

MORALIDADE ADMINISTRATIVA, CÓDIGO DE ÉTICA DO SERVIDOR PÚBLICO E O ESGOTAMENTO DO FORMALISMO

O tema a ser abordado neste artigo é o do controle da moralidade da atuação do Poder Público, em especial pelo enfoque aos servidores públicos. O controle da moralidade da atuação dos servidores públicos é um tema bastante novo, ainda estranho à formação da grande maioria dos operadores jurídicos, com uma literatura bem escassa.

De certo modo, o desinteresse pela questão da moralidade pode ser explicado pela cisão outrora realizada entre Moral e Direito, elevada a postulado dos sistemas normativos positivos ou dos sistemas de direito sob influência do conceito positivista de ciência²⁸.

²⁸ Sobre esta divisão operada pelos juristas entre normas jurídicas e normas morais, veja-se REALE, M. (s.d.). *Filosofia do Direito*, cap. XI., ou então o mais acessível

Para alguns, o estudo jurídico sobre a *ética ou sistema moral* do serviço público pode até mesmo parecer uma contradição em termos, na medida em que o estudo jurídico deveria, pretensamente, ater-se às normas de conduta positivadas e não a qualquer sistema específico de moralidade, ou a qualquer sistema ético em particular.

Este entendimento prevaleceu claramente na formação e desenvolvimento do Estado moderno, mas a questão assume cada vez mais relevância função do próprio sistema normativo. Na medida em que normas, como a

REALE, M. (1991). *Lições Preliminares de Direito*. 19ª ed. Saraiva, São Paulo. pp. 23-35. Ver também RADBRUCH, G. (1979). *Filosofia do Direito*. 6ª ed. Armênio Amado Ed., Coimbra. pp. 39-46 e 98-114.

Lei n.º8112/90, ou a própria Constituição estabelecem que não só os atos, mas a própria Administração Pública deverá seguir o *princípio da moralidade*, o tema da ética do servidor público assume relevância indiscutível.

* *** *

O processo de formação do Estado moderno está intimamente ligado à evolução dos modos de dominação utilizados pelos setores socialmente hegemônicos. Enquanto a forma de dominação da idade média ou da antiguidade era incrivelmente dependente de modelos teológicos ou metafísicos de justificação, a era moderna é caracterizada pelo surgimento de uma justificação objetiva (no sentido de universalmente subjetiva) da dominação.

WEBER é um referencial obrigatório no

estudo das formas de dominação, e é por meio de sua análise que se fez a mais conhecida distinção entre os modelos de Estado pré-modernos e os modernos. Para WEBER, existem três tipos puros de dominação, que jamais se concretizam materialmente, mas que servem de categorias analíticas. Dada uma determinada sociedade, é possível identificar qual dos três tipos é mais preponderante, sendo impossível dizer que qualquer tipo específico esteja perfeitamente identificado em qualquer sociedade real²⁹. Os *tipos puros* são a dominação carismática, tradicional, ou legal burocrática. Os dois primeiros são, grosseiramente, os modelos de dominação que se baseiam nas virtudes excepcionais de um líder, ou da tradição deixada por esse líder ou constituída convencionalmente com base em uma concepção

ético-religiosa. São as formas de dominação características dos Estados anteriores ao Estado moderno. A modernidade gera a possibilidade de um novo tipo de dominação, a dizer, a dominação legal burocrática. Nesta nova forma, a dominação é exercida por meio de um sistema normativo heterônomo, e toda a coação *legítima* do sistema social é aplicada conforme este conjunto de normas.

O caráter "pós-tradicional" do Direito e do Estado modernos, e a preponderância dos sistemas de dominação legal-burocrática traz consigo a possibilidade de uma *racionalização* sem precedentes dos institutos jurídicos. De fato, HABERMAS afirma que as características mais notórias do esquema legal-burocrático são a *Positividade*, a *Legalidade*, e o *Formalismo* do Direito moderno³⁰. As três características, estabelecem novas bases epistemológicas para a fundamentação do

Direito e, portanto, sugerem um deslocamento dos problemas de fundamentação. Contudo, na concepção mais ingênua da fundamentação weberiana, todo o sistema jurídico passa a ser justificado exclusivamente pelo princípio de positividade (*Satzungprinzip*).

Isto tudo significa essencialmente que a dominação legal gera as condições para que o Estado legitime suas ações na medida em que estas conformem-se com imperativos formais previamente estabelecidos. A legitimidade dos agentes do Estado se presume não mais como consequência dos fins que estes tendam a preservar, mas sim pelo simples fato destes agentes poderem ser reconhecidos formalmente como tal.

