

DIREITO ADMINISTRATIVO

A MORALIDADE ADMINISTRATIVA – HISTÓRIA DE UM CONCEITO*

José Guilherme Giacomuzzi

Promotor de Justiça/RS. Mestre em Direito Público pela UFRGS.
Professor da PUC/RS.

A Constituição Federal de 1988 previu a moralidade administrativa em dois artigos: art. 5º, LXXIII (quando fala da ação popular), e art. 37 (quando trata dos princípios da administração pública). Das Constituições que influenciaram de alguma forma a nossa (Alemanha, Portugal, França, Espanha, Itália), nenhuma – e isto me parece digno de nota – trouxe o nome ‘moralidade administrativa’, nem consta que algum país desenvolvido a contenha. Há, no entanto, notícia de que a Constituição da Colômbia se refere à moralidade administrativa.

É curioso, ou até sintomático, que, passados 14 anos da edição da CF/88, nenhum jusfilósofo brasileiro tenha-se atrevido ainda a tratar, seja em artigo de doutrina, seja em livro, de forma consistente e preocupada, do tema ‘moralidade administrativa’, que, à primeira vista, pode dar muito pano para a manga, visto que o tema da separação entre Direito e Moral foi, é e talvez sempre será o tema da Filosofia do Direito. Tércio Ferraz Jr. tangenciou tão-somente o assunto recentemente¹, mas não disse nada de muito novo. É bem verdade que quase todos os que trataram da matéria, em livros ou artigos, tentaram sempre conferir um colorido filosófico ao tema – como que por

* Conferência proferida pelo autor na aula final de formatura dos alunos da Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre, dia 13-11-2002. O texto foi revisado pelo autor para o fim único de inserir as indicações bibliográficas nas notas de rodapé.

¹ FERRAZ Jr., Ética Administrativa em um país em desenvolvimento. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, v. 22, p. 38-43, jan./mar. 1998.

obrigação de fazê-lo –, mas, e digo isto com o máximo respeito e já confessando também a minha incapacidade para uma abordagem filosófica, não é menos verdade que impera sobremodo um desconfortável senso comum na doutrina pátria quando se trata de abordar o assunto da vinculação entre Moral e Direito sob o aspecto da moralidade administrativa. Os autores não saem das rasteiras vinculações entre moral e direito, encontráveis em todos os manuais acadêmicos de introdução ao estudo do tema. Os doutrinadores lembram amiúde o caráter interno da moral, que se contraporía ao aspecto externo do Direito, numa evidente – e por vezes expressa – influência da concepção de doutrina da moralidade Kantiana. Nada muito além disso.

Não há – eu ao menos não conheço – nem mesmo qualquer escrito vinculando a moralidade administrativa com, v.g., a Moral dos Clássicos (aqui considerados como tais Aristóteles e São Tomás de Aquino), ou sobre a Moral Religiosa (Cristã, Protestante ou outra), ou sobre a Moral moderna do pós-Kantismo, ou, mais próximo de nós, da chamada pós-modernidade (seja ela o que for), onde está inserido o Estado atual, que, segundo a nossa CF/88, deve obedecer à moralidade administrativa e agir de acordo com ela. A única exceção nesse oásis é uma obra que saiu faz duas semanas nas livrarias, da Professora desta Casa, a Procuradora da República Márcia Noll Barboza, obra que, só por ser inédita sob esse aspecto de imbricar Moral e Direito, já merece referência e leitura². É uma gota no deserto. No entanto, e renovando o respeito, depois de ver-lhe prometido o céu na Primeira Parte, de pouco mais de 40 páginas, do estudo (no qual a autora diz que abordará a moralidade administrativa à luz da noção da “moral crítica”, analisando o que entende importante das doutrinas filosóficas ou jusfilosóficas dos alemães Habermas e Alexy), o leitor se pergunta ao final se na obra não faltam um ou dois capítulos, e o livro volta aos mesmos lugares-comuns antes mencionados, *data venia*.

Não, não vou eu tratar aqui de uma concepção jusfilosófica da moral administrativa. A isso faltam-me tempo e, sobretudo, conhecimento. Pretendo pisar em terreno mais firme, o dogmático, e demonstrar, ao final, que, ao contrário do que se tem dito e escrito, a moralidade administrativa prevista na CF/88 não representa, ao menos aquela que veio inscrita no art. 5º, inc. LXXIII, CF/88, **nenhuma**

² BARBOZA, Márcia Noll. *O princípio da moralidade administrativa: uma abordagem do seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

novidade de conteúdo. A “outra” moralidade – outro conteúdo, em verdade – parece ser, em termos de ‘novidade’, bem mais significativa. Ambas, no entanto, são extremamente importantes.

Já se vê dessa rápida introdução que entendo haver dois conteúdos diferentes para as mencionadas “moralidades” – a do art. 5 e a do art. 37. Estou distinguindo as coisas, sem separá-las, como sempre lembra Miguel Reale.

