

Nilton Martins de Quadros

**O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA
SOB O ENFOQUE GARANTISTA**

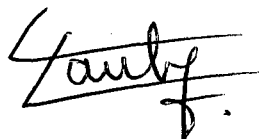
Dissertação apresentada à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor Sergio Cademartori.

Florianópolis (SC), 2001.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CONVÊNIO COM A UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA
MESTRADO EM DIREITO

O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA
SOB O ENFOQUE GARANTISTA

Nilton Martins de Quadros
Orientador Prof. Dr. Sérgio Cademartori



Prof. Dr. Christian Guy Caubet
Coordenador CPGD/CCJ/UFSC

Florianópolis, 2001.

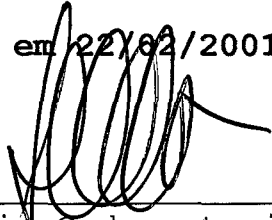
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CONVÊNIO COM A UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA
MESTRADO EM DIREITO

"O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA
SOB O ENFOQUE GARANTISTA"

Nilton Martins de Quadros

Dissertação apresentada à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor Sergio Cademartori.

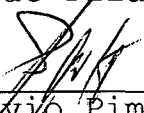
APROVADO PELA BANCA EXAMINADORA em 22/02/2001



Dr. Sergio Cademartori (Presidente)



Dr. José Isaac Pilati (Membro)



Dr. Luiz Otávio Pimentel (Membro)

Florianópolis, Santa Catarina, fevereiro de 2001.

SUMÁRIO

RESUMO	7
ABSTRACT	8
INTRODUÇÃO	9
1. O GARANTISMO JURÍDICO	13
1.1. ASPECTOS GERAIS SOBRE O <i>GARANTISMO</i>	13
1.2. A TEORIA GERAL DO <i>GARANTISMO</i> - TRÊS ACEPÇÕES DA PALAVRA <i>GARANTISMO</i>	15
1.2.1. O Modelo Normativo de Direito no Estado de Direito ...	15
1.2.2. A Teoria Jurídica da Validade e da Vigência das Normas	16
1.2.3. A Filosofia do Direito e Crítica da Política	21
1.3. O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO: O PARADIGMA DO <i>GARANTISMO</i>	23
1.3.1. O Estado de Direito	24
1.3.2. A Supremacia da Lei no Estado de Direito	27
1.3.3. As Transformações no Estado de Direito	29
1.3.3.1. Governo "Per Leges"	29
1.3.3.2. Governo "Sub Lege"	30
1.3.4. Estado Constitucional de Direito	34
1.4. DEMOCRACIA E <i>GARANTISMO</i>	36
1.4.1. Democracia e Estado de Direito	37
1.4.1.1. Democracia, "Estado Liberal" e "Estado Social"	39
1.4.2. Democracia Formal e Democracia Substancial	41
1.4.3. O Estado Democrático de Direito na Constituição da República Federativa do Brasil.	45
1.4.4. Democracia no Brasil: O Modelo e a Realidade	47
1.4.4.1. O Poder Invisível	49
1.4.4.2. A Democracia no Neoliberalismo	50
1.4.4.3. A Reforma Política	52
1.4.4.4. A Cláusula de Barreira	54
1.4.4.5. O Voto Distrital	57
1.4.5. O Controle Social sobre o Estado: A Democracia Para Garantir o Direito e o Direito Para Garantir a Democracia	59
2. O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA	66
2.1. A Operatividade DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	66
2.1.1. A Função Jurídica dos Princípios: Três Concepções ...	66
2.1.2. A Normatividade dos Princípios no Direito	69
2.1.3. Princípios e Regras	71
2.1.4. A Força Normativa dos Princípios Constitucionais	76
2.1.5. A Supremacia dos Princípios Constitucionais e o Paradigma do <i>Estado de Direito</i>	77
2.2. PRINCÍPIO DA MORALIDADE E A ADMINISTRAÇÃO	80
2.2.1. Direito e Moral com a evolução do Estado e do Ordenamento Jurídico	80

2.2.2. Direito, Moral Comum e Moralidade Administrativa	86
2.2.3. Princípio da Moralidade: Tratamento Doutrinário e Jurisprudencial	94
2.2.3.1. Moralidade e Legalidade na Teoria do Desvio de Poder	95
2.2.3.2. A Moralidade Administrativa como Princípio Constitucional	102
2.2.3.3. Controle da Moralidade à Luz da Jurisprudência	109
3. O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS COM BASE NO PRINCÍPIO DA MORALIDADE	115
3.1. A MORALIDADE ADMINISTRATIVA PELA DOCTRINA TRADICIONAL .	115
3.1.1. O Princípio da Moralidade em Hely Lopes Meireles	115
3.1.2. O Princípio da Moralidade em Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez.....	120
3.1.3. O Princípio da Moralidade em Maria Sylvia Zanella Di Pietro	123
3.2. O PRINCÍPIO DA MORALIDADE SOB A ANÁLISE DO GARANTISMO .	128
3.2.1. Sobre o Conceito Garantista de Moralidade Administrativa	128
3.2.2. O Garantismo e a Operatividade do Princípio da Moralidade Administrativa	131
3.3. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.	132
3.3.1. Moralidade Administrativa como Direito Fundamental ..	132
3.3.2. Quem está Obrigado a Respeitar o Princípio da Moralidade	133
3.3.3. A independência do Princípio e a Tutela Jurisdicional da Moralidade num Enfoque Garantista	135
CONSIDERAÇÕES FINAIS	144
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	149

RESUMO

O Garantismo Jurídico surgido no campo do direito penal evoluiu para se transformar em teoria geral, compreendendo concepção de Estado, teoria sobre sua justificação e teoria jurídica, bem como filosofia do direito. Sob a ótica desta teoria jurídica é que o Estado, a democracia e o controle da moralidade administrativa são interpretados.

A moralidade administrativa enquanto construção da sociedade é abordada sob vários aspectos, desde o seu surgimento enquanto valor externo ao direito até a positivação desta enquanto princípio constitucional. Frente à contemporânea teoria da operatividade dos princípios enquanto norma, somando-se à supremacia constitucional, a moralidade administrativa é abordada à luz da teoria geral do Garantismo jurídico.

A moralidade administrativa não mais a ser apenas um dever do administrador e sim um direito fundamental do cidadão, permitindo a fundamentação da sua defesa, tanto nas esferas políticas quanto no judiciário.

Enquanto técnica de controle da moralidade, este Trabalho propõe a ampliação da participação social nos espaços de decisão e poderes, sem deixar de abordar sobre o controle, inclusive de mérito, dos atos administrativos pelo Poder Judiciário como forma de assegurar o direito fundamental do cidadão em ter governos honestos e eficazes.

ABSTRACT

The Juridical Guarantee emerged in the penal law field developed to change in a general theory, understanding State conception, theory of its justification and juridical theory, as well as law philosophy. By this juridical theory view, the State, the democracy and the moral management control are interpreted.

The moral management as society construction is shown by various aspects, since its arising as external value to law until its positiveness while constitutional principle. Facing the contemporary operational theory of the principles as a rule, adding to the constitutional supremacy, the moral managing is shown to the light of the general theory of the Juridical Guarantee.

The moral management is not only to be seen as the manager's duty but as a fundamental right of the citizen, allowing the foundation of their defense, such as in political field as in the judiciary field.

As moral control technique, this research suggests the improvement of the social participation in the decisions and sovereign spaces, including the merit, of management acts by the Judiciary Power to assure the fundamental right of the citizen to have honest and efficient government.

INTRODUÇÃO

Esta Dissertação, que leva o título *O Princípio da Moralidade Administrativa Sob o Enfoque Garantista*, busca contribuir para a análise de alguns fatores, de ordem política e jurídica sobre o Estado de Direito e o controle da moralidade na administração pública, bem como oferecer uma proposta de interpretação do princípio constitucional da moralidade administrativa como direito fundamental do cidadão.

Para tanto, serve-se da teoria geral do garantismo, concebida por Luigi Ferrajoli e entendida como capaz de analisar o Estado de Direito contemporâneo e propor caminhos para correção de suas distorções atuais.

O trabalho é dividido em três capítulos. No capítulo primeiro faz-se uma abordagem inicial sobre a teoria jurídica garantista, a partir do conceito de "legalidade estrita" desenvolvida por Ferrajoli para o direito penal até a concepção de uma teoria geral do garantismo, postula como exigência mínima de um Estado de Direito, o respeito aos direitos fundamentais, individuais e coletivos, liberais e sociais. Faz-se uma sucinta abordagem das três acepções da palavra *garantismo*, que compreende: a) um modelo normativo do Estado de Direito, próprio dos Estados Constitucionais; b) a teoria jurídica da *validade* e da *vigência* das normas, que promove reformulação do significado de validade, que de existência

para Kelsen, passa a ser dividido em dois conceitos: de existência ou vigência e de validade; c) a Filosofia do Direito e a crítica da política que exige do Estado, justificação externa, o que permite a valoração do ordenamento a partir da separação entre o *ser* e o *dever ser* do direito. Esta valoração *ex parte populi* é denominada por Ferrajoli de *ponto de vista externo*, que se diferencia do *ponto de vista interno*, ou jurídico, tendo precedência o primeiro sobre o segundo.

Neste primeiro capítulo, aborda-se ainda a questão do Estado, sua evolução desde o absolutismo até o Estado Constitucional de Direito, como paradigma do Garantismo. A parte final desse capítulo aborda a concepção garantista de democracia, fazendo paralelo entre a Democracia Liberal e a Democracia no Estado Social para apresentar a proposta garantista de Democracia Substancial como conquista do constitucionalismo contemporâneo e defesa dos direitos fundamentais, bem como do controle social sobre o Estado. Faz-se ainda uma abordagem da crítica da democracia no Brasil, a divergência entre o modelo e a realidade.

O segundo capítulo trata do Princípio da Moralidade Administrativa, abordando a distinção entre regras e princípios para depois adentrar no tema da normatividade dos princípios, quando aborda as teorias sobre os mesmos e sua força normativa. Quanto aos princípios constitucionais, apresenta-se a questão da plena normatividade e supremacia com atributo do constitucionalismo contemporâneo. A questão da moralidade administrativa é abordada em seus aspectos históricos, bem como a relação entre moral e direito na evolução do Estado e do Ordenamento Jurídico. Nesta parte do trabalho,

aborda-se também o tratamento doutrinário e jurisprudencial dado ao tema da moralidade administrativa, da evolução da teoria do desvio de poder como técnica de controle da moralidade, esta entendida como uma das formas de ilegalidade, para a atual independência da moralidade como forma própria e pressuposto obrigatório da validade dos atos administrativos.

A parte final do trabalho, compreendida no capítulo terceiro, trata do controle dos atos administrativos com base no princípio constitucional da moralidade administrativa. Este capítulo aborda três questões básicas: a) a moralidade pelos teóricos tradicionais, no qual faz-se estudo da moralidade em Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Eduardo García de Enterría; b) a moralidade sob o enfoque garantista, buscando definir o conceito de moralidade a partir desta teoria jurídica, bem como a contribuição do garantismo na questão da operatividade do dispositivo constitucional que trata da moralidade na administração pública; c) a parte final do capítulo aborda a *garantia* constitucional da moralidade administrativa, que se apresenta esta como direito fundamental do cidadão e da sociedade em ter governos honestos, bem como a tutela jurisdicional da moralidade numa visão garantista, e ainda, sobre a obrigação moral de respeitar as leis, abordando quem está moralmente obrigado no Estado Democrático de Direito.

Nas considerações finais aborda a aplicabilidade da teoria garantista para o exercício do poder normativo no Estado Constitucional de Direito, baseado na Constituição de 1988, bem como, a divergência entre o ser e o dever ser do da administração pública e do judiciário, com o

crescente grau de deslegitimação jurídica do Estado de Direito.

Por último, algumas observações sobre o método utilizado: a) o método é o dedutivo, partindo da teoria geral do garantismo, com estudo bibliográfico, confrontando o posicionamento dos autores para aplicar ao tema proposto; b) a tradução do espanhol é livre do próprio autor; c) o trabalho é baseado exclusivamente em pesquisa bibliográfica.

1. O GARANTISMO JURÍDICO

1.1. ASPECTOS GERAIS SOBRE O GARANTISMO

A moderna teoria *garantista* tem como seu principal teórico o professor italiano Luigi Ferrajoli. A palavra "*Garantismo*", primeiramente, referia-se à teoria do *garantismo* penal, ao passo que na atualidade, além disso, faz referência a uma teoria geral, envolvendo desde concepção de estado à teoria sobre sua justificação, teoria jurídica e filosofia do direito. O *garantismo* tem suas origens históricas no iluminismo clássico.

O marco teórico desta nova proposta enquanto ciência do direito é dada por Ferrajoli em sua obra *Diritto e Ragione* de 1989.

A expressão *garantismo* vem do direito penal e tem bastante a ver com o modelo de "legalidade estrita" formulada por Ferrajoli. Na esfera penal, tanto na Constituição Italiana quanto na Brasileira e ainda em muitas outras, houve recepção do modelo penal *garantista* enquanto padrão de racionalidade, justiça e legitimidade da intervenção punitiva. Ocorre, entretanto, que tais normas (constitucionais) por inúmeras vezes são desatendidas pela legislação ordinária, pelo judiciário e principalmente pela administração policial. Sobre esta divergência, assim expõe Ferrajoli:

"Esta divergência entre a normatividade do modelo no nível constitucional e sua ausência de efetividade nos níveis inferiores comporta o risco de fazer daquele uma simples fachada, com meras funções de mistificação ideológica do conjunto."¹

Para o autor acima, o garantismo surgiu para contrapor-se à crescente desenvoltura da divergência acima citada, bem como frente às culturas jurídicas cada vez mais presentes, que vão alimentando tal divergência, em nome da defesa do *Estado de Direito*.

A Descrição do garantismo a partir de Ferrajoli, Cademartori apresenta que a proposta contém três acepções, conforme o seguinte:

"a expressão garantismo apresenta três acepções: numa primeira, designa um modelo normativo de Direito, próprio do Estado de Direito, entendido aquele em três planos."²

Os três planos a que se refere o autor são: a) no plano epistemológico da teoria do direito com seu papel descritivo, mas também normativo e prescritivo; b) quanto à teoria do direito do *Estado de Direito*, com a distinção entre vigência e validade; c) quanto ao papel crítico e sua dimensão normativa e valorativa que a distinção (vigência e validade) dá à dogmática jurídica e à atividade jurídica³.

1. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. 2 ed., Madri: Trotta, 1997, p. 851.

2. CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, Op.cit. p.76.

3. Cf. FERRAJOLI, op. cit., p. 851.

1.2. A TEORIA GERAL DO GARANTISMO - TRÊS ACEPÇÕES DA PALAVRA GARANTISMO

Quanto às acepções da palavra *garantismo*, apresento abaixo, noção geral sobre o modelo normativo de direito baseado nos atuais ordenamentos constitucionais, sobre o Direito no Estado de Direito e sobre a redefinição dos conceitos de validade e vigência a partir de Ferrajoli.

1.2.1. O Modelo Normativo de Direito no Estado de Direito

Na primeira acepção da palavra *garantismo*, na expressão de Ferrajoli, trata do "*Estado de Derecho: niveles de normas y niveles de deslegitimación*"⁴, sendo que esta primeira acepção do *garantismo*, designa um modelo normativo de direito, que para o plano do direito penal é o modelo da legalidade estrita, conforme abordado no título um deste capítulo.

No plano epistemológico, tal modelo caracteriza-se com um sistema de poder mínimo, tendo, no plano político, a busca de medidas tutelares capazes de priorizar a liberdade com a minimização da violência e no plano jurídico um sistema de freios, vínculos, à pretensão punitiva do Estado em favor da garantia dos direitos do cidadão.

Nesta acepção, o *garantismo* mostra sua face mais apegada ao Iluminismo e ao Liberalismo. O *Estado de*

4. FERRAJOLLI. Op. cit., p. 851. (Estado de Direito: níveis de normas e níveis de deslegitimação).

Direito - Constitucional - tem seu modelo normativo de direito próprio, garantista por definição constitucional e antigarantista pela divergência existente, na prática, entre os níveis de normas inferiores (em desrespeito substancial às superiores) e pela prática dos órgãos executores das normas. Assim, qualquer norma inferior que se contrapuser substancialmente a este modelo normativo de direito, próprio do Estado Constitucional de Direito, embora possa ser formalmente vigente, não pode ser considerada válida.

1.2.2. A Teoria Jurídica da Validade e da Vigência das Normas

Para a segunda acepção, o *Garantismo* refere-se a "uma teoria jurídica da validade, da efetividade e de vigência normativas"⁵, procedendo à redefinição dos conceitos de validade, vigência, legitimidade e eficácia das normas. Conforme Cademartori esta reformulação dos conceitos de vigência e validade tem destaque na obra de Luigi Ferrajoli:

*"A reformulação do significado de validade é o ponto central da obra de Ferrajoli, que de existência (para Kelsen), passa a ser dividido em dois conceitos distintos. O de existência ou vigência, que respeita à validade formal da norma, e o de validade propriamente dito, respeitante à validade material."*⁶

5. CADEMARTORI, op. cit., p. 77.

6. CADEMARTORI, Sergio; XAVIER, Marcelo Coral. Apontamentos iniciais a Cerca do Garantismo. Disponível em: www.buscalegis.cj.ufsc.br, acesso em 10/12/1999.

Na reformulação apresentada, o primeiro dos novos conceitos apresentados por Ferrajoli, trata sobre as normas (regras) sobre a produção de normas e o segundo, refere-se à necessidade de respeito/identificação, ou, pelo menos, não contradição entre as disposições das normas inferiores e superiores. A conclusão aqui apresentada remete a outra: a validade da norma inferior é fundamental para atribuir-se à condição de eficácia da norma superior.

Nesta face do *Garantismo*, Ferrajoli revoluciona o paradigma da validade no campo das ciências jurídicas e da teoria do direito, demonstrando de forma clara a falência do sistema juspositivo clássico. O autor põe por terra a concepção clássica de que a validade da norma, independentemente do conteúdo, tem a ver com sua existência, com a pertinência a um determinado ordenamento, que disciplina a produção de normas. O autor italiano Ferrajoli afirma que:

*"o sistema das normas sobre produção de normas - estabelecidos geralmente nos nossos ordenamentos, em nível constitucional - não se compõe efetivamente só de normas formais sobre a competência ou sobre o procedimento de criação das leis."*⁷

A regra sobre a produção de normas, em nível constitucional, além de exigir respeito às mesmas como pressuposto de validade, determina o respeito aos princípios e direitos fundamentais consagrados, também, e

7. FERRAJOLI, Luigi. O Direito Como Sistema de Garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades (Org.). O Novo em Direito e Política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 89-109.

em muitos casos, de forma mais importante⁸, dentro da Constituição.

Sob o enfoque *garantista*, portanto, uma norma emitida pela *autoridade competente*, sem qualquer vício de *forma*, embora formalmente existente, pode ser *inválida* se, por ventura, vier a *contrariar norma substancial* sobre sua produção, mesmo que tenham sido respeitadas as normas formais sobre sua produção.⁹

Este avanço *garantista* em apresentar a diferença conceitual entre a validade e vigência das normas, dá um enfoque novo à teoria do ordenamento jurídico.

Serrano, assim expõe tal diferença:

"(...)la validez de una norma no depende sólo de su vigencia espacial, material, personal, competencial, procedimental o temporal; sino también de un juicio de coherencia estático, de contenido sustancial, que confronta a la norma con el sistema jurídico en su totalidad, incluyendo dentro a la constitución histórica."

10

E novamente Ferrajoli:

"A existência de normas inválidas só pode ser facilmente explicada se distinguirem duas das regularidades ou legitimidade das normas: o que podemos chamar a vigência ou a existência, que respeita à forma dos atos normativos e que dependem da sua conformidade ou correspondência com as normas formais sobre sua formação; e a **validade** propriamente dita ou, se trata de leis, a constitucionalidade, que se refere ao seu

8. A exemplo a Constituição Brasileira, guardou sob as "cláusulas pétreas" parte do ordenamento constitucional que não se pode reformar nem se quer por unanimidade pelo poder constituinte derivado.

9. Por norma substancial quer se dizer das normas que regulam a substância, o conteúdo da norma produzida.

10. SERRANO, José Luiz. *Validez y Vigencia, Aportacion Garantista a la Teoria dei Derecho*. Mimeografado, Granada, 1999, P.92.

significado ou conteúdo e que depende de sua coerência com as normas substanciais sobre sua produção."¹¹

O *garantismo* consegue este avanço (inclusão do controle substancial) pela constatação de que as modernas formas de *Estado de Direito*¹², incorporaram no ordenamento positivo vários valores tido como "naturais" do jusnaturalismo, dentre os quais a pessoa humana como valor, a liberdade, os direitos sociais.

Todos estes valores foram positivados nas modernas constituições como "direitos fundamentais" que contém "limitações ou imperativos negativos, ou que, também positivos, como aqueles expressos pelos direitos sociais"¹³.

O *garantismo* traz também uma importante distinção de conceitos. Para a terminologia clássica, se uma norma inferior entrar em vigor respeitando os "limites formais", mas não os "limites materiais"¹⁴, ela será válida até que um tribunal competente a declare como inválida.

Esta conceituação clássica gerou e gera enorme confusão, pois se, para o positivismo clássico uma norma para ser válida tem que ter guarida na constituição, a norma que afronta a constituição, portanto, nem pode ser

11 Op. Cit. p. 96.

12. Aqui entendido como Estado Constitucional de Direito.

13Cf. CADEMARTORI, Op. Cit, p. 29.

14. A exemplo, BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico, Brasília: Unb, 1987, p 53-54: O autor apresenta argumento que em relação ao poder normativo inferior existem limites formais, ou seja, em relação ao modo ou ao processo pelo qual a norma pode ser elaborada e os limites materiais que referem-se ao conteúdo que a norma inferior pode regular, persistindo, porém, a confusão de que uma norma inválida por desrespeito a norma substancial sobre sua produção continua válida até sua declaração de invalidade por um tribunal, o que significa dizer que, se não for suscitada a invalidade, a norma inválida será para sempre válida. "Se nos colocarmos do pondo de vista do inferior, observaremos que ele pode mandar ou proibir, seja com relação a como se pode madar ou proibir".

considerada norma, independentemente da manifestação da Corte Constitucional.

Dada toda esta confusão, o *Garantismo* propõe mudança nas formas tradicionais de apresentar estas questões, passando a utilizar o termo **vigência** para designar as normas produzidas em conformidade com as regras formais sobre sua produção e o termo **validade** para se referir às normas inferiores produzidas com respeito aos direitos fundamentais, bem como, com respeito às normas *substanciais* sobre a produção das normas.

De forma precisa, Cademartori apresenta esta distinção:

"Em suma, o pano de fundo teórico-geral do garantismo está constituído em grande parte pela importante distinção entre quatro diferentes predicados que se podem imputar às normas: justiça, vigência, validade e eficácia (efetividade):

a) uma norma é 'justa' quando responde positivamente a um determinado critério de valoração ético-político (logo, extrajurídico);

b) uma norma é 'vigente' quando é despida de vícios formais; ou seja, foi emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito;

c) uma norma é 'válida' quando está imunizada contra os vícios materiais, ou seja, não está em contradição com nenhuma norma hierarquicamente superior;

d) uma norma é 'eficaz' quando é de fato observada pelos seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação)."¹⁵

Com estas diferenciações, o *garantismo*, embora possa ser enquadrado dentro do Positivismo, tem feições

15. Op. cit., p. 79-80.

totalmente próprias, principalmente pela apresentação das diferenças substanciais entre vigência e validade. Ferrajoli (1997) denunciou como ideológicas, segundo Cademartori (1999), tanto as orientações normativistas por confundirem vigência com validade, bem como as realistas, por reduzirem a validade à eficácia. O resultado da confusão gerada por estas duas correntes está na legitimação ideológica do direito inválido e vigente.

No campo das antinomias e lacunas, dada a coerência e plenitude do ordenamento jurídico que caracterizam o *Estado de Direito*¹⁶, porém levando-se em conta que devido às violações de fato das proibições impostas ao legislador, as características do direito vigente são a "incoerência e a falta de plenitude"¹⁷. Para superar as antinomias e lacunas, o *garantismo* aponta que o jurista deve explicar essas características, mediante juízos de invalidade das normas inferiores e ineficácia das normas superiores.

1.2.3. A Filosofia do Direito e Crítica da Política

O *Garantismo*, enquanto filosofia política, exige do Direito e do Estado, justificação externa, com exposição normativa e prática de respeito e garantia aos valores, tendo a pessoa humana como valor preponderante, bem como respeito e garantias aos bens e interesses que justifiquem a própria existência do estado.

Para Cademartori, esta justificação externa permite a valoração do ordenamento a partir da separação

16. Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10 ed. Brasília: UnB, 1997.

entre o *ser* e o *dever ser* do direito, também denominado por Ferrajoli como "ponto de vista externo".¹⁸

A valoração do Direito que ganha o nome de "Ponto de Vista Externo", segundo o autor italiano, ou *ex parte populi* segundo Cademartori¹⁹, é a justificação externa tida como ponto de vista das pessoas, sendo que a importância axiológica é a pessoa, respeitadas as especificidades de identidade e pluralidade de pontos de vista.

Ainda, no campo da filosofia *garantista*, novos conceitos surgem, como o da Igualdade Jurídica²⁰, como princípio moderno, complexo, que exclui a igualdade pessoal e inclui a igualdade jurídica.

A ambigüidade do princípio da igualdade jurídica, que é fundamentalmente importante, visto que nas modernas constituições, sobre as diversidades na sociedade, as diferenças naturais são positivas e devem ser preservadas enquanto as desigualdades sociais são negativas e devem ser eliminadas.

As desigualdades de sexo, raça, ideologia, religião são tidas para o *garantismo* como *diferenças*, devendo ser preservadas e reconhecidas. Desigualdades econômicas e sociais são tidas para o *garantismo* como *desigualdades*, que devem ser eliminadas.

Assim, para a filosofia do direito e crítica da política *garantista*, a igualdade ganha duas dimensões:

17. Cf. FERRAJOLI, op. cit. p. 879 (...la incoherencia y la falta de plenitud.)

18. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Trota, 1995, p. 906 (punto de vista externo).

19. CADEMARTORI, op. Cit. p.155.

20. Cf. FERRAJOLI, op. Cit. 1997, p. 906: A igualdade jurídica assim é apresentada: " Valor primario de la persona y consiguiente principio de tolerancia son, a mi juicio, los elementos constitutivos del moderno principio de igualdad jurídica: un principio complejo, que incluye las diferencias personales y excluye las diferencias sociales".

a) *Igualdade Formal*: os homens são iguais, independentemente de raça, cor, posição ideológica ou religiosa - "todos são iguais perante a lei"; b) *Igualdade Substancial*: Ao contrário da anterior, os homens devem ser tão iguais quanto possível, reconhecendo que são de fato, social e economicamente desiguais.²¹

Expostas as três acepções do *garantismo*, Cademartori, sintetiza a teoria geral do *garantismo*, assim caracterizada:

- "a) O caráter vinculado do poder público no *Estado de Direito*;
- b) A divergência entre validade e vigência produzida pelos desníveis de normas e conseqüentemente um grau irreduzível de ilegitimidade jurídica das práticas normativas de níveis inferiores;
- c) A distinção entre o ponto de vista externo (ou ético-político) e o ponto de vista interno (ou jurídico), com a correspondente divergência entre justiça e validade; e
- d) Autonomia e precedência do primeiro com relação ao segundo, em um grau irreduzível de ilegitimidade política com respeito àquele."²²

O ponto de vista externo apresentado vai ser de grande importância na análise da democracia à luz do *garantismo*, bem como sobre o controle social da moralidade administrativa.

1.3. O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO: O PARADIGMA DO GARANTISMO

21. Cf. FERRAJOLI, op. cit. p. 907.

22. CADEMARTORI, Op. cit., p. 156.

O termo "Estado Constitucional de Direito" aqui utilizado é o próprio do *Estado de Direito* moderno, mantendo-se as distinções de termos a fim de melhor abordar a evolução do Estado desde a época do Liberalismo Clássico até a moderna forma de constitucionalismo. Assim, a designação *Estado Constitucional de Direito*, é aqui utilizada enquanto sinônimo de *Estado de Direito*, na concepção de Ferrajoli e, também, como sinônimo de *Estado Garantista*.

1.3.1. O Estado de Direito

O *Estado de Direito* assim entendido como governo submetido a leis genéricas e abstratas é fruto da modernidade, embora, se adotarmos conceitos amplos, esta concepção retorna a era clássica fazendo um passeio pela história do pensamento humano, conforme apresenta o autor garantista italiano "*Estado de Direito* é um destes conceitos amplos e genéricos que tem múltiplas e variadas ascendências na história do pensamento político".²³

Para Ferrajoli, a idéia se remonta a Aristóteles e Platão ("governo das leis" contraposto ao "governo dos homens"), à doutrina medieval sobre a soberania, o pensamento político liberal sobre os limites ao estado, ao jusnaturalismo enquanto respeito às liberdades individuais, o constitucionalismo moderno, etc.