A tecnicização advinda desta noção de Direito permitiu um avanço extraordinário do sistema das relações econômicas, e estabilizou o poder do Estado de modo absolutamente inusitado. O Estado já não mais depende do líder ou da perenidade das tradições deixadas

²⁹ Para uma análise breve das formas de dominação e de seu significado para a análise sociológica ver WEBER, M. (1991). *Economia e Sociedade*. EdUnB, Brasília. pp. 139-161.

³⁰ HABERMAS, J. (1987). *Teoria de la acción comunicativa*. Ed. Taurus, Madrid. pp. 336-340.

por este: depende exclusivamente de sua capacidade de respeitar sua própria legalidade. Este sistema permite que decisões formalmente adequadas (que respeitassem os ritos e hierarquias previstas), sejam inquestionáveis em seus fundamentos morais, ou de sua função teleológica.

Este fenômeno, o da formalização, tem sido amplamente tratado por analistas críticos do Direito como sendo um dos motivos da impossibilidade da realização da justiça substantiva. O Direito enquanto sistema formal busca essencialmente a garantia de soluções coerentes com o ordenamento total, e não soluções "justas" ou "injustas" frente a uma concepção majoritária de Ética. O deslocamento dos problemas de fundamentação do Direito acarretou uma alteração essencial do sentido da busca do direito. No sentido dado por HABERMAS, isto corresponde à alteração do conteúdo do sistema da ação no Direito de um agir comunicativo para um agir racional-com-respeito-a-fins, típico das

ciências "técnicas"³¹. Em outros termos, a racionalização do Estado, que acarreta a formalização deste e de sua linguagem, a dizer, o Direito, traz consigo um potencial falsamente "desideologizador" da discussão em torno da Justiça.

Todo controle das condutas e dos atos humanos, dada esta estrutura formalista do ordenamento jurídico, pode realizar-se apenas por meio de proibições expressas de condutas rigorosamente definidas. Isto exclui da apreciação dos órgãos judicantes qualquer avaliação das finalidades morais da prática dos atos. Na medida em que os atos puderem ser validados mediante o adequado respeito dos ritos estabelecidos, o conteúdo deontológico destes atos passa a ser, *a priori*, inquestionável.

* *** *

³¹ HABERMAS, J. (1983). "técnica e Ciência enquanto Ideologia" in: HABERMAS, J. *et alii* *Textos Escolhidos*. Coleção "Os Pensadores", Ed. Abril Cultural, SP. pp. 313-343.

Se em quadros constitucional-positivos existentes no passado, não havia expressamente o controle da moralidade dos atos administrativos, esses atos eram regidos por ao menos dois princípios constitucionais, que determinariam o sentido, alcance e limites do controle. Por um lado o *princípio da legalidade*, estabelecia (como ainda estabelece) que toda atuação da administração depende de prévia autorização legal. De outro lado, erigiu-se o *princípio da reserva legal*, segundo o qual só será considerado crime aquilo que estiver previamente definido em lei: *nullum crimen, nulla poena sine lege*³². Ambos os princípios de natureza constitucional têm repercussões na disciplina do controle administrativo.

³² COSTA JR., P. J. (1992). *Curso de Direito Penal*. 2ª ed. Saraiva, SP. p. 29. Para uma definição bastante distinta deste princípio, ver CANOTILHO, J.J.G. (1993). *Direito Constitucional*. 6ª ed. Livraria Almedina, Coimbra. pp.790-805.

O princípio da legalidade assegura que, distintamente da disciplina dos atos de direito privado, onde prevalece o princípio de que o que não está proibido está permitido, os atos públicos dependem de prévia autorização legal. Por não estar proibida a conduta, nada nos permite inferir que ela seja permitida. Além da prévia autorização legal, o princípio da legalidade determina que qualquer discricionariedade do administrador dependerá de uma autorização *expressa*: jamais se poderá presumir que o silêncio da lei representa uma *tácita* autorização para que o administrador estabeleça a ordem a ser seguida.

A legalidade é normalmente confundida nas doutrinas positivistas com a legitimidade, ao menos com relação a seus efeitos práticos. Existe uma distinção teórica, mas para os juristas, na medida em que um agente tem autoridade legal para praticar um dado ato, presume-se que o ato é legítimo. Esta conseqüência ideológica de uma simples discussão teórica é extremamente nociva para a realização

de um controle efetivo da moralidade administrativa. A perfeição formal tem muito mais importância do que a adequação moral de uma determinada escolha do administrador.