Vou dividir então esta exposição em duas partes – falarei do conteúdo da moralidade do art. 5º num primeiro momento, e da do art. 37 depois –, adiantando que a primeira parte é necessariamente maior que a segunda, porque naquela, a primeira, deverei tratar de desconstruir o mito segundo o qual temos na CF/88 alguma “novidade”, o que me parece ser inteiramente falso. E vou tratar de fazer essa desconstrução não por simples intenção iconoclasta – o que seria irresponsável –, mas porque entendo que ela é necessária para que se extraia da moralidade do art. 5º um conteúdo mais racional e mais rastreável, uma vez que hoje vivemos no terreno da incerteza. Nessa primeira e maior parte vou frisar sobretudo o aspecto histórico da moralidade administrativa, e é justo por isso que chamei o título desta breve exposição de “A moralidade administrativa – HISTÓRIA de um conceito”, nome aliás que foi sugerido pela Prof. Dra. Judith Martins-Costa, que compunha a banca examinadora quando da minha defesa de dissertação de mestrado em dezembro/2000 na UFRGS. Mas não quero aqui, como dizia, só desconstruir a história do instituto, mas sim reconstruí-la, porque entendo que isso é absolutamente essencial, bastando ver a discrepância da jurisprudência que tem sido proferida na matéria. A moralidade é vinculada ora à legalidade, ora à igualdade, ora ao interesse público, ora ao desvio de poder, ora à proporcionalidade³. É tudo e nada ao mesmo tempo.

Essa História que pretendo aqui brevemente resumir, se bem entendida e bem contada (reconstruída), evitará que cometamos alguns equívocos de interpretação (ao menos histórica) sobre o que significa, afinal, essa tão falada ‘novidade’. A importância da história – muitas vezes negligenciada, principalmente por nós brasileiros, decididamente um povo sem memória, e não só no Direito – é, nesta matéria, repito, fundamental, e mesmo indispensável.

³ Sobre isso, trato na Introdução do livro: *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública*: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002.

Começo a primeira parte – e a história da moralidade administrativa, portanto.

Tem sabor de lugar-comum a afirmação de que a noção de “moralidade administrativa” nasceu na França, no início do Século passado, com a obra de Maurice Hauriou. Hauriou (1856-1929) era professor em Toulouse e construiu a famosa escola do Poder Público, em oposição à Escola do Serviço Público, esta fundada pelo seu contemporâneo de Bordeaux, Léon Duguit⁴. Hauriou foi um dos grandes juspublicistas franceses, um de seus mais influentes juristas, e sua mais conhecida contribuição foi ter elaborado a teoria da instituição, a qual não tenho tempo de abordar⁵. O que nos importa no pensamento de Hauriou é justo a sua original menção à moralidade administrativa, que é lembrada por todos os autores pátrios e estrangeiros. Até aqui nenhuma impropriedade ou novidade na doutrina brasileira. Hauriou foi mesmo o pioneiro. Mas esse é também um dos poucos acertos de boa parte doutrina pátria do pós-88, que parece acreditar ter bebido do melhor vinho francês, mas que é em verdade de duvidosa procedência – e não deu conta disso.

Explico: a confusão nasceu já em 1964, bem antes da CF/88 portanto, quando o festejado e penso que ainda hoje o mais citado administrativista brasileiro, Hely Lopes Meirelles, já falava em moralidade administrativa na sua obra clássica (está na p. 58-9 da 1ª edição do seu *Direito Administrativo Brasileiro*). Hely já adotara então e sem reservas as posições de um advogado português, Antônio José Brandão (o vinho de duvidosa procedência de que falei acima), cujo artigo, intitulado “Moralidade Administrativa”, foi citado por Hely e foi, depois disso e desde então, lido, relido e repetido acriticamente pela maioria de todos os que escrevemos sobre o tema. O artigo de Brandão foi originalmente publicado em 1947 no Boletim do Ministério da Justiça de Lisboa e copiado na nossa Revista de Direito Administrativo (RDA), volume 25, de 1951, por meio da qual foi divulgado entre nós. Não conheço um autor brasileiro sequer que tenha lido a fonte portuguesa. Essa lembrança, que pode parecer um capricho, um triglicerídio como costume dizer, tem sua razão de ser. É que as idéias

⁴ Sobre o assunto, ver MELLERAY, Fabrice. *École de Bordeaux, école de service public et école duguiste. Proposition de distinction. Revue du Droit Public*, Paris, n. 6, p. 1887-1905, nov./dez. 2001. Entre nós, ver, sobre a contraposição das escolas, MEDAUAR, Odete. Serviço Público. RDA, Rio de Janeiro, v. 189, p. 100-113, jul./set. 1992.