Já para Cademartori, a criação de limites ao estado, bem como mecanismos a fim de fazer a defesa dos cidadãos frente ao Estado surgem a partir do século XIX,

23. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 855 ("Estado de derecho" es uno de esos conceptos amplos y

tendo como fundamento histórico à luta da ascendente burguesia²⁴ contra a forma de poder tradicional baseada no clientelismo e patrimonialismo²⁵. O novo estado transforma-se do poder tradicional para uma nova forma, "com a impessoalização da dominação".²⁶

Este novo tipo de Dominação, prima pela "racionalidade", havendo um cálculo racional, entre a vantagem de seguir as normas do soberano e as desvantagens da desobediência.

Nesta nova forma, a ordem do soberano dá-se na forma de norma genérica (impessoal) e abstrata.

Cademartori apresenta a estrutura da *Dominação burocrática* da seguinte forma:

- a) seu fundamento de legitimidade repousa na crença na legalidade de ordenações instituídas e dos Direitos de mando dos *senhores* (aqueles designados pelas normas para exercer a autoridade);
- b) estas ordenações podem ser pactuadas ou outorgadas;
- c) o próprio soberano está sujeito às normas criadas por essas formas;
- d) apresenta seu tipo mais puro na dominação burocrática (dominação legal), que por seu lado possui as seguintes categorias fundamentais:
 - 1) esse exercício de dominação está sujeito à lei;
 - 2) situa-se dentro de uma competência (deveres e serviços objetivamente delimitados);

genéricos que tienen múltiples y variadas ascendencias en la historia del pensamiento político".)

24. A burguesia organizada enquanto classe, que já era detentora do poder econômico graças a expansão do comércio e a recente industrialização, ainda fora do poder político nas principais nações, visto que o poder político ainda era dominado pela nobreza decadente.

25. As expressões "poder tradicional" e "patrimonialismo", são emprestados de Max Weber, de sua obra *Economia e Sociedade*, sendo "Poder Tradicional" um dos tipos "puros" de dominação legítima, que se baseia na crença cotidiana de santidade das tradições – autoridade tradicional. Quanto ao Patrimonialismo, sendo uma organização na qual o soberano organiza o poder estatal e político de forma análoga ao seu poder doméstico.

26. CADEMARTORI, Op. cit., p. 18.

- 3) vigora o princípio da hierarquia administrativa (com subseqüências faculdades de ordenação e inspeção por parte das instâncias superiores e o Direito de queixa a essas instâncias superiores);
- 4) a aplicação das regras exige formação profissional e saber especializado;
- 5) dá-se no caso o princípio da separação plena entre o quadro de funcionários e os meios de administração e produção; e,
- 6) vigora o princípio de atinência ao expediente."²⁷

Ainda sobre o tema, escreve o autor:

"A formalidade é o princípio básico de organização desse artifício de dominação, que se foi formando ao longo dos últimos séculos. Numa perspectiva diacrônica, pode-se esquematicamente dividir essa progressiva consolidação em governo *per leges*, *sub lege* e *Estado Constitucional de Direito*."²⁸

Para Zagrebelski, a expressão: "*Estado de Direito*"²⁹ é uma das mais importantes da ciência jurídica contemporânea:

"*El Estado de Derecho indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la relación entre poder y derecho que constituía la quintaesencia de 'Machtstaat' y del 'Polizeistaat': no más 'rex facit legem', sino 'lex facit regem'.*"³⁰

27. Idem, ibidem.

28. Idem, ibidem.

29. Cf. ZAGREBELSKI, op. cit. p. 41, a expressão alemã "rechtsstaat" melhor caracteriza "Estado de Direito", enquanto a expressão "statsrecht", que tem significado duplo, pois contém a idéia de um direito criado exclusivamente pelo estado para o estado.

30. ZAGREBELSKI, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta: Madrid, 1999, p. 11 (O Estado de Direito indica um valor e alude somente para uma das direções do desenvolvimento da organização do Estado, porém não encerra em si conseqüências precisas. O valor [principal] é a eliminação da arbitrariedade no âmbito da relação entre poder e direito que constituía a

O *Estado Liberal* tem como primado fundamental, portanto, a limitação dos poderes do estado frente ao cidadão, é o reconhecimento dos direitos fundamentais de liberdade, que exigem uma "não ação" por parte do Estado.

1.3.2. A Supremacia da Lei no Estado de Direito

Um dos pilares mais importantes do *Estado de Direito* clássico (liberal), que era um Estado Legislativo³¹, se firmou pelo princípio da legalidade.

Entretanto, por este princípio, tinha-se a lei como absolutamente suprema: nenhum outro direito poderia opor-se à supremacia da lei.

Em sua realidade histórica, o *Estado Liberal* necessitava da supremacia da lei para opor-se ao Absolutismo monárquico do *ancien régime*. Ocorre, porém, que a lei interpretada desta forma, criou um novo poder soberano, o parlamento e um novo absolutismo, a lei.

Para Zagrebelski:

"El principio de legalidad, en general, expresa la Idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento (...)." ³²

Assim, segundo o autor acima, contra a força da lei não poderia o rei ou sua administração opor a ela

quintaessência do "Machtstaat" e do "Polizeistaat": não mais "rex facit legem", senão "lex facit regem")
31. Cf. ZAGREBELSKI, op. cit, p. 25.

32. Idem, ibidem: (O princípio da legalidade, em geral, expressa a idéia de que a lei como ato normativo supremo e irresistível ao que, em linha de princípio, não é oponível nenhum direito mais forte, qualquer que seja sua forma e fundamento ...)

nenhuma "razão de estado", nem poderiam os juizes deixar de aplicá-la em razão de direito natural ou tradicional, bem como não se poderia opor direitos especiais como os privilégios locais ou sociais.

É claro que em determinados estados, o princípio tinha suas variantes, não sendo um modelo único e seguido por todos os estados liberais legislativos, porém, na grande maioria havia certa convergência para este sistema. O estado que mais reuniu características do modelo foi a França após a revolução, visto que havia desenvolvido e apoiava-se na idéia de Nação, bem como havia uma Assembléia Legislativa. Com suas peculiaridades, assim também foi na Alemanha e em praticamente toda a Europa. Pouco diferente, entretanto, foi o sistema Inglês, neste, o princípio era o *rule of law*. Este, se parecia com o conceito de *Estado de Direito*, porém desenvolveu-se a partir de outra história constitucional, pois a história garantiu avanços na luta do Parlamento contra o poder absoluto do rei.

Por fim, a regra do princípio da legalidade era a mesma de hoje (hoje, porém, sem o poder absoluto): *a lei não disciplina o que a administração não pode fazer e sim determina o que pode fazer.*

Cumpre salientar que no *Estado de Direito* Legislativo, a concepção de direito, tendo por base o positivismo jurídico clássico, sendo a ciência do direito vinculada à idéia de ciência da legislação positiva, houve limitação neste ramo da ciência. Entretanto, é bom salientar que até hoje, esta concepção ainda tem seus seguidores.

Como veremos adiante, o Estado Constitucional está

em contradição com esta limitação à ciência do direito.

1.3.3. As Transformações no Estado de Direito

Na história do Direito e do Estado Moderno, há uma progressiva consolidação do estado em governo "per leges", "sub lege" e "constitucional de direito", sendo que cada um tem suas configurações próprias. Sobre estas expomos abaixo.

1.3.3.1. Governo "Per Leges"

Por governo "per leges" podemos afirmar, ser aquele, cuja a forma de governar (dominação), dá-se através de normas (leis) gerais e abstratas, excluídos os atos particulares ou de privilégio pessoal.

Ainda para que o governo seja considerado "per leges" as leis devem ser fruto da vontade geral, não se considerando, assim, como lei no *Estado de Direito* aquelas oriundas da vontade pessoal ou absolutista, de modo que eventuais normas dissociadas da vontade geral, embora possam reunir as características da abstração e generalidade, estão excluídas do conceito de lei no *Estado de Direito*.³³

Outra característica deste modelo de governo é que existe subordinação do Estado à normas que não pode violar ou suprimir, tendo-se um poder "sub lege". Assim, no *Estado de Direito*, todo o poder, em todos os níveis deve

33. A idéia de Estado de Direito e Governo Per Leges é criação liberal clássica, advinda com a superação do poder absoluto monárquico, que foi substituído pelas Assembléias Soberanas. Assim, era fundamental para consolidar a nova forma de estado, enterrar a velha forma de governo e

estar submetido ao direito. Vigora o princípio da legalidade, que corresponde a idéia de que a administração do Estado somente pode fazer o que lhe está permitido em lei.³⁴

1.3.3.2. Governo "Sub Lege"

Com o fim do absolutismo monárquico, quando o soberano controlava todo o poder em suas mãos, o poder que ascende sobre as ruínas daquele passa a depositar na lei um valor absoluto. Tal situação, que fora um avanço em relação ao absolutismo, acabou por favorecer um desvio na sua finalidade: as Assembléias Soberanas, em muitos casos, passaram a constituir outro absolutismo, o absolutismo da lei.

O Governo *Sub Lege* é a resposta a este desvio de absolutizar o poder das Assembléias e por conseqüência da lei. Por *Sub Lege*, entende-se que o Estado é vinculado e submetido ao direito e ainda, o direito é um parâmetro sobre as condições de validade de seus atos.

Ferrajoli assim descreve o governo "sub lege" com duas variações, uma seria derivada na verdade da legalidade formal e outra da substancial, esta última sendo uma variação mais forte.

"Poder sub lege puede por otra parte entenderse

legislação, como já afirmado anteriormente, era baseada no clientelismo e patrimonialismo.
34. Na verdade existe uma oposição entre as liberdades dos cidadãos e as liberdades da administração. Enquanto o princípio da vinculação da administração já é expresso em textos históricos como no artigo 4º da "Bill of Rights" de 1689, cujo texto expressa "que é ilegal toda a cobrança de impostos pela Coroa sem o concurso do Parlamento, sob pretexto de prerrogativa, ou em época e modo diferente dos designados para ele próprio" (In: SANTOS, Ozéias J. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: LawBook, 1999, p. 178), o princípio da liberdade individual é também expresso de forma mais transparente na histórica Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: "VI – A liberdade consiste em fazer tudo o que não incomode o próximo; assim o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem limites senão nos que asseguram o gozo destes direitos, esses limites não podem ser determinados senão pela lei". (grifei) (idem, p. 181).

en dos sentidos diversos: en sentido débil, lato o formal de que cualquier poder debe ser conferido por la ley y ejercido en las formas y procedimientos por ella establecidos; y en sentido fuerte, estricto o sustancial de que cualquier poder debe ser limitado por la ley, que condiciona no sólo sus formas sino también sus contenidos.”³⁵

E ainda, sobre o mesmo assunto:

“En el primer sentido son estados de derecho todos los ordenamientos, incluso los autoritarios o, peor aún, los totalitarios, en los que en todo caso *lex facit regem* y el poder tiene una fuente y una forma legal; en el segundo sentido, que implica el primero, lo son por el contrario sólo los estados constitucionales - y, en particular, los de constitución rígida con es típicamente el italiano -, que en los niveles normativos superiores incorporan límites no sólo formales sino también sustanciales al ejercicio de cualquier poder.”³⁶

Conforme Ferrajoli, o primeiro sentido - fraco - corresponde a expressão alemã *rechtsstaat*, enquanto a Segunda -forte- corresponde ao termo do inglês *rule of law* ou então ao italiano *stato di diritto*. Verifica-se aqui a diferença conceitual dada para o termo entre Ferrajoli (1997) e Zagrebelski (1999), cabendo salientar, entretanto que na obra deste, a expressão alemã, é colocada para caracterizar o

35. Op. Cit. 1997, p. 856: (...Poder sub lege, por outra parte pode ser entendido em dois sentidos diversos: em sentido débil, lato ou formal, onde qualquer poder deve seja conferido pela lei e exercido de conformidade com as normas e procedimentos por ela estabelecidos; e em sentido forte, estrito ou substancial, onde qualquer poder deve ser limitado pela lei, que condiciona não somente suas formas, mas também seus conteúdos).

36. Idem, p. 856/857: (no primeiro sentido são estados de direito todos os ordenamentos, inclusive os autoritário ou, pior ainda, os totalitários, naqueles em que, em todo caso *lex facit regem* e que o poder tenha uma fonte e forma legal; no segundo sentido, em sentido estrito, que implica a incorporação do primeiro, são, do contrário, somente os estados constitucionais - e, em particular, os de constituição rígida como é tipicamente o italiano -, que nos níveis normativos superiores incorporou limites não só formais, senão também substanciais ao exercício de qualquer poder).

Conforme Ferrajoli, o primeiro sentido - fraco - corresponde a expressão alemã *rechtsstaat*, enquanto a Segunda -forte- corresponde ao termo do inglês *rule of law* ou então ao italiano *stato di diritto*. Verifica-se aqui a diferença conceitual dada para o termo entre Ferrajoli e Zagrebelski, cabendo salientar, entretanto que na obra *derecho dúctil* a expressão alemã é colocada para caracterizar o Estado de Direito, na forma considerada pelo autor italiano, bem como por Cademartori como "sentido

Estado de Direito, na forma considerada *débil* por Ferrajoli, bem como por Cademartori como "sentido fraco".

Da mesma forma, Cademartori³⁷ apresenta este duplo entendimento para o termo *sub lege*, assim apresentando os dois sentidos:

- "a) em sentido lato, fraco ou formal: qualquer poder deve ser conferido pela lei e exercido nas formas e procedimentos pela mesma estabelecidos;
- b) em sentido estrito, forte ou substancial: todo poder deve ser limitado pela lei, a qual condiciona não somente suas formas e procedimentos de atuação, normativa ou executiva, mas também o conteúdo daquilo que ela pode (ou não) dispor."

Temos, portanto, que tanto Ferrajoli como Cademartori, em separado, concluem que o primeiro sentido pode dar adjetivo de "Estado de Direito" a todos os ordenamentos que estejam organizados na forma de Estado, inclusive os autoritários ou totalitários, nos casos em que os Estados tenham forma e fonte legal. Diferentemente, acrescentando-se ao lado do sentido *fraco* o segundo, ou *forte*, somente serão "Estado de Direito" os estados constitucionais ainda, conforme Ferrajoli, de maneira particular os Estados de constituição rígida como a italiana e a brasileira.³⁸

Antes de adentrar nas definições sobre o Estado

fraco" do mesmo.

37 Op. Cit. p. 24.

38. Sobre a Constituição da República Federativa do Brasil, a luz dos acontecimentos dos últimos anos e do garantismo, a realidade passa a exigir um novo conceito de constituição rígida, diferente dos conceitos clássicos que assim as caracterizam pela forma qualificada em promover sua alteração ou revogação em relação à legislação ordinária. Embora a Constituição de 1988 tenha em muito se aproximado do modelo garantista, principalmente devido a existência regras sobre sua revisão, na realidade, graças a maneira com que o executivo federal conduz o Estado brasileiro, modificar a constituição tornou-se mais fácil muitas vezes, do que colocar em votação uma medida provisória, visto que já chegamos a ter algumas destas inúmeras medidas reeditadas por mais de quatro anos sem que fossem convertida em lei, enquanto a Constituição rígida, vem sendo transformada numa

Constitucional de Direito, é importante rever que foi sob o governo *sub lege*, ainda que na sua forma fraca, que se firmou o *Estado Liberal de Direito*.³⁹ Com o desenvolvimento histórico da sociedade, também ocorre um desenvolvimento, poder-se-ia dizer das necessidades sociais que o Estado necessitava atender.

Cademartori assim expressa tal condição:

"Ocorre assim um uma afirmação do caráter histórico do domínio, processo que corre paralelo ao de formalização política e jurídica do *Estado de Direito*".⁴⁰

Para o autor, tal evento tem por conseqüência dois "efeitos-chave", sendo que o primeiro diz respeito ao fato de que surge a necessidade de nova justificação da autoridade, o que provoca a criação de uma imagem irreal do Estado, que se proclama integrador, igualitarista e orientado pelos direitos fundamentais; para o segundo, tem que o Direito apresenta-se esvaziado de qualquer referencial substancial ou material, tendo "forma vazia", podendo, assim, ser preenchida com qualquer conteúdo pelo poder soberano.

A conseqüência dos efeitos acima é de que o Estado de Direito desvia-se de sua finalidade inicial, visto que os limites normativos baseados no modelo inicial não são mais suficientes para limitar o soberano.

Poder-se-ia aqui utilizar como exemplo o Estado Novo (qualquer semelhança não é mera coincidência com o nazismo, inclusive contemporâneo), que embora revestido de

"colcha de retalhos" devido às emendas.

39. Conforme CADEMARTORI, op. cit., p. 25.

40 Idem, *ibidem*.

formalidade de Estado de Direito (embora no sentido fraco) governou de forma quase totalitária.

1.3.4. Estado Constitucional de Direito

Com a crise do sistema legalista, o Estado de Direito clássico não mais consegue manter a indisponibilidade dos valores essenciais do ordenamento. Surge então a necessidade de uma nova organização jurídica superior:

*"O resultado será a afirmação do caráter plenamente normativo das constituições como forma de assegurar a máxima vinculação de todos os poderes do Estado e de sua produção normativa. Assim a lei fica vinculada a uma instância jurídica superior, tal como é a Constituição."*⁴¹

Com estas mudanças, o *Estado de Direito* dá um salto de qualidade, bem como o princípio da legalidade, visto que não mais só o Poder Executivo está submetido à lei, como também todo e qualquer Poder, está submetido ao direito.

No Estado Constitucional de Direito, portanto, até a própria lei está subordinada a um patamar superior do direito, estabelecido pela Constituição.

Sendo o conceito de *Estado de Direito* aquele cujo poder é exercido mediante normas gerais e abstratas, como já vimos, resta margem a considerar-se como Estados de Direito aqueles totalitários, como o Estado Nazista. Esta característica do *Estado pela Lei*, da época do liberalismo

41 CADERMATORI, op. Cit. 1999, p. 56.

clássico, foi consolidando o *Estado de Direito* (no sentido fraco).

Com o desenvolvimento da sociedade, principalmente após a revolução industrial, a organização do poder como *Estado Liberal de Direito* passou a não mais atender às exigências sociais, que se transformavam rápida e profundamente. Assim, nascia a necessidade de uma nova forma de justificação.

O Estado legalista começa a demonstrar sinais de esgotamento nas primeiras décadas do século XX.

O Estado Constitucional de Direito é a expressão *Estado de Direito* no sentido forte de Ferrajoli⁴² e assim, somente merecem este atributo os estados dotados de constituições rígidas.

O Estado Constitucional de Direito supera a idéia de Estado meramente legal, devendo o mesmo regular, de forma eficaz a vida social, política e econômica, além de impor vínculos ao poder.

Sobre a necessidade histórica de surgimento do Estado Constitucional de Direito, NOGUEIRA assim expõe:

*"O Estado considerado surge, então, para suprir o déficit de indisponibilidade dos valores essenciais do ordenamento, criando um nível de juridicidade superior e vinculante: a constituição. Portanto, a própria noção de legalidade que, de submissão do poder público à lei, passa a ser entendida como submissão de todo o poder do Estado ao direito."*⁴³

No Estado Constitucional, a submissão do poder ao

42 FERRAJOLI, Op. Cit. p. 856.

43. NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. O Estado de Direito Enquanto Democracia Substancial: por uma perspectiva garantista. Disponível em: www.buscalegis.ccj.ufsc.br, acesso em 10/03/00.

direito é expressa pela inclusão nas constituições dos direitos fundamentais, passando o cidadão a ter prerrogativa contra o Estado. A constituição passa a ter força plenamente normativa e superior, devendo todo o poder estar submetido à mesma.

1.4. DEMOCRACIA E GARANTISMO

Com as mudanças geopolíticas ocorridas entre o fim da década de 80 e início de 90, trouxeram para o mundo político e acadêmico, muitos defensores da nova ordem mundial. Como nunca antes, a liberdade⁴⁴ e a Democracia foram saudadas como valores universais que estariam coroando uma esta nova fase, também sem guerras⁴⁵ e sem ditaduras.

O mercado *endeusado* passou a ser sinônimo de democracia e liberdade.

Entretanto, o modelo de democracia (representativo e aberto) publicado como objetivo mundial, logo começou ser visto como entrave a economia vencedora⁴⁶. Nem haviam acabado as comemorações fim do muro de Berlin e do esfacelamento da União Soviética e o mundo viu-se novamente banhado em sangue de guerras étnicas, na intervenção militar estadunidense no oriente médio e outras dezenas de conflitos regionais.

44. Liberdade esta, entendida na forma de liberdade de mercado e na no sentido de liberdade individual.

45. Com os Estados Unidos da América vencedores da guerra fria, não faltaram propagandistas da tese de uma força internacional a cuidar da segurança do Planeta, tendo como "xerife" o própria potência militar americana.

46. Sobre a economia vencedora, referimo-nos ao que Anderson chama de "neoliberalismo" e Serrano a chama de "antisocial" – política econômica baseada na redução de gastos sociais e favorecimento da especulação financeira.

A democracia (mesmo a de tradição Liberal) passou a ser entrave à "liberdade" do mercado em diversas nações, passando aquela a sofrer inúmeros ataques - restrições aos partidos menores, legalização do abuso do poder econômico nas eleições com a possibilidade de doações por empresas, etc. - e em alguns casos supressão quase que absoluta - a exemplo o golpe de Alberto Fujimori⁴⁷ no Peru.

Passados mais de dez anos da queda do "Muro de Berlim", a questão da democracia continua sendo o nó crítico das concepções de estado, de mercado e de sociedade.

O modelo de democracia do pós-guerra, agora sob o neoliberalismo dá claros sinais de colapso mesmo com curta vida prática. Atualmente, sob a bandeira da *democracia*, o capital planeja um novo modelo autoritário, que é fomentado pela fusão entre desagregação social e competitividade.⁴⁸

O *Garantismo* não foge ao debate sobre concepção de democracia. Embora possamos enquadrar esta teoria no campo do positivismo jurídico, o *garantismo* pode-se dizer é uma antítese do neoliberalismo, tanto em relação à democracia quanto ao estado.⁴⁹

47. Alberto Fujimori: logo após ser eleito Presidente da República, juntamente com os militares peruanos promove golpe de estado implantando governo autoritário.

48. Cf BOBBIO, Norberto. Da Democracia. In: OLIVEIRA JÚNIOR, Alcebiades (Org.). O Novo em Direito e Política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 113-118: "...em um crescente estado de ilegalidade, os indivíduos 'estão a procura de uma saída', que é o caminho da autoridade. Quem leu os clássicos sabe muito bem que o tirano nasce pela degeneração da democracia. Com a diferença, talvez, que, para os antigos, a degeneração da democracia gerava a licenciosidade e nascia, portanto, do excesso de liberdade; para os contemporâneos, ao menos aparentemente, a mesma degeneração nasce pela situação oposta, isto é, pela ilegalidade, que não é o excesso da liberdade, mas exatamente o contrário, sua inexistência.", p. 117.

49. Importante ressaltar que este modo de agir do neoliberalismo - restrição das liberdades individuais e coletivas em favor da liberdade de mercado - choca-se com diversas conquistas liberais da humanidade, como por exemplo a livre organização dos partidos políticos.

1.4.1. Democracia e Estado de Direito

Ferrajoli em sua obra *Derecho y Razón*, bem como outros escritores *garantistas*⁵⁰, antes de adentrarem na seara do modelo *garantista* de democracia insistem na diferença conceitual entre *Estado de Direito* e Democracia.

Ferajolli resgata que, o *Estado de Direito* nasceu muito antes do Estado Democrático, aquele como monarquia constitucional e não como Estado Representativo.

Por ser obra de uma classe social que ascendia sobre a nobreza, o *Estado de Direito* nasce limitado por proibições e não limitado por obrigações de fazer. O Estado Democrático é historicamente posterior à existência do *Estado de Direito*.

Para o *garantismo*, pertencem ao Estado Democrático as regras do sistema jurídico que estabelecem quem pode decidir (a maioria) e como se deve decidir (por maioria). Pertencem ao *Estado de Direito* as regras sobre o que não se pode deixar de decidir, nem se quer por maioria, conforme aponta Ferrajoli:

*"Condiciones formales y condiciones sustanciales de validez forman el objeto de dos diversos tipos de reglas: las reglas sobre **quién** puede y sobre **cómo** se debe decidir y las reglas sobre **qué** se debe u no se debe decidir. Las reglas de primer tipo hacen referencia a la forma de gobierno, las del segundo a la estructura de poder."*⁵¹

Onde da natureza das primeiras (o que e quem

50. Cf. CADEMARTORI, op. Cit, bem como Cf. SERRANO, op. cit.

51. FERRAJOLI, Op. Cit. P. 858: (Condições formais e condições substanciais de validade forma o objeto dos diversos tipos de regras: as regras sobre quem pode e como se pode decidir e as regras sobre o que se deve ou não se deve decidir. As regras do primeiro tipo, se referem à forma de

decide) depende o caráter *democrático* (ou não) do sistema político, e da natureza das segundas (o que se pode e não se pode decidir), depende o caráter de *direito* do sistema jurídico.

Ainda, pertencem ao *Estado Social* as regras sobre o que não se pode deixar de decidir (os direitos sociais), nem se quer por maioria.

Sobre as questões acima, para fins elucidativos, apresentamos o gráfico elaborado por Serrano⁵²:

QUEM DECIDE A E COMO SE DECIDE?	maioria por Democracia.	Maioria: A minoria ou o tirano a seu arbitrio: Autocracia.
SOBRE O QUE NÃO SE PODE DECIDIR?	Liberdade e a Vida: de Direito.	Estado Não há limites: Estado Absoluto.
SOBRE O QUE NÃO PODE O ESTADO DEIXAR DECIDIR	Igualdade como equiparação, fraternidade e solidariedade: Estado Social.	Somente sobre a segurança da contratação e garantias do mercado e da propriedade: Estado antisocial ⁵³ .

4.1.1. *Democracia, "Estado Liberal" e "Estado Social"*

Como visto, a Democracia ocidental surge cronologicamente depois do *Estado de Direito Liberal*. Na tradição liberal, o estado é limitado por proibições a fim de garantir que o indivíduo não seja privado pelo de sua vida e liberdade Estado⁵⁴. Assim, as garantias liberais

governo, as do segundo à estrutura do poder).

52. SERRANO, José Luiz. *Validez y Vigencia: Aportación garantista a la teoría dei derecho*. Granada: mimegrafado, 1999, § 10.

53. Cf SERRANO, op. cit. § 10: "estado antisocial" é a designação mais apropriada para descrever o que é conhecido como "estado neoliberal", visto que, por atacar vários princípios liberais, este não mereceria o sufixo "liberal" em seu nome.

54. Depois também a garantia da propriedade passa a ser defendida como direito fundamental, visto que o liberalismo jurídico conquista da burguesia (a coveira do regime feudal), que passa a ser a classe dominante e agora proprietários. Necessitam (a nova classe social dominante) dupla proteção por parte do novo ordenamento em relação a propriedade: uma frente ao Estado e outra frente aos não proprietários.

são negativas, consistindo em deveres públicos de não fazer.

Esses limites liberais são mais importantes como freios ao uso da força no direito penal. Os direitos liberais do cidadão frente ao estado hoje, podem ser considerados personalíssimos, invioláveis e inderrogáveis, indisponíveis e inalienáveis. Assim, mesmo dentro das garantias liberais, existe diferença entre as mesmas. Estas diferenças são expressas ao analisar certas garantias que foram consagradas como fundamentais no passado e hoje não mais são, como por exemplo, a propriedade, que não pode ser considerada direito fundamental, visto que poucos a possuem, é despida do caráter de inalienabilidade, é disponível e pode ser violada para atender a um bem maior, a vida, por exemplo.

No século XX, graças à intensa luta social⁵⁵, as constituições consagraram em seus textos, além dos direitos liberais, outros direitos essenciais, descritos como direitos sociais (direito à vida, ao trabalho, à educação, etc.). Ferrajoli nomeia os direitos liberais como "direitos de" enquanto os sociais de "direitos a", assim diferenciando o estado puramente liberal do *Estado Social de Direito*:

"cuando un ordenamiento constitucional incorpora sólo prohibiciones, que requieren prestaciones negativas en garantía de los derechos de libertad, se le caracteriza como estado de derecho liberal; cuando por el contrario incorpore también obligaciones, que requieren prestaciones positivas en garantía de derechos sociales, se le caracterizará como estado de

55 Luta Social aqui entendida como a soma de fatores como a organização dos trabalhadores, greves, movimentos sociais e conquistas do poder político por partidos trabalhistas etc.

derecho social.”⁵⁶

O *Estado Liberal* de Direito deve cuidar para não piorar as condições de vida do cidadão enquanto o *Estado Social de Direito* deve, além de não piorar, melhorar as condições de vida.⁵⁷

Assim, levando em consideração as diferenças entre *Estado Liberal* e *Estado Social*, baseado na teoria da vigência e validade *garantista* veremos que o descumprimento das garantias liberais (direitos de) por parte de normas emanadas pelo Estado produz antinômias (normas vigentes, porém inválidas) que podem ser resolvidas com a anulação da norma inválida. Já o descumprimento das garantias sociais (direitos a) gera lacunas⁵⁸. Enquanto a antinomia resolve-se facilmente por supremacia dos direitos liberais, a lacuna somente resolve-se com uma atividade normativa. A falta de garantia dos direitos sociais tem sido o problema crucial para efetivação do estado democrático de direito⁵⁹.

