar a vetusta concepção de que a coisa pública não é de ninguém, fruto indesejado do perverso ciclo de perpetuação da ignorância popular: povo ignorante não se insurge contra o agente corrupto, o agente corrupto desvia recursos públicos e os afasta das políticas de concreção da cidadania, o povo fica mais ignorante e dependente daquele que o lesou, sendo incapaz de romper o ciclo – quando muito, altera os personagens.

O aflorar da imoralidade administrativa e o implemento da corrupção nas estruturas estatais de poder certamente são influenciados pelo modo como a moral individual e a moral social veem essas práticas. A sua repetição, por sua vez, tende a criar “*códigos paralelos de conduta*”, que sedimentam no ambiente institucional e no imaginário individual o sentimento de que essas são as “*regras do jogo*”, impondo-se a sua aceitação por todos aqueles que dele pretendam participar. É o que ocorre com o recurso sistemático à corrupção para a superação dos elevados padrões de ineficiência de diversas repartições públicas, algumas vezes decorrentes de limitações materiais e humanas, outras tantas criadas pelos próprios agentes públicos, que oferecem dificuldades com o objetivo de vender facilidades; para o êxito em um processo licitatório ou, após a contratação, para o recebimento das prestações acordadas etc.

Quando esses “*códigos paralelos de conduta*” encontram-se sedimentados, a imoralidade e a corrupção chegam à sua fase mais perigosa e lesiva ao interesse

¹⁴ *Perspectives on the Perception of Corruption, in Political Corruption, A Handbook*, org. por Arnold Heidenheimer et alii, pp. 161 e ss.

¹⁵ Cf. ALMEIDA, Alberto Carlos. *A Cabeça do Brasileiro*. Rio de Janeiro-São Paulo: Editora Record, 2007, p. 47-48.

público. É o momento em que todos aqueles que são inseridos nesse ambiente ou se tornam corruptos ou são dele excluídos, isso em razão dos padrões de conduta ali adotados. Se a reversão desse quadro passa, necessariamente, pelo aprimoramento dos instrumentos de controle, com especial ênfase na atuação do Ministério Público, ela não prescinde de uma mudança de consciência por todos que interajam com o Poder Público.

Epílogo

Enquanto cidadãos brasileiros, devemos ter a consciência de que a recomposição da moralidade administrativa e a ruptura dos “*códigos paralelos de conduta*” dependem, acima de tudo, do modo como interagimos com as estruturas estatais de poder e fiscalizamos, enquanto partícipes diretos na materialização do ideal democrático, a sua conduta. A condescendência contribui para o surgimento e a sedimentação dessas práticas, a indiferença para a certeza da impunidade e, conseqüentemente, para a sua continuidade.