

ano 12 - n. 48 | abril/junho - 2012
Belo Horizonte | p. 1-256 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
Administrativo & Constitucional

A&C

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEÚ FELIPE
BACELLAR

© 2012 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Daniel Starling
Pablo Gobira
Patrícia Falcão

Bibliotecária responsável: Ana Carolina Marques - CRB 2933 - 6ª Região
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Virgínia Loureiro
Diagramação: Reginaldo César Pedrosa

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral ISSN 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Ana Cláudia Finger

Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Eros Roberto Grau (USP)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Carlos Abraão (UEL)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile)
José Eduardo Martins Cardozo (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Imperatividade das normas éticas no âmbito da Administração Pública

Luis Manuel Fonseca Pires

Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor de Direito Administrativo na graduação e na pós-graduação *lato sensu* da PUC-SP. Associado ao Instituto de Direito Administrativo Paulista (IDAP). Membro fundador do Instituto Brasileiro de Estudos da Função Pública (IBEFP). Juiz de Direito no Estado de São Paulo. Autor das obras *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*, pela Campus-Elsevier (finalista do Prêmio Jabuti 2009), e *O Estado Social e Democrático e o serviço público: um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade*, pela Fórum, e *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*, e *Regime jurídico das licenças, e loteamentos urbanos*, todas pela Quartier Latin, e coautor do livro *Um diálogo sobre a justiça: a justiça arquetípica e a justiça deontica*, pela Fórum. Cooordenador e coautor de *Intervenções do Estado, e responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*, pela Quartier Latin, e *Corrupção, ética e moralidade administrativa*, pela Fórum.

Resumo: A lenda da mulher insuspeita, inspirada na história de César e Pompeia, expressa um arquétipo do inconsciente coletivo: no exercício de competências públicas é necessário *ser e parecer* honesto. Das diversas correntes do pensamento filosófico que se propõem a tratar da ética há um encontro comum, o *pensar o outro*, e Direito e Moral vinculam-se neste aspecto, sobretudo quando se trata do exercício de uma função pública.

Palavras-chave: Ética pública. Moral e direito. Administração Pública.

Sumário: 1 A lenda da mulher insuspeita – 2 Um encontro ético – 3 Vinculações entre a moral e o direito – 4 O *pensar o outro* na função pública

1 A lenda da mulher insuspeita

Conta-se que Pompeia, mulher de César, imperador romano entre 49 e 44 a.C., teria sido processada por violar o pudor e a religião porque havia introduzido seu suposto amante, Públio Clódio, mascarado de mulher, no espaço

consagrado à Boa deusa da qual ela, Pompeia, era sacerdotisa. César foi convidado a depor e afirmou a inocência dos dois, pois não acreditava na acusação de traição. No entanto, como ele havia rompido com Pompeia em razão deste evento, a contradição levou-o a ser inquirido a respeito. Mas ele respondeu o porquê de pôr fim ao casamento: “Porque a mulher de César não pode ser manchada nem por uma suspeita”.

Posteriormente, Públio Clódio candidatou-se ao tribunado da plebe, obteve o apoio de César, e por tudo se tornou seu eterno devedor, o que muito convinha ao imperador por contar com um aliado neste órgão de representação política. Afinal, se o histórico de Clódio fosse considerado no julgamento, talvez não lhe fosse favorável a absolvição, pois constava que havia seduzido a própria irmã, Clódia, mulher de Quinto Cecílio Metelo. Quanto à sua mulher, Pompeia, César obteve o pretexto de livrar-se dela, o que há muito desejava.

Mas não me interessa cuidar desta narrativa sob a perspectiva das razões históricas — o contexto político, os interesses ocultos a esta encenação de César, os seus propósitos internalizados —, e sim como uma *lenda*, o que na definição de Junito de Souza Brandão quer dizer uma narrativa “(...) de cunho, as mais das vezes, edificante, composta ‘para ser lida’ (provém do latim ‘legenda’, o que deve ser lido) ou narrada em público e que tem por alicerce o histórico, embora deformado”.¹

Quase um conto, portanto. Pois ao se dispensarem as precisões históricas, ao se aceitarem as deformações e contradições no curso do tempo, esta emblemática passagem pode ser lida por outro viés, uma *lenda* cujas distorções e simplificações por qual passou no curso dos séculos pode refletir uma dimensão dos arquétipos da consciência. Ou melhor, arquétipos do *inconsciente coletivo*.