1.4.2. Democracia Formal e Democracia Substancial

O moderno *Estado de Direito* (Estado Constitucional de Direito) resulta historicamente de garantias liberais e

56. FERRAJOLI, Op. Cit. P. 801. (quando um ordenamento constitucional incorpora somente proibições, que requerem prestações negativas em garantia dos direitos de liberdade se caracteriza como estado de direito liberal; quando pelo contrário, incorpora também obrigações, que requerem prestações positivas em garantia dos direitos sociais, ele se caracterizará como estado de direito social), grifos no original.

57. Sendo o estado liberal e o Estado Social modelos teóricos de estado, na prática não são excludentes ente si, havendo estados mais liberais e outros mais sociais de direito.

58 Por garantias liberais, vamos ter a título de exemplo a maioria das disposições do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988, enquanto que por direitos sociais podemos citar as disposições do artigo 196 da mesma Carta.

59. Cf. FERRAJOLI, esta atividade normativa necessária para suprir as lacunas geradas pela falta de efetividade de direitos sociais nem sempre pode se ter coerção para exigir a atividade legislativa. Um dos exemplos é a o caso do mandato de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão.

sociais. Faz parte das *garantias liberais* a regra que existem direitos que estão na esfera do *indecidível* por parte do Estado, ou seja, nem sobre tudo se pode decidir, nem que por maioria e, pertence às *garantias sociais* a regra que nem sobre tudo se pode *deixar de decidir*, nem que por maioria⁶⁰.

Para o *garantismo* existe diferença entre democracia formal e substancial. A democracia substancial tem em seu conceito que o Estado Constitucional de Direito moderno equivale à democracia, visto que esta forma de estado reflete mais do que "a vontade da maioria" englobando também as necessidades vitais de toda a sociedade. A técnica *garantista* sobre o que os órgãos públicos⁶¹ devem e sobre o que não devem decidir é o traço mais característico da democracia. Neste sentido, Ferrajoli assim apresenta o tema:

"Llamaré *democracia sustancial o social* al 'estado de derecho' dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales, y *democracia formal o política* al 'estado político representativo', es decir, basado en el principio de mayoría como fuente de legalidad."⁶²

Portanto, a diferença apresentada pelo *garantismo* para Democracia Formal e Substancial, é de que a Formal (ou política) diz respeito ao Estado Político Representativo, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade. Já a democracia substancial (ou social) diz respeito ao Estado Constitucional de Direito, este

60. Cf. FERRAJOLI, op. cit., p. 858-860.

61. Não somente os órgãos públicos mas também os poderes privados, visto que as esferas de decisão na atualidade estão cada vez mais sendo transferidas dos órgãos públicos para privados.

62. FERRAJOLI, Op. Cit. p. 864. (Chamarei democracia substancial ou social o 'estado de direito' dotado de garantias efetivas, tanto liberais quanto sociais, e democracia formal ou política o 'estado político representativo', é dizer, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade).

composto tanto de garantias liberais (o que não pode o estado decidir) e sociais (o que não pode o estado deixar de decidir). Novamente recorrendo a Ferrajoli, que melhor elucida esta diferença:

*"Sustanciales, respecto de las formales de democracia política, pueden ser en efecto consideradas las normas secundarias que las enuncian: las cuales, de manera diferente a las normas sobre el 'qué' y sobre el 'cómo' se debe decidir, que se refieren a las fuentes y las formas de producción de las normas primarias, hacen referencia a 'qué' se debe o no se debe decidir y, por ello, a sus contenidos sustanciales. Y sociales, respecto de las políticas en materia de representación, pueden ser consideradas sus funciones: mientras, en efecto, el estado representativo supone que la soberanía resida en el pueblo y que, por consiguiente, su ejercicio sea legítimo en cuanto representante la voluntad de la mayoría, el estado de derecho requiere que las instituciones políticas y jurídicas sean instrumentos dirigidos a la satisfacción de los intereses primarios de todos y sean por tanto legítimas en cuanto tutelen y realicen concretamente tales intereses."*⁶³

A principal diferença existente, entre o modelo de democracia garantista e o modelo tradicional, é de que, no estado constitucional de direito, os direitos fundamentais de liberdade não podem ser objeto de decisão, nem se quer por maioria enquanto que os direitos fundamentais sociais não podem deixar de ser efetivados, nem que por vontade da

63. Idem, p. 864-865. (Substanciais, a respeito às formas de democracia política, pode ser em efeito consideradas as normas secundárias que às enunciam: as quais, de maneira diferente em relação as normas sobre o que e sobre como se deve decidir, que se referem às formas e fontes de produção das normas primárias, fazem referência ao que se deve ou não se deve decidir e consequentemente, a seus conteúdos substanciais. E sociais, dizem respeito às políticas em matéria de representação, que podem ser consideradas em suas funções: em efeito, ao estado representativa supõe que a soberania resida no povo e que, por conseguinte, seu exercício seja legítimo em quanto representação da vontade da maioria, no estado de direito requer que as instituições políticas e jurídicas seja m instrumentos dirigidos para a satisfação dos interesses primários de todos e sejam

maioria. A maioria não tem mais poder absoluto.

O modelo *garantista* deu dimensão substancial ao *Estado de Direito* e, por conseqüência, resulta numa dimensão também substancial da democracia.

A escolha do termo *Democracia Substancial* "significa, simplesmente, que as normas que disciplinam os direitos e garantias fundamentais e, portanto, toda a produção jurídica do moderno *Estado de Direito* (seu traço fundamental), são substanciais".⁶⁴

Pela dissociação entre a vigência e validade gera a possibilidade de existir "um direito substancialmente ilegítimo que é a aparente condição *sine Qua non* da democracia substantiva".⁶⁵

Ainda, o constitucionalismo moderno incorporou no texto das constituições os direitos fundamentais (liberais e sociais) e estes, não são fruto da imaginação dos legisladores constitucionais mas sim construídos e conquistados no processo histórico da humanidade. As constituições por sua vez, não são meras decisões da maioria, incorporam em seu texto a história social da humanidade e assim, representam a vontade de uma maioria qualificada. De conformidade com o acima exposto, na democracia substancial, os direitos fundamentais solidificados no texto constitucional valem contra a vontade de qualquer maioria:

"Ninguna mayoría, se há dicho, puede decidir la supresión de un inocente o la privación de los derechos fundamentales de un individuo o un

portanto, legítimas enquanto tutelem e realizem concretamente tais interesses).

64. CADEMARTORI, Sergio; XAVIER, Marcelo Coral. Apontamentos Iniciais a Cerca do Garantismo. Disponível em: www.buscalegis.ccj.ufsc.br, acesso em 10/12/1999.

65. Idem, *ibidem*.

grupo minoritario; y tampoco puede dejar de decidir las medidas necesarias para que a un ciudadano le sea asegurada la subsistencia y la supervivencia. En suma, el principio de la democracia política, relativo al quién decide, se encuentra subordinado a los principios de la democracia social relativos a qué no es lícito decidir y a qué es lícito dejar de decidir.”⁶⁶

O ordenamento e o Estado baseados na Democracia Substancial exigem a ampliação das funções do estado, o que se coloca como alternativa à tese do estado mínimo proposto pelo neoliberalismo moderno. No campo da ciência jurídica, exige em relação aos direitos sociais desenvolver técnicas para garantir sua efetivação, que, ao contrário das garantias liberais que são negativas, necessitasse de mecanismos positivos a fim de garantir a efetivação dos “direitos a”. Com isto, para garantir os direitos à saúde, à educação, etc., não é possível de efetivar-se nos marcos do *Estado Liberal* ou neoliberal compreendido como estado mínimo.

1.4.3. O Estado Democrático de Direito na Constituição da República Federativa do Brasil.

Os pressupostos da democracia liberal foram positivados na Constituição do Brasil, visto que a República constituiu-se em *Estado Democrático de Direito* (CRFB/88, art. 1º), tendo como um dos fundamentos o pluralismo político, e consagrou o sistema político

66. FERRAJOLI, Op. Cit. P. 865. (Nenhuma maioria, se tem dito, pode decidir a supressão de um inocente ou a privação dos direitos fundamentais de um indivíduo ou grupo minoritário; e tampouco pode deixar de decidir as medidas necessárias para que a um cidadão lhe seja assegurada a subsistência e a sobrevivência. Em suma, o princípio da democracia política, relativo a quem decide, se encontra subordinado aos princípios da democracia social relativos ao que não é lícito decidir e ao que é lícito deixar de decidir)

representativo para o exercício do poder, tendo ainda, ressaltados a possibilidade do exercício direto do poder em alguns casos.

Constituição tem como característica a ampliação da liberdade partidária e de organização. A Constituinte de 1988 rejeitou - pensando em ser para sempre - os artifícios utilizados pelo regime militar como a cláusula de barreira partidária dentre outros, artifícios estes usados para manter o Congresso submisso aos interesses do executivo autoritário.

Outra das Características do *Estado de Direito* Brasileiro é a crescente consolidação da concepção de Administração Pública regrada. Não é da Constituição de 1988 a iniciativa de impor regras à Administração, sendo um processo que foi se construindo na história constitucional da nação, porém na "Constituição Cidadã" que o dever ser da administração pública é regrado dentro dos parâmetros do *garantismo*. O Estado Brasileiro tem suas funções regradas, havendo também a obrigação de que a produção do direito deve estar submetida ao direito, sob pena de não-validade (diferença *garantista* entre vigência e validade).

Dentre as regras à Administração, positivou a Constituição princípios que devem regê-la. Dentre estes princípios, destacam-se o da *legalidade*, da *moralidade*, este dissociado da mera legalidade, da *impressoalidade*, além de outros. Assim, perante a norma constitucional, o chavão largamente utilizado de que uma determinada norma ou regra pode ser imoral, mas deve ser seguida por ser legal, não mais pode vingar. Sé é imoral, tal norma é substancialmente ilegal.

Assim, analisando o Estado Brasileiro à luz da Constituição promulgada em 1988, podemos afirmar que este, em muito se aproxima ao modelo de estado apresentado pelo paradigma do *garantismo*.

1.4.4. Democracia no Brasil: O Modelo e a Realidade

A democracia liberal caracteriza-se por dois pressupostos principais: a representatividade dos sistemas políticos e a sujeição dos poderes públicos à lei. Estes princípios, à luz do *garantismo*, podem ser observados de maneira formal e substancial.

Na atualidade, embora o modelo de democracia liberal tenha saído vitoriosa na recente luta ideológica, com o fim dos regimes do leste europeu, a democracia liberal passa por grave crise, sofrendo ataques diuturnas por parte da política liberal atual - esta também chamada de neoliberal.

Ferrajoli em intervenção apresentada no seminário promovido por *Jueces para la Democracia* assim disserta sobre esta crise:

"Vivemos hoje uma fase de crise dos sistemas políticos democráticos. O fim dos regimes comunistas nos países de Leste e a crise ideológica dos partidos de esquerda nos países ocidentais, ambos consumados na última década marcaram o triunfo, por um lado, do capitalismo e, por outro, da democracia liberal, que parecem agora privados de alternativas credíveis. E, no entanto, no preciso momento em que a democracia liberal celebra a sua vitória, parecem gastar-se

os seus valores e desvanecer-se as suas promessas.”⁶⁷

Pode-se afirmar existir uma crise do modelo de democracia liberal, visto que a população, hoje, não mais deposita confiança no sistema político representativo para realização dos seus interesses (devido à corrupção, que distancia dos partidos tradicionais da sociedade, além de outros⁶⁸), bem como, o aparelho do Estado, tem sido apossado por dirigentes ansiosos em impor as idéias do “neoliberalismo”, o que tem gerado um desmonte da Constituição e contumaz desrespeito às regras do Estado Constitucional de Direito.

Ao analisar, mesmo de maneira pouco aprofundada, a Constituição da República Federativa do Brasil, podemos afirmar que temos um ordenamento *Garantista*⁶⁹ e um Estado real anti-*garantista*. Vale rever que os pressupostos da democracia correspondem a outras dimensões do paradigma democrático: a democracia política e o estado constitucional de direito (entendido este conforme apresenta Ferrajoli, como sistema de limites e vínculos impostos para garantia dos direitos fundamentais de todos).

A crise da democracia liberal reflete também a crise de seus dois pressupostos e é expressa pela

67. FERRAJOLI, Luigi. O Estado Constitucional de Direito Hoje: O modelo e a sua discrepância com a realidade. In *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*. Trotta: Madrid, 1996.

Disponível em : www.ccj.ufsc.br/buscalegis. Acesso em: 10/10/2000.

68. Cf. BOBBIO, op. cit. p. 117.

69. O estado brasileiro conforme a Constituição de 1988 em muito se aproxima com o modelo garantista, porém cada vez mais afasta-se deste modelo devido as constante reformas constitucionais anti-sociais, a exemplo da “reforma da previdência” que teve cunho restritivo ao direito do cidadão em relação a aposentadoria por tempo de serviço. A exigência de tempo de contribuição ao invés de tempo de serviço como previsto no texto original não significa apenas troca de termos para designar o mesmo instituto – importou-se para dentro do regime de previdência pública a idéia de seguro privado, onde somente tem direito que contribuiu por todo o período e não quem trabalhou por todo o período.

divergência entre o modelo normativo do Estado Democrático de Direito e o seu funcionamento real.

1.4.4.1. O Poder Invisível

Apesar de formalmente vivermos num estado Democrático de Direito, por trás do poder político normal e formal existe o que Ferrajoli chama de *poder invisível*, com seus próprios códigos, regras e formas de pressão que se constituem, em grande parte dos casos, no poder de fato.

Esse poder invisível criou-se e desenvolveu-se na maioria das vezes como formas secretas ou pelo menos muito discretas de exercer o poder no Brasil. As formas de poder invisível existem, não é de hoje, bastando recorrer aos registros de golpes de estado, ou tentativas, tramadas nos clubes militares e não raras vezes, com apoio logístico estrangeiro⁷⁰. Embora o "regime" tenha sido enterrado há mais de uma década, a Polícia Militar ainda mantém a "P2"⁷¹ com função investigativa sobre a sociedade, contrariando a regra Constitucional. Em grande parte dos municípios médios, principalmente na região Sul do Brasil, a maçonaria joga o papel de, em muitas vezes, partido único, em todas as esferas do poder. O órgão oficial federal responsável pelo serviço secreto, a recém criada "Abin" já acumula acusações de desvios na sua finalidade legal.

70. A exemplo as recentes descobertas sobre a "operação Condor" envolvendo as polícias de repressão dos regimes militares do cone-sul na década de 70.

71. Nome pelo qual é conhecido o segmento da corporação que segundo fontes da Polícia Militar serve para investigação da própria tropa. Uma espécie de "P.E. – Polícia do Exército, entretanto vinculada à PM.

Interessante que esse fenômeno não é um "desvio" da democracia no Brasil. Na Itália, Ferrajoli (1996) ao falar do assunto, escreveu a situação de seu país com as seguintes palavras:

"Essa crise atingiu em Itália formas tão espetaculares, generalizadas e estruturais que se torna completamente imprópria a qualificação do nosso ordenamento como 'Estado de Direito'." (1996, p. 2)

E mais,

"(...) perante a dimensão atingida pela corrupção e pela ligação do poder político com a máfia, com a camorra e com outros poderes invisíveis (lojas maçônicas, gládio, P2, serviços secretos 'desviados') que o nosso estado era de fato um duplo estado, por detrás de cuja fachada legal e representativa tinha crescido um duplo estado, dotado de códigos e tributos próprios, organizados em centros de poder invisíveis, destinados à apropriação privada da coisa pública." (1996, p. 2-3)

Já Estados Unidos, é prática comum a CIA fazer espionagem em favor de empresas privadas⁷² Na história das relações internacionais contemporânea vários casos de venda ilegal de armas (pendendo inclusive sobre a CIA acusações de uso do narcotráfico) a fim de arrecadar fundos para suas ações que podem bem ser chamadas de terroristas, embora intituladas de defesa da democracia e da "geopolítica estadunidense".

1.4.4.2. A Democracia no Neoliberalismo

72. Vide o caso do Sistema de Vigilância da Amazônia, no processo de compra dos equipamentos pelo Estado Brasileiro, as empresas que disputaram o fornecimento de equipamentos, cada uma, contou com apoio dos serviços de espionagem (dos EUA e da França).

Para acentuar a crise da democracia liberal representativa, que no campo econômico diz respeito ao Estado Capitalista, veio a ideologia do "neoliberalismo"⁷³, aplicada sem qualquer crítica, nem mesmo acadêmica, pelo poder central brasileiro.

O Orçamento, que deveria ser a peça basilar do planejamento e funcionamento dos órgãos públicos, não passa de verdadeiro amontoado de papeis⁷⁴. Por parte da União, não é novidade passar o ano inteiro sem lei orçamentária a fim de evitar a pressão por ações públicas no país. O Orçamento Geral da União de 1999 é um exemplo típico - enviado ao congresso a proposta de lei orçamentária em Agosto/98, pelo então presidente candidato, construiu um cenário de investimentos, transferências aos estados em municípios, verbas para a área social etc. Passada a reeleição, "no início de novembro chega ao Congresso uma nova proposta orçamentária. Era o "orçamento do acordo com o FMI"⁷⁵", com grande arrocho fiscal e corte nos investimentos.

O caso do orçamento somado como o aberrante uso de medidas provisórias e a submissão política do Congresso em

73. Anderson, define como marco teórico dessa nova onda que convencionou chamar de "neoliberalismo" o livro do economista austríaco Fridrich A. Hayek, *O Caminho da Servidão*, aparecido na Inglaterra em 1944, in GENTILI, Pablo e outro (Org.). *Pós-Neoliberalismo*. RJ: Paz e Terra, 1995.

74. A exemplo, no projeto de Lei Orçamentária enviada pelo Executivo Federal ao Congresso, dois fatos deixam clara a manipulação do Orçamento: o caso da ANATEL (agência das telecomunicações), a própria agência estimava para 1999 uma receita com taxas de fiscalização em 490 milhões e no entanto, a lei orçamentária previu apenas 350 milhões; no caso do fundo de reaparelhamento de direitos difusos, que arrecada no mínimo 1,4 milhões ao ano, a LO previu apenas R\$ 60 mil. Erro? Não. Pela falta de orçamento, não pode gastar-se tais recursos gerando um superávit, que vai para o Fundo de Amortização da Dívida. Assim, como tais desvios de finalidade não passariam pelo Congresso, o executivo induz a superávit, deixando de aplicar na finalidade legal os recursos, a fim de fazer um desvio "legal" de recursos para pagamento da dívida. Sobre o assunto, Brasil. OGU/1999 e Revista Princípios, n. 52, São Paulo: Ed., Anita Garibaldi, 1999).

75. MIRANDA, Sérgio. Orçamento Público deve Priorizar o Pagamento da Dívida. Revista Princípios, n. 52.

relação ao executivo demonstram por si só a grave crise do modelo representativo no Brasil.

1.4.4.3. A Reforma Política

Muito já se escreveu sobre a plataforma neoliberal para o Brasil e mundo. O cientista inglês Perry Anderson, afirma que historicamente o neoliberalismo é uma resposta à crise gerada pelo estado do bem estar social e tem sua origem teórica na obra "O caminho da Servidão" de Friederich Hayeck, quando o autor constituía as bases desse fenômeno atual para contrapor-se à vitória dos trabalhistas na Inglaterra. Conforme Perry Anderson, Hayeck fez um ataque apaixonado contra qualquer limitação do mercado por parte do Estado, denuncia como uma ameaça à liberdade, não somente econômica, mas também política. As teses de Hayek permaneceram no terreno das idéias até a chegada da grande crise do modelo econômico do pós-guerra, a partir de 1973, quando pela primeira vez, em todo o mundo capitalista, combinaram-se baixas taxas de crescimento com altas taxas de inflação. Hayek fez entender que as causas da crise estariam localizadas no poder excessivo dos sindicatos, e, de maneira mais geral, do movimento operário, que havia corroído as bases da acumulação capitalista com suas pressões sobre os salários e para que o Estado aumentasse cada vez mais os gastos sociais. Como remédios para tais males, pregava a necessidade de um "Estado forte" no sentido de romper o poder dos sindicatos, controlar a expansão monetária, diminuir os gastos sociais e a intervenção estatal na

economia de um modo geral.⁷⁶

Entretanto, o neoliberalismo não é apenas doutrina econômica, tem forte sustentação ideológica e para implementar sua plataforma econômica necessita de adequação de todo o aparato estatal.

Sob o chavão de "liberdade de mercado", o ideário neoliberal prevê o fim de tudo o que for público, inclusive saúde e educação. Chegam a propor que não é concebível educação pública, pois tira do cidadão a liberdade de escolha. O mercado se auto-regularia. Propõe inclusive, que para os deficientes e miseráveis, o Estado apenas dê-lhes alguns créditos para comprar saúde e educação no "mercado".

Assim, pelas próprias condicionantes históricas de seu surgimento, o neoliberalismo é inimigo da pluralidade de idéias (vide Pinochet, Reagan, Thatcher e Fujimori).

Sob o neoliberalismo é que se propõe um novo golpe na recente democracia brasileira, com a nova "reforma política". Dois pontos importantes são o centro da reforma política e também são os mais cruéis à democracia: a Cláusula de Barreira e o voto distrital misto. Dentre outras pequenas alterações, essas são a essência do ato, podendo acrescentar-se o fim das coligações.

O jornalista e diretor do Instituto Gutenberg Sérgio Buarque de Gusmão⁷⁷ levanta em artigo dez "imposturas" sobre a reforma partidária⁷⁸, são elas:

76. Durante o auge do estado do bem estar, os discípulos de Hayeck constituíram uma sociedade que levou o nome de "Monte Pèlerin Society" que alojou-se principalmente nas escolas de economia da universidade de Chicago. A partir destas organizações o pensamento neoliberal, ou antisocial como pretende Serrano foi difundido pelas escolas de economia e governos do mundo.

77. In: Princípios 54, p. 7-11.

78. Segundo o autor do artigo, estas "imposturas" são símbolos utilizados para construir o discurso de defesa da reforma.

1. O Brasil tem partidos demais;
2. É mais fácil fundar um partido do que uma empresa;
3. Pequenos partidos são legendas de Aluguel;
4. É preciso reduzir o número de organizações para instituir a fidelidade partidária. O governo não quer fidelidade ao programa dos partidos e sim fidelidade dos parlamentares aos caciques;
5. A democracia precisa defender os grupelhos, daí ser necessária a cláusula de desempenho (barreira);
6. É preciso prestigiar os grandes partidos para fortificar a democracia;
7. O sistema eleitoral brasileiro fortalece os políticos e enfraquece os partidos;
8. As coligações devem ser proibidas, já que os partidos devem Ter desempenho eleitoral próprio. Esta é a forma perfeita para impedir que descontentes se juntem para chegar ao poder;
9. O voto distrital é mais democrático porque aproxima o representado do representante. É a volta do curral, agora institucionalizado;
10. A lista fechada fortalece os partidos e melhora o nível dos parlamentares. Mais uma forma dos caciques impedirem seus desafetos de elegerem-se. É a face moderna do discurso de Gaisel de que o povo não sabia votar, por isso instituiu os senadores biônicos no 'pacote de abril'."

Os argumentos acima são chamados de imposturas pelo fato de fazerem parte do discurso ideológico e do senso comum construído pela grande mídia.

1.4.4.4. A Cláusula de Barreira

Com o nome de "Cláusula de Desempenho" (nome que faz jus a todo o discurso vigente de competitividade, qualidade total, etc.), a reforma propõe banir do cenário político os partidos que não atingirem coeficiente eleitoral "x". Não seria um banimento por completo, pois os defensores da "liberdade" permitiriam a continuidade do

funcionamento do partido, não iriam prender ninguém, porém os parlamentares eleitos por esses partidos perderiam o mandato, provavelmente, e os eleitores que cometeram o sacrilégio de votar em um partido que ousa ser novo perderiam seus votos. Assim, com o passar dos tempos, tais partidos se extinguiriam, visto que há, de forma forte em nosso país, a cultura pelo voto útil, que seria o tiro de misericórdia nos partidos ideológicos.

A cláusula de barreira pretende excluir da representação os partidos que não atingirem 5% dos votos válidos - estes defensores da liberdade de mercado não ousam propor o fechamento das empresas que não dominarem 5% do mercado, é claro. Importante salientar que tal cláusula de barreira já existe na Lei 9096/95, para valer com 5% a partir de 2.006, mas a conclamada "reforma" pretende colocar em prática a cláusula de barreira imediatamente.

A cláusula de barreira e o voto distrital misto, foram copiados sem tirar nem pôr, do sistema alemão, sem levar em conta a imensa diferença existente entre nosso país e a pátria germânica. Tal medida, além de ser grosseiramente copiada de fora não é novidade em nosso país. Faz parte da história de ditaduras deste Brasil o pensamento conservador de reduzir autoritariamente o número de partidos.

O regime militar (1964-85), tratou de liquidar os partidos, e, não tendo conseguido pela força das armas, na Carta de 1967, impôs cláusula de barreira de 10% dos votos válidos, que foi reduzido para 5% na de 1969. A Emenda Constitucional nº 2 de junho de 1982, suspendeu a barreira para as eleições daquele ano e foi banida em 1985 sob o

nome de "entulho autoritário". É importante salientar que partidos grandes de hoje como o PDT, PTB e PT não teriam funcionamento parlamentar desde 1982 se naquele ano não houvesse sido suspensa a cláusula de barreira, pois alcançaram respectivamente 4,94%; 3,77% e 3,01% dos votos.

Vemos, portanto, que tal proposta não tem nada de novo nem tem nada de democrático, visto que foi utilizada pela ditadura militar para impedir o funcionamento de partidos autênticos.

Com a "cláusula de desempenho", além de não ter funcionamento parlamentar, os partidos que não tiverem "desempenho", não participarão do fundo partidário e nem terão acesso aos programas de rádio e TV.

Estas reformas não estão em conformidade com os princípios constitucionais de democracia e pluralidade, inclusive atentando contra os princípios liberais de democracia. É uma reforma casuística, que não tem compromisso com a democracia e sim com a "governabilidade", palavra largamente utilizada na atualidade para suplantar normas constitucionais.

O Professor Cândido Mendes de Almeida⁷⁹, assim fala sobre os pequenos partidos:

"A defesa dos partidos que começaram com baixos percentuais é necessária. Eles crescem porque a idéia nova, tendo de vencer a inércia e o óbvio, acaba vicejando; é por ele que se faz à nova mudança. Há vários exemplos na Europa Ocidental (os Verdes na Alemanha e outros casos em vários países). Considero típico do neofascismo neoliberal do Brasil, que está começando a se manifestar à tentativa de estabelecer cláusula

79. Reitor das Faculdades Cândido Mendes e presidente do senior board do Conselho Internacional de Ciências Sociais da UNESCO. In: Agenda Pública – Governo. Universidade e Sociedade. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Ciências e IUPERJ, 1999.

de barreira dentro da reforma política do Executivo."

Assim, a cláusula de barreira prejudica a democracia por que é de exclusão. Tomando o exemplo das eleições de 1994, doze pequenos partidos fizeram 11,4% dos votos nominais e de legenda (cerca de 5.000.000 de votos), que seriam eliminados pela barreira. Cinco milhões de pessoas é uma minoria razoável para ser desprezada. Sob argumento de consertar a democracia, os neoliberais pretendem impor o totalitarismo da maioria. Nunca é demais lembrar que Hitler e Mussolini eram apoiados pela maioria, nem por isso o nazismo passou a ser democrático.

1.4.4.5. O Voto Distrital

O voto distrital diferencia do atual modelo de voto proporcional pelo fato que os parlamentares serão eleitos por distrito eleitoral, ou seja, num determinado distrito somente disputam a vaga os candidatos inscritos naquele distrito. O modelo misto, configura-se pela eleição de parte dos parlamentares na forma distrital e parte através das listas partidárias.

Há na história brasileira, registro do uso do voto distrital (puro e não o misto), adotado por 77 anos, desde o Império até a República Velha, tendo servido com eficiência às oligarquias, visto que privilegia o "curral". Foi extinto pela Revolução de 30. Na agonia do regime militar, João Batista Figueiredo⁸⁰ patrocinou pela Emenda 22, novamente a inclusão do voto distrital, desta vez misto, estabelecendo que: "os deputados federais serão

80. Último Presidente da República do regime militar.

eleitos pelo sistema distrital misto, majoritário e proporcional". Fimdo o regime, foi banido pela Câmara como "entulho autoritário" em maio de 1985.

Como a cláusula de barreira, o voto distrital vem para prejudicar a esquerda e os partidos que dependem do voto de opinião, ideológico e classistas para elegerem seus parlamentares. Com a implantação do voto distrital misto, como no sistema alemão, o eleitor terá dois votos, um a ser dado no candidato do distrito e outro na lista elaborada pelo partido. O coeficiente será definido pelo voto dado nas listas, o que garantirá aos partidos uma participação proporcional ao número de votos recebidos.

Entretanto, se tal forma prestigia e fortalece os partidos, por outro lado elitiza extraordinariamente o sistema, visto que nos distritos prevalece muito o poder econômico e o *coronelismo*, bem como a lista, elaborada em convenção, que eliminará das primeiras posições aqueles que não comandam a máquina partidária.

O voto distrital misto ou puro pode significar um retrocesso para a democracia brasileira. O principal argumento é de que o parlamentar fica mais próximo de quem o elegeu, como se isso bastasse para que o parlamentar represente os interesses dos eleitores. Ocorre que o a eleição distrital pode transformar o Congresso Nacional numa composição de interesses regionais, sem qualquer debate político na sociedade sobre o assunto⁸¹.

81. Um exemplo está no município de Chapecó (SC), que com mais alguns municípios constituiu um distrito: durante os últimos 30 anos, a mesma força política controlada pelo poder econômico regional teria eleito seus parlamentares. Os candidatos não ligados aos poder econômico, que se elegeram, foi graças a contradições locais e voto em mais regiões, não teriam alcançado a cadeira no parlamento somente com os votos do distrito. Este fenômeno se repete em praticamente todo o estado.

O voto distrital misto é duplamente perigoso, visto que a lista fechada impedirá, em partidos de centro e direita, que candidatos que não possuam poderio econômico constem nas primeiras posições na lista fechada. Pelos distritos, fica claro que acaba com a possibilidade de haver parlamentares eleitos de forma classista, ou pelo voto de opinião⁸².

Nunca é demais lembrar que nas últimas eleições mesmo com forte campanha pelo voto regional (preparo ideológico para o distrital), dos 513 Deputados Federais eleitos, 485 elegeram-se graças às coligações e ao voto proporcional recebido por outros candidatos.

A reforma política defendida pelos grandes partidos visa constituir uma base mais sólida⁸³ para não ficar o Chefe do Executivo refém de eventuais investigações (CPI's) e da opinião pública⁸⁴. Esta proposta choca-se de frente com o paradigma do Estado Constitucional de Direito, visto que propõe extinção das minorias e dificulta o controle social e político sobre o Estado.

82. A recente eleição estadunidense demonstrou a desprestígio para com o sistema distrital devido ao fato de ter um dos candidatos à presidência obtido maioria dos votos dos eleitores, mas o candidato eleito foi o segundo colocado.

83. Sendo importante ressaltar que base sólida em nosso país não tem significado que a solidez seja fundada em princípios ideológicos, tendo demonstrado que a relação entre executivo e sua base parlamentar é na grande maioria fisiológica.

84. Fenômeno novo e sem comparação em nossa história é a relação existente entre o atual presidente da república Fernando Henrique Cardoso, a opinião pública, a imprensa e o parlamento. Enquanto o chefe do executivo amarga a maior rejeição popular já registrada (maior inclusive que a do ex-presidente Collor às vésperas do impeachment) e envolto por inúmeras denúncias de corrupção (DNER, SUDAN, etc.), continua com maioria inquestionável no Congresso e com apoio quase que incondicional da grande imprensa.

1.4.5. O Controle Social sobre o Estado: A Democracia Para Garantir o Direito e o Direito Para Garantir a Democracia

Dois absolutismos estão sendo largamente difundidos na atualidade: o absolutismo político, como poder sem freios da maioria, e, o absolutismo econômico⁸⁵. Esses absolutismos são incompatíveis com os princípios do *Estado de Direito* e também com a Democracia. Importante ressaltar que mera vontade da maioria, sem respeito aos direitos fundamentais e inclusive de existência das minorias, dos partidos políticos minoritários, do direito à diferença, não passa de absolutismo⁸⁶, principalmente, porque, na atualidade existe uma confusão (gerada pelo pensamento neoliberal) entre os poderes econômicos, políticos e de informação⁸⁷, conduzindo à formação de uma maioria despolitizada, maioria construída pela desinformação, pela manipulação de dados. Para Ferrajoli:

"a democracia não consiste realmente no despotismo da maioria, mas sim num sistema frágil e complexo de separações e equilíbrios entre os poderes, de garantias estabelecidas para a tutela dos direitos fundamentais."

E sobre a relação democracia e direito:

85. Cf. FERRAJOLI, Luigi. op. cit. 1996.

86. Basta recordar os períodos mais repressores do regime militar no Brasil, o presidente Emílio G. Médice desfrutava de apoio da maioria.

87. Sobre a informação temos que a mídia escrita e falada está hoje mais vinculada à defesa de seus interesses econômicos e tendo seus próprios representantes políticos, bastando ver no Congresso Nacional o número de parlamentares proprietários de emissoras de rádio, TV e jornais. Soma-se a isto, o interesse econômico dos grandes grupos de comunicação, que no Brasil foram privilegiadas pelas privatizações (ex. Folha de SP, grupo RBS, na compra das empresas de telefonia), justificando a sua defesa da "modernidade" das privatizações.

"Este complexo sistema de vínculos e de equilíbrios não mais é do que o direito, e mais precisamente a constituição, que deve ser reconhecida com a principal garantia da democracia, não só no aspecto formal (...); mas também no aspecto substancial, enquanto sistema de direitos fundamentais estipulados contra as tentações absolutistas, para garantia da igualdade e das necessidades vitais de todos."⁸⁸

O *Garantismo* exige do Direito e do Estado, justificação externa, com exposição normativa e prática de respeito e garantia aos valores, tendo a pessoa humana como valor preponderante, bem como respeito e garantias aos bens e interesses que justifiquem a própria existência do estado.

Para Cademartori (1997), esta justificação externa permite a valoração do ordenamento a partir da separação entre o ser e o *dever ser* do direito, também denominado por Ferrajoli como "ponto de vista externo"⁸⁹.

A valoração do Direito, que ganha o nome de "Ponto de Vista Externo" para Ferrajoli, ou *ex part populi*, segundo Cademartori, é a justificação externa tida como ponto de vista das pessoas, tendo a importância axiológica fundamental na pessoa, respeitadas as especificidades de identidade e pluralidade de pontos de vista.

Assim, a garantia da Democracia exige o respeito à Constituição, formal e substancial. A conquista de novos direitos e novas garantias para estes direitos advém da luta social, possível, se garantida a democracia substancial.

88 . FERRAJOLI, op. cit. 1996, p. 4-5.

89. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Trota, 1995, p. 906.

A democracia e a cidadania⁹⁰ adquirem no Estado Constitucional de direito, função de defesa dos direitos fundamentais e conquista de garantias para efetivação destes, bem como, adquirem a função de controle substancial sobre a administração pública.

No paradigma do *Garantismo*, há uma dupla forma de controle sobre a atividade do estado. A primeira é a técnica e legal, realizada pelos tribunais, levando-se em conta os princípios fundamentais (substância da Constituição) e ainda, os princípios impostos pelo poder constituinte quanto à forma de gerir a administração pública, dos quais o princípio da legalidade e o princípio da moralidade administrativa, são os principais.

A forma apresentada pelo *Garantismo* para conquista de novos direitos, e acrescenta-se, para o controle efetivo da máquina administrativa e da moralidade de seus atos, dá-se de forma mais apurada com a democracia direta.⁹¹ Sobre democracia Direta, Ferrajoli (1997), defende a seguinte posição:

"Es claro que las libertades, incluso cuando se ejercitan individualmente, equivalen siempre a formas de contrapoder. Pero sólo cuando se ejercen colectivamente dan vida a contrapoderes sociales basados en la directa e igual participación de sus titulares y, por ello,

90. Cf. José Alcebiades Oliveira Júnior, o conceito de cidadania deve ser entendido como uma construção histórica, o conceito de cidadão nasce "quando uma certa moral social e impositiva do Estado cede lugar também e concomitante a uma moral individual. Os sujeitos deixam de possuir apenas deveres, para possuírem também direitos". In: O Novo em Direito e Política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 191-192. Já Boaventura de Souza Santos, ao referir-se a "nova cidadania", diz que esta se constitui na obrigação política vertical entre os cidadãos e o Estado, com na obrigação política horizontal entre os cidadãos: "Com isso, revaloriza-se o princípio da comunidade.e, com ele a idéia de igualdade sem mesmidade, a idéia de autonomia e a idéia de solidariedade". In: Pela Mão de Alice. O Social e o Político na Pós-Modernidade, p. 239.

91. Cf. FERRAJOLI, op. cit., p. 947, por democracia direta entende-se da luta social por direitos que são uma forma de democracia política, paralela a institucional e representativa, que é assim, denominada por consistir numa prática organizada e coletiva, que realizam formas de poder efetivo e contra-poderes sociais.

dotados de fuerza de presión, negociación y control en condiciones no sólo de orientar a los poderes institucionales hacia la satisfacción de los derechos reivindicados, sino también de impedir sus degeneraciones autoritarias.”⁹²

Assim, principalmente na efetivação dos “direitos a” passam os movimentos sociais ter papel decisivo. No Brasil, esses novos direitos fundamentais, como o direito à moradia e trabalho para os agricultores sem terra, não teriam se efetivado, embora ainda para pequena parte, não fosse o poder de pressão e a organização política e representativa de um dos movimentos sociais, sejam as ligas camponesas da década de sessenta ou o atual Movimento dos Sem Terra.

Também graças à organização social, e pela chegada, as esferas do poder oficial de partidos políticos com tradição de luta social, um modelo de democracia, além da representatividade, têm construído excelentes resultados no campo da administração das finanças públicas. É o exemplo do “Orçamento Participativo”, reconhecido como marca das administrações de esquerda, principalmente no governo municipal. A novidade e o sucesso do Orçamento Participativo está na participação direta dos cidadãos na definição das políticas públicas (democracia direta) sem suprimir nem menosprezar a democracia representativa, dando a esta última uma função mais importante do que mera fiscalizadora do orçamento municipal.

92.FERRAJOLI, op. Cit. 1997, p. 943. (É claro que as liberdades, inclusive quando se exercem individualmente, equivalem sempre a formas de contrapoder. Porém, somente quando se exercem coletivamente dão vida aos contrapoderes sociais baseados na direta e igual participação de seus titulares e, por isso, dotados de força de pressão, negação e controle em condições de não somente orientar os poderes institucionais para a satisfação dos direitos reivindicados, senão também de impedir suas degenerações autoritárias).

A proposição de que a democracia direta também venha a controlar a legalidade e moralidade dos atos da administração não quer dizer, entretanto, que seria tirado a competência do judiciário deste controle necessário sobre estes aspectos. Entretanto, o controle, por parte da sociedade, sobre a administração dará também aos princípios constitucionais da administração pública sua dimensão substancial.

Por força crise da democracia representativa, o parlamento municipal, estadual e federal tem se comportado como apêndice, em muitos casos, do executivo. Nos municípios, o controle da administração por parte da Câmara de Vereadores é praticamente inexistente, podendo ser definidos seus comportamentos em duas esferas, dependendo da situação: uma quando o grupo político que comanda o executivo tem maioria na Câmara, o controle praticamente inexistente, bastando para exemplo usar o comportamento da Câmara de Vereadores de São Paulo durante os recentes escândalos de corrupção, e outra, é quando o grupo que ocupa o executivo tem minoria na Câmara, quando os interesses dos grupos políticos adversos utilizam artifícios para impedir a efetivação do projeto político do executivo e em muitos casos utilizando-se do afastamento do chefe do executivo sem motivos reais⁹³.

Logicamente que os casos acima apresentados são os extremos, utilizados para fim didático, não querendo dizer que em todos os municípios o comportamento seja um ou outro, e sim, os referidos casos são os desvios mais

93. basta recorrer às inúmeras Ações do Ministério Público que conseguem condenar prefeitos por improbidade administrativa sem que a Câmara Municipal tivesse investigado e também inúmeras sentenças judiciais que anulam os "afastamentos" de prefeitos, sem fundamento, por parte do parlamento municipal.

comuns, havendo graus de intensidade para um ou para outro.

Assim, como no caso do Orçamento Participativo, o Controle da Moralidade administrativa efetivar-se-á de maneira concreta com o controle efetivo da sociedade sobre a administração pública, porém, este controle somente consegue efetivar-se pela democracia direta, ou seja, pela pressão social, como no caso do processo do impedimento do ex-presidente Fernando Collor, ou, pela institucionalização da prática de abertura efetiva do controle da administração por parte da sociedade, com conselhos populares de gestão, prestação de contas públicas etc.

O exercício da cidadania pressupõe que cada cidadão tenha condições de discernir que o Público é da sociedade e não dos detentores do poder e tome este "público" como seu, enquanto sociedade, defendendo-o como defende sua liberdade, seu salário, sua casa.

2. O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

2.1. A OPERATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Primeiramente faz-se necessário abordar a questão da operatividade⁹⁴ dos princípios de ordem constitucional, face à reinante confusão no seio da Administração Pública sobre a aplicabilidade independente e a normatividade do princípio da moralidade administrativa.

2.1.1. A Função Jurídica dos Princípios: Três Concepções

Na história dos princípios jurídicos, primeiramente, não se reconhecia o caráter normativo e operativo destes. Estas abordagens davam uma dimensão apenas axiológica aos princípios. Esta concepção sobre os princípios é atribuída à velha hermenêutica⁹⁵.

Para Bonavides, além da fase inicial de não-normatividade, a história dos princípios tem sua fase jusnaturalista, positivista e pós-positivista. A primeira (jusnaturalista) é a fase metafísica e abstrata dos princípios:

94. "operatividade" dos princípios é aqui utilizada no mesmo sentido atribuído por ROTENBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999, p. 41-48, onde o autor conclui que tanto os princípios como regras – têm em comum um caráter normativo, a fazê-los espécies filiar de um mesmo gênero: a norma jurídica. ou seja, no sentido de força normativa; que tem efeito.

95. Cf. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 10 ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p.232: "Velha Hermenêutica" é a fase da interpretação onde auferia aos princípios valor meramente programático. ("em verdade, fora até então a carência de normatividade o entendimento a que se abraçava a velha Hermenêutica constitucional, doravante a caminho de uma ab-rogação doutrinária irremediável".

"aqui, os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrata com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulantes de justiça."

96

Em conformidade com a velha hermenêutica, os princípios gerais de direito são entendidos como "formulação axiomática" estando relacionados com princípios de justiça derivados das leis divinas e humanas.

O autor espanhol José M. Rodrigues Paniagua sintetiza que a diferença entre a corrente juspositivista e a jusnaturalista reside em que a última entende por insuficiente que os princípios extraídos do próprio ordenamento possam preencher lacunas da lei, necessitando se socorrer no direito natural:

"(...)podemos dizer que a diferença mais destacada entre a tendência histórica ou positivista e a jusnaturalista radica em que esta última afirma a insuficiência dos princípios extraídos do próprio ordenamento jurídico positivo, para preencher as lacunas da lei, e a necessidade conseqüente de recorrer ao Direito Natural(demais, com todas as garantias que temos visto), enquanto que a corrente positivista entende que se pode manter dentro do ordenamento jurídico estatal, com os princípios que deste se podem obter por analogia."⁹⁷

Entretanto, se na fase jusnaturalista, os princípios eram desprovidos de normatividade, na fase juspositivista também lhe faltou normatividade completa.

96. Idem, p. 232.

97. PANIAGUA, José M. Rodrigues. *Ley y Derecho – Interpretación e Integración de la Ley*, Madri, 1976. Apud: BONAVIDES, op. cit., p. 234-235.

Com o ingresso dos princípios nos Códigos⁹⁸, estes passaram a ter força de norma subsidiária, ou seja, sem qualquer sobreposição à lei e servindo como "válvula de segurança" a fim de evitar qualquer "vazio normativo"⁹⁹.

Zagrebelski em sua obra "Derecho Dúctil" assim fala da abordagem, pelo positivismo, dos princípios:

"(...)o positivismo jurídico tinha razões para preocupar-se, mesmo quando os princípios estabelecidos na constituição não são, desde logo, direito natural. Tais princípios representam, pelo contrário, o maior traço de orgulho do direito positivo, quando constituem o intento de positivizar o que durante séculos havia se considerado prerrogativa do direito natural."¹⁰⁰

O constitucionalista brasileiro Paulo Bonavides, também acusa o positivismo de limitar a normatividade dos princípios:

"Mas o juspositivismo, ao fazer dos princípios, na ordem constitucional, meras pautas programáticas supralegais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica."¹⁰¹

Para encerrar a classificação, o mesmo autor apresenta que a terceira fase é a moderna acepção dos princípios, em que estes passam a ser tratados como

98. BONAVIDES, op. cit., p. 235: "O advento da Escola Histórica do direito e a elaboração dos Códigos precipitaram a decadência do Direito Natural clássico, fomentando, ao mesmo passo, desde o século XIX até a primeira metade deste século, a expansão doutrinária do positivismo jurídico".

99. Cf. CAÑAS, Gordilo. Apud: BONAVIDES, op. cit., p. 235.

100. ZAGREBELSKI, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia. Madri: Trota, 1995. (...el positivismo jurídico tenía razones para preocuparse, aun cuando los principios establecidos por la Constitución no son, desde luego, derecho natural, Tales principios representan, por el contrario, el mayor rasgo de orgullo dei derecho positivo, por cuanto contituyen el intento de "positivar"lo que durante siglos se había considerado prerrogativa dei derecho natural,...).

101 . BONAVIDES, op. Cit. p. 232.

direito propriamente dito¹⁰², sendo-lhes reconhecida plena normatividade, ao que ele chama de *pós-positivismo*:

“que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas deste século. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.”¹⁰³

2.1.2. A Normatividade dos Princípios no Direito

Como visto, na história jurídica dos princípios houve quem lhe reconhecesse a existência, porém, sem normatividade real, e até mesmo quem negasse vida aos mesmos. Este ponto não é objeto do nosso estudo e foi apresentado apenas, como introdução histórica, o que nos interessa sim, é a questão da operatividade dos princípios na atualidade.

Desde Dworkin¹⁰⁴, a maioria absoluta da doutrina tem reconhecido aos princípios normatividade, pelo menos no mesmo patamar que as regras. Entretanto, com o surgimento das modernas constituições rígidas, registra-se nova fase na evolução da concepção normativa dos princípios, colocando-os num patamar de superioridade em relação às regras.

Sobre a normatividade dos princípios, Bobbio, na

102. Nesta fase, papel importante desenvolveu Ronald Dworkin (Los derechos em Serio) em analisar criticamente as correntes anteriores e principalmente o Positivismo, tendo traçado a linha mestra para o reconhecimento da plena normatividade dos princípios.

103 BONAVIDES, op. Cit. P. 237.

104. Cf. A. Calsamiglia, no prólogo à edição española da obra de Dworkin, afirma que quanto à proposição de Dworkin sobre a normatividade dos princípios: “Los principios –además- informan lãs normas jurídicas concretas de tal forma que la literalidad de la norma puede ser desatendida por el juez cuando viola um principio que em esse caso específico se considera importante”. In: DWORKIN,

obra *Teoria do Ordenamento Jurídico*, expressa a seguinte posição: "Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras"¹⁰⁵. O mesmo autor ao argumentar sobre a assertiva apresenta, como argumento o fato de que, sendo normas aquelas das quais os princípios são retirados, não há porque não serem estes também normas: "(...)se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas"¹⁰⁶.

Da mesma forma que o jurista italiano Norberto Bobbio, Bonavides faz a seguinte referência à suposta contraposição entre norma e princípio:

"(...)não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreender regras e princípios, a distinção relevante não é como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie."¹⁰⁷

Ainda sobre os princípios gerais de direito, García de Enterría e Ramón Fernández ensinam:

"Os princípios gerais do Direito expressam os valores materiais básicos de um ordenamento jurídico, aqueles sobre os quais se constituem, como tal, as convicções ético-jurídicas fundamentais de uma comunidade. Porém, não se trata simplesmente de vagas idéias ou tendências morais que possam explicar o sentido de determinadas regras, mas de princípios técnicos, fruto da experiência da vida jurídica e, somente através desta, cognoscíveis."¹⁰⁸

Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 1997, p.

105. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10 ed., Brasília: Editora UnB, 1997, p. 158.

106. Idem, p. 158-159.

107. BONAVIDES, op. Cit. p. 259.

108. DE ENTERRÍA, Eduardo García e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1991. p. 83.

A evolução do grau de importância dos princípios enquanto norma jurídica teve caminho parecido com a própria evolução das ciências jurídicas como um todo. A moderna doutrina dos princípios já reconhece plena normatividade, restando, frente às regras, distinção enquanto espécie de norma.

2.1.3. Princípios e Regras

Tanto os princípios como as regras, são normas jurídicas, conforme abordado no título anterior. Robert Alexy¹⁰⁹ nos ensina que tanto as regras como os princípios fazem parte do mundo das normas, ambos dizem o que deve fazer, podendo, ambos serem formulados com expressões básicas dos mandamentos da permissão ou da proibição.

Na obra "Princípios Constitucionais", Rothemburg, apresenta uma diferenciação didática em relação aos princípios e regras:

"(...) os princípios são dotados de um elevado grau de abstração o que não significa impossibilidade de determinação - e, conseqüentemente, de baixa densidade semântico-normativa (mas podendo ser integrados por meio de interpretação/aplicação, sobretudo através de outras normas e até mesmo em relação a situações específicas, como decisões judiciais e atos administrativos), ao passo que as demais normas (regras) possuem um menor grau de abstração e mais alta densidade normativa."¹¹⁰

109. ALEXY, Robert. Teoria de Los Derechos Fundamentales. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Apud: ROTHEMBURG, op. cit., p.16.

110. ROTHEMBURG, op. Cit. p. 17-18.

Entretanto, ao contrário das características de abstração e generalidade serem um defeito dos princípios, são na verdade sua virtude.

Celso Ribeiro Bastos¹¹¹ esclarece que os autores usam com mais habitualidade o critério do grau de abstração para diferenciar os princípios das regras, mas não é este o único critério.

Rothemburg afirma que:

"Os princípios são dotados de *vagueza*, no sentido de uma enunciação larga e aberta, capaz de hospedar as grandes linhas na direção das quais deve orientar todo o ordenamento jurídico. Trata-se da expressão dos valores principais de uma dada concepção do Direito, naturalmente abstratos e abrangentes. Não quer isso dizer, todavia, que os princípios são inteiramente ou sempre genéricos e imprecisos: ao contrário, possuem um significado determinado, passível de um satisfatório grau de concretização por intermédio de operações de aplicação desses preceitos jurídicos nucleares às situações de fato."¹¹²

Isto não significa também que em relação aos princípios genéricos sejam livres sua interpretação e aplicação. Neste sentido, Canotilho nos ensina:

"Qualquer que seja a indeterminabilidade dos princípios, isso não significa que eles sejam imprevisíveis. Os princípios não permitem opções livres aos órgãos ou agentes concretizadores da constituição (*imprevisibilidade dos princípios*); permitem, sim, projecções ou irradiações normativas com um certo grau de discricionariedade (*indeterminabilidade*), mas sempre limitadas pela

111. BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 1998.

112 ROTHENBURG, op. Cit. p.18. Grifos no original.

juridicidade objectiva dos princípios.”¹¹³

Quanto à discricionariedade nas projeções dos princípios, tem-se que ela é também limitada. Em se tratando de princípios constitucionais, estes fazem parte do ordenamento próprio das constituições rígidas que também são próprias do paradigma do Estado Constitucional de Direito¹¹⁴. Cademartori ao demonstrar que sobre a crise do *Estado de Direito* clássico surge o Estado Constitucional de Direito, criado pela necessidade de um nível de jurisdição superior e vinculante, esclarece que:

“(...) o resultado será a afirmação do carácter plenamente normativo das Constituições como forma de assegurar a máxima vinculação de todos os poderes do Estado e de sua produção normativa. Assim, a lei fica vinculada a uma instância jurídica superior, tal como é a Constituição.”¹¹⁵

Ainda, na questão da generalidade, este atributo distingue-se quando aplicado a regras e a princípios. Neste sentido, Rothemburg, cita Bonavides:

“(...) uma regra jurídica é geral se for estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos, mas sob certo aspecto 'ela é especial na medida em que rege tão somente atos ou fatos, ou seja, é editada contemplando uma situação jurídica determinada.”¹¹⁶

Ainda Bonavides, estabelece o contraste entre as regras e princípios ao elucidar que:

113 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Apud: ROTHEMBURG, op. cit. p. 19.

114. Expressão utilizada por Cademartori para referir-se ao “estado de direito” na obra de Ferrajoli (op. Cit.).

115 CADEMARTORI, op. Cit. p. 27.

116 BONAVIDES, Paulo. Apud: ROTHEMBURG, op. Cit. p. 19.

"(...) há entre princípio e regra jurídica não somente uma disparidade de importância, mas uma diferença de natureza. Uma vez mais o vocabulário é a fonte de confusão: a generalidade da regra jurídica não se deve entender da mesma maneira que a generalidade de um princípio."

"O princípio, ao contrário [da regra], é geral por que comporta uma¹ série indefinida de aplicações."¹¹⁷

Outra diferenciação entre regra e princípio se dá na seara das antinomias. Bonavides, citando Robert Alexy, diz, que este utiliza os termos "colisão de princípios" e "conflito de regras" no campo da validade das normas. Assim, no caso concreto, em havendo antinomias de regras, uma perde a validade ou tem incluído uma cláusula de exceção, ao contrário em havendo antinomias de princípios, há que se escolher o que melhor se enquadra para o caso, sem declarar a não validade do outro, opta-se pelo princípio que melhor cabe ao caso, afastando o outro, que continua com plena validade e eficácia para os outros casos.

Zagrebeliski falando sobre a convivência dos princípios assim nos ensina:

*"(...) si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos seria imposible admitir otros junto a ellos."*¹¹⁸

Sobre a escolha de qual princípio deve prevalecer, em havendo colisão, Zagrebelski diz que não se pode fazer

117. BONAVIDES, Op. Cit. 2000, p. 239.

118. ZAGREBELSKI, Gustavo. El Derecho Dúctil: Ley, Derechos y justicia. Madri: Trota, 1995, p. 15.

"mediante la simple amputación de potencialidades constitucionales, sino principalmente mediante prudentes soluciones acumulativas, combinatorias, compensatorias, que conducían a los principios constitucionales a un desarrollo conjunto y no a un declive conjunto".¹¹⁹

Já em relação às regras, segundo Bonavides, o conflito entre regras se resolve somente quando for introduzida numa delas, *cláusula de exceção*, ou então que uma das regras conflituosas seja declarada nula; já com os princípios, havendo colisão entre eles, deve haver uma escolha pelo que melhor se adapta a questão, sem significar que o outro seja declarado nulo o lhe seja incluída uma cláusula de exceção¹²⁰.

Robert Alexy, ao abordar a questão da colisão dos princípios assim expõe:

"O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação".

"Bem diferente estão as coisas nas regras. Regras são normas que, sempre, ou só podem ser cumpridas ou não cumpridas (...). A forma de aplicação de regras não é a ponderação, senão a subsunção."¹²¹

Portanto, sendo o direito composto de princípios e regras, respeitadas as diferenças materiais e formais de cada um, no ordenamento jurídico dos Estados Constitucionais, os princípios têm plena normatividade e efetividade. A vagueza dos princípios não é um defeito

119. *Idem*, p. 16. (se cada princípio e cada valor fossem entendidos como conceitos absolutos, seriam impossível admitir outros junto a eles. (...) mediante a simples amputação de potencialidades constitucionais, senão principalmente mediante prudentes soluções acumulativas, combinatorias, compensatorias, que conduzem os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declive conjunto).

120. BONAVIDES, op. Cit. p. 249.

121. ALEXY Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Revista de Direito

destes, senão sua modalidade de existência, e, por sua baixa densidade semântica, os princípios têm alta força valorativa¹²². A falta de determinação dos princípios permite, que lhes seja atribuída uma força geradora e atualizadora do direito. A vagueza e a baixa densidade semânticas não são defeitos, são virtudes dos princípios.

2.1.4. A Força Normativa dos Princípios Constitucionais

Tendo emprestado a este título o nome da obra de Hesse¹²³ tem-se a intenção de dizer serem os princípios dotados de força normativa completa, porém não somente enquanto norma. Conforme Bonavides, "a teoria dos princípios, depois de acalmados os debates acerca da normatividade que lhes é inerente, se converteu no coração das Constituições."¹²⁴

Os princípios também são dotados de função política, programática e de compreensão do direito como sistema. Neste sentido, Bonavides assim escreve:

"A idéia de sistema não é, porém, a idéia do sistema fechado de conceitos (...), mas a de um sistema *aberto* e flutuante, mais de natureza teleológica do que de natureza lógica."¹²⁵

Rothemburg, por sua vez expõe sobre a compreensão dos princípios enquanto sistema:

"Os princípios são compreendidos de acordo com uma concepção sistêmica do ordenamento jurídico.

Administrativo, 217: Fundação Getúlio Vargas, 1999., p. 219.

122. Neste sentido, ROTENBURG, op. cit., p. 16-20.

123. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: SFE, 1991.

124 BONAVIDES, op. Cit. p. 253.

125 Idem, p. 253.

Por sua própria definição, eles reportar-se-iam a um conjunto concatenado, enquanto 'mandamentos nucleares', base ou fundamento (...)"

"Há sistema por que as diferentes normas que compõe tem conteúdo e direção orientados pelos valores expressos nos princípios."

"Uma apreensão da constituição em toda sua dimensão valorativa faz então ressaltar o duplo aspecto fundamental dos princípios em relação a uma concepção sistêmica do Direito: *'uma ordenação que não é apenas formal, mas substancial ou material'*."¹²⁶

Segundo Bonavides, os Princípios possuem distintas dimensões: fundamentadora - como fonte primária de normatividade; interpretativa - dando diretrizes para interpretação e aplicação das normas; supletiva - servindo como fonte em caso de insuficiência da lei; integrativa - decorrente da concepção sistêmica; diretiva - própria dos princípios programáticos da constituição na lição de Bobbio e ainda tendo função limitativa. Na atualidade podemos afirmar que, graças ao moderno constitucionalismo, os princípios gerais, estando positivados nas constituições, além de lhes serem reconhecidos a plena normatividade, também recebe o atributo da supremacia, própria das constituições rígidas.

2.1.5. A Supremacia dos Princípios Constitucionais e o Paradigma do Estado de Direito

Em relação aos princípios, além de evoluído a técnica de sua interpretação, nos modernos Estados Constitucionais, foram estes incluídos em seus ordenamentos superiores.

É característica das constituições rígidas conter princípios agora positivados em seu texto. Portanto, os princípios recebem o adjetivo de superioridade atribuído às constituições, não somente como orientação política, mas também como norma efetiva. García de Enterría refere-se ao moderno entendimento sobre os princípios:

"Assim pois, uma boa parte dos princípios gerais do Direito ficou constitucionalizada e com isto dotada de superioridade normativa formal que a constituição envolve."¹²⁷

Zagrebelski, ao referir-se às distinções entre regras e princípios diz que o direito atual está composto de ambos, porém as normas legislativas são predominantemente regras enquanto as normas constitucionais são predominantemente princípios, embora existam regras no texto constitucional. Ainda sobre a citada diferença, o professor de Direito Constitucional da universidade de Turim utiliza a seguinte paródia, de grande valia para demonstrar de forma lúdica a falência da visão positivista dos princípios:

"se podría indicar la diferencia señalando simplemente que son las reglas, y sólo las reglas, las que pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente. Si el derecho sólo estuviese compuesto de reglas no sería insensato pensar en la 'maquinización' de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a los que se les proporcionaría el hecho y nos darían la respuesta."

"(...)Ahora bien, tal idea, típicamente positivista, carece totalmente de sentido en la medida en que el derecho contenga principios. La 'aplicación' es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de

126 .ROTHERBURG, Op. Cit. 51-53.

127. DE ENTERRÍA, op. Cit. p 89-90.

nosotros una 'reacción', se 'tome posición' ante ésta de conformidad con ellos."¹²⁸

Entretanto, no dia-a-dia da aplicação do direito, sobre que base havemos de "tomar posição" frente à necessidade de aplicação dos princípios enquanto norma? A resposta está nos valores maiores do ordenamento, nos valores do modelo de Estado que elevou os princípios à qualidade de norma e lhes deu força constitucional.

Como visto no capítulo I, o "estado legislativo", foi obra do liberalismo, e, sua doutrina jurídica foi o positivismo clássico que, em se tratando de princípios reconheceu mera normatividade subsidiária. O Estado Legislativo é superado pelos atuais Estados Constitucionais de Direito, cuja característica mais marcante do ponto de vista jurídico é ser dotado de constituições rígidas, contendo não somente princípios liberais e normas sobre organização do Estado, mas também princípios sociais que serviram para lhes emprestar o nome também de "*Estado Social de Direito*".

Pela suas características e pelo forte apelo valorativo das *normas-princípios*, estas são dotadas de superioridade frente às normas regras, principalmente em se tratando de regras infraconstitucionais. Mesmo em se tratando de *normas-regras* constantes no texto constitucional, na interpretação integradora das mesmas, estas devem ser entendidas em conformidade com as *normas-princípios*.

128. ZAGREBELSKI, op. Cit. p. 16. (se poderia indicar a diferença assinalando simplesmente que são as regras, e somente as regras, que podem ser observadas e aplicadas mecânica e passivamente. Se o direito somente estivesse composto de regras não seria insensato pensar na maquinização de sua aplicação por meio de autômatas pensantes, aos que se proporcionaria o caso e nos dariam a resposta (...). Agora bem, tal idéia, tipicamente positivista, carece totalmente de sentido na medida em que o direito contenha princípios. A aplicação é completamente distinta e requer que quando a

Concluído pela plena normatividade e supremacia dos princípios constitucionais, passemos para a abordagem da moralidade enquanto princípio constitucional da administração pública.

2.2. PRINCÍPIO DA MORALIDADE E A ADMINISTRAÇÃO

A moralidade administrativa passou a ser pressuposto obrigatório aos governos com a idéia de que o estado deve ter como finalidade o bem comum, assim, podemos afirmar que a idéia de moralidade administrativa surge com o estado legislativo liberal. Entretanto, com a busca por parte do positivismo jurídico de separação entre o direito e a moral, a moralidade administrativa ficou de fora dos aspectos jurídicos da administração, já que esta tinha o dever de respeitar a lei e não a moral.

2.2.1. Direito e Moral com a evolução do Estado e do Ordenamento Jurídico

Com o desenvolvimento do direito e, principalmente, com o desenvolvimento da cidadania, o sistema jurídico necessita de justificação externa¹²⁹ e deve corresponder a valores externos ao direito, como os da justiça, da honestidade, da retidão¹³⁰.

realidade exija de nós uma reação, se tome posição, ante esta de conformidade com aqueles).

129. Cf. FERRAJOLI, op. cit. p. 906: Tendo sentido idêntico ao do "Ponto de vista externo".

130. Conforme o mestre da guerra chinês Sun Tzu II, nos textos da "Arte da Guerra" há mais de dois mil anos já se referia ao poder com a necessidade de que os comandantes tivessem o compromisso moral com a justiça: "Os comandantes têm de ser justos; se não forem justos, não terão dignidade" ou ainda, "Os comandantes têm de ser dignos de confiança; se não forem dignos de confiança, suas ordens não serão cumpridas".

A reaproximação entre o direito e a moral, na atualidade, tem suas raízes na evolução das formas de estado. De acordo com França¹³¹, a importância do valor moral, expressa pela norma jurídica, assumiu maior relevância com a evolução do Estado de Polícia¹³² para o *Estado de Direito*. No estado absolutista o soberano detinha poder e direito ilimitados, tanto para emitir normas quanto para governo¹³³. Diferentemente, no *Estado de Direito*¹³⁴ liberal, há exigência dos novos atores sociais por administração pública honesta e impessoal. É contemporâneo do Estado Legislativo ou Liberal à consagração do princípio da legalidade na administração pública.

Com a evolução do *Estado Liberal* de direito para o *Estado Social de Direito*, registra-se, crescimento acentuado da força e do prestígio do poder executivo sobre os demais poderes oriundos da tripartição, como fruto liberal da revolução francesa. Este agigantamento do executivo se deu devido à necessidade de prover à sociedade com ações concretas do poder público para garantir os chamados "direitos a",¹³⁵ ou direitos sociais.

Entretanto, ao abordar aspectos históricos do estado e do direito não há que confundir a evolução com um

131. FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações Sobre o Controle de Moralidade dos Atos Administrativos. Natal, Mimeo.

132. Sinônimo de Estado Absolutista.

133. Conforme Di Pietro, a única forma de controle jurisdicional sobre a administração existente no estado de polícia se deu pelo desenvolvimento por doutrinadores alemães da teoria do fisco. Segundo esta teoria, o patrimônio público não pertence ao Estado e nem ao Príncipe e sim ao fisco, que teria personalidade privada, portanto, podendo ser submetido aos tribunais baseado na legislação civil. Embora tenha continuado o fato de que os atos de gestão e governo eram concentrados nas mãos do príncipe sem possibilidade de qualquer controle. In *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*.

134. Aqui entendido "Estado de Direito" na sua forma "fraca" segundo Cademartori, ou então "Estado de Direito legislativo".

135. Conforme Ferrajoli e Cademartori, os direitos fundamentais se dividem em "direitos de", que são os direitos liberais como de ir e vir e, "direitos a" que são os sociais, como direito à saúde, à vida.

constante aprimoramento, sempre em ascensão e retilíneo. O Estado como aparato de dominação tem forte vinculação com a classe econômica dirigente, e, assim também, é o direito positivo. As mudanças ocorridas no Estado e no Direito, chegando ao *Estado Social de Direito*, são fruto do desenvolvimento econômico e social das nações.

Com a revolução industrial há desenvolvimento rápido das forças produtivas e novas formas de gerir os negócios privados foram aperfeiçoadas. Aqui a concorrência liberal, por exemplo, praticamente desaparece em alguns setores da economia, cedendo espaço ao monopólio. Por outro lado, esta mesma revolução industrial fez surgir o operariado enquanto classe social, que luta por espaço político e por condições de vida favoráveis. Para dar respostas às novas exigências sociais e econômicas, o Estado vai se modificando para conseguir, mesmo que minimamente, proteger a concorrência e atender as demandas sociais na área da seguridade social, educação e outras, ocasionando enorme crescimento das funções concretas do estado em relação ao período liberal. É o *Estado Social* ou *Estado do Bem-Estar*.

Como conseqüência, há aumento significativo nas esferas de decisão do estado sobre questões de fato e de direito. O *Estado de Direito Liberal* vai assim perdendo sua função inicial de "ser um poder limitado, eis que, agora, tem-se uma nova potestade soberana, incapaz de deter-se ante os limites normativos postos pelos fatores do modelo inicial"¹³⁶. A crise do *Estado de Direito* liberal também está vinculada, segundo Cademartori, à crise de lei como mecanismo de regulação social no *Estado Liberal*. Duas

136. CADEMARTORI, Op. Cit. p. 26.

situações caracterizam o estrangulamento do modelo nesse período:

a) as dificuldades do modelo em assegurar seus pressupostos de limitação do estado com o surgimento, no início do século XX de vários absolutismos baseados em normas gerais e abstratas, como exemplo, o fascismo e o nazismo. Estes estados totalitários aparentavam formalmente como estados de direito;

b) com o aumento de situações colocadas à apreciação do estado e com a conseqüente expansão da discricionariedade da administração em gerir os negócios públicos foi se demonstrando ineficaz o controle judicial apenas pelo aspecto da legalidade.

Conforme ensina Carmem Lúcia Rocha¹³⁷, com a dificuldade de controle da administração apenas pelo critério da legalidade, no *Estado Social de Direito* houve a necessidade de inclusão, no ordenamento positivo, de conteúdos éticos enquanto norma jurídica.

Assim, no campo da administração pública, verificou-se que o controle judicial limitado à apreciação da legalidade dos atos administrativos, principalmente temendo a invasão na competência de outro poder, foi sendo cada vez menos eficaz em controlar aqueles atos que embora dotados de legalidade formal visassem atingir fins diversos dos valores do *Estado de Direito*, seja por corrupção, por capricho, vaidade ou vingança. No *Estado Social*, devido ao agigantamento do estado, em que a administração pública passa a ser regrada, inclusive a

137. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Os Princípios Constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 190.

discricionariedade passa a existir para determinados casos e por determinação legal - tivemos a substituição do princípio liberal de que a *administração poderia fazer tudo o que não fosse defeso em lei* para que a moderna regra de que *a administração somente pode fazer o que é permitido por lei*¹³⁸. Maria Sylvia Di Pietro assim sintetiza aquele período do direito administrativo: "a Administração podia fazer não só o que a lei expressamente autorizasse, como também tudo aquilo que a lei não proibisse."¹³⁹

Para dar respostas à situação colocada e viabilizar algumas formas de controle dos atos da administração, embora revestidos de aparente legalidade, mas dotados de imoralidade, surge na França a teoria do desvio de poder como forma de controle dos atos dotados de imoralidade, como veremos adiante.

Foi no *Estado Social* que o direito administrativo mais se desenvolveu e, em face de exigência social, criou princípios e institutos que derogaram valores básicos do individualismo jurídico, limitando o exercício dos direitos individuais de liberdade em favor do bem-estar da coletividade.

O *Estado Social* ou, *do Bem Estar*, é marcado pelo crescimento do aparato técnico do poder executivo, que passa a ser o responsável por grande parte das normas do ordenamento, seja em face dos regulamentos, seja na iniciativa das leis. Enfim os centros decisórios estão no poder executivo. Tais mudanças ocasionam desequilíbrio

138. É o exemplo do art. V da Declaração de 1789 - "A lei só tem o direito de proibir as ações prejudiciais à sociedade". O que significava dizer "o que não está proibido pela lei está na margem de discricionariedade da administração".

139. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*.

devido à atuação de grupos de pressão dentro do poder, sendo que o exemplo mais conhecido é a atividade *lobbística*, com constante desvio da finalidade social do estado para atender interesses de grupos, gerando o que Ferrajoli chamou de "poder invisível", abordado no capítulo I. A crise do *Estado Social*, segundo Di Pietro vai construir a necessidade do Estado Democrático de Direito:

"As conseqüências negativas produzidas pelo positivismo formalista (Estado Legal) e o insucesso do chamado Estado Social na conquista dos valores tão apregoados pelo liberalismo acabaram por provocar reações no plano jurídico-constitucional, em que se procuraram introduzir novas concepções pretensamente mais aptas para produzir a justiça social. Acrescenta-se ao conteúdo do Estado Social de Direito um elemento novo, que é a **participação popular** no processo político, nas decisões de governo, no controle da Administração pública."¹⁴⁰

Esta mudança vai ser caracterizada pelo reconhecimento da plena normatividade e superioridade da constituição, ocasionando que, além das formas tradicionais de controle da administração através de regras da legalidade vão ser positivados no texto destas constituições, os princípios, dotados de maior peso axiológico e também dos adjetivos de norma constitucional. No Brasil, com a Carta de 1988, vamos ter a consagração de diversos princípios como cláusulas constitucionais, sendo que a moralidade foi elevada à categoria de princípio constitucional da administração pública libertando-se da legalidade e se equiparando a esta¹⁴¹.

São Paulo: Atlas, 1991. p. 19-20.

140. *Idem*, p. 29.

141. Na Constituição Federal além do princípio da moralidade estar presente no artigo 37, sobre a

2.2.2. Direito, Moral Comum e Moralidade Administrativa

Não haveria como adentrar o tema da moralidade administrativa sem fazer breve alusão histórica à batalha travada no front do direito, sobre a separação entre o direito e a moral.

Algo de interessante no assunto é a transposição para o tema do dilema da evolução dialética de Engels: o Positivismo Jurídico, ideologia revolucionária do liberalismo, luta no campo da ciência jurídica contra o jusnaturalismo enquanto ideologia jurídica da velha ordem, numa verdadeira batalha do novo contra o velho. Após a vitória histórica da posição juspositivista, agora é ela atacada como velha e ultrapassada. A nova hermenêutica busca certa reconciliação entre o direito e a moral, não nos moldes do velho jusnaturalismo, mas de um patamar superior e mais avançado. Exemplo claro disso, no direito brasileiro foi a inclusão, no texto constitucional, como princípio básico da administração pública, a moralidade administrativa, bem como sua positivação como um dos fundamentos da ação popular.

Na história da Filosofia e do Direito tem-se que a moral foi por muito tempo sinônimo do que é direito. Já na fase do positivismo dogmático empreendeu-se grande construção teórica para afastar o direito da moral. Os principais teóricos defensores da separação entre direito e moral foram Kant e Kelsen. Seria dispensável a necessidade de justificar o direito pela moral. O

administração pública, encontra-se estampado como um dos fundamentos da ação popular, cláusula

principal argumento para a total separação é o discurso da segurança jurídica, segurança esta, que mesmo com o grande esforço dos positivistas tal dissociação não logrou garantir.¹⁴²

Segundo Antonio Carlos Wolker o positivismo dogmático, do qual Kelsen é seu principal teórico, "reduz o direito a ordem vigente, resulta de dados lógicos e padrões de controle hierarquizados, imunizados de proposições e juízos axiológicos".¹⁴³

Welter, autor francês discípulo de Hauriou, distinguiu a moral administrativa da moral comum com as seguintes palavras:

*"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."*¹⁴⁴

Celso Bastos por sua vez, também não deixa passar em branco este registro no debate sobre a moralidade e o direito:

"Não há que se esquecer que houve um momento, nos séculos XVII e XVIII e mesmo no início do

pétrea do artigo 5º, LXXIII.

142. Cf. HERKENHOFF, João Batista. Como Aplicar o Direito. Rio de Janeiro: Forense, 6 ed., 1999, p. 112: no sentido de crítica ao argumento da "segurança jurídica", assim expõe: "A segurança jurídica é sempre invocada, quando se fala em alargar a missão criativa do juiz. A lei traduziria esta segurança. O afastamento da lei poria em perigo tal valor. Sem dúvida, uma das funções do Direito é preservar a segurança. Contudo, a justiça é um valor superior a este. Jamais se poderá, em nome da segurança consagrar a injustiça ou justificar a sentença contrária ao bem comum. Neste mesmo sentido, FRANÇA, Vladimir R. Considerações Sobre o Controle da Moralidade dos Atos Administrativos, mimeografado, s/d, s/p: "A dissociação entre direito e ética não pode, ao nosso ver, ser admitida. As tentativas de fá-lo, impulsionadas pela ascensão do Estado na instrumentalização e na produção do direito posto, não conseguiram satisfatoriamente trazer a tão sonhada segurança jurídica que os positivismos tentaram oferecer às alternativas do jusnaturalismo de edificar uma ontologia do jurídico".

143. WOLKMER, Antonio Carlos. Ideologia e Estado de Direito. 2 ed., São Paulo: RT, 1995. p. 147.

144. Apud DI PIETRO, op. cit., p. 102.

século XIX, em que as correntes filosóficas dominantes tornavam inconvenientes as noções de moral e direito. Alguns autores tiveram papel de destaque nessa empreitada. Citemos apenas dois: Kant e Kelsen."¹⁴⁵

Niebuhr, ao comentar a separação entre direito e moral de Kelsen, assim expõe a visão positivista dogmática:

"Desde os primeiros passos da ciência jurídica, vêm sendo estudadas as relações entre a moral e o Direito. Kelsen - exemplo do esforço positivista para se lograr segurança e previsibilidade jurídica - separa-os um do outro, assinalando que o Direito é baseado na coação, enquanto que a moral acarreta tão somente uma aprovação ou desaprovação social."¹⁴⁶

Com o desenvolvimento do Estado e a construção de todo o aparato legislativo, visando a regradar o máximo de situações possíveis, a manutenção de distância formal entre a ciência jurídica e a moral passou a não mais ser admitida pelas teorias jurídicas atuais¹⁴⁷.

Bastos demonstra a falência da proposta positivista dogmática de separação total entre direito e moral:

"Neste século XX fez-se desde logo sentir uma tendência oposta às idéias Kantianas e Kelsenianas. Surgem na França autores como Gaston Morin e Georges Ripert, que vão dedicar-se a demonstrar que o direito não tem significado apenas jurídicos, mas também políticos e ideológicos. É dizer, reconhece-se a insuficiência da mera norma jurídica para

145. BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

146. NIEBUHR, Joel de Menezes. Princípio da Isonomia na Licitação Pública. Florianópolis:, Obra Jurídica, 2000, p. 96-97.

147. Neste sentido: BONAVIDES, op. cit., p. 253-266.

disciplinar toda a vida social sem simultaneamente se agregar a elas um critério político ideológico.”¹⁴⁸

O mesmo Celso Bastos, citando o autor argentino Roberto Vernengo¹⁴⁹, apresenta a seguinte questão:

“o Direito produzido pelos órgãos estatais, ainda que se trate de representante do povo... carece de validade por si. Toda norma de direito positivo, para pretender validade e legitimidade suficientes, tem que poder justificar-se na consciência moral dos indivíduos.”¹⁵⁰

Hoje, embora sem fundir um com outro, há que reconhecer a existência de relação salutar entre o direito e a moral. Não sendo este o objetivo principal do tema moralidade aqui apresentado, limitar-se-á à apresentação de algumas diferenças entre direito e moral segundo Adolfo Vazquez¹⁵¹ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Para Vazquez, a característica que diferencia o direito da moral é que esta última se manifesta com forma de interioridade, enquanto que o direito por exterioridade, sendo que o campo da moral é mais vasto do que o direito, visto que este somente regula a conduta humana que interessa ao estado, enquanto que aquela regula toda e qualquer forma de comportamento humano, independentemente de ser regulado pelo estado.

“a moral e o direito possuem elementos comuns e mostram, por sua vez, diferenças essenciais, mas estas relações, que ao mesmo tempo possuem um caráter histórico, baseiam-se na natureza do

148 BASTOS, op. Cit. p. 36

149. No mesmo sentido, DI PIETRO, Maria Sylvia. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1991, p. 100.

150 Apud BASTOS, op. Cit. p. 36.

151. VAZQUEZ, Adolfo Sanches. Ética. 14 ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993, p. 81-84.

direito como comportamento humano sancionado pelo Estado e na natureza da moral como comportamento que não exige esta sanção estatal e se apóia exclusivamente na autoridade da comunidade."¹⁵²

Embora se reconheça a amplitude da moral em relação ao direito, um fato histórico marca o retorno da convivência pacífica entre o direito e a moral. Dá-se com a positivação da moralidade como necessária à validade de determinados atos e, de forma conclusiva, em se tratando de direito público, quando se eleva a moralidade à categoria de princípio constitucional.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵³, desde a antiguidade existe, se não uma teoria, pelo menos *intuição* de que há diferença entre direito e moral. Tal constatação se faz através de dois princípios do direito romano: *nem tudo o que é lícito é honesto* (non omne quod licet honestum est) e *ninguém pode ser punido por aquilo que pensa* (cogitationis nemo poenam patitur). Entretanto é somente na época moderna, em razão dos conflitos religiosos entre católicos e protestantes que passa a haver preocupação com a distinção. Miguel Reale¹⁵⁴ assim expôs a questão:

"cada chefe de Estado passou a se atribuir o direito de intervir na vida particular do cidadão, a fim de indagar das suas convicções religiosas: uns queriam que seus súditos fossem católicos, outros que fossem protestantes. Houve então necessidade de uma delimitação clara da zona de interferência do poder público - o que só seria possível através da distinção entre o

152 . Idem, p. 83-84.

153 . Op. Cit.

154. REALE, Miguel, Apud DI PIETRO. *Discrecionariade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

mundo jurídico e o mundo moral e religioso." (Apud DI PIETRO, 1991, p. 104)

Verifica-se que a forma de distinção fundada no problema acima teve caráter liberal, ou seja, proteger o direito individual à liberdade de pensamento. Embora tenha sido, para a época, um avanço, esta distinção levou a tentativa de completa separação entre direito e moral.

Sobre as formas e teorias de diferenciar o direito da moral, Di Pietro as apresenta como sendo três modalidades:

1. O direito faz parte da moral, porém sendo esta dimensão maior do que as normas de direito. Assim, tanto as normas jurídicas como as morais seriam regras de conduta humana, sendo que o direito seria a parte da moral que foi jurisdicizada pelo Estado.

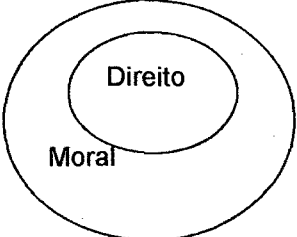
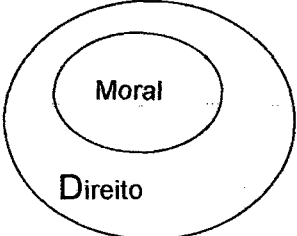
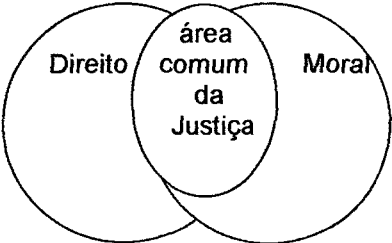
2. Invertendo a situação anterior, o direito seria o todo e, a moral estaria absorvida pelo direito, sendo este resultado da atuação do Estado. Remonta a Platão e Hegel, que para este, sendo o Estado soberano absoluto, não estaria vinculado a valores externos ou superiores, sendo a fonte de toda a legalidade e moralidade.

3. Seriam a moral e o direito diferentes, porém compartilham o conteúdo comum da justiça, embora por razões e técnicas diferentes. Além de uma zona comum, a moral abarca uma parte não absorvida pelo direito e este contém parte indiferente a moral¹⁵⁵.

A autora se refere a círculos para explicar melhor

155 . Di PIETRO, op. Cit. p. 103-104.

cada uma das teorias:

Exemplo 1	Direito como parte integrante da moral.	
Exemplo 2	Moral como parte integrante do direito.	
Exemplo 3	Direito e moral compartilhando a obrigação para com a justiça.	

No gráfico acima, a primeira forma busca justificação de que toda regra jurídica tem um conteúdo moral, entretanto, a regra moral é cumprida espontaneamente, enquanto que a jurídica seria a regra moral que se tornou obrigatória, podendo ser exigível. Segundo Di Pietro, esta distinção somente serve a nações de regime jurídico teocrático, no qual o direito é um mero apêndice da religião e da moral.

A segunda forma somente serve para estados totalitários, sendo o estado quem dita o direito e também as regras morais.

A terceira forma apresenta-se pela autora como mais correta, diferentemente da moral, o direito "não

ordena todos as virtudes e nem proíbe todos os vícios"¹⁵⁶. O direito regula apenas um conteúdo mínimo, indispensável à vida em sociedade. O direito preocupa-se ainda com temas indiferentes ao campo da moral (direito processual, formas etc.), também necessárias à vida social.

A moral, por sua vez, não é um único conjunto de normas de conduta, havendo na mesma sociedade diversas concepções de moralidade, que variam no tempo e de conformidade com a concepção de sociedade e até de transformação da mesma¹⁵⁷. Além da moral individual, religiosa ou política, a autora registra a existência de uma moral social. Sobre esta, Di Pietro assim escreve:

*"(...) consiste nas idéias predominantes na sociedade sobre a qualidade moral de comportamento, de costumes, que a sociedade dirige a seus membros em cada momento com referência ao bem social."*¹⁵⁸

Neste sentido, esta moral social reflete a existência de uma *comunidade moral de valores* existentes na sociedade, manifestando-se ora como expectativas, ora como exigências de comportamento, como princípios ou modelos de valor.

Assim, é a moral social que interessa ao direito administrativo e, segundo estas regras, o princípio da moralidade administrativa exige do administrador condutas não somente conforme a lei, mas também em conformidade com

156 . Idem, p. 106.

157. A moral e até mesmo o direito, não tem apenas uma forma ou uma concepção (o pluralismo jurídico por exemplo, defende "uma mudança de paradigma no Direito, para construir um novo fundamento de validade e propõe um Direito Comunitário, não identificado com o monismo jurídico" cf. ANDRADE, Lédio Rosa. O que é Direito Alternativo. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998, p. 51). Variam de conformidade com o grupo social e principalmente tem um forte apego de classe, sendo que o que é justo e moral para um pode ser injusto e imoral para outros. Neste sentido: WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico. São Paulo: Alfa-ômega, 1994.

158 . DI PIETRO, op. Cit, p. 107.

os interesses da sociedade, interesses estes que a administração se propõe a respeitar e defender no estado democrático de direito. Os valores da moral social não são outros senão aqueles positivados no texto constitucional, a exemplo do preâmbulo da Carta de 1988:

“Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...).”¹⁵⁹

No Brasil, a moral social a ser observada pela administração pública se materializa nos Princípios Fundamentais da República, consagrados no Título I da Carta de 1988.

2.2.3. Princípio da Moralidade: Tratamento Doutrinário e Jurisprudencial

A moralidade administrativa, tanto na doutrina como na jurisprudência, teve sua infância ligada a teoria do desvio de poder, como vimos, elaborada pelo Conselho de Estado Francês e sistematizada por Hauriou. A técnica do desvio de poder permitiu limitar ainda mais a atividade discricionária do Estado, tendo sido incorporada, ao ordenamento jurídico brasileiro com a Lei que rege a Ação Popular¹⁶⁰. Por desvio de poder, entretanto, tinha-se que a imoralidade era uma espécie de ilegalidade.

159. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4.ed. São Paulo : Saraiva, 1990.

160. Lei 4717/65: “art. 2º. São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: (...); e) desvio de finalidade.(...)”.

Antes mesmo da Constituição de 1988, a doutrina reconhecia a moralidade com princípio da Administração Pública. Com o advento da nova Constituição, tivemos a moralidade elevada à característica de Princípio Constitucional da Administração Pública.

A questão abordada neste título é a seguinte: com o texto constitucional de 1988, a moralidade administrativa continua sendo controlada através da técnica do desvio de poder? Esta pergunta leva a outra: a imoralidade continua sendo uma das formas de ilegalidade?

2.2.3.1. Moralidade e Legalidade na Teoria do Desvio de Poder

Embora se tenha registrado anteriormente que na história do direito, buscou-se separar a moral do direito, sempre houve preocupação de que os gestores do estado governassem de forma justa e honesta.

No campo do direito administrativo, a maioria dos escritores nacionais reconhece ao jurista francês Maurice Hauriou, o pioneirismo em referir-se à possibilidade de controle dos atos administrativos pela moralidade dos mesmos.

Sérgio de Andréa Ferreira em artigo sobre a principiologia e a moralidade, assim refere-se ao autor francês:

"foi MAURICE HAURIOU (*Précis de Droit Administratif*), quem, pela primeira vez, a ela se referiu, mencionando, de início, a conformidade com os princípios basilares da 'boa administração'." ¹⁶¹

161. FERREIRA, Sérgio Andréa. A Moralidade na Principiologia da Atuação Governamental. Revista

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no mesmo sentido afirma:

"Parece ter sido Maurice Hauriou o primeiro autor a referir-se à moralidade no âmbito do direito público, como princípio de observância obrigatória pela Administração."¹⁶²

Caio Tácito, também em artigo sobre o tema, referenda:

"No direito francês o conceito da moralidade como integrante da legitimidade do exercício de competência administrativa teve como primeiro intérprete MAURICE HAURIOU."¹⁶³

Joel Menezes Niebuhr, em sua obra Princípio da Isonomia, assim expõe:

"No Direito Administrativo, a moralidade fez-se presente incorporada num princípio jurídico, de conformidade com as lições de Maurice Hauriou, que fundou a teoria do desvio de poder (...)"¹⁶⁴

Foi então o jurista francês Hauriou, ao comentar os arestos do Conselho de Estado de seu país, quem fundou a teoria do *Desvio de Poder* como técnica de controle da moralidade dos atos da administração.

Segundo o jurista luso Antonio José Brandão, Hauriou "desenvolveu, com maior brilhantismo do que transparência, a seguinte tese audaciosa: a legalidade dos atos jurídicos administrativos é fiscalizada pelo recurso

de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, n. 220, p. 121-138.

162 DI PIETRO, Op. Cit. p. 101.

163. TÁCITO, Caio. *Moralidade Administrativa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, n. 218, p. 1-10.

164. NIEBURHR, Joel de Menezes. *Princípio da Isonomia na Licitação Pública*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000, p. 67.

baseado na violação da lei; mas a conformidade desses atos com os princípios basilares da 'boa administração, é fiscalizada por outro recurso, fundado no desvio de poder, cuja zona de policiamento é a zona da moralidade administrativa' "165.

Por **moralidade administrativa**, Hauriou, em seu *Précis de droit administratif*, define como sendo:

"o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração; implica saber distinguir não só o *bem* do *mal*, o *legal* e o *ilegal*, o *justo* e o *injusto*, o *conveniente* e o *inconveniente*, mas também entre o *honesto* e o *desonesto*; há uma *moral institucional*, contida na lei, imposta pelo Poder Legislativo, e há moral administrativa, que "é imposta de dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário."166

Para Hauriou, o controle da moralidade, dava-se pela técnica do desvio de poder e, *Desvio de Poder*, ocorreria quando os administradores, embora utilizando meios legais ou aparentemente legais, visam a atingir fins que não correspondem com ao bem comum, ou seja, com a moralidade.

Esta teoria trouxe a obrigação para a administração pública de que deve agir com respeito à moralidade para que seus atos tenham validade jurídica, entretanto, limitou o alcance da moralidade. Com a técnica do desvio de poder, os atos que venham a ferir a moralidade são efetuados com a administração desviando do poder definido pelo legislativo e conferido pela lei à apreciação da

165. BRANDÃO, José Antonio. *Moralidade Administrativa*. Revista de Direito Administrativo, n. 25/454, p. 467. Apud DI PIETRO, op. Cit. p. 102.

166 . Apud DI PIETRO, op. Cit. p. 102.

administração. Assim, em seu país de origem, esta técnica tem levado a considerar que, sendo a moralidade um desvio de poder, "é visto como uma espécie de *ilegalidade* que pode viciar o ato administrativo"¹⁶⁷.

Os juristas espanhóis Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, em seu *Curso de Direito Administrativo*, nos dão conhecimento de que a técnica do *desvio de poder* diz respeito ao controle do *fim*¹⁶⁸ do ato administrativo. Ao comentar sobre o tema, dizem:

"A técnica em questão é um achado da jurisprudência do Conselho de Estado francês, que se produz, como já vimos, na segunda metade do século passado a partir da constatação de que toda a atividade administrativa deve dirigir-se à consecução de um fim, determinando sempre, expressa e tacitamente (e, portanto, elemento necessariamente regulado), pela norma que atribui a potestade para atuar."

E ainda:

"Se a autoridade ou órgão da Administração se afastam deste fim que condiciona o exercício de sua competência, o ato ou a decisão deve ser anulado. Os poderes administrativos não são abstratos, utilizáveis para qualquer finalidade; são poderes funcionais, outorgados pelo ordenamento em vista a um fim específico, com o qual afastar-se do mesmo obstrui sua fonte de legitimidade."¹⁶⁹

Para os autores espanhóis, o controle dos atos

167. Idem, *ibidem*, p. 96.

168. Conforme os autores, todo ato administrativo, inclusive o discricionário, contém elementos regrados (*forma, competência do órgão, etc.*) e portanto facilmente controlável pelos tribunais através da técnica da legalidade, entretanto o controle do fim se dá pela técnica francesa. Entretanto, diferentemente dos autores nacionais, estes espanhóis não fazem referência a Hauriou ao comentar sobre o controle por desvio de poder, embora reconheçam ser obra do Conselho de Estado francês.

169. DE ENTERRÍA, Eduardo García e outro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1991, p. 402.

administrativos, inclusive os discricionários, através da técnica do desvio de poder, depende do *fim* perquirido pela administração.

Sobre a forma ou, a técnica de constatar o desvio de poder, na mesma obra, apresentam:

“Para que se produza desvio de poder não é necessário que o fim perseguido seja um fim privado, um interesse particular do agente ou autoridade administrativa (...)”¹⁷⁰

Assim, registra-se desvio de poder quando, por exemplo, a administração utiliza-se do poder de polícia (não fiscal-arrecadatório) com fins de recolher recursos aos cofres públicos, ou ainda, toda vez em que os *fins* do ato sejam divergentes dos *fins* da norma que instituiu o poder de tal decisão.¹⁷¹

Entretanto, atualmente a técnica do desvio de poder está razoavelmente afastada da moralidade e absorvida pela legalidade. Tal situação é expressamente exposta pelos professores espanhóis:

“O vício de desvio de poder é um vício de estrita legalidade. O que se controla através desta técnica é o cumprimento do fim concreto que assinala a norma habilitante e esse controle se realiza mediante critérios jurídicos estritos e não mediante regras morais.”

“(...) O que está em jogo, portanto, é a legalidade administrativa e não a moralidade do funcionário ou da própria administração.”¹⁷²

Para clarear o significado de *desvio de poder* e

170 . Idem, *ibidem*.

171. A título de exemplo, poderíamos usar os casos em que a polícia sanitária ou de relações de consumo aplica sanções não com o objetivo de proteger a saúde pública ou o consumidor e sim de arrecadar recursos através das multas.

seu controle, De Enterría apresenta uma sentença do Tribunal Superior de seu país, que é assim comentada pelo autor:

"a teoria do desvio de poder se baseia em que a lei de onde parte a faculdade de decisão da autoridade administrativa não expressará a vontade da lei ao desvincular-se do seu espírito, pelo que faltará o obrigatório liame entre a idéia de poder e a de fim de serviço, e, em consequência, o ato da Administração, mesmo quando tenha aparência legal, deixa de satisfazer a objetividade jurídica que motivou o nascimento da norma positiva; que o desvio de poder supõe que o ato administrativo, mesmo quando possa estar revestido de legalidade extrínseca, nasceu com vício de nulidade por não responder em sua motivação interna ao sentido teleológico da atividade administrativa(...)"¹⁷³

Devido à evolução da teoria do desvio de poder, houve a transformação de uma norma de cunho moral em uma regra jurídica. Cronologicamente, registra-se que o Conselho de Estado francês desenvolveu técnicas de controle que foram de reconhecer a nulidade dos atos por vícios de forma, ao exame dos motivos para, por último, examinar os fins, visando limitar cada vez mais o poder discricionário da administração.

Entretanto, a técnica do desvio de poder ou de finalidade, como ficou claro, não reconhece a moralidade de forma independente da legalidade.

No Brasil, como visto anteriormente, esta regra inclusa na lei que tratou da Ação Popular de 1965, que expôs como nulos os atos lesivos ao patrimônio público quando praticado com "desvio de finalidade", dando, no

172 DE ENTERRÍA, op. Cit. p. 403.

parágrafo único do artigo segundo a definição: "o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência".

A técnica do desvio de poder ao considerar que o vício está em haver divergência entre o fim da lei e o fim do ato, equiparando, portanto, a imoralidade como parte integrante da ilegalidade, leva a difícil seara da pesquisa sobre a intenção do agente. Sobre esta dificuldade, Garcia de Enterría busca amenizar:

"Consciente desta dificuldade, assim como de que a exigência de um excessivo rigor probatório privaria totalmente a virtualidade à técnica do desvio de poder, a melhor jurisprudência costuma afirmar que para que possa ser declarada a existência desse desvio é suficiente a convicção moral que se forme o tribunal."¹⁷⁴

Assim, embora tendo a técnica do desvio de poder enquadrado a moralidade na legalidade, necessita do juízo de valor moral para conseguir definir se houve ou não tal desvio.

No Direito Administrativo Brasileiro moderno, entretanto, a moralidade administrativa foi estampada, ao lado da legalidade, na Constituição Federal já num período que tanto na França quanto na Espanha estava em decadência o uso independente. Assim, tendo o constituinte inovado em apresentar que a moralidade deve ser um dos princípios da administração, de forma independente, fez valer a orientação de que o controle jurisdicional dos atos da

173 Idem, p. 404.

174 Idem, ibidem.

administração por afronta ao princípio da moralidade pode ser efetuado também de forma independente da legalidade.

Ademais, sendo positivado na constituição este princípio com forte carga axiológica e, por sua natureza, tendo característica de generalidade e abertura, permite controlar os atos da administração, baseando-se nos valores sociais da moralidade, estampados na parte inicial do próprio texto constitucional.

2.2.3.2. A Moralidade Administrativa como Princípio Constitucional

De conformidade com o exposto no título anterior, a teoria do *desvio de poder* enquanto forma de controle da moralidade, leva em consideração os *fins* do ato administrativo com relação aos *fins* legais, reconhecendo a falta de moralidade como *ilegalidade intrínseca*.

Em nosso país, a técnica do controle da moralidade foi influenciada pelo modelo francês, fazendo com que a doutrina administrativista recepcionasse a técnica do desvio de poder, sendo que antes da constituição de 1988 a moralidade era colocada como princípio da administração, entretanto, a imoralidade administrativa era tida como uma das formas de ilegalidade.¹⁷⁵ Ocorre que, com a Constituição de 1988 o princípio da moralidade foi referendado pelo poder constituinte, elevando-o à categoria de princípio constitucional, ao lado do princípio da legalidade. Pela simples leitura, por mais leiga que seja, do artigo 37 da Constituição Federal, o

175. Neste sentido, MEIRELES, op. cit., p. 611.

leitor deparará com vários princípios constitucionais da administração pública, sem que a constituição faça qualquer distinção entre moralidade, legalidade, impessoalidade, publicidade e agora também *eficiência*.¹⁷⁶

O Constituição de 1988 ao positivizar a moralidade como princípio constitucional, havendo no Brasil doutrina sobre a técnica do desvio de poder e, levando em considerações as características administrativas locais, rejeitou a técnica francesa e optou por um novo caminho, do controle da moralidade de forma independente, sem considera-la filha menor da legalidade. Neste sentido, Demócrito Reinaldo referenda o pensamento acima:

"(...)a Constituição Federal de 1988, que 'juridicizou a moralidade' administrativa, convertendo-a, ainda, em 'princípio' de direito (constitucional) positivo (art. 37), sob cuja égide se passou a nortear toda a atividade administrativa."¹⁷⁷

O autor colabora com a tese de que após a constituição de 1988 a moralidade está juridicizada, através de um princípio constitucional. Além da inscrição da moralidade como princípio constitucional positivo da administração pública, o constituinte incluiu como Garantia Fundamental, pela qual, qualquer cidadão é parte legítima para propor a Ação Popular visando a anular ato lesivo ao patrimônio público, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e à *moralidade administrativa*. Tal disposição veio inclusive alterar o sentido de imoralidade

176. O princípio da eficiência foi acrescentado pela Emenda Constitucional nº 19/98.

177. REINALDO, Demócrito Ramos. O Princípio da Moralidade e da Publicidade na Administração Pública. Arquivo Forense, Pernambuco, v. 75. Disponível em: www.BuscaLegis.cj.ufsc.br, acesso em 11/07/2000.

como *desvio de finalidade* que constava da lei 4717/95 que regula a Ação Popular.

Entretanto, o reconhecimento da normatização do princípio da moralidade não é unânime. Há recusa por parte de uns e temor por outros em reconhecer a moralidade como regra para a administração, ora por apego a velha teoria do desvio de poder, ora pela alegação da vagueza e imprecisão do seu conceito. Tal argumento, entretanto, é de difícil sustentação frente a atual ciência dos princípios, de conformidade com o abordado nesta dissertação, principalmente por se tratar de princípio de ordem constitucional.

Face à confusão criada pelos defensores da aplicação restritiva do princípio da moralidade, se fazem necessários alguns apontamentos.

No final da década de 50, o jurista alemão Konrad Hesse¹⁷⁸, ao ministrar aula inaugural na universidade de Freiburg, contrapôs-se à visão de Constituição anteriormente defendida por militante social-democrata Ferdinand Lassalle¹⁷⁹ de que a constituição escrita não passa de "um pedaço de papel"¹⁸⁰, Hesse defendeu a existência de uma força normativa na constituição. Nesta intervenção, o professor alemão afirma que a força e a normatividade da constituição reside na *vontade de*

178. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabril, 1991.

179. Advogado e ativista político que viveu na Prússia, no século XIX.

180. De conformidade com conferência ministrada por Lassalle em 1863 para operários e intelectuais, este conclui por existir em um país duas constituições, uma real, que representaria os fatores reais de poder (poder econômico, exército, atores sociais dominantes, etc) e outra que é a constituição escrita, a qual denominou-a de folha de papel, face a sua fragilidade em relação a constituição real.

Entretanto, embora tenha Hesse se referido ao termo folha de papel como de autoria de Lassalle, na verdade, o termo é usado pelo autor referindo-se à célebre frase de Frederico Guilherme IV, que disse: "julgo-me obrigado a fazer agora, solenemente, a declaração de que nem no presente nem para o futuro permitirei que entre Deus no céu e o meu país se interponha uma folha de papel escrita como se fosse uma segunda Providência" (LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liberjuris, 1988, p 23.)

constituição, como força ativa de todos os responsáveis pela ordem constitucional. Ensina Hesse que para a constituição ser respeitada, além da vontade de constituição, seu Conteúdo deve "Corresponder à natureza singular do presente, levando em conta, além dos fatores sociais, políticos e econômicos, principalmente o 'estado espiritual' (*gestige Situation*) do seu tempo". (Op. cit., p.20)

Trazendo o ensinamento acima para o nosso país, a moralidade enquanto norma constitucional logrou total êxito em captar e transpor para o texto o anseio, o estado *espiritual* da sociedade brasileira, recém saída do regime militar, autoritário e corrupto. Esta situação é exposta de maneira bastante lúcida por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ao comentar sobre o princípio da legalidade no Brasil:

"mesmo atuando formalmente com a lei o administrador conservava nos seus atos as qualidades marcantes do paternalismo."

"(...) mesmo uma administração sob o império da lei aparecia mais como um pai, bastante imprevisível, irascível, mas influenciável e de coração brando, com cuja magnanimidade se podia contar apesar de tudo."

"(...) Com um enorme contingente de funcionários escolhidos para cargos de confiança por ato discricionário do supervisor, a administração admite entre os funcionários e seus padrinhos relações de companheirismo político, amizade pessoal, compadrio, relações estas decisivas para sua estabilidade."¹⁸¹

181. FERRAZ JÚNIOR, Tércio. *Ética Administrativa Num País em Desenvolvimento*. p. 4-5. Disponível em: www.buscalegis.ccj.ufsc.br, acesso em 13/12/1999.

A elevação da moralidade administrativa como princípio constitucional foi uma das peças basilares para aproximar mais o ordenamento brasileiro do modelo ideal de *Estado Democrático de Direito*¹⁸². É um princípio *garantista*, pois, visa a dar possibilidade para a sociedade, através de medidas coercitivas, a possibilidade de controlar a moralidade dos atos da administração.

Outros dois atributos importantes envolvem os princípios constitucionais, segundo Espindola, são: a *força normativa* e *superioridade*. Sendo que por norma jurídica, entenda-se: "igual vinculação de todas as autoridades e de todos os cidadãos", sentido este que é completado por García de Enterría: "porém, a constituição não é só norma, mas precisamente a primeira das normas do ordenamento inteiro, a norma fundamental, *lex superior*".

183

Ainda, a Constituição enquanto norma jurídica recebeu do constitucionalismo americano o caráter de supremacia frente às demais, princípio este recepcionado pelo constitucionalismo brasileiro a longo tempo. Esta constatação, de conformidade com o sentido de norma jurídica, leva a conclusão de que, sendo a moralidade administrativa um princípio constitucional, é também dotada de supremacia, própria das constituições atuais.

A resposta positiva ao critério antes exposto, acrescido da força normativa da Constituição, dá ao estado, o adjetivo de *Estado Democrático de Direito*, também denominado de *Estado Constitucional de Direito* ou *Estado de Direito* no sentido forte.

182. Ressalvando que a não efetivação deste princípio pela administração pública ou mesmo, o escamoteamento do judiciário para efetivar seu controle afasta o estado real do modelo, fazendo

Como demonstrado, o princípio da moralidade tem completa independência jurídica da legalidade no plano teórico, havendo, entretanto, divergência com a prática em face de pouca independência do princípio nas decisões dos tribunais. Assim, abstraindo a possibilidade de não estar sendo levado aos tribunais os casos de afronta ao princípio da moralidade¹⁸⁴, chega-se ao seguinte questionamento: *possui o princípio da moralidade força normativa e supremacia como os outros princípios constitucionais?*

Com o constitucionalismo pós-positivista,¹⁸⁵ os princípios, que são tidos como os valores maiores de justiça de uma sociedade, são colocados como o coração das modernas constituições, transformados em princípios jurídicos dotados de força e supremacia constitucional.

Portanto, no campo da teoria jurídica, é forçoso concluir que, o princípio da moralidade obriga a administração, em todos os níveis, ao seu respeito como pressuposto de validade de seus atos. Outra conclusão necessária é que, no estado constitucional de direito, não só o estado está submetido ao direito: o próprio direito está submetido ao direito.

Assim, não há mais que se falar em *fim* do ato divergente do *fim* legal, pois até a lei pode ser controlada pelo princípio da moralidade, quando de efeitos concretos, venha a afrontar a sua supremacia constitucional, portanto, eivada de

crescer a divergência entre o ser e o dever ser abordado por Ferrajoli na teoria geral do garantismo.
183. ESPINDIOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: RT, 1998. p. 108.
184. Hipótese levantada para efeitos de argumentação, visto que não seria razoável admitir, embora não se tenha estatísticas, que sejam tão raros os casos de imoralidade administrativa colocadas à apreciação dos tribunais.
185. Cf. BONAVIDES, op. cit.

*inconstitucionalidade*¹⁸⁶. Neste sentido, Demócrito Reinaldo diz:

"A Constituição Federal, como se afirmou, alhures, elevou de forma explícita, a moralidade administrativa ao primado de princípio, cognado ao da "legalidade", erigindo-a em interesse social relevante e juridicamente protegido."¹⁸⁷

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, se assim posiciona frente à invalidade do ato imoral: "o ato administrativo imoral é tão inválido quanto o ato administrativo ilegal".¹⁸⁸

José Afonso da Silva, em seu Curso de Direito Constitucional:

"A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa."¹⁸⁹

Com a positivação do princípio no artigo 37 da Carta Política Brasileira, assegura que, pelo menos no mundo jurídico, foi sepultado o vocábulo: "pode até ser imoral, mas é legal"; se imoral, o ato administrativo é *inconstitucional*¹⁹⁰.

186. Utilizaria aqui para elucidar esta tese o caso do administrador municipal, que para beneficiar determinada pessoa com uma construção industrial em área definida como residencial exclusiva no plano diretor, remete para o legislativo que em conluio aprova, projeto alterando o plano diretor para admitir construções industriais naquele local.

187 REINALDO, op. Cit.

188 DI PIETRO, op. Cit. p.116.

189. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 616.

190. Cf. REINALDO, Demócrito Ramos. O Princípio da moralidade na Administração Pública e a liceidade do limite etário pra acesso dos cargos públicos. *Revista dos Tribunais*, v. 84, São Paulo, jan. 1995, p. 711.: o constituinte jurisdiciozou e distinguiu a moralidade da legalidade: "o constituinte, ao instituir um princípio, não cuidou de mero reenvio da norma legal à norma moral, mas atribui à

2.2.3.3. Controle da Moralidade à Luz da Jurisprudência

No Brasil, adota-se o sistema de jurisdição única, não havendo tribunal especial para o contencioso administrativo¹⁹¹. Cabe ao Poder Judiciário a apreciação de toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito¹⁹².

Efetivamente, as decisões dos tribunais que tratam do controle da moralidade na administração pública são raras. Além da posição que entende pela continuidade do uso da técnica do desvio de poder, como visto acima, podemos classificar as demais em três espécies:

a) Em se tratando do controle judicial da moralidade administrativa, os autores¹⁹³ tem apresentado como pioneiro no assunto o julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, de lavra do Desembargador Cardoso Rolin, com a seguinte redação:

"o controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a

moralidade administrativa relevância jurídica, de eficácia plena e mandamental autônoma - e de vida própria. Nessa linha de raciocínio, há que se distinguir a ordem jurídica positiva, que caracteriza a legalidade, da ordem jurídica positiva, que caracteriza a moralidade - ambas compondo a mesma ordem jurídica integral - porque nem tudo o que é legal é moral".

191. Na França, a título de exemplo, o contencioso administrativo possui jurisdição própria. Conforme HAURIUO, Maurice. *Princípios de Derecho Público y Constitucional*. Madri: Editorial Réus s/d, s/p: o motivo da França não submeter ao judiciário o controle dos atos administrativos e principalmente o controle da constitucionalidade, tem origem na Revolução Francesa e nas leis revolucionárias de 1790 e 1791. O que motivou os revolucionários franceses a não conferir tal poder ao judiciário foi para evitar "um governo de juizes". Possivelmente, durante o regime pré-revolucionário o judiciário teve forte vinculação com a aristocracia derrotada, motivo pelo qual a revolução não depositou confiança no Judiciário em realizar tão importante missão, bem como devido à radicalização do princípio da separação dos poderes.

192. O artigo 5º, XXXV da Constituição Brasileira estabelece que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

193. Conforme MEIRELLES, op. cit., p. 85 e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, 1992, nº 190, p. 28.

moral administrativa e com o interesse coletivo"¹⁹⁴.

Verifica-se do texto citado que o aspecto da moralidade tem conteúdo e alcance restrito. Entretanto, sendo o julgado anterior ao texto constitucional de 1988, era perfeitamente admissível e até elogiável o acórdão. Ocorre que, entretanto, mesmo depois da positivação da moralidade como princípio autônomo, vários julgados se baseiam na velha técnica do desvio de poder, recusando o controle efetivo por imoralidade administrativa. Neste sentido, decisão do Supremo Tribunal Federal, assim, posicionou-se:

*"CONCURSO PÚBLICO - EDITAL - PARÂMETROS - OBSERVAÇÃO (...) VAGAS - NOMEAÇÃO. O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade (...)"*¹⁹⁵

O Supremo Tribunal Federal, no caso acima, fundamenta sua decisão no "desvio de poder", quando na verdade o Tribunal recorrido agia com ofensa ao princípio da moralidade administrativa. O que difere o julgado do Tribunal Paulista do Supremo é que, na época da decisão do primeiro não havia disposição constitucional admitindo a moralidade como princípio obrigatório e independente da administração pública. Embora se tenha, nos dois casos,

194. Não tendo conseguido o inteiro teor do acórdão, citamos trecho apresentado em Meireles, op.cit, p. 85.

195. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 19268-0. D.J.U. de 13/09/96.

codificado os atos administrativos, o último demonstra o pouco apego à defesa da moralidade, de forma independente, pelo Supremo Tribunal Federal.

b) Os julgados que admitem o controle dos atos por ofensa a moralidade administrativa, porém de forma secundária. Nesta categoria, está a maior parte das decisões que fazem referência ao princípio da moralidade. A moralidade sempre vem como reforço da defesa da legalidade, da impessoalidade e da publicidade.

Como exemplo, o acórdão nº 10980 do Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte redação:

"ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. JUIZ SUBSTITUTO - ESPIRITO SANTO - EDITAIS NS. 001/97 E 009/97. ALTERAÇÃO DE CRITÉRIOS APÓS A REALIZAÇÃO DA PRIMEIRA PROVA. AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO PELO TRIBUNAL PLENO.

*1. A alteração do critério de cálculo para apuração da média final, nas condições descritas, implica em afronta aos princípios da **moralidade administrativa e da impessoalidade**, impondo correção via Mandado de Segurança. (...)"¹⁹⁶*

Da mesma forma, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no acórdão nº 99,019154-0:

"MANDADO DE SEGURANÇA - ACESSO A DOCUMENTOS PÚBLICOS - LICITAÇÃO - ART. 5º, XXXIV, LETRA 'B', DA CF/88 - REEXAME NECESSÁRIO - DESPROVIMENTO.

As repartições públicas não podem negar a qualquer cidadão ou pessoa diretamente interessada, o acesso a certidões, por ser direito constitucional assegurado a todos.

196. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 10980, Relator Ministro Edson Vidigal, julgamento em 16/12/99, sem grifos no original. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 30/07/2000.

(...)a negativa ao fornecimento de certidões, documentos e informações solicitadas constitui ofensa ao **princípio da transparência dos atos da administração pública, publicidade, legalidade e moralidade.**"¹⁹⁷

Entretanto, alguns julgados vão incorporando a moderna doutrina sobre a independência do princípio da moralidade. Neste sentido, dois julgados do Superior Tribunal de Justiça:

"MINISTÉRIO PÚBLICO. Legitimidade ad causam. Sociedade de economia mista. Responsabilidade dos administradores. BANERJ.

O Ministério Público tem legitimidade para intervir como custos legis na ação de responsabilidade de administradores de entidade da administração direta, que teria sido vítima de gerenciamento lesivo, **com ofensa ao princípio da moralidade administrativa** (...).

Trata-se, portanto, de uma causa que envolve o interesse público no controle e fiscalização da moralidade administrativa dos entes públicos, que deve ser rigorosamente obedecida também pela administração pública indireta (...)"¹⁹⁸

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO.

1. O acórdão deve expressar, de forma explícita, as razões pelas quais determinou a conclusão assumida, para que a parte possa analisar o conteúdo de sua fundamentação e preparar o recurso cabível.

2. A prática de qualquer ato administrativo, quer da administração direta, quer da administração indireta, não terá apoio do ordenamento jurídico se não se apresentar rigorosamente vinculado ao princípio da **moralidade**.

3. A **defesa da moralidade** administrativa pode ser

197. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 990191540, Relator Carlos Prudêncio, julgado em 28/03/00. Disponível em: www.tj.sc.gov.br. Acesso em 10/10/2000.

198. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 94844, Relator Ministro Rui Rosado de Aguiar, julgamento em 07/10/97, sem grifos no original. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 10/10/2000.

efetuada via qualquer forma legislativa ou até mesmo sem norma expressa. É dever do administrador.

4. Não há ofensa ao princípio da legalidade e ao ato jurídico perfeito quando o Tribunal de Contas, em decisão colegiada, impede que sociedade de economia mista assuma encargos financeiros de pessoa jurídica de direito privado que rege interesses particulares.

5. Não é lícito que o Banco de Brasília pague as despesas administrativas de pessoal da empresa Regius S/C de Previdência Privada.

6. Embargos de declaração acolhidos.¹⁹⁹

c) No terceiro grupo, estão enquadrados os julgados que admitem o controle da moralidade através da análise da fundamentação dos atos administrativos. Neste sentido, os tribunais anulam os atos administrativos não motivados por tornarem impossível o controle da moralidade. Neste sentido, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem decidido que o ato administrativo "(...) deve ser obrigatoriamente motivado, sob pena de ser inválido, mormente quando impositivo de penalidade. Tal dever é corolário do princípio da moralidade administrativa que permeia, modernamente, toda a administração pública".²⁰⁰

Sobre o controle da moralidade, importante registrar a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 169876-SP, quando admite que "O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da

199. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDROMS nº 6234/DF, Relator Ministro José Delgado, julgamento em 19/05/98. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 10/10/2000.

200. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão nº 99.016969-3, Relator Desembargador Silveira Lenzi. Disponível em: www.tj.sc.gov.br. Acesso em 13/11/2000.

finalidade e, em algumas situações, o controle de mérito".²⁰¹

Por fim, consegue-se verificar que a aplicação do princípio constitucional da moralidade administrativa pelos tribunais, está crescendo e evoluindo, embora de maneira tímida, seguindo o mesmo caminho da evolução da teoria dos princípios. A plena aplicação do dispositivo constitucional pelo Poder Judiciário, inclusive com o controle do mérito dos atos imorais, faz parte da defesa do Estado Democrático de Direito e da *Garantista* Constituição de 1988 e assim a defesa e o controle da moralidade na administração está no campo do dever ser de todos os poderes, principalmente do judiciário.

201. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 169876-SP, Relator Ministro José Delgado. Disponível em www.stj.gov.br. Acesso em 13/11/00.

3. O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS COM BASE NO PRINCÍPIO DA MORALIDADE

O Capítulo ora iniciado tem o objetivo de verificar a relação existente entre a abordagem teórica sobre o princípio da moralidade pelos teóricos tradicionais e a teoria do garantismo.

3.1. A MORALIDADE ADMINISTRATIVA PELA DOUTRINA TRADICIONAL

O critério utilizado para a escolha dos autores classificados como "tradicionais", adiante comentados foi baseado na constatação sobre sua popularidade²⁰², o grau de apego tido pelos profissionais que lidam com a administração e com o Direito Administrativo (Hely Lopes Meirelles), abordagem do tema de forma atualizada (Maria Sylvia Zanella Di Pietro) e respaldo internacional (Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández)²⁰³.

3.1.1. O Princípio da Moralidade em Hely Lopes Meireles

No campo profissional jurídico, seja

202. No sentido de conhecimento da obra por parte dos operadores do direito e administradores públicos.

203 . A escolha pode suscitar dúvidas sobre o porque de não abordar teóricos importantes como Tércio Sampaio Ferraz, Diogo de Figueiredo Moreira Netto, além de outros. A escolha dos três autores teve como intenção demonstrar as três principais linhas de abordagem da questão da moralidade no direito administrativo, sem qualquer pretensão em elevá-los a grau de importância

administrativo jurisdicional e até mesmo no legislativo, é difícil encontrar decisão ou parecer, que envolva direito administrativo que não contenha referência, citação das obras de Meirelles²⁰⁴.

Ao tema da moralidade administrativa, o autor nas primeiras edições de sua obra mais popular: Direito Administrativo Brasileiro, sendo que primeiramente figurou com o nome de Direito Administrativo do Brasil, dedicava sua atenção.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁰⁵, já na primeira edição da obra Direito Administrativo do Brasil, Hely Lopes Meireles já registrava que o respeito à moralidade administrativa era um dos princípios obrigatórios para a administração. Assim, temos que o autor já reconhecia o princípio da moralidade como obrigatório, antes, portanto, da positivação do princípio no texto constitucional.

O autor escreve em seu Direito Administrativo Brasileiro, ao comentar sobre o princípio da legalidade na administração pública:

"Além de atender à *legalidade*, o ato do administrador público deve conformar-se com a *moralidade*." ²⁰⁶

Meirelles aponta a moralidade como princípio de observação obrigatória ao administrador público, anotação que se repete mais adiante em sua obra:

maior em relação aos outros.

204. Este fato demonstra o atraso teórico por parte dos operadores do Direito Administrativo, seja pela falta de atualização teórica das obras do referido administrativista (falecido no início da década de 90), seja pela vinculação do mesmo com a forma de administrar anterior a Constituição de 1988, marcada pelo autoritarismo de 20 anos do regime militar.

205 Op. Cit. 1991.

206. MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 22 ed., São Paulo: Malheiros, 1997,

"Cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao *legal* se ajunte o *honesto* e o *conveniente* aos interesses sociais."²⁰⁷

Ao escrever sobre o princípio da moralidade propriamente dito, o autor refere que "a moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da administração pública (CF, art. 37, *caput*)".

O autor é bastante enfático ao afirmar que o respeito ao princípio da moralidade é pressuposto de validade do ato administrativo. Sobre o conceito de moralidade administrativa, utiliza a mesma base desenvolvida por Hauriou:

" a *moral administrativa* é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum."

"(...) a moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito de bom administrador."²⁰⁸

Entretanto, talvez pela forte influência da teoria do desvio de poder (a forma de controle da moralidade até a constituição de 1988), Meirelles nega a independência prática do princípio da moralidade administrativa ao afirmar que "O inegável é que a moralidade administrativa integra o Direito como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade, erigindo-se em favor da

p.83.

207 . Idem, *ibidem*.

208 . Idem, p. 83-84.

legalidade".²⁰⁹

Para colaborar com seu posicionamento, apresenta julgado histórico do Tribunal de Justiça de São Paulo, de lavra do Desembargador Cardoso Rolin, já citado no capítulo anterior que dizia que o controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo, compreendido neste, a conformação com a moralidade administrativa.

Este posicionamento, tanto do autor como o julgado do Tribunal Paulista, foram de vanguarda para sua época, tornou-se fragmento da história do direito a partir do texto constitucional de 1988. Quisesse o constituinte deixar a moralidade como uma das modalidades de ilegalidade não teria elevado à categoria de princípio, pois já havia na teoria administrativa brasileira, como vimos, a técnica do desvio de poder.

Quanto ao Controle da Moralidade, registra-se, primeiramente, a posição do autor sobre o controle administrativo²¹⁰, quanto ao mérito dos atos administrativos:

"Controle administrativo é todo aquele que o Executivo e os órgãos de administração dos demais poderes exercem sobre suas próprias atividades, visando a mantê-las dentro da lei, segundo as necessidades do serviço e as exigências técnicas e econômicas de sua realização, pelo que é um controle de legalidade e de mérito."²¹¹

Assim, o autor admite o controle de mérito das atividades administrativas quando se tratar de controle

209 . Idem, p. 85.

210. no sentido de controle interno

interno, dentro do próprio órgão, realizados geralmente através dos graus de hierarquia²¹². Este posicionamento é comum em praticamente todos os administrativistas.

Quanto ao controle externo da moralidade, o autor coloca como obrigação moral do legislativo, face às prerrogativas constitucionais, bem como a possibilidade de controle pelo cidadão, por intermédio da ação popular²¹³.

Sobre o controle jurisdicional da administração, entretanto, o autor nega a possibilidade de adentrar no mérito do ato, bem como nega de forma indireta a possibilidade de controle por ofensa a moralidade administrativa. Ao dizer que o poder judiciário tem poder de julgar os atos administrativos, independentemente de quais os órgãos ou poderes de estado, "Sua limitação é apenas quanto ao objeto do controle, que há de ser unicamente a legalidade, sendo-lhe vedado pronunciar-se sobre a conveniência, oportunidade ou eficiências do ato em exame".²¹⁴

De acordo com os escritos de Hely Lopes Meireles, pode-se concluir, defendia que a administração deve respeitar a moralidade administrativa como princípio

211 . MEIRELES, op. Cit. 1997, p.579, sem grifos no original.

212. Poder-se-ia aqui enumerar os casos em que a administração revoga seus próprios atos quando evitados de algum vício constatado a posteriori, ou então devido ao provimento de recurso administrativo, etc. É uma visão extremamente conservadora, pelo fato de que o autor admite o controle de mérito somente através da hierarquia interna, desconsiderando qualquer espécie de controle interno de modo popular e participativo, como os modernos conselhos, consultivos e até mesmo gestores, que tem por competência fiscalizar determinados setores da administração. Na área da saúde, por exemplo, para que o estado ou o município tenham gestão plena dos recursos do SUS é obrigatório a constituição do conselho estadual ou municipal de saúde, com participação popular obrigatória, que têm, além de outras, competência para fiscalizar e aprovar as contas dos fundos de saúde.

213. Cf. MEIRELES, op. Cit.: "a fiscalização da conduta dos governantes, que antes era privilégio do poder legislativo, na atualidade se estendem ao próprio cidadão, e em especial ao contribuinte, que hoje em dia tem um direito subjetivo ao governo honesto". Entretanto, contraditoriamente, o autor não admite a independência da moralidade para efeitos de controle jurisdicional, reconhecendo-a, porém como parte da legalidade.

214. Idem, p. 611.

obrigatório, admitia ainda a possibilidade de controle jurisdicional sobre o mesmo, porém este, dentro dos aspectos de legalidade²¹⁵, reconhecendo que o ato imoral é um desvio de finalidade. Há na verdade confusão entre controle independente da moralidade administrativa e intromissão de um poder noutra²¹⁶.

3.1.2. O Princípio da Moralidade em Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández

O professor da Universidade Complutense de Madri, em sua obra "Curso de Direito Administrativo"²¹⁷, faz excelente exposição sobre a normatividade da constituição e sua força principiológica, como foi aduzido anteriormente. As referências sobre a *moralidade administrativa* são pequenas, mas em face de grande influência exercida pelos espanhóis acima na teoria contemporânea brasileira, é importante fazer algumas considerações.

A contribuição maior é na questão da autonomia e força dos princípios, que à luz da Constituição Federal de 1988, ajuda a compreender a real dimensão do princípio da moralidade. Sobre o valor dos princípios constitucionais, os autores afirmam:

"A Constituição assegura uma unidade do

215. Neste sentido: GAPERINI, Diógenes. *Direito Administrativo* São Paulo: Saraiva, 1995.

216. *Sob pretexto de não adentra no mérito do ato administrativo, não pode se admitir ficar o judiciário inerte quando salta aos olhos que o ato administrativo, revestido de aparente ilegalidade tem eficácia nula, é inoportuno e envolvendo alta soma de recursos públicos. No estado constitucional de direito além de escolher entre as possibilidades legalmente permitidas, o administrador tem o dever de escolher a melhor, até por que, de conformidade com o próprio autor, o cidadão tem direito ao governo honesto e eficiente.*

217. DE ENTERRÍA, Eduardo García e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1991.

ordenamento essencialmente sobre a base de sua 'ordem de valores' materiais expressos nela e não sobre simples regras formais de produção de normas. A unidade do ordenamento é, sobretudo, uma unidade material de sentido, expressada em princípios gerais do Direito, que o intérprete toca investigar e descobrir (...), ou a *Constituição os declarou de maneira formal.*"²¹⁸

Sendo que, quando houve declaração de um princípio na constituição, o mesmo está lá porque a sociedade que construiu a lei maior destacou alguns valores sociais determinados no "solene momento constituinte" como valores primordiais e básicos daquela sociedade. Segundo os autores, nenhuma norma subordinada, poderá desconhecer esse quadro de valores básicos e todas as interpretações, de todas as normas, deverão ser feitas no "sentido de fazer possível com sua aplicação o serviço precisamente a ditos valores".²¹⁹ Sobre o assunto, sentenciam:

"Estes valores na são pura retórica, não são - de novo temos que impugnar esta falaz doutrina, de tanta força ineficaz entre nós - simples princípios "programáticos", sem valor normativo de aplicação possível; pelo contrário, são justamente a base inteira do ordenamento, a que há de prestar a este seu sentido próprio, a que a de presidir, portanto, toda sua interpretação e aplicação."²²⁰

De conformidade com os autores, os princípios têm plena eficácia prática com força normativa e, também, têm força de orientar a administração a construir na prática os valores que acompanham os mesmos.

Na questão da moralidade, a mesma é abordada por

218. Idem, p. 140, sem grifos no original.

219. Idem, p. 140/141.

220. Idem, *ibidem*.

García de Enterría e Ramón Fernández dentro da técnica do "desvio de poder" e controle do "fim" do ato administrativo. Assim, verifica-se que a técnica de controle da moralidade apresentada pelos autores, quando esta deve ser encarada como parte integrante da legalidade dos atos, podemos dizer ser idêntica àquela relativa ao *desvio de poder*.²²¹

Embora tal posicionamento venha corroborar com o posicionamento do autor anteriormente analisado, são necessárias as seguintes considerações:

a)A obra de García de Enterría e Ramón Fernández trata de direito administrativo e teoria geral do direito administrativo, porém no tocante ao desvio de poder, é dirigida ao controle dos atos discricionários no regime do direito administrativo espanhol;

b)A outra, de extrema relevância para justificar a não inclusão da moralidade como forma de controle autônomo, é a inexistência do princípio ora abordado de forma expressa no ordenamento constitucional daquele país²²², diferentemente do Brasil, que detém a moralidade administrativa como princípio no texto constitucional.

A importância dos ensinamentos dos autores vem no sentido de colaborar com o entendimento sobre a questão da moralidade, ao afirmar a plena normatividade e supremacia dos princípios constitucionais, bem como pela concordância em controlar os atos discricionários através do uso dos princípios gerais do direito, o que se poderia dizer, mesmo em ausência de disposição constitucional, deve haver

221. Cf. DE ENTERRIA, Op. Cit, p. 403: "o vício do desvio de poder é um vício de estrita legalidade".

222 . Refere-se a não existência expressa enquanto princípio de observância obrigatória, diferentemente da Constituição Brasileira que tem expresso em seu artigo 37 o princípio da

o controle da moralidade administrativa.²²³

3.1.3. O Princípio da Moralidade em Maria Sylvia Zanella Di Pietro

A autora paulista, ao abordar o princípio da moralidade na administração pública, utiliza os ensinamentos do jurista português Antonio José Brandão, para também concluir que foi Hauriou o precursor da teoria do controle da moralidade administrativa. Esta constatação, como já dito, é praticamente unânime nos administrativistas brasileiros, reconhecendo a incorporação da teoria francesa também no direito nacional.

Quanto à moralidade administrativa, a autora reconhece que, a infância desse princípio teve ligação com a idéia de desvio de poder e, por esta razão, existem ainda autores que compreendem a moralidade com uma das espécies de ilegalidade²²⁴.

Sobre a atual independência entre o princípio da moralidade e legalidade, bem como da técnica do desvio de poder, a autora consegue registrar um diferencial importante em relação aos autores anteriormente abordados. Sobre a ligação entre os dois princípios, faz uma pergunta e logo em seguida apresenta a resposta:

moralidade ao lado dos da legalidade, impessoalidade, eficiência e outros.

223. Op. cit., p. 409-410, no mesmo sentido: DE ENTERRÍA, Eduardo García. *La lucha contra las inmunidades Del Poder*. Madri: Civitas.

224. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 9 ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 70: "Autores mais antigos, considerando a moral administrativa como algo relacionado à disciplina interna da administração, entendia que o seu controle também só podia ser feito internamente, excluída a apreciação pelo poder judiciário. Só examinaria a legalidade dos atos da Administração; não o mérito ou a moralidade (...) com o objetivo de sujeitar ao exame judicial da moralidade administrativa é que o desvio de poder passou a ser visto como hipótese de legalidade".

"Será que se pode identificar o princípio da legalidade com o da moralidade administrativa? Em face do direito positivo brasileiro, a resposta é negativa. A Constituição de 1967 falava, no artigo 82, V, em **proibidade administrativa**, considerando-a crime de responsabilidade do Presidente da República; e a Constituição de 1988, além de repetir aquela norma no artigo 85, V, faz um avanço ao mencionar, no artigo 37, *caput*, como princípio autônomo, o da **legalidade** e o da **moralidade**."²²⁵

A moralidade é, portanto, princípio independente da legalidade, o que diferencia da teoria do desvio de poder, que reconhecia o desvio de moralidade como ato irregular, mas controlável através da técnica do desvio de finalidade. Isso nos leva a compreender que determinado ato administrativo pode não ser ofensivo a legalidade, mas pode ser ofensivo à moralidade administrativa, e, portanto, irregular e passível de controle.

No ponto do *conceito de moralidade* a autora acata a idéia de Ballesteros²²⁶, sobre a existência de uma *moral social*²²⁷, como abordado no capítulo anterior. Esta moral social conceitua que ao administrador público, é exigido comportamento compatível com os ideais do grupo social. (Op.cit., p. 107)

A mesma autora referindo-se a Manoel de Oliveira

225 . Idem, ibidem.

226. BALLESTEROS, Alberto Montoro. Sobre las Relaciones entre Moral y Derecho. Apud DI PIETRO. Discricionarieidade Administrativa na Constituição de 1988.

227. Cf. DI PIETRO, 1991, op. Cit., p. 106-107 e BALLESTEROS, op. cit.: "A moral social - a que mais interessa ao direito administrativo - "consiste nas idéias predominantes na sociedade sobre a qualidade moral do comportamento social humano, assim, como no conjunto de exigências morais de comportamento, de costumes, que a sociedade dirige a seus membros em cada momento com referência ao bem social. Enquanto tal, a moral social implica a existência de uma comunidade moral de valores vigente na sociedade que se manifesta em expectativas e exigências de comportamento (como standarts, modelos ou idéias de valor e pautas de conduta) dentro do tráfico de um determinado grupo social.

Franco Sobrinho²²⁸, diz que mesmos os comportamentos ofensivos da moral comum implicam em ofensa ao princípio da moral administrativa e ainda:

"(...) sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa."²²⁹

Sobre quais são os interesses ou grupos sociais e interesses públicos que devem pautar as ações do administrador, Maria Sylvia anota serem aqueles que "estão expressos, agora, de forma muito nítida, no preâmbulo da constituição".²³⁰

Há também a possibilidade de leis embora formalmente vigentes, serem nulas²³¹ por ferir o princípio da moralidade, bem como se refere à necessidade de levar em consideração o valor axiológico do princípio na interpretação das leis - "vale dizer que a imoralidade no manuseio dos métodos de interpretação, acaba por gerar atos inválidos perante o direito".²³²

No controle da moralidade dos atos e atividades administrativas há que se registrar os apontamentos da autora sobre a diferença entre a visão da moral relacionada com os *fins* ou com o *objeto* do ato.

A questão dos fins, que dizem respeito à intenção

228. Apud DI PIETRO, 1998, op. cit., p.71.

229. Idem, Ibidem.

230. DI PIETRO, 1991, op. Cit. p. 107.

231. Ou inválidas se utilizarmos o critério de vigência e validade apresentado pela teoria do garantismo jurídico.

do agente, revelou-se importante dentro da técnica do desvio de poder, que segundo a autora não mais satisfaz a exigência constitucional atual, até porque é "extremamente difícil a pesquisa da intenção do agente" para auferir a irregularidade do ato²³³. Assim, não é preciso penetrar na intenção do agente, ou na difícil análise dos fins que inspiraram a autoridade. O ato em si, o seu objeto ou conteúdo saltam aos olhos como afronta à ética administrativa.

Quanto à tutela jurisdicional da moralidade administrativa de forma independente da legalidade, diferentemente de Meirelles, a autora reconhece esta possibilidade:

" a imoralidade administrativa produz efeitos jurídicos, por que acarreta a invalidade do ato, que pode ser decretada pela própria administração ou **pelo poder judiciário.**"²³⁴

Em seu livro *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, a autora diz que em face da inclusão do princípio da moralidade no artigo 37, bem como pelo teor do artigo 5º, inciso LXXIII, colocando a falta de moralidade como um dos fundamentos da ação popular, permite duas conclusões, a saber:

a) Uma " (...) é a de que o ato administrativo imoral é tão inválido quanto o ato administrativo ilegal" (1991:116);

232 . DI PIETRO, 1991, op. Cit. p. 115.

233. Cf. DI PIETRO, 1991, op. Cit. p. 110: "O princípio da moralidade tem utilidade na medida em que diz respeito aos próprios meios de ação escolhidos pela Administração Pública. Muito mais do que em qualquer outro elemento do ato administrativo, a moral é identificável no seu objeto ou conteúdo, ou seja, no efeito jurídico imediato que o ato produz e que, na realidade, expressa o meio de atuação pelo qual opta a Administração para atingir cada uma de suas finalidades".

234. DI PIETRO, 1998, op.cit., p.79, grifos da autora.

b) A outra "é uma consequência da primeira, ou seja, é de que, sendo inválido, o ato administrativo imoral pode ser apreciado pelo Poder Judiciário, para fins de decretação de sua invalidade" (idem, ibidem).

O princípio da moralidade tem se demonstrado como fator de fundamental importância no controle dos atos discricionários, visto que - segundo a autora - é principalmente no âmbito dos atos discricionários que se encontra campo mais fértil para a prática de atos imorais. Em deixado a lei para a administração aplicar ao caso concreto determinada situação, avaliando a conveniência e oportunidade, terá que obrigatoriamente respeitar a moralidade sob pena de correção judicial.

" a lei, em inúmeros casos, deixa que a Administração extraia da norma as suas consequências, segundo o juízo de valor a ser feito em cada caso concreto; nessa apreciação, terão que prevalecer os valores éticos da instituição, que constituem limites à discricionariedade administrativa, os quais, se transpostos, ensejam correção pelo Poder Judiciário."

"(...) Ainda que se reconheça certa margem de discricionariedade na apreciação da moralidade, ao Poder Judiciário é dado penetrar no seu exame, especialmente nos casos em que o ato praticado pela Administração pública for manifestamente contrário à moral da instituição, em muitas vezes de fácil percepção."²³⁵

Como se depreende das observações da autora sobre o controle da moralidade, se pode concluir que, Di Pietro admite o controle dos atos administrativos quando

235 . DI PIETRO, Op.cit., 1991, p.118.

atentarem contra a moralidade, desde que esta seja aparente, porque assim, tal medida do judiciário, não se caracteriza um controle do mérito do ato.

"Não cabe ao magistrado substituir os valores morais do administrador pelos seus próprios valores, desde que uns e outros sejam admissíveis como válidos dentro da sociedade: o que ele pode e deve invalidar são os atos que, pelos padrões do homem comum, atentam manifestamente contra a moralidade."²³⁶

3.2. O PRINCÍPIO DA MORALIDADE SOB A ANÁLISE DO GARANTISMO

A abordagem do Princípio da moralidade à luz do garantismo é baseada nas obras de Ferrajoli, *Derecho y Razón*²³⁷ e de Cademartori, *Estado de Direito e Legitimidade*²³⁸.

3.2.1. Sobre o Conceito Garantista de Moralidade Administrativa

Considerando o que foi abordado no capítulo anterior, não se pode aceitar a tese de separação total entre moral e direito, o que não significa por sua vez, confundi-los. Em determinados ramos do direito, como no direito penal, não se pode admitir que os valores pessoais do juiz se sobreponham as normas legais a fim de prejudicar o réu. Aqui a sociedade construiu regras de

236 . DI PIETRO, Op.cit., 1998, p.102.

237 . Op. Cit.

238 . Op. Cit.

estrita legalidade, para proteger de forma bastante rígida, os direitos de liberdade. Entretanto, noutro campo como o direito público, este mesmo Estado de Direito reconhece a necessidade de respeito às normas morais, ao lado das normas-regras²³⁹. Mas então, quais seriam tais normas morais?

Em se tratando de Direito Público, para responder a tal questionamento não há necessidade de recorrer a profundas incursões filosóficas. As modernas constituições passaram a reconhecer ao lado dos direitos fundamentais de liberdade (direitos de não ação do estado) e direitos sociais (direito de ação do estado), uma nova categoria de direitos, que é o direito a participação do povo no governo. Além disso, os estados através destas constituições passaram a se intitular de "democráticos"²⁴⁰. Portanto, a resposta ao questionamento poderia ser assim respondida: as regras morais que limitam e obrigam os poderes públicos são aquelas que se obtém da própria constituição, como o dever de melhor administrar, de gerir o estado para atender os direitos sociais e liberais, atender ao interesse social e o bem comum, respeitando o direito do cidadão ao governo honesto e eficiente para efetivar as propostas de melhoria das condições de vida apontadas como fundamento do estado.

O estado constitucional não é entendido como um *fim* em si mesmo. Conforme Cademartori, sobre a finalidade do poder estatal:

" o estado é um *meio* que se legitima unicamente pela finalidade de preservar e promover os

239. Sobre a obrigação moral, vide p. 130-131.

240. É de se ressaltar que para a concepção marxista de luta de classes a democracia também tem conceito classista, não a reconhecendo como valor universal.

direitos e garantias individuais.”

“(...) O Estado de Direito é caracterizado politicamente pelo garantismo de Ferrajoli como um modelo de ordenamento justificado ou fundamentado com fins completamente externos, geralmente declarados em forma normativa por suas Constituições.”²⁴¹

O Estado, como o direito, enquanto criação do homem tem por finalidade proteger os interesses vitais dos indivíduos, não somente abstendo-se de violar os direitos liberais, mas de efetivar os direitos sociais.

Ainda sobre a carga de moralidade imposta pela Constituição de 1988 ao administrador, transcrevemos o posicionamento de Demócrito Reinaldo, que de maneira clara apresenta o tema:

“O reconhecimento do fato moral (atos administrativos), na inteligência do princípio constitucional (art. 37), não se faz, somente, sob a ótica da intenção do administrador, ou mediante a investigação se tenha obrado de boa ou má-fé. Não são válidos, no processo de avaliação, os resultados, as conseqüências do ato (dano à administração). A moralidade, portanto é a condizente à moral comum, a do homem médio, a que está em consonância com a cultura, costumes e hábitos sociais.”²⁴²

A moralidade administrativa pode ser avaliada segundo a forma acima apresentada, não apenas por que é um juízo de valor da sociedade e sim é um juízo que foi constitucionalizado e, teve sua constitucionalização efetuada na forma de princípio expresso.

Assim, a moral administrativa pressupõe o cumprimento das regras de bem administrar como já defendia

241 . CADEMARTORI, op. Cit. p. 162/164.

242 . REINALDO. Demócrito Ramos, op. Cit. s/p.

Meirelles, mas, além disso, significa dizer que a administração não tem, inclusive nos atos discricionários, mais do que um caminho a seguir ou uma decisão a tomar. Dentre duas situações perfeitamente possíveis e legais, o administrador tem o dever moral de escolher a melhor, sob o ponto de vista externo, ou *ex parte populi*²⁴³.

3.2.2. O Garantismo e a Operatividade do Princípio da Moralidade Administrativa

De maneira simplificada, podemos afirmar que o estado real mais se aproxima do modelo de Estado de Direito Garantista quando, tem seus princípios representados em normas constitucionais claras e suficientemente capazes de deslegitimar as normas inferiores que venham se chocar ou se afastar daquelas.

Entretanto, o modelo, está no campo do ideal, cumprindo à sociedade, no estado real, criar cada vez mais garantias a fim de se aproximar do modelo.²⁴⁴

A moralidade administrativa, enquanto princípio constitucional expresso, impôs ao mesmo tempo um limite à ação do administrador público e reconheceu um direito coletivo, próprio do estado democrático: é direito da sociedade ter governos honestos e eficazes.

243 . Cf. CADEMARTORI, op. Cit. p. 155.

244. Sobre o assunto, Cademartori, op. Cit, p.165 e Ferrajoli, op. Cit. P 906: Conforme os autores, a forma de interpretar o modelo pode levar a duas falácias: a falácia política que consistiria em pensar que basta um "bom poder", "bons governantes" para que o estado construa e respalde os interesses da sociedade; a falácia garantista seria pensar que somente um sistema normativo recheado de garantias conteria o estado dentro dos limites estabelecidos e atenderia o bem comum.

3.3. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

3.3.1. Moralidade Administrativa como Direito Fundamental

O simples fato de consagrar na constituição a moralidade administrativa como princípio, à luz da teoria garantista, lhe é reconhecida plena normatividade jurídica. Entretanto, havemos de considerar que o direito do cidadão em ter governo honesto foi consagrado na constituição brasileira também no Título dos direitos e garantias fundamentais, no artigo 5º, LXXIII, ao incluir a defesa da moralidade administrativa como um dos fundamentos da Ação Popular. Assim, podemos dizer que, pelo fato de estar incluso tal dispositivo no artigo 5º, é um direito fundamental do cidadão e da sociedade ter um estado limitado pela moralidade administrativa.

Poder-se-ia dizer que o direito do cidadão ao governo honesto é uma "prerrogativa que tem o indivíduo em face do estado"²⁴⁵, tendo inclusive garantia de efetivação deste direito²⁴⁶; tem seu nascimento histórico no reconhecimento da cidadania como fundamento da república; embora não seja individual, pode ser enquadrado na idéia de direito fundamental como direito subjetivo público, caracterizado, como transindividual.

Podendo ser considerado que a moralidade administrativa é um direito fundamental do cidadão e da sociedade, todo o estado deve estar a serviço da efetivação deste direito, inclusive e, principalmente o

245. Conforme CADEMARTORI, op. Cit. P. 33.

poder judiciário.