⁵ Ver *A moralidade administrativa*, nota supra, p. 90-102.

contidas nesse artigo – todas encampadas pelo Prof. Hely – têm sido direta ou indiretamente citadas na doutrina brasileira e – o que é pior – na jurisprudência (que as cita via obra do Professor Hely), constituindo-se, neste segundo momento, em fonte do Direito. Qual o mal disso? Ou, mais diretamente, qual o mal em citar-se indiretamente o português Brandão? Ou, mais importante, que idéias tão errôneas ele nos legou?

Por partes. Nesse artigo da RDA, Antônio Brandão lança uma série de idéias e supostamente transcreve uma série de frases dos maiores discípulos franceses de Hauriou sobre o tema. Daqueles que teriam desenvolvido a idéia da moralidade. Mas o artigo da RDA não traz qualquer indicação bibliográfica. As citações, portanto, estão soltas no ar: não se sabe de onde vêm. Mas isso é só forma, poder-se-ia objetar. Talvez, se não fosse um trabalho a ser publicado em uma revista científica. O problema maior, no entanto, está no conteúdo: o artigo é de uma retórica impressionantemente vazia.

No artigo de Brandão estão frases mais ou menos como: “a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum”, ou “a moralidade administrativa corresponde às regras internas da administração”, ou da “a moralidade administrativa é a boa administração”⁶. Não consigo, para usar uma expressão do meu Orientador, Prof. Dr. Luís Afonso Heck, “agarrar o fio vermelho do ponto”. Ou, como gosta de dizer a Prof. Dra. Judith, lembrando Pontes de Miranda, não consigo ver onde isso “morde a vida”. E é assim, por tabela e de segunda mão, que nós temos lido os franceses, pais da idéia de moralidade administrativa.

Essa idéia de boa administração levou alguns brasileiros a dizer que “boa” é a “melhor” administração⁷, e que a partir daí estariam ainda mais estreitadas as portas da discricionariedade administrativa, porque o Juiz poderia controlar todo e qualquer ato administrativo, anulando-o, desde que não fosse “o melhor”.

Quero chamar atenção a esse ponto com outras palavras: o importante aqui é notar que, pós-88, salvo raras exceções, como citações em regra desconexas de frases do próprio Hauriou, muito do que se tem dito entre nós brasileiros (os únicos ‘privilegiados’ a terem a Moralidade Administrativa no texto constitucional) sobre a doutrina francesa da época na qual nasceu o conceito de moralidade administrativa foi tirado

⁶ RDA 25/454-467, Rio de Janeiro, jul./set. 1951. Citações nas p. 457-460.

⁷ Assim DELGADO, José Augusto. O princípio da moralidade administrativa na CF/88. RT 680/39. Ano 81, São Paulo, RT, junho de 1992.

do mencionado artigo de Antônio Brandão, artigo que tem, no entanto, repito, mais carências que virtudes. O artigo de Brandão parece-me mais uma colcha de retalhos – e retalhos que não sei de onde vêm.

Os autores mais citados por Brandão como sendo os discípulos de Hauriou que mais teriam levado adiante a idéia da moralidade administrativa são Lacharrière e Henri Welter. Posso afirmar com uma certa dose de certeza que a obra do primeiro ninguém entre nós leu, e eu estou dentre eles⁸. A obra do segundo, que de acordo com Brandão seria – e nisso ele está certo – a mais elaborada construção sobre a moralidade administrativa, não existe mais, hoje, nem na França⁹. Depois de 1988, então, posso afirmar, com a mesma dose de certeza, que ela não foi consultada pela doutrina, apesar de alguns a citarem em pé de página, o que é no mínimo estranho. Até o início do ano 2000, um exemplar dessa obra de importância histórica ao menos para nós brasileiros existia, precioso, escondido numa livraria de antigüidades jurídicas bem perto do Panthéon em Paris. O nome da Livraria: A Memória do Direito (*La Mémoire du Droit*). Sugestivo nome.

Depois de três anos que passei atrás da relíquia, no intuito de tentar melhor compreender a moralidade administrativa, cheguei em meados de 2000 atrasado para comprá-la. Esse único e último exemplar havia sido adquirido havia quatro meses. Mas nada se dá por acaso na história, até na compra de livros. A obra, que foi esquecida no país de origem – e já veremos o porquê –, foi comprada por um advogado brasileiro, de São Paulo. Um erudito e educado Senhor, que me fez a gentileza de emprestá-la. Tenho dúvidas de que tal obra tenha algum dia sido lida no Brasil que não pelo decano dos nossos administrativistas, o Professor Caio Tácito (que soube muito bem interpretá-la – e eu não precisaria nem lembrar isso).