Carl Gustav Jung esclarece que “os conteúdos inconscientes são de natureza ‘pessoal’ quando podemos reconhecer em nosso passado seus efeitos, sua manifestação parcial, ou ainda sua origem específica”.² No entanto, há outra camada, do *inconsciente coletivo*, cuja origem não se remete a experiências pessoais, mas é inerente à condição humana, por isto, são conteúdos da (in) consciência que são comuns em quaisquer épocas e a todos os indivíduos, um substrato psíquico de natureza suprapessoal³ que transcende o acontecimento histórico.

¹ BRANDÃO. *Mitologia grega*, v. 1, p. 37.

² JUNG. *O eu e o inconsciente*, p. 11.

³ JUNG. *Os arquétipos e o inconsciente coletivo*, p. 15.

Nas palavras de Carl Gustav Jung:

O inconsciente coletivo é uma parte da psique que pode distinguir-se de um inconsciente pessoal pelo fato de que não deve sua existência à experiência pessoal, não sendo portanto uma aquisição pessoal. Enquanto o inconsciente pessoal é constituído essencialmente de conteúdos que já foram conscientes e no entanto desapareceram da consciência por terem sido esquecidos ou reprimidos, os conteúdos do inconsciente coletivo nunca estiveram na consciência e portanto não foram adquiridos individualmente, mas devem sua existência apenas à hereditariedade. Enquanto o inconsciente pessoal consiste em sua maior parte de 'complexos', o conteúdo do inconsciente coletivo é constituído essencialmente de "arquétipos". O "conceito de arquétipo", que constitui um correlato indispensável da ideia do inconsciente coletivo, indica a existência de determinadas formas na psique, que estão presentes em todo tempo e em todo lugar.⁴

Sugiro, portanto, analisarmos este acontecimento histórico como uma *lenda*, e a frase "Porque a mulher de César não pode ser manchada nem por uma suspeita" como a conscientização de um arquétipo do inconsciente coletivo. É dizer, a tomada de consciência de algo nato à condição humana; um despertar lento, não iniciado com César, mas muito antes, em tempos imemoriais, e igualmente não esgotado, amadurecido, com o imperador (pois não seria ainda hoje um problema ético a ter necessidade de ser cuidado). A *lenda da mulher insuspeita* ainda muito tempo levará a ser compreendida, efetivamente *conscientizada*, mas a todos nós compete a aventura de ao menos refletirmos de modo a que *novos fragmentos* deste arquétipo emergjam, sejam visualizados, racionalmente elaborados, por conseguinte, *assumidos* em sociedade.

O que me parece sinalizar esta passagem, lida então como a *lenda da mulher insuspeita*, é que inerente à condição humana encontra-se gravado na consciência — em arquétipos do inconsciente coletivo — a ideia de que no exercício de missões públicas, no agir político do ser humano que por natureza é um *animal social*, como nos legou Aristóteles esta lição,⁵ não basta *ser*, mas há igualmente a necessidade de *parecer* honesto.

Um integrante do Estado, um representante da função pública — uma mulher de César — deve *ser* e *parecer* honesto.

⁴ JUNG. *Os arquétipos e o inconsciente coletivo*, p. 53.

⁵ ARISTÓTELES. *A Política*, cap. 5.

Persiste nesta assertiva, é claro, ainda larga intensidade significativa de um arquétipo do inconsciente coletivo, e o que pretendo não é, à evidência, esgotar as significações e compreensões a seu respeito. Mas ao menos defender uma particular dimensão de sentido deste arquétipo, o *pensar o outro*, quiçá óbvio — mas não tanto, ou não viveríamos tão expressiva crise ética em início de terceiro milênio —, mas necessário sobretudo porque o quero *vincular* ao direito. Em outros termos: uma indagação ética sobre uma lenda, representativa de ideias que se inscrevem em nosso inconsciente coletivo, pode não apenas ser fomentada, mas ainda (deve) ser associada ao direito.