3.3.2. Quem está Obrigado a Respeitar o Princípio da Moralidade

É um dos fundamentos do garantismo, não aceitar a tese de que todos tenham obrigação moral de respeitar às leis. Reconhece-se, entretanto, que as normas jurídicas trazem consigo obrigações *jurídicas*, e não morais e políticas de serem obedecidas por todos. Tal afirmação faz-se pelo fato de que, o Estado Constitucional de Direito tem como primazia axiológica a pessoa e não o Estado, devendo prevalecer sempre o "ponto de vista externo", conforme defende Ferrajoli; outro fundamento da afirmação de que não se pode exigir do cidadão obrigação moral de respeitar às leis está na constatação da crescente divergência entre o plano legal inferior e o plano constitucional superior. Essa divergência tem aumentado o grau de ilegitimidade do Estado e do ordenamento.

Mesmo as normas que sejam válidas, na acepção garantista, não podem impor ao cidadão um dever moral de obedecê-las, ou melhor, é direito do cidadão rebelar-se contra o sistema incapaz de efetivar seus direitos ou que lhe impõe regras injustas.

Entretanto, existe uma categoria de pessoas que estão obrigadas, moral e juridicamente, a respeitar as leis, diga-se: as leis vigentes e válidas. Esta categoria de pessoas é composta pelos dirigentes públicos, em todas

as esferas do poder. Neste sentido, Ferrajoli (1997) argumenta:

“Una obligación de esta naturaleza parece que deberá incumbir a los jueces y, más en general, a los funcionarios del estado, que se hallan investidos precisamente de la función pública de aplicar las leyes”²⁴⁷.

Segundo Ferrajoli, o cidadão comum não tomou a decisão de ser obrigado a respeitar as leis, porém os funcionários públicos, incluindo aqui desde o Presidente da República, ao juiz de direito, do prefeito ou ao fiscal sanitário etc, fizeram opção de integrar o aparato do estado, estando assim vinculados ao princípio da *estrita legalidade*. Ao contrário do que pensava Hegel, o cidadão não é parte do estado, não tendo tomado qualquer decisão de submeter-se às leis, ao contrário dos funcionários públicos, que ocupam esta função por opção²⁴⁸. Esta sujeição à lei, por parte dos detentores do poder, é de conteúdo garantista, visto que tais *funcionários* ao tomarem posse em seus cargos, principalmente os de mando, fazem juramento de respeitar a constituição. Vejamos o caso do Presidente da República: ao tomar posse, presta o compromisso de *manter, defender e cumprir a constituição, respeitar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil*. Tal obrigação não é exclusiva do

247. FERRAJOLI, 1997, op. Cit p. 925 (Una obligación de esta naturaleza parece que deberá incumbir a los jueces y, más en general, a los funcionarios del estado, que se hallan investidos precisamente de la función pública de aplicar las leyes.

248. Embora tenhamos que entender que tal opção nem sempre é uma opção completamente livre a todos os funcionários. Em se tratando de dirigentes públicos, juízes, etc, é certo que ninguém os obriga a ocupar tais postos, entretanto, em várias outras funções do estado, inclusive com poder de decisão e de discricionariedade administrativa, como é o caso dos agentes fiscais, muitas vezes ocupam tais postos por força das necessidades, vindo no serviço público a única forma de carreira funcional estável e possível de sobreviver.

presidente, cabendo a todos os cargos eletivos ou não, desde que ocupem função pública, principalmente os chamados cargos políticos²⁴⁹.

Em se tratando da moralidade administrativa, temos que, ao estar positivada no texto constitucional, é princípio de obediência obrigatória por todos os setores da administração²⁵⁰, tendo o dever, o poder judiciário de corrigir os atos da administração que afrontem tal princípio, sob pena de estar o juiz se afastando de sua obrigação de respeitar e fazer respeitar, não só a lei, mas a constituição.

3.3.3. A independência do Princípio e a Tutela Jurisdicional da Moralidade num Enfoque Garantista

Pelo até o momento abordado, conseguiu-se verificar que no direito brasileiro, pelos teóricos tradicionais, se admite a independência do princípio da moralidade em relação à legalidade como valor a ser seguido pela administração. Pela interpretação constitucional à luz do garantismo não se poderia ter outra conclusão: se o constituinte o recepcionou como princípio constitucional independente, a fim de melhor controlar as funções do estado e assegurar o direito do cidadão em ser governado por alguém que não afronte a moralidade administrativa, por si só a moralidade tem independência.

249. No caso do prefeito municipal, prevê a LOM de Chapecó, bem como de praticamente todos os municípios, que além de respeitar a Constituição Federal, ao tomar posse assume o compromisso de respeitar a Constituição Estadual e a Lei Orgânica do Município (CHAPECÓ, Lei Orgânica do Município, art. 70.)

250. Inclusive de respeito obrigatório pelos particulares que se relacionam com a administração, na

Entretanto, subsiste a tese daqueles que entendem que o controle da moralidade é apenas um controle interno (administrativo) ou legislativo, por ser controle de *mérito*²⁵¹. Outros, por sua vez admitem o controle externo pelo poder judiciário por não ser a imoralidade uma questão de *mérito*, somado ao fato de que, em certos casos se justificaria até o ingresso no *mérito* do ato quando saltasse aos olhos a imoralidade.²⁵²

O constituinte de 1988 ao incluir a moralidade no texto constitucional, não o faz por acaso, ou ainda, para deixá-lo mais belo. Ao assim fazer, tomou em favor da moralidade os adjetivos de força normativa plena e supremacia e rigidez, estando elevada para a esfera do *indecidível*²⁵³, devendo ser cumprida.

Sobre o controle da moralidade pela própria administração (controle interno) é pacífico o entendimento que há um dever de controle e não apenas de uma faculdade. O controle pelo legislativo também fica claro devido às disposições constitucionais que remetem ao legislativo a possibilidade de fiscalizar e controlar os atos do executivo, bem como julgamento do chefe do executivo nos crimes de responsabilidade (que envolvem direta ou indiretamente a moralidade administrativa). Ainda, temos o Tribunal de Contas, auxiliar do legislativo, cujo controle é principalmente na esfera da moralidade administrativa.

Então, na visão do *garantismo*, tem o judiciário poder (ou dever) de controlar os atos administrativos baseado no princípio da moralidade?

forma de prestadores de serviço, concessionários, empreiteiros, etc.

251. Neste sentido: Meireles, Hely Lopes; Mello, Celso Antonio Bandeira de.

252. Neste sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia, 1991, op. cit.

253. Cf. Ferrajoli, 1997, op. Cit. p.860-868.

Ao expor sobre as garantias aos direitos fundamentais, Ferrajoli²⁵⁴ comenta sobre os princípios do garantismo penal e afirma que dois princípios têm alcance garantista de caráter geral: o princípio da legalidade e o princípio da jurisdicionalidade. Sobre o segundo, Cademartori afirma:

“Uma organização jurídica pode-se dizer garantista quando inclui estruturas e institutos aptos a sustentar, oferecer reparo, defesa e tutela das liberdades individuais e aos direitos sociais e coletivos.

(...) é de se ressaltar que o leque de garantias parte de dois princípios básicos: a) o princípio da legalidade, que já foi referido acima; e b) o princípio de jurisdicionalidade, ou seja, a possibilidade concreta de deduzir em juízo a pretensão emanada dos direitos sociais, por exemplo.”²⁵⁵

O Estado de Direito, segundo o garantismo se caracteriza, no plano formal pelo princípio da legalidade (estrita legalidade), sendo que todo o poder, seja a administração ou o judiciário, estão submetidos às normas que disciplinam sua forma de exercício e cuja observância “(...) se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces”²⁵⁶ e, no plano substancial pela organização e funcionalização de todos os poderes do estado a serviço dos direitos fundamentais, mediante a incorporação nas constituições de limites dos poderes públicos, sendo estes limites os de não lesar os direitos de liberdade e de promover os sociais, bem como os relativos aos direitos do cidadão e da sociedade de ativar a tutela judicial.

254 Op. Cit. 1997.

255 CADEMARTORI, op. cit. p. 87.

256 . FERRAJOLI, 1997, op. cit., p.856

No estado constitucional de direito, o juiz passa a ter outra dimensão do que a simples sujeição à letra da lei, até porque, como temos visto, não são poucas as leis que afrontam o ordenamento sendo inválidas apesar de vigentes e, em quantidade infinitamente maior do que as leis inválidas, estão os regulamentos, atos administrativos, etc, que afrontam os princípios e regras constitucionais. Esta sujeição substancial somente pode ser concebida, em relação à lei válida, na acepção garantista de validade²⁵⁷.

Segundo Ferrajoli, é na sujeição do juiz à constituição, emitindo juízos de vigência e validade das normas com o fim de garantir os direitos fundamentais que reside o principal fundamento atual da legitimidade e independência do poder judiciário:

“Daí resulta que o fundamento da legitimação do Poder Judiciário e da sua independência mais não é do que o valor da igualdade, enquanto igualdade *endroits*: visto que os direitos fundamentais são de cada um e de todos, a sua garantia exige um juiz terceiro e independente, subtraído a qualquer vínculo com os poderes assentes na maioria, e em condições de poder censurar, como inválidos ou como ilícitos, os atos praticados no exercício desses poderes.”²⁵⁸

Portanto, em havendo a lei ou qualquer ato administrativo afrontado o princípio constitucional (até por que todos os poderes do estado estão submetidos ao princípio da moralidade), ferindo o direito da sociedade ao governo honesto, tem o judiciário, não só o poder, mas

257 . Conforme abordado no Capítulo 1.

258. FERRAJOLI, Luigi. O Direito Como Sistema de Garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades. O Novo em Direito e Política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 101.

o dever de anular seus efeitos ou dar novo sentido a norma, em favor da constituição. O descumprimento desta regra aumenta o grau de ilegitimidade do judiciário e do Estado real.

Outra dificuldade encontrada pela teoria tradicional está no âmbito dos atos administrativos discricionários, quanto à possibilidade de controle judicial sobre o mérito dos atos.

Neste campo, há que se considerar dois princípios: um é o de que na se excluirá da apreciação do judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão ao direito; e outro, é o princípio republicano da separação entre os poderes. Este último é que tem servido de fundamento, junto com a ilusão da segurança jurídica²⁵⁹, aos defensores da abstenção por parte do judiciário em adentrar no mérito do ato administrativo, sob a alegação ainda, que haveria substituição do dos critérios de conveniência e oportunidade do administrador pelos do juiz²⁶⁰.

No campo da imoralidade administrativa, existem três situações básicas:

a) os casos em que se registra *imoralidade de lei*²⁶¹: neste caso cabe ao judiciário invalidar a mesma por afronta ao princípio constitucional, se utilizando para tal do controle difuso da constitucionalidade;

259. Referência à obra da professora Vera Regina Pereira de Andrade: *A Ilusão da Segurança Jurídica: do controle da violência a violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

260. No Brasil, por força de disposição constitucional adota-se o princípio da jurisdição única, diferentemente da França, por exemplo, na qual o controle jurisdicional da administração e da constitucionalidade se dá por um tribunal administrativo. Conforme Hauriou, esta forma de controle na França foi instituída pelas leis revolucionárias de 1790 e 1791 a fim de evitar que o "controle da constitucionalidade degenerasse entre nós em um governo de juizes". In: HAURIOU. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Madrid: Ed. Réus.

261. Aqui entendida aquelas de efeito concreto, como, por exemplo, quando a câmara de vereadores, decide pela elevação de seus próprios subsídios em 100%, ainda que respeitando os limites

b) nos casos em que o administrador público funda sua decisão imoral em juízos de conveniência e oportunidade insustentáveis, seja por não existirem os motivos fundamentadores do ato, ou, serem inadequados para o fim apresentado. Neste caso, os tribunais têm aceitado com mais facilidade o controle da moralidade pela análise da motivação do ato, o que por sua vez tem gerado a invalidação do ato administrativo não motivado, por se tornar impossível o controle da moralidade administrativa²⁶².

c) a terceira possibilidade é a que exige do judiciário que adentre na análise do mérito do ato administrativo para apurar a imoralidade - Esta possibilidade está fundada na exigência constitucional de administrar com moralidade. O ordenamento requer que os poderes públicos sejam administrados em conformidade com a melhor administração.

Sob esta terceira argumentação, tem o judiciário, excepcionalmente, poder de avaliar o mérito do ato administrativo e invalidar o mesmo quando eivado de imoralidade. Advogando em favor desta corrente, José Augusto Delgado²⁶³ defende que, com o texto constitucional de 1988, o administrador tem o dever de melhor administrar. Tal dever exige do administrador, quando da escolha entre diversas opções lícitas para o direito, a escolha da melhor:

estabelecidos na Constituição.

262. Neste sentido tem sido o posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: "Cumpre notar, ainda, que todo ato administrativo - salvo exceções legais - deve ser obrigatoriamente motivado, sob pena de ser inválido (...). Tal dever é corolário do princípio da moralidade administrativa que permeia, modernamente, toda a Administração Pública". SANTA CATARINA, TJSC, AMS nº 99016969-3 de 09/11/99. Disponível em: www.tj.sc.gov.br, acesso em 06/09/2000.

263. DELGADO, José Augusto. O Princípio da Moralidade Administrativa. Revista dos Tribunais, v. 680, São Paulo, p. 34-46.

"(...) a administração pública tem o dever da melhor administração, que ultrapassa o conceito de bem administrar. Isso representa que, em face de quatro ou cinco hipóteses boas, o administrador, ao contrário do particular, não tem o direito de escolher qualquer um delas. É do seu dever de adotar a melhor. Se não o fizer, em face de como está posto na Constituição Federal o princípio da moralidade administrativa, o juiz tem mais do que o poder jurisdicional tem o dever de, no exercício do controle da referida atividade administrativa, de desfazer a decisão."²⁶⁴

Neste sentido, Moreira Neto, aborda a questão da efetivação do princípio da moralidade administrativa esculpido no texto constitucional:

"Introduzindo o requisito de moralidade como essencial aos atos da Administração Pública, não terão os tribunais, em casos concretos que lhes forem submetidos, senão a alternativa de apreciar o elemento subjetivo, visando apurar se há boa administração da coisa pública, não só nos aspectos de adequação à ordem jurídica, mas também no que diz respeito aos fins e motivos da atuação do administrador."²⁶⁵

O conceito de melhor administrar, juntamente com a admissão da possibilidade de controle judicial no mérito do ato imoral, está na verdade, mais condizente com o garantista texto constitucional atual. A Constituição de 1988 foi um marco em independência do poder constituinte em face do poder executivo, alterando várias regras de direito administrativo anterior, como as de privilégio excessivo para a administração em desfavor do cidadão, bem

264 .Idem, p. 45-46.

265. MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Moralidade Administrativa - do conceito à efetivação*. Revista de Direito Administrativo, n. 190, Rio de Janeiro, p. 01-44, p. 30.

como reduziu ainda mais o último reduto de não controle externo que era o ato discricionário.

Para somar à defesa desta tese, através da Emenda Constitucional nº 19/98²⁶⁶, foi incluído mais um princípio de observância obrigatória para a administração pública: o *princípio da eficiência*. Em se tratando de Administração Pública, o que diferencia a eficiência da eficácia, é que ao primeiro conceito além de significar a busca de bom resultado, deve também o fazer com economia de recursos, com agilidade, etc, diferentemente do segundo onde apenas busca-se o resultado. Portanto, o administrador público tem obrigação constitucional de melhor administrar, devido aos princípios da moralidade e da eficiência²⁶⁷.

Ainda, sobre o controle judicial da moralidade, França expõe a questão da seguinte forma:

“ ao invalidar um ato imoral, o poder judiciário está exercendo seu papel *constitucional* de controlar os atos do poder executivo, quando invadem de modo injustificado a espera dos direitos e garantias do administrado, do contrário, o princípio da moralidade perde sua eficácia jurídica e atrofia seu papel político ideológico, provocando imunidade do ato discricionário quando imoral.”²⁶⁸

266. A Emenda Constitucional nº 19 de 04 de junho de 1998, em seu artigo 3º, modificou a redação do caput do artigo 37 da Constituição Federal para constar com a seguinte redação: “Art. 37. A administração pública (...) obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, (...)”.

267. Embora não seja de boa técnica elevar a categoria de princípio a “eficiência”, visto ser obrigação implícita de todo o administrador, deve esta ser entendida como a busca do melhor resultado para a administração com custos razoáveis. Levando em consideração que o fim do estado é o bem estar dos administrados, não se pode pretender lesar o contribuinte em favor do melhor resultado por ferir a moralidade. Assim, a eficiência é princípio por definição (por sua baixa carga axiológica, não tem a mesma força dos demais, que evoluíram de princípio geral de direito para princípios constitucionais), tem menor força que outros como da moralidade, legalidade, impessoalidade, pois, em havendo colisão entre a eficiência e os demais, resolver-se-á pela ponderação, que deve prevalecer em favor dos princípios que possuem alta carga axiológica.

268 . Op. Cit. s/p.

Em o Judiciário não assumindo o dever de controlar a imoralidade em todos os seus aspectos vai gerando, em consequência, a ineficácia do dispositivo constitucional.

Sob a ótica constitucional, o controle, inclusive de mérito do ato imoral mais se aproxima ao modelo garantista de estado. O juiz independente, deverá adentrar na análise do mérito do ato, anular seus efeitos caso tenha o administrador, ao fazer seu juízo de oportunidade e conveniência, avançado sobre o terreno da imoralidade. Isso não significa dizer que ao judiciário foi dada a oportunidade de violar o princípio da separação dos poderes. Toda a atividade administrativa, mesmo no uso do poder discricionário, nos ensina Ferrajoli, estão submetidos ao direito. Se a administração ofende a ordem constitucional, esta mesma ordem diz que o controle de tais atos cabe ao poder judiciário.

O Controle efetivo da moralidade administrativa pelo judiciário, pelos próprios órgãos da administração e pela sociedade é a forma capaz de reduzir o crescente grau de divergência entre a norma constitucional de cunho garantista e os atos administrativos, estes com tendência anti-garantistas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Ao abordar a teoria geral do garantismo, na acepção que trata do modelo normativo do Estado de Direito constatou-se que o Estado Constitucional de Direito possui modelo normativo próprio, essencialmente garantista, baseado na defesa dos direitos fundamentais. Porém, na efetivação prática do ordenamento, seja na administração, seja no judiciário, há crescente grau de divergência entre os níveis de normas e atos inferiores (tendencialmente anti-garantistas) e o nível constitucional (garantista). Fazem parte ainda dessa, a teoria jurídica da validade e da vigência das normas, bem como a exigência de justificação externa do Estado, enquanto Filosofia do Direito e Crítica da Política.

Esta divergência pode ser facilmente constatada ao verificar a não efetivação pelo Estado dos direitos sociais garantidos no texto constitucional, ou então pelo desrespeito, por parte das normas inferiores, até mesmo portarias e circulares que restringem direitos fundamentais individuais. Essa divergência vai criando um grau cada vez maior de ilegitimidade do Estado, pelo não cumprimento de seus postulados fundamentais.

No Brasil tal divergência vem crescendo desde a adoção do neoliberalismo como política social e econômica, dado ao fato que o texto constitucional de 1988 é de cunho garantista e o neoliberalismo é de cunho anti-garantista, desregulamentador e contrário aos direitos sociais.

Para reduzir o alto grau de ilegitimidade criado pelas constantes reformas constitucionais e redução dos direitos sociais promovidos nos anos 90, há que se retomar a defesa dos valores construídos e assegurados nas contemporâneas constituições.

No campo da democracia, o *garantismo* serve como instrumento para denunciar a redução dos espaços democráticos em andamento no Brasil. Ao diferenciar a Democracia Formal da Democracia Substancial e optar pela segunda, o garantismo rejeita o conceito liberal de democracia como simples vontade da maioria. Existem situações que, no Estado Constitucional de Direito estão fora do poder de decisão da maioria (os direitos de liberdade, por exemplo) e nem pode deixar de decidir sobre a efetivação dos direitos sociais. A democracia substancial exige a ampliação das funções do estado para garantir os direitos sociais sem ferir os direitos liberais.

2. Em respeito ao ponto de *vista externo*, o Estado deve ampliar (e não reduzir como se tem feito atualmente) os espaços de decisão e participação social, sendo a democracia direta a melhor forma de assegurar a democracia substancial. Neste prisma, tece crítica às ações promovidas pelos dirigentes nacionais, tendentes a reduzirem a participação social, como a implantação das cláusulas de barreira e voto distrital e, em contraposição propõe o controle social sobre o estado como sendo a democracia responsável por garantir o direito e o direito com garante da democracia - o controle social sobre o estado passa a ser a forma mais eficaz de controlar, por exemplo, a moralidade dos atos administrativos.

3. A moralidade tem em sua trajetória histórica uma relação conturbada com o direito, tendo o positivismo pregado a sua completa separação. A moralidade administrativa que surge como uma das formas de legalidade, controlada pela técnica do desvio de poder, na Constituição de 1988, teve sua elevação à categoria de princípio independente.

O Princípio da Moralidade, investigado enquanto princípio constitucional, é dotado dos atributos de plena normatividade e supremacia, valores próprios do constitucionalismo contemporâneo.

Na interpretação jurisprudencial da moralidade, registra-se que o assunto não tem tido o tratamento merecido pelos tribunais, que na maioria das decisões abordam o assunto de forma secundária.

4. O controle jurisdicional da moralidade é o ponto de maior discussão pela teoria administrativa. Os autores tradicionais se dividem entre grupos que entendem que a moralidade ainda faz parte da legalidade, admitindo seu controle através da técnica do desvio de poder, rejeitando a possibilidade de controle de mérito dos atos. Outros, admitem o controle dos motivos dos atos administrativos, como forma de auferir a moralidade dos mesmos e, há os que admitem controle da moralidade de forma ampla, permitindo a apreciação do mérito do ato quando este ofender a moralidade administrativa.

5. Por sua vez, o *garantismo*, ao afirmar que no Estado de Direito todo o estado e todo o direito estão submetidos ao direito, em se tratando do controle da

moralidade dos atos, advoga no sentido de que há dever do poder judiciário de anular os atos imorais, inclusive os discricionários. A discricionariedade é entendida como faculdade ao administrador para escolher, com juízo de conveniência e oportunidade a melhor e, em certos casos a única, alternativa possível. Se ao escolher a alternativa o administrador avança pelo terreno da imoralidade o ato ofende o ordenamento.

6. Fundado na disposição do artigo 5º, LXXIII da Constituição Brasileira, que inclui a moralidade administrativa como um dos fundamentos da Ação Popular, chega-se a conclusão de que a moralidade administrativa é um direito fundamental do cidadão e da sociedade em ter governos honestos, eficientes e probos. Portanto, à luz do garantismo jurídico merece que todas as esferas do Estado estejam a serviço de sua efetivação, inclusive e principalmente o Poder Judiciário.

7. Finalmente, temos que levar em conta as duas falácias apresentadas por Ferrajoli: a falácia politicista e a falácia garantista. A primeira é atribuída à ilusão de que um "bom poder" é suficiente para atender às exigências sociais e a segunda refere também a ilusão de que basta um "bom" sistema normativo, dotado de garantias liberais e sociais. Enquanto a primeira é um vício difundido no âmbito político, a segunda é comum entre os juristas. Para o garantismo, o poder ideal é dotado de plenas garantias, sociais e liberais, mas também deve ser fruto da participação social na construção das políticas públicas e no controle dos atos administrativos - é a *democracia substancial*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, Fundação Getúlio Vargas, 1999.

ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Agenda pública - governo, universidade e sociedade*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1999.

ANDRADE, Lédio Rosa. *O que é Direito Alternativo*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

ANDRANDE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão da Segurança Jurídica: do controle da violência a violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BEIGUELMAN, Paula. *Nota Histórica sobre o Sistema de Concessões*. São Paulo: mimeo, 1999.

BIONDI, Aloísio. *O Brasil Privatizado*. São Paulo: Perseu Abramo, 1998.

BOBBIO, Norberto. Da Democracia. In: OLIVEIRA JÚNIOR, Alcebiades (Org.). *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10 ed., Brasília: UnB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

BRANDÃO, José Antonio. Moralidade Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 25, p. 454-467.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988.

Organização do texto: Pinto, Antonio Luiz de Toledo, 24ª ed: Saraiva, 2000.

_____. Projeto do *Orçamento Geral da União 1999*. Dispõe sobre o Orçamento Geral da União para o ano de 1999. Mimeografado. Câmara dos Deputados, 1999.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 169876-SP, Relator Ministro José Delgado. Disponível em: www.stj.gov.br, acesso em 13/11/00.

_____. Superior Tribunal de Justiça, EDROMS 6234/DF, Relator Ministro José Delgado, julgado em 19/05/98. Disponível em: www.stj.gov.br, acesso em 10/12/2000.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 94844, Relator Ministro Rui Rosado de Aguiar, julgamento em 07/10/97, sem grifos no original. Disponível em: www.stj.gov.br, acesso em 10/10/2000.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 10980, Relator Ministro Edson Vidigal, julgamento em 16/12/99, sem grifos no original. Disponível em: www.stj.gov.br, acesso em 30/07/2000.

_____. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 19268-0. In: D.J.U. de 13/09/96.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade - uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____; XAVIER, Marcelo. *Apontamentos Iniciais Acerca do Garantismo*. Florianópolis: UFSC, mimeo. Disponível em: www.buscalegis.ccj.ufsc.br, acesso em 10/12/1999.

CALDEIRA, Jorge. *Mauá: Empresário do Império*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

CASAMIGLIA, A. *Prólogo à Edição Espanhola*. In: DWORKIN Ronald. *Los Derechos en Sério*. Barcelona: Ariel, 1997.

CHAPECÓ. *Lei Orgânica do Município de Chapecó*. Câmara Municipal de Vereadores, 1990.

DE ENTERRÍA, Eduardo García. *La lucha contra las inmunidades Del Poder*. Madri: Civitas, [19--].

_____; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1991.

DELGADO, José Augusto. O Princípio da Moralidade Administrativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 680, p. 34-46.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Sério*. Barcelona: Ariel, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Trota, 1995.

_____. *Derecho y Razón*. Madrid: Trota, 1997.

_____. *La Ley Más Débil*. Madrid: Trota, 1999.

_____. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades. *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. O Estado Constitucional de Direito hoje: o modelo e a sua discrepância com a realidade. Disponível em: www.buscalegis.ccj.ufsc.br, acesso em 10/10/2000.

_____; ZOLO, Danilo. *Democracia Autoritária y Capitalismo Maduro*. Barcelona: Ediciones 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Ética Administrativa Num País em Desenvolvimento*. Disponível em: www.buscalegis.ccj.ufsc.br, acesso em 13/12/1999.

FERREIRA, Sérgio Andréa. *A Moralidade na Principiologia da Atuação Governamental*. *Revista de Direito Administrativo*, n° 220, p.121-138.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Considerações Sobre o Controle de Moralidade dos Atos Administrativos*. Natal, Mimeografado, [199-].

GAPERINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GENTILI, Pablo et alli (Orgs). *Pós-Neoliberalismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

HAURIOU, Maurice. *Princípios de Derecho Público y Constitucional*. Madri: Editorial Réus, [19--].

HERKENHOFF, João Batista. *Como Aplicar o Direito*. 6 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei das Licitações e Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

LAKATOS, Eva Maria et alli. *Fundamentos de Metodologia Científica*. São Paulo: Atlas, 1987.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liberjuris, 1988.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22 ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

MIRANDA, Sérgio. Orçamento Público deve Priorizar o Pagamento da Dívida. *Revista Princípios*, n. 52, São Paulo: Anita, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 10^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. Moralidade Administrativa - do conceito à efetivação. *Revista de Direito Administrativo*, n. 190, Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 28.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Princípio da Isonomia na Licitação Pública*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000.

NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. O Estado de Direito Enquanto Democracia Substancial: Por uma perspectiva garantista. Disponível em: www.buscalegis.ccj.ufsc.br, acesso em 10/03/00.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual da Monografia*

Jurídica. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiádes. *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

REINALDO, Demócrito Ramos. O Princípio da Moralidade e da Publicidade na Administração Pública. Disponível em: www.BuscaLegis.ccj.ufsc.br, acesso em 11/07/2000.

_____. O Princípio da moralidade na Administração Pública e a liceidade do limite etário para acesso dos cargos públicos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 84, p. 711, jan. 1995.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Os Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROTEMBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 990191540, Relator Carlos Prudêncio, julgado em 28/03/00. Disponível em: www.tj.sc.gov.br, acesso em 13/11/00.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Decisão em Agravo em Mandado de Segurança nº 99016969-3 de 09/11/99, disponível em: www.tj.sc.gov.br, acesso em 06/09/2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice*. O Social e o Político na Pós-Modernidade, s/d.

SANTOS, Ozéias J. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: LawBook, 1999.

SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia: Aportación garantista a la teoría del derecho*. Granada: mimeografado, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 616.

SPINDOLA, Rui Samuel. *Princípios Constitucionais*. São Paulo: RT, 1998.

TÁCITO, Caio. Moralidade Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 218, p. 1-10,

Renovar, 1999.

TZU II, Sun. *A arte da Guerra*. Rio de Janeiro: Record, 1996.

VAZQUEZ, Adolfo Sanches. *Ética*. 14 ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia e Estado de Direito*. 2 ed., São Paulo: RT, 1995.

_____. *Pluralismo Jurídico*. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho ductil. Ley, derechos y justicia*. Madri: Trota, 1995.