São exatas 513 páginas de uma tentativa hercúlea – que depois se viu fracassada – em independizar, na França, o conceito de moralidade administrativa. A obra data de 1929, ano da morte de Hauriou. Ela é importante por vários aspectos, mas eu só vou salientar um: ela representa o ápice da doutrina francesa da moralidade administrativa, mas dela o português Brandão só cita uma frase, e ainda pela metade. A frase é a seguinte: “A moralidade administrativa, que nos propomos

⁸ A obra citada por Brandão é *Le Contrôle Hierarchique de l'Administration dans la Forme Jurisdictionnelle*, RDA 25/459.

⁹ A obra de HENRI WELTER intitula-se *Le contrôle Jurisdictionnel de la Moralité Administrative – Étude de Doctrine et de Jurisprudence*. Paris: Recueil Sirey, 1929.

estudar, não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras da boa administração, ou seja: pelo conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o bem e o mal, mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa”¹⁰.

Essa frase foi repetida dezenas de vezes na doutrina brasileira – e também na jurisprudência – como sendo a chave-mestra de um segredo. É peculiar – ia dizendo perigoso – a facilidade com que ela é encaixada em qualquer contexto fático ou mesmo jurídico. Só por isso a estou citando. É difícil, no entanto, excluir o que não caiba dentro dela, porque ela é de resto absolutamente oca e vazia de conteúdo. Numa palavra: a bela frase abriga quaisquer vontades e todos os arbítrios.

A frase, no entanto, continua assim: “De resto, o termo pouco importa, o todo é de se entender sobre os princípios”¹¹. Não há qualquer razão para a omissão dessa continuação, que faz toda a diferença, diferença essa que o Prof. Caio Tácito já havia notado, mesmo sem citar esse providencial corte do texto¹².

Faço breve retrospectiva histórica até aqui: com base em um único artigo – de valor científico quase nenhum –, nossa doutrina, desde antes de 1988 (relembro que Hely já escrevia em 1964) tem por base histórica do instituto da moralidade a obra de um português que pinçou, pela metade e fora do contexto, um única frase da principal obra do melhor autor do país onde o tema – a nós inédito enquanto texto – havia nascido e se desenvolvido.

Bebíamos, e nos regozijávamos, do vinho “francês” que nos serviam. Não nos foi dado conferir nem o rótulo, quanto mais o conteúdo.

Mas o que fez Welter? Sabedor de que o Conselho de Estado francês só poderia – como até hoje – perscrutar a *legalidade* do ato administrativo, buscou, com base no seu mestre Hauriou, uma “forma” segundo a qual se pudesse controlar o ato administrativo aparentemente legal, mas desviado na sua *finalidade*. E aqui o ponto: foi ao tratar do desvio de finalidade que Hauriou, sem muito desenvolvimento, costumava referir-se à moralidade administrativa na sua vasta obra.

¹⁰ RDA 25/459. Em WELTER, a citação está na p. 77 do seu *Le contrôle Jurisdictionnel*, nota anterior.

¹¹ WELTER, nota supra, p.77: “Du reste, le mot importe peu, le tout est de s’entendre sur les principes’.

¹² TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p.71.

Não vou tratar do desvio de finalidade aqui. Esse instituto é por demais conhecido de todos os que têm, como nós, uma matriz francesa do direito administrativo. Só lembro que ele nasceu na França, com o caso *Lesbats*, de 1864, e é fruto da lenta e gradual elaboração do Conselho de Estado. O conceito do desvio de poder ganhou o mundo e chegou, como não poderia deixar de ser, ao Brasil, o que se deu, positivado, na Lei de Ação Popular, em 1965. É Lei 4.717. O desvio de finalidade, diz a letra ‘e’ do par. único do art. 2 da Lei: “... *se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência*”. Numa palavra: o desvio de finalidade quer controlar os móveis do agir da autoridade administrativa. Essa definição tem a simplicidade e a pureza exigida dos textos legislativos e resume quase cem anos do que se entendeu na França por desvio de poder. E é o que se entende até hoje, bastando para isso consultar os livros sobre o assunto¹³. O mais autorizado administrativista francês de hoje, René Chapus, trata da moralidade administrativa somente e justo quando fala no desvio de finalidade, como que em reverência a Hauriou, e cita uma série de decisões judiciais. Chega a dizer que o desvio de poder é uma **condenação moral** da administração, aduzindo o seguinte, *verbis*: “O Conselho de Estado provou relativamente cedo a necessidade de exercer o que Hauriou pôde caracterizar como um *controle da moralidade*.” E cita, em seguida, o Caso *Lesbats*¹⁴.

Pois bem. Na França, de onde veio a idéia de moralidade administrativa, ela vingou sob outro nome. Moralidade administrativa veio a chamar-se desvio de poder, e continua assim. Maria Sylvia Di Pietro apreendeu muito bem isso e traz o melhor resumo entre nós dessa rápida evolução que tratei de fazer aqui¹⁵. Aliás, antes da CF/88, isso era muito bem compreendido. Cretella Jr. foi o primeiro a tratar, em monografia, do tema do desvio de finalidade, e lá se referiu à moralidade administrativa, dando a ela a importância devida¹⁶.

Foi aparecer o nome “moralidade administrativa” na CF/88 para que a casa se desarrumasse – e estou aqui no plano das idéias. Nem vou

¹³ Por todos, cito CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*. T. 1, 15ª ed., Paris: Montchrestien, 2001, p.1048-55.

¹⁴ CHAPUS, nota supra, p. 1049.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 103.

¹⁶ CRETELLA Jr., José. *Do Desvio de Poder*. São Paulo: RT, 1964, p. 45-46.

descer aos fatos da vida, que nos mostrou e nos mostra diuturnamente atos administrativos eivados de desvio de finalidade (ímorais, segundo Hauriou, portanto) e que continuamos, mesmo com a previsão constitucional, sem conseguir frear.

Inúmeras tentativas doutrinárias de se dar um colorido autônomo a essa nova 'moralidade administrativa' apareceram na doutrina brasileira, sempre com o intuito de distingui-la da legalidade. Aqui, é bem verdade, pode caber o mundo, e novamente não tenho tempo nem competência para tratar do assunto. Cuidei no livro de criticamente analisar as que me pareciam mais razoáveis¹⁷. Todas elas acabam ou dizendo o que a LAP já diz, ou referindo, implícita ou explicitamente, que a moralidade administrativa é um sobreprincípio de Direito, mais importante que o da legalidade, englobador de vários outros: razoabilidade, proporcionalidade, interesse público, igualdade. A moralidade é tudo, então, e nada. Além de arbitrário, por revelar a compreensão muito pessoal do Direito, penso que o raciocínio acaba desmerecendo os demais princípios, sobretudo o mais forte e importante deles, o da legalidade.

Alguns viram na moralidade administrativa, então, a tábua de salvação da nossa sociedade. Tudo estaria resolvido como que num passe de mágica. Aliás essa visão "abra-cadabra" do Direito tem sido muito difundida entre alguns novos hermeneutas brasileiros, que interpretam o Direito como se não tivesse existido milênios de estudo sério antes deles e que vêem na CF tudo o que querem. E eles, homens de bom coração, querem muito. Basta a eles que o Juiz aplique o Direito com sabedoria, valendo-se da igualdade, da razoabilidade, da proporcionalidade, e outros conceitos indeterminados. Perigosa ingenuidade.

A jurisprudência que se seguiu à CF/88 revela a nebulosidade e a falta de critérios racionais para apreender o real significado da moralidade administrativa. Eu começo o livro deliberadamente citando algumas dessas decisões. E pincei, claro que de propósito, algumas decisões não unânimes, nas quais se encontram as mais variadas citações sobre Moral e Direito. Aquelas frases lidas acima estão quase sempre presentes. Elas se encaixam em qualquer lugar.

Já que falei de história, e história do Brasil, seja-me permitido comparar o significado dessas palavras com o que Sérgio Buarque de Holanda dizia de boa parte da intelectualidade brasileira do séc. XIX, no

¹⁷ Ver *A moralidade administrativa*, nota 3 supra, p. 141-179.

seu monumental *Raízes do Brasil*: “*Todo o nosso pensamento dessa época revela a mesma fragilidade, a mesma inconsistência íntima, a mesma indiferença, no fundo, ao conjunto social; qualquer pretexto estético serve-lhe de conteúdo. Pode aplicar-se a ele o que disse da filosofia Junqueira Freire, em sua autobiografia: ‘Era uma linguagem igualmente luxuriosa para dizer a mesma coisa. Nada de verdadeiro, tudo de belo, mais arte do que ciência; mais cúpula que alicerce’*”¹⁸.

Pois bem, ao contrário da maioria, não vejo na moralidade administrativa do art. 5 qualquer novidade, a não ser a sua constitucionalização – e isso já é extremamente importante, por razões evidentes que me dispense de comentar. Nem vejo nela a panacéia aos males da nossa administração pública. Sigo a advertência de Menezes Cordeiro: não se peça à moral o que ela não pode dar¹⁹.

Penso que o conteúdo dessa moralidade é o mesmo que sempre existiu e é ele que nos devemos perseguir e combater. Não há, repito, enquanto conteúdo, qualquer novidade aqui. Desde sempre a moralidade administrativa foi protegida entre nós, e mormente depois da LAP. Só não veio com este nome. O nome usado pelos feitores dessa lei – aliás uma das melhores leis que temos, muito ao sabor da excelência dos juristas que a redigiram, e vou lembrar somente um, Seabra Fagundes²⁰ – era o nome utilizado à época pelo mundo todo: desvio de finalidade. Basta que consultemos a exposição de motivos da Lei – que a nossa doutrina, embriagada do vinho “francês”, também não leu, talvez porque não tenha sido publicada. Lá estão inúmeras citações sobre a defesa da moralidade administrativa, da moral da administração²¹. A LAP queria protegê-la também, da mesma forma que a CF o fez. Só que não usou o nome. Aqui entraria bem a observação de Clóvis do Couto e Silva segundo a qual há uma inexplicável relutância dos juízes brasileiros a aplicar normas não positivadas.

Mas voltando. Como se chega à conclusão que expus? É preciso que se perquiria a *nossa* doutrina; que se bebam os *nossos* vinhos. Autores brasileiros já tratavam, embora timidamente, da matéria, antes da CF/88. Faziam-no em regra ao cuidar do desvio de finalidade. Já citei

¹⁸ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 162-163.

¹⁹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 1.174.

²⁰ Ver FAGUNDES, Miguel Seabra. Da ação popular. *RDA* 6/1-19.

²¹ Conferir em *A moralidade administrativa*, nota 3 supra, p. 125-128.

Cretella Jr. e aduzo agora José de Castro Nunes, que cuidou do assunto já em 1937 ao falar do mandado de segurança, instrumento jurídico apto na época a desfazer ato inconstitucional ou ilegal. No controle dessa legalidade estaria o excesso de poder, e aí apareceria a moralidade administrativa, também controlável²².

Depois dele, foi Manoel de Oliveira Franco Sobrinho quem tratou do tema, em 1974. Curioso é que se tem lido mais a obra pós-88, intitulada “O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa”, escrito em 1993, sem que se consulte a primeira obra: “O Controle da Moralidade Administrativa”, de 1974. Aqui o Professor Paranaense trata vagarosamente da questão da moralidade, mas em nenhum momento fala que a moral contém o Direito. Ele sustenta justo o contrário. Ele diz, nas páginas 103-4 da obra: “A legalidade, como princípio, incorpora a moralidade”. Em verdade, ele não se afasta em muito do desvio de poder, e chega a dizer, na página 40, que o elemento *teleológico* do ato administrativo é o que mais se afina com a posição *moral* da ação estatal. E, em diversas outras passagens deixa claro que o que ele entende por moralidade administrativa é a legalidade material – e não meramente formal – do ato administrativo. Não é por coincidência que hoje a doutrina francesa já tenha fechado a questão no seguinte ponto: o controle da legalidade do ato pode-se dar de duas formas: legalidade externa (incompetência, vício de procedimento e vício de forma), e ilegalidade interna (vício de conteúdo, de motivos e de intenção – aqui a moralidade e o desvio de finalidade)²³.

Isso foi, de certa forma, o que fez ver Henri WELTER – que, em suma, chamou de moralidade administrativa todos as hipóteses de ilegalidade interna do ato administrativo. E, entre nós, com outras palavras, fez DIOGO MOREIRA NETO²⁴.

Pois bem. A história do nosso Direito Administrativo mostra que sempre demos à moralidade tratamento jurídico de acordo com o que ela vinha recebendo em todo o mundo. Por que veio aparecer na CF/88 então?

Aqui eu não posso mais que arriscar um palpite. Não tenho como provar isso, pois. Mas nossa memória nos faz lembrar que saímos, à época, de mais de 20 anos de ditadura. Os ventos da ética sopravam não

²² Conferir em *A moralidade administrativa*, nota 3 supra, p. 119-120.

²³ Cito novamente, por todos, CHAPUS, nota 13 supra, p. 1.019-1.055.

²⁴ Conferir MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. *Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação*. RDA, Rio de Janeiro, v. 190, p. 1-44, out./nov. 1992.

somente no Brasil, mas no mundo todo, e não somente no Direito. Lembro que em 1996, na Califórnia, Amartya Sen, um indiano, que veio depois a ser um dos dois únicos não-americanos a ganhar o prêmio Nobel de economia, proferiu uma série de conferências sobre “Ética e Economia”, que vieram a ser traduzidas ao português e estão publicadas em um livro²⁵. Lá, Amartya Sen dizia que já era hora de a economia se aproximar da ética. Muitos talvez hoje, observando o nosso mundo desigual, possam concluir que esse conselho não foi ouvido.

A Ética estava na pauta do dia. Queríamos um Estado ético, uma Administração moral, o combate à corrupção. Se vasculharmos os anais da Assembléia Constituinte, veremos que a moral estava sempre presente ao debate. Perderiam os Constituintes a oportunidade de fazer constar da nossa Constituição a palavra que todos queriam pronunciar e ouvir? Não perderam.

No meu entendimento, então, a moralidade administrativa do art. 5º é a legalidade interna do ato. O que devemos é tentar controlá-la, e isso já será muito. Sabe-se que este vício, o do desvio de finalidade, é o mais oculto dos vícios. O mais difícil de provar. Sabemos que o cidadão brasileiro deve ser mais atuante, e aqui poderíamos discutir inclusive a legitimidade de o próprio Ministério Público intentar ações populares, o que entendo possível, lembrando que esse entendimento não tem nada de novo, uma vez que a Prof. ADA GRINOVER já o defende há muito²⁶.

E o que dizer da moralidade do art. 37? Aqui começa a segunda parte.

Ela também tem uma história, que está imbricada com a do art. 5º. Também por isso eu disse antes que iria distingui-las, sem separá-las.

Pois bem. No artigo 37, entendo que a principal – não a única – função da moralidade administrativa é veicular ao Direito Público o princípio da boa-fé, que vem do Direito Privado. A boa-fé objetiva principalmente, porque a subjetiva está consubstanciada na improbidade administrativa, prevista no § 4º do mesmo art. 37²⁷.

²⁵ SEN, Amartya. *Ética e Economia*. São Paulo: Schwarcz, 1999.

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Uma nova modalidade de legitimação à ação popular: possibilidade de conexão, continência e litispendência. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 19, p.53

²⁷ Desenvolvi o conteúdo da moralidade do art. 37 na Segunda Parte do livro *A moralidade administrativa*, nota 3 supra, p. 189-309.

Também há uma razão histórica para assim entender. E aqui, novamente ao contrário do que diz Antônio Brandão²⁸ e outros, não foi em meados da década de 20 do século passado que Hauriou falou pela primeira vez em moralidade administrativa, mas sim em 1903, quando escreveu, em parceria com Guillaume de Bezin, um artigo sobre “A declaração de vontade no Direito Administrativo francês”²⁹, a qual ele sustentava ser idêntica à do ato jurídico alemão.

Em síntese ao que nos interessa. Hauriou tratou da moralidade pela primeira vez aí, justo quando referiu que a moralidade deveria cumprir, no Direito administrativo francês, o papel que a boa-fé dos §§ 157 e 242 cumpriam no Código Civil Direito Alemão (BGB). Aqui a origem, e aqui a ligação que proponho.

Apreendi com o meu amigo Jorge Cesa Ferreira da Silva que nem mesmo os cultores do BGB sabiam qual seria o alcance dessa cláusula geral de boa-fé³⁰. Vemos hoje que foi vasto. Não vejo razão para não se adotar, com seus necessários matizes, as contribuições da boa-fé objetiva do Direito Privado aos domínios do Direito Público.

A moralidade administrativa veiculada pelo art. 37 significa principalmente, pois, a boa-fé, ou a proteção da confiança, no Direito Público. Isso não é pouco, ao contrário do que se tem dito. Não estou confinando a moralidade à boa-fé e à proteção da confiança. Quem diz isso só pode ter uma estreita visão da boa-fé objetiva, que tem várias funções no Direito Privado, tão bem tratadas por Wieacker, no seu livro sobre “O princípio geral da boa-fé”. Mais: somos nós, aqui, verdadeiramente privilegiados, porque temos os livros de MENEZES CORDEIRO e Judith MARTINS-COSTA³¹ a tratar do tema, para citar os melhores. No campo do Direito Público, ainda que em menor número os escritos, vale lembrar a recente publicação de Edilson Pereira NOBRE Jr.³² e também as traduções do meu orientador, Prof. Heck, de

²⁸ RDA 25/457.

²⁹ HAURIUO, Maurice, e BEZIN, Guillaume. La déclaration de volonté dans le droit administratif français. *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 3/543-586. Ano 2. jul./set. 1903.

³⁰ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A admissibilidade do conceito de violação positiva do contrato no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 47

³¹ Menezes Cordeiro, v. nota 19 supra. Ver MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: RT, 1999.

³² NOBRE Jr., Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

algumas palestras de um grande administrativista alemão, Harmut Maurer, sobre o tema³³.

O que se pode esperar do Estado ante o princípio da moralidade do art. 37 é muito, portanto. Mas, como lá no art. 5º, aqui no art. 37 ela não representa a panacéia de todos os males. Mas pode ajudar-nos a construir um país mais igualitário.

Ainda “dentro” desta moralidade do art. 37 está a improbidade administrativa, como referi antes, mas sobre o tema da improbidade eu precisaria de outro convite do meu amigo Anízio, e não posso dele tratar aqui.

Alguém poderá objetar que parece não ter qualquer valor ter sido positivada moralidade administrativa na CF/88. Não é assim, entretanto. Fico aqui com as palavras do meu querido Professor Almiro do Couto e Silva, que me honrou com o prefácio do meu trabalho – que, sempre digo, vale mais que o livro:

“Por ter função pedagógica, orientadora e, ao mesmo tempo, alimentadora do culto aos valores contidos nos direitos fundamentais e nos princípios por vezes chamados de estruturantes do Estado brasileiro, que se qualifica como Democrático de Direito, é que a Constituição de 1988 insiste, repete, reitera e torna, por vezes, a insistir, repetir e reiterar preceitos já implicitamente contidos na constelação de normas que formam o nosso sistema constitucional. Há coisas que só pela repetição se aprendem ou que, como nas preces, só pela repetição cremos que se tornam eficazes. Que assim seja.”

Seja-me permitido terminar com a leitura de dois trechos do trabalho, que entendo resumirem o esforço que empreendi.

Na epígrafe está a conhecida passagem de Lewis Carrol, num dos Livros de Alice, *Através do Espelho*:

“Não sei o que você quer dizer com *glória*” – disse Alice. Humpty Dumpty sorriu, superior. “Claro que você não saberá, até que eu lhe diga: significa que há uma bela e arrasadora contenda o esperando”. “Mas *glória* não significa isso”, objetou Alice. “Quando uso uma palavra” – disse Humpty Dumpty, “ela significa aquilo que quero dizer, nem mais nem menos”. “A questão é” – disse Alice – “se você pode fazer uma palavra significar tantas coisas

³³ MAURER, Harmut. *Elementos de Direito administrativo alemão*. Porto Alegre: Fabris, 2000.

diferentes”. “A questão é”, respondeu Dumpty, “quem manda – e isto é tudo”.

O último parágrafo do livro diz:

“Olhos na epígrafe da ‘Introdução’ deste obra, troque-se, em imaginação, a palavra ‘glória’ por ‘moralidade administrativa’. O operador do Direito deve pretender que jamais vingue, nem expresso, nem camuflado, o pensamento de Humpty Dumpty, e trabalhar para isso.”

Falei em história, e não posso terminar essa exposição sem relembrar que esta Escola também tem uma história, da qual todos fazemos parte. Tenho um pouco de mim aqui dentro. Meu pai, ao lado de outros tantos, foi um de seus fundadores e o seu segundo Diretor. Eu era criança. Estou um pouco em casa aqui. Mais em casa hoje do que antes, porque o Diretor, hoje, desta Escola és tu, meu amigo Anázio – e é essa a única razão de eu estar aqui agora, com a honra de ser o palestrante desta aula final. Sei bem que eu não merecia tanto, e que a amizade às vezes exagera na bondade. E quero dizer, em nome de todos, mesmo sem procuração, que és já um dos grandes, se não o maior, dos Diretores desta Escola Superior. Em tão pouco tempo, fizeste tanto, com tanto empenho. Somos todos testemunhas disso, e eu, uma testemunha especial – e o registro é mais que necessário. O que estás a fazer na Direção desta Casa não pode jamais ser esquecido. Estás dando seguimento e reforçando um trabalho de outros que te antecederam. O que tentei fazer aqui foi mostrar a importância da história, mas aquela da moralidade administrativa, nesta aula final, para a qual agradeço, novamente, comovido, o convite. Muito obrigado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARBOZA, Márcia Noll. *O princípio da moralidade administrativa: uma abordagem do seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BRANDÃO, Antônio José. *Moralidade Administrativa*. RDA, Rio de Janeiro, v. 25. P. 454-467, jul./set. 1951.

CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*. T. 1, 15ª ed., Paris: Montchrestien, 2001.

CRETELLA Jr., José. *Do Desvio de Poder*. São Paulo: RT, 1964.

DELGADO, José Augusto. *O princípio da moralidade administrativa na CF/88*. RT, São Paulo, v. 680, p. 34-46. Jun. 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discrecionariiedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Da ação popular. *RDA*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 1-19, out. 1946.

FERRAZ Jr., Érica Administrativa em um país em desenvolvimento. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, v. 22, p. 38-43, jan./mar. 1998.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A admissibilidade do conceito de violação positiva do contrato no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Uma nova modalidade de legitimação à ação popular: possibilidade de conexão, continência e litispendência. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 19, p. 53-56, abr./jun. 1997.

HAURIOU, Maurice, e BEZIN, Guillaume. La déclaration de volonté dans le droit administratif français. *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 31543-586. Ano 2. Julho-Setembro de 1903.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Razes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: RT, 1999.

MAURER, Harmut. *Elementos de Direito administrativo alemão*. Porto Alegre: Fabris, 2000.

MEDAUAR, Odete. Serviço Público. *RDA*, Rio de Janeiro, v. 189, p.100-113, jul./set. 1992.

MELLERAY, Fabrice. École de Bordeaux, école de service public et école du giste. Proposition de distinction. *Revue du Droit Public*, Paris, n. 6, p. 1887-1905, nov./dez. 2001.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação. *RDA*, Rio de Janeiro, v. 190, p. 1-44, out./nov. 1992.

NOBRE Jr., Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

SEN, Amartya. *Ética e Economia*. São Paulo: Schwarcz, 1999.

TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p.71.

WELTER, Henri. *Le contrôle Jurisdictionnel de la Moralité Administrative – Étude de Doctrine et de Jurisprudence*. Paris: Recueil Sirey, 1929.