Um *encontro ético* das inúmeras correntes filosóficas que se envidam a entender a moral comum, em particular a moral pública (da participação em sociedade), é possível. Quase um *mínimo ético*, mas prefiro denominar de encontro porque não é em relação ao conteúdo que me arvorar à pretensão de defini-la, mas sim ao que *em comum* tantas e variadas escolas posicionam-se, o *pensar o outro*, e de qual forma — e por que — este consenso ético reflete-se — e pode então ser coercitivamente exigido — pelo direito.

Primeiro, então, o esclarecimento necessário sobre este encontro.

2 Um encontro ético

Diversas são as relações — ora em identidade, ora por severas distinções — entre a *ética* e a *moral*, mas José Renato Nalini opta por apartá-las:

Ética é a ciência do comportamento moral dos homens em sociedade. É uma ciência, pois tem objeto próprio, leis próprias e método próprio, na singela identificação do caráter científico de um determinado ramo do conhecimento. O objeto da Ética é a moral. A moral é um dos aspectos do comportamento humano. A expressão moral deriva da palavra romana “mores”, com o sentido de “costumes”, conjunto de normas adquiridas pelo hábito reiterado de sua prática. (...)

Ou melhor, a ética é a “ciência dos costumes”. Já a moral não é a ciência, senão objeto da ciência.⁶

Mas como conhecer, desenvolver a ética, da moral comum?

A possibilidade do conhecimento encontra fundamentos epistemológicos em variadas leituras. Segundo Johannes Hessen, a origem do conhecimento é explicada por teorizações distintas que podem ser agrupadas em um dos quatro

⁶ NALINI. *Ética geral e profissional*, p. 22.

grupos: racionalismo, empirismo, intelectualismo e apriorismo.⁷ O racionalismo identifica no pensamento a principal fonte do conhecimento humano, e uma de suas clássicas expressões é o pensamento de Platão com a sua teoria das ideias inatas;⁸ o empirismo extrai como única fonte do conhecimento humano a experiência; o intelectualismo promove uma mediação entre estes opostos: há juízos necessários com validade universal tanto em relação aos objetos ideais quanto aos reais, e a "(...) consciência cognoscente lê na experiência, retira seus conceitos da experiência (...)";⁹ o apriorismo, outra mediação entre o racionalismo e o empirismo, afirma que o conhecimento encontra-se em elementos *a priori*, não enquanto conteúdos, mas como formas do conhecimento que se preenchem pela experiência, e difere-se do intelectualismo porque este "(...) deriva os conceitos da experiência, enquanto o apriorismo rejeita essa derivação, atribuindo o fator racional não à experiência, mas à razão".¹⁰ Ainda acresço um quinto grupo, o da linguagem e da semiótica, do qual se desenvolvem muitas outras proposições filosóficas a respeito do conhecimento ao longo do século XX.

Todas estas teorizações desdobram-se na ambiência ética. Em classificação — das diversas possíveis — de José Renato Nalini:¹¹ (a) ética empírica: os seus princípios formulam-se da simples observação dos fatos, e nela se encontram a ética anarquista, a ética utilitarista, a ética ceticista e a ética subjetivista; (b) ética dos bens: reconhece-se um valor fundamental, um bem supremo, mas do mesmo modo há muitas teorias com leituras diametralmente opostas, a exemplo do eudemonismo, idealismo, hedonismo, e das lições de Sócrates, Platão, Aristóteles, Epicuro, estoicismo, entre outros; (c) ética formal: na qual se dispensa o resultado externo, e um dos maiores expoentes é Immanuel Kant; (d) ética dos valores: "(...) o dever encontra fundamento em um valor";¹² por fim, (e) ética pós-moderna: de igual plural teorias, preocupa-se com as insuficiências das concepções clássicas e modernas à solução dos problemas contemporâneos que decorrem das revoluções das ciências e das comunicações.

O que me interessa particularizar desta ampla seara é o *encontro ético*, algo essencialmente comum à quase totalidade das abordagens filosóficas possíveis a seu respeito. Um núcleo convergente às tão díspares formulações epistemológicas sobre a ética. Uma síntese conciliatória, não um *mínimo*, mas

⁷ HESSEN. *Teoria do conhecimento*, p. 47 et seq.