Por outro lado, a reserva legal cria a inviolabilidade das *motivações* humanas como configuradores de condutas antijurídicas. Entenda-se bem: a reserva legal exige que um crime seja previsto na estrutura legal previamente; Aí nada há de extraordinário. O problema surge quando as intenções dos agentes nada representam, do ponto-de-vista da configuração do crime, sem uma conduta objetivamente constatável exteriormente. Não se ataca a postura moral comissiva ou omissiva do agente por si só: sequer é possível, em regra, punir alguém pela simples conduta, sem uma comprovação do dolo ou da culpa. Ou seja, sem a configuração de uma conduta objetivamente constatada e de dolo ou culpa específicos, a punibilidade de uma determinada conduta encontra-se impossibilitada.

Deste modo, as condutas puníveis terão sempre de ser rigorosamente tipificadas em lei, e as condutas deverão subsumir-se claramente a estes tipos para que a conduta dos servidores públicos possa ser apreciadas como lícitas ou ilícitas. Sequer se discute, dentro deste sistema de princípios, a possibilidade de haver punição, mesmo que menos gravosa ao agente, por uma conduta imoral, ou até mesmo de indiferença.

É com esta sistemática que se aplicam os dispositivos do Código Penal no que concerne os servidores públicos. No Capítulo I dos Crimes contra a Administração Pública (título XI do Código Penal), estabelecem-se variadas condutas puníveis, seguindo-se os cânones da boa técnica legislativa. Os crimes ali tipificados são tecnicamente perfeitos, ostentando claramente todos os requisitos científicos do crime. São previsões formais rigorosas, cuja aplicabilidade fica infelizmente a desejar. Os tipos permitem que inúmeras condutas sejam consideradas impuníveis. Isto é verdadeiro para os

atos comissivos, mas o mesmo pode ser dito das condutas omissivas também. Ocorre, a título de exemplo, que o crime de prevaricação, estatuído no artigo 319, parece cobrir toda espécie de conduta omissiva do servidor público. Uma leitura mais atenta identificará a existência, neste tipo penal, do dolo específico: "Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício (...) *para satisfazer interesse ou sentimento pessoal*."(grifos nossos). O tipo é perfeito para punir o agente quando este apresenta claramente o desejo de retardar a prática de ato *ex officio*, por uma indisposição com alguém em especial. Interesse significa que sua omissão apresenta potencial de ganho para o agente; Sentimento pessoal representa a satisfação de uma motivação egoísta e personalista pela omissão. Nenhuma das duas causas abarca a simples preguiça ou o descaso com aqueles que solicitam a prática do ato. Se as vítimas são muitas, quando ocorre pela prática omissiva com relação à produção de um ato que é importante para toda uma coletividade,

fica extremamente difícil comprovar este dolo. Um exemplo claro é quando todo um setor do governo se recusa a realizar um Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) do qual depende a fixação de uma comunidade inteira. Quem são os culpados? Como caracterizar o dolo? Estas são duas pequenas questões que se interporiam à punição de uma prática claramente imoral.

Poderia-se arguir que um tal problema representa uma simples inadequação das normas criminais existentes ou que existem outros modos de punir os funcionários públicos. Quanto ao primeiro argumento, pretende-se provar no próximo parágrafo que o problema da formalização é uma questão insolúvel devido a sua base epistemológica, a dizer, o objetivismo. Trata-se da questão da dificuldade de se encontrar uma linguagem rigorosa e ao mesmo tempo abrangente para estabelecer-se o sistema jurídico. Quanto ao segundo argumento, pode-se apenas dizer que sempre houve vários modos de se reprimirem condutas contrárias ao direito e ao justo, mas

que na medida em que o Estado reivindica o monopólio da coação legítima, ele deve ser capaz de efetivamente assegurar a punição das condutas tidas por imorais pelo senso comum. O que costuma acontecer é que as punições disciplinares e os processos administrativos não são meios eficazes de combate à má ação dos administradores. Em regra, um fato punível em contencioso administrativo é tão evidente que também o seria em processo judiciário regular, e, por outro lado, as condutas que não seriam apreciadas pelo Judiciário tampouco o seriam em processo administrativo. Em geral, os servidores são punidos apenas em casos extremos ou por perseguições personalistas. Tal fato também decorre da constatação de que as punições disciplinares são aplicadas *interna corporis* e que, portanto, a maior parte das condutas irregulares são absorvidas pelo espírito de corpo.

* *** *

O enfoque do artigo não é o de discutir exaustivamente os limites dos sistemas jurídicos formalistas, e, portanto, a seguinte incursão representa um curto parágrafo para justificar algumas das posições assumidas no restante dele. As inovações trazidas pelo Código de Ética só podem ser compreendidas à luz de uma análise, mesmo que não exaustiva, dos limites do modelo existente de raciocínio jurídico e das propostas existentes para supri-los. Os enfoques mencionados, *supra*, são: (a) a problemática das definições (vagueza e ambiguidade das expressões da linguagem jurídica), e (b) os limites de coerência de sistemas formais (e a consequente relação entre rigor e exclusão). Em grande parte a análise será apoiada em fundamentos da Filosofia da Linguagem³³ e da

³³ Recomenda-se WARAT, L. A. (1995). *O direito e sua Linguagem*. 2ª ed. Sergio Antonio Fabris Ed., Porto Alegre. pp. 76-80.

Lógica³⁴. Evitar-se-á, na medida do possível, utilizarem-se conceitos demasiado técnicos destas áreas do conhecimento, decorrendo daí que os argumentos que seguem poderiam ser categorizados como uma abordagem *intuitiva* do problema.

Todo o projeto do formalismo encontra-se assentado na presunção de que é possível determinar-se inequivocamente objetos do conhecimento. Em grande medida, estes objetos são cada qual tratados como casos particulares, dos quais se podem extrair determinadas características comuns. Estas características comuns compõem a designação de um determinado objeto: superfície material, sustentada por ao menos um apoio, utilizada para a escrita poderiam ser

³⁴ Interessantes referências seriam STEGMUELLER, W. (1977). *A Filosofia Contemporânea: Introdução Crítica*. EdUSP, SP e o mais extenso trabalho ROSS, A. (1971). *Logica de las Normas*. Ed. Tecnos, Madrid.

algumas das características da definição de mesa. Cada designação tem um campo denotativo, que representa o conjunto de objetos que satisfazem aquelas características. O mesmo ocorre com as definições jurídicas: o crime de prevaricação, por exemplo, é aquela conduta segundo a qual um *agente público, retarda indevidamente, a prática de ato de ofício, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal*. Cada qual dos termos mencionados representam aspectos da designação da definição do fenômeno *prevaricação*. A tarefa do julgador é verificar imparcialmente a ocorrência de cada um dos elementos constitutivos do tipo. Se um objeto qualquer *denotar* esta designação, então o crime terá ocorrido. Contudo, o que parece ser bastante claro e simples complica-se tremendamente quando percebe-se que a verificação de cada um dos elementos da designação não é tarefa mecânica e "neutra". WARAT sugere que existem três possibilidades, para cada objeto existente, frente a uma determinada

designação: há o campo da luminosidade positiva (em que todos os elementos estão claramente verificados), o da luminosidade negativa (em que claramente se percebe a inexistência de ao menos um dos elementos) e uma área cinzenta de incerteza (em que não se pode precisar claramente se uma determinada característica se encontra configurada ou não no objeto analisado). Os conceitos jurídicos freqüentemente encontram alguns de seus elementos como propiciadores do surgimento da incerteza. Para suprir este impasse recorre-se frequentemente à doutrina ou à jurisprudência, o que de modo algum pode ser considerado como um procedimento rigoroso. Fica caracterizado portanto um espaço extraordinariamente amplo e incontestado para a atuação do julgador. Nada distingue formalmente, "princípios gerais do Direito", doutrina ou jurisprudência do simples arbítrio do juiz.

Como a doutrina e a jurisprudência não tem capacitado os julgadores de meios para

a punição dos atos administrativos contrários a uma ética dominante, o Código de Ética é um modo de suprir expressões lacunosas, vagas ou ambíguas. A ambigüidade é a existência concomitante de conjuntos distintos de designação, trazendo portanto a possibilidade de incluir-se sob um mesmo rótulo, conjuntos de objetos totalmente distintos. Vagueza representa o problema da incerteza acima mencionado: não se sabe dizer se o objeto apresenta uma determinada propriedade essencial. Se o Código de Ética é um mecanismo capaz de resolver o problema da ambigüidade e da vagueza é um problema não resolvido. Talvez ofereça mais elementos para a avaliação dos casos concretos, mas não poderá eliminar o problema essencial. Contudo, na medida em que se faz necessário recorrer a princípios ou valores morais, fica claro que o formalismo é um modelo insuficiente para oferecer sua principal oferta, a segurança jurídica.

O segundo tópico a ser abordado, relativo à

proposição (b) pode ser assim apresentado: o projeto formalista pressupõe que as respostas do sistema jurídico são coerentes como um todo. No sentido dado por PERELMAN, a coerência do sistema jurídico corresponde às noções de completude e consistência das linguagens formais (como a linguagem C, ou lógica proposicional); as lacunas do Direito evidenciam a incompletude do Direito enquanto sistema formal³⁵. Para tratar do tema sem recurso a demonstrações, trataremos do assunto metaforicamente, utilizando um princípio enunciado originariamente por Spinoza: *Omnis determinatio est negatio*. Esta expressão pode ser traduzida grosseiramente como: toda determinação (definição) é uma negação. Isto significa, no limite, que quanto

³⁵ PERELMAN, C. (1968). "Le Problème des lacunes en Droit, essai de synthèse" in: PERELMAN, C. (org.) *Le Problème des Lacunes en Droit*. Ed. Émile Bruylant, Bruxelles.

maior determinação se pretender para designar qualquer objeto, mais objetos se terá de excluir. O crescimento do rigor, e também o fechamento do sistema e sua consistência, acarretam necessariamente uma perda de abrangência do ordenamento jurídico. Inversamente, quanto mais abrangente o sistema, menos preciso ele será. Se, do ponto-de-vista lógico o sistema não poderá oferecer todas as respostas necessárias, devido à sua incompletude, a exigência legal de que o julgador *sempre* decida, cominada com a pretensão de um sistema seguro, leva a paradoxos. A solução para um tal problema não parece ainda ter sido alcançada, nem parece ser possível fazê-lo sem um abandono do formalismo.

O princípio da moralidade da administração tem sido considerado uma solução para as limitações do controle formal da administração pública. Parece-nos que o que tem sido entendido como uma solução é, em verdade, um paleativo. Como tal não representa uma superação imediata do problema, mas mais um passo dado no sentido do

esgotamento do paradigma formalista no Direito.

* *** *

A questão da Ética do servidor público é uma questão extremamente recente. Surgiu como uma reação à seqüência de escândalos que marcaram o processo de *impeachment* do Presidente Fernando Collor, e sua eficácia dependerá essencialmente do esforço de toda a comunidade em fiscalizar a administração pública exercendo deste modo a cidadania. Como as demais normas que surgem apenas num ímpeto de solução de problemas estruturais, tende a perder seu sentido enquanto representação da insatisfação social.

Enquanto diploma legal tem natureza jurídica supletiva na grande maioria dos casos, apesar de estar aparelhada com punibilidade e procedimentos próprios. O Código de Ética terá de conviver com o ceticismo dos juristas mais apegados ao tradicionalismo, por não tratar-se de um modelo

de sistema de controle usualmente visto. Enquanto prevalecer a noção de que o princípio norteador mais importante da administração pública é o princípio da legalidade, o controle da administração será dificilmente realizado por argumentações fundadas na moralidade, ou, ainda pior, na Publicidade. Poucos seriam os operadores jurídicos a optar, ao postularem em juízo, por uma argumentação moral, na medida em que uma tal argumentação teria de vencer décadas do hábito de se julgar exclusivamente frente a critérios de legalidade.

O pior é que mesmo que o Código de Ética venha a ser seguido, o que, dada a triste consciência da coisa pública prevalente no Brasil, já seria um fenômeno excepcional, ter-se-ia ainda que evitar que as noções contidas em seu texto fossem preservadas com seu vigor atual. Esclarecendo: há uma tendência natural à "racionalização" em sentido weberiano dos imperativos legais. Na medida em que tal ocorre, vê-se um paulatino esvaziamento

do poder de interpretação das condutas tipificadas.

Isto corresponde ao fato de que o Código de Ética não abandona o formalismo, mas procura sanar suas restrições, caracterizando-se, portanto, como um reforço do formalismo. Seguindo as considerações relativas à lógica e à filosofia da linguagem, percebe-se que do mesmo modo em que normas positivas podem ter sentidos vagos ou ambíguos, também o podem imperativos morais, sobretudo se escritos e positivados no ordenamento. A capacidade de se fazer valer o princípio da moralidade e o conteúdo ético dos atos do Estado depende hoje e dependerá sempre do potencial de contextualização de que dispuserem os juízes. Se não puderem fazer uma apreciação efetivamente contingente e fundada na concretude, a moralidade não deixará de ser uma mera promessa.

*Mathias Mailleux
Sant'ana.**

* Ex-aluno de graduação do Curso de Direito da Universidade de Brasília.