⁸ PLATÃO. *A república*, livro VII.

⁹ HESSEN. *Teoria do conhecimento*, p. 60.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 64.

¹¹ NALINI. *op. cit.*, p. 40 et seq.

¹² *Op. cit.*, p. 82.

um *encontro ético* possível e suficiente ao menos à proposta deste estudo. Este encontro ético, em meio a tantas éticas em suas tão diversificadas decomposições analíticas, reside no propósito de *pensar o outro*.

Se contemporaneamente a posição cognitivista defendida por Jürgen Habermas¹³ no que se refere à moral centra-se na ética do discurso, de igual modo os esforços empenhados desde a dialética socrática e por todas as escolas identificadas na classificação acima assinalada resumem-se, em última análise, numa permanente, eterna tentativa de entender-se a própria ação ao se *pensar o outro*. A alteridade, enfim, é o pressuposto primeiro a qualquer intenção de formulação de parâmetros éticos.

Em meio às divergências, um consenso: a ética é a ciência do *pensar o outro*.

3 Vinculações entre a moral e o direito

Eduardo C. B. Bittar relaciona as principais semelhanças e diferenças entre direito e moral:

O direito possui como características: a heteronomia; a coercibilidade; a bilateralidade. O direito é atributivo da conduta humana. Heteronomia, coercibilidade e bilateralidade seriam as notas essenciais do direito porque as obrigações jurídicas se formulam da comunidade para o indivíduo, e não o contrário, porque o descumprimento de comandos jurídicos pode ter como modo a aplicação de sanções, e mesmo o exercício do comando jurídico sob a força física, uma vez que o Estado monopoliza a violência, e, por fim, porque as relações jurídicas pressupõem ao menos a interação de dois sujeitos para existir e serem cumpridas. Unilateralidade, incoercibilidade e autonomia seriam as notas essenciais da moral, significando exatamente o oposto do indicado acima como característico do direito.¹⁴

Mas a despeito das distinções, a clássica separação positivista fundada no pensamento de Hans Kelsen em sua *Teoria Pura do Direito* não mais se sustenta. Como afirma Eduardo C. B. Bittar:

(...) só se pode afirmar que o direito se alimenta da moral, tem seu surgimento a partir da moral, e convive com a moral continuamente,

¹³ HABERMAS. *A ética do discurso e a questão da verdade*, p. 63.

¹⁴ BITTAR. *Curso de ética jurídica*; NALINI. *Ética geral e profissional*, p. 58-89.

enviando-lhe novos conceitos e normas, e recebendo novos conceitos e normas. A moral é, e deve sempre ser, o fim do direito. Com isso pode-se chegar à conclusão de que o direito sem moral, ou direito contrário às aspirações morais de uma comunidade, é puro arbítrio, e não direito.¹⁵

Não há como ser diferente. Direito e moral relacionam-se, sim. Implicam-se, influenciam-se, comprometem-se. Pois sem se acolher o extremismo do positivismo sociológico encampado por Léon Duguit, ao menos em significativa parte é preciso dar-lhe razão ao dizer que há uma interdependência social — digo: um *pensar* o *outro*, um encontro consensual das teorias éticas junto ao Direito — porque:

O homem vive em sociedade e só pode assim viver; a sociedade mantém-se apenas pela solidariedade que une seus indivíduos. Assim uma regra de conduta impõe-se ao homem social pelas próprias contingências contextuais, e esta regra pode formular-se do seguinte modo: não praticar nada que possa atentar contra a solidariedade social sob qualquer das suas formas e, a par com isso, realizar toda atividade propícia a desenvolvê-la organicamente.¹⁶

A ética e o seu objeto, a moral comum, são em razão da sociedade, o direito existe em sociedade, ética e direito encontram-se, enfim, em intersecções múltiplas.

Não se pode desconsiderar, tal como adverte Arthur Kaufmann, que “(...) o Direito está orientado a uma meta moral, já que, tanto a ordem jurídica proteja e garanta os direitos subjetivos do Homem, serve à autorrealização da personalidade moral”.¹⁷

A vinculação entre a moral e o direito conta, a despeito de respeitáveis opositores,¹⁸ com a adesão de renomados juristas¹⁹ que, cada qual ao seu modo, e tal como afirmado no parágrafo precedente, evidenciam o que é natural ao indivíduo em sociedade: as normas que prescrevem condutas e autorizam o uso da coerção em caso de descumprimento apenas se justificam enquanto instrumentos de realização da própria individualidade, do ser moral por excelência.

Ilustro com Robert Alexy para quem há conexões necessárias tanto conceituais quanto normativas entre direito e moral.²⁰ Uma abordagem destas conexões

¹⁵ *Op. cit.*, p. 61.

¹⁶ DUGUIT. *Fundamentos do direito*, p. 45.

¹⁷ KAUFMANN. *Derecho, moral e historicidad*, p. 57-58.

¹⁸ Dentre eles, Eugenio Bulygin, Norbert Hoerster, Francisco Laporta e Ulises Schimill.

¹⁹ A exemplo de Robert Alexy, Ernesto Garzón Valdés, Neil MacCormick e Javier Muguerza.

²⁰ ALEXY. *Conceito e validade do direito*, p. 27.

diz respeito à distinção que formula e denomina sob dois tipos diferentes, *classificadora* e *qualificadora*. A conexão *classificadora* ocorre quando normas ou sistemas normativos não satisfazem certo critério moral, por razões conceituais ou normativas, e por isto não devem ser reputados nem normas nem sistemas jurídicos. A conexão *qualificadora* refere-se a normas ou sistemas jurídicos que apesar de igualmente não atenderem certo critério moral devem ser considerados, por razões conceituais ou normativas, normas ou sistemas jurídicos simplesmente defeituosos.²¹ Neste quadrante é que se sobleva em importância a noção de *pretensão à correção* apresentada por ele, pois sua dimensão é *classificadora*, logo, a sua violação implica recusar o próprio sistema jurídico.²² Tanto as normas, decisões jurídicas e mesmo os sistemas jurídicos devem formular uma *pretensão à correção*. Não formulá-la, por sua relevância *classificadora*, significa negar-se o próprio sistema jurídico; formulá-la, mas não a cumprir projeta uma perspectiva *qualificadora* de tal sorte a apenas fazer reconhecer o sistema como defeituoso. Em síntese, a *formulação de pretensão* de sistemas jurídicos apresenta uma dimensão *classificadora*, mas a *formulação de pretensão* de normas jurídicas e ainda a *satisfação (realização) da pretensão* tanto de normas quanto de sistemas jurídicos define-se como *qualificadora*.

A *tese da moral*, formulada por Robert Alexy, consiste em distinguir duas versões da tese de conexão necessária entre direito e moral, uma fraca, outra forte. A fraca afirma que há uma conexão necessária entre o direito e uma “moral qualquer”, e a forte sustenta o vínculo entre o direito e a “moral correta”. Num primeiro instante interessa a ele a versão fraca a qual denomina *tese da moral*. Ao dizer o direito não se podem desconsiderar os significados desta “moral qualquer”.²³

Há, enfim, um corpo de teorias que se desenvolvem cada vez mais a reconhecer esta relação. Finalizo com significativa lição de Neil MacCornick que propõe:

Por conseguinte, prescrevo um limite duplo ao exercício correto do poder do Estado, no contexto de um princípio de fundamentação moral limitada: os poderes do Estado podem e devem exercer-se para implantar exigências morais, mas unicamente essas que são deveres de respeito às pessoas no que concernem aos demais, e só o

²¹ *Op. cit.*, p. 31.

²² *Op. cit.*, p. 41-42.

²³ *Op. cit.*, p. 90-91. Posteriormente, cuida da pretensão à correção vinculada ao direito sob a violação da moral correta diante de uma injustiça extrema.

minimamente necessário para assegurar para todos as condições de respeito próprio enquanto seres autônomos.²⁴

O “minimamente necessário” a que se refere Neil MacCornick guarda especial relevância ao se tratar dos imperativos éticos no exercício da função pública. Pois há um *encontro ético* das diversas correntes filosóficas, o *pensar o outro*, que em muito elucida o que pode ser esperado do agente público, o que pode dele ser exigido.

4 O pensar o outro na função pública

Há arquétipos do inconsciente coletivo em relação ao viver em sociedade, e refiro-me a um em especial, uma Ideia (arquétipo) dos deveres éticos decorrentes do exercício de qualquer representação pública em comunidade: é preciso *ser e parecer* honesto — a lenda da mulher insuspeita.

A compreensão do significado desta Ideia em muito se alumia por um *encontro ético* possível: acima (ou, *antes*, para não me inclinar a esta ou aquela corrente de pensamento) de todas as escolas filosóficas, a ética define-se por um *pensar o outro*.

A vinculação entre o direito e a moral (e a ciência que a estuda, a ética) encontra particulares desdobramentos ao se tratar da realização de missões públicas, pois para *parecer* — não apenas *ser* — ético é indispensável a sobrevalorização do *pensar o outro*. Isto quer dizer que no agir em função pública exige-se se por de fora, em sociedade (*locus* legitimador da existência da representação pública), e a partir dela — do *outro* — mirar o comportamento esperado (que deve *parecer*) enquanto referencial de probidade a quem investido como agente público.

Evidente, não basta *parecer*. Pois se antes de Maquiavel havia suficientes lições de falácia da representação teatral de integridade dos dirigentes políticos, a partir dele, com seu realismo político, não seria possível persistir qualquer dúvida. Não serve só *parecer* como defendido por Maquiavel:²⁵ “Assim, deves parecer clemente, fiel, humano, íntegro, religioso — e sê-lo, mas com a condição de estares com o ânimo disposto a, quando necessário, não o seres, de modo que possas e saibas como tornar-te o contrário”.²⁶

²⁴ *Em contra de la ausencia de fundamento moral*. In: VÁSQUEZ. *Derecho y moral: ensayos sobre um debate contemporâneo*, p. 179.

²⁵ MAQUIAVEL. *O príncipe*, cap. IX, XV, XVI XVII.

²⁶ *Op. cit.*, cap. XVIII.

Mas apenas *ser* — sem *parecer* — caracteriza uma das principais deficiências éticas de nosso tempo.

Pois o acrisolamento da consciência, a sua circunspeção, a equivocada impressão de que a ética pública define-se de modo autorreferencial caracteriza a falta — o descumprimento do arquétipo ético — de *pensar o outro*. Só *ser* a quem é agente público igualmente não basta. Pois se atua em função pública pela sociedade, portanto, é imperativo posicionar-se por sua perspectiva para indagar o que — de quem *olha de fora* — ajusta-se a um *standard*, um *padrão objetivo* de comportamento de respeito ao titular do poder, o povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal).

Ser e ainda *parecer*, e *parecer* pelo olhar da sociedade, o que prescreve o dever de a conduta do agente público, além do compromisso honrado com a sua consciência individual, ainda atender à imperatividade ética conforme esperado pelo agrupamento social. *Parecer* probo é atuar em constante prática de *pensar o outro*, a sociedade.

Ser e *parecer*, portanto, são paradigmas ético-jurídicos. Indispensáveis à densificação jurídica da moralidade administrativa. Pois a moralidade administrativa é norma jurídica resultante de texto expressamente prescrito no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Ser, em inequívoca inspiração de Immanuel Kant, com raiz em um imperativo categórico. "Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa sempre valer ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal".²⁷ O dever de ser íntegro, de não se prevalecer da função em benefício próprio ou dos seus, de ser transparente, de ater-se sem subterfúgios aos fins públicos que lhe são atribuídos, e outras expressões mais que se desdobram da ideia de honestidade, deveres convolados do plano da moral comum ao jurídico tornam-se, por meio da *moralidade administrativa*, imperativos hipotéticos.

Parecer que não significa *aparecer*, como singelamente exigia César, ou como poderia ser pensada esta passagem de sua vida se fosse interpretada pela dimensão exclusivamente histórica, e não como uma *lenda*: a manifestação de um arquétipo do inconsciente coletivo. *Parecer* quer então dizer que no âmbito jurídico não bastam as prestações de contas com a consciência, as justificativas pessoais elaboradas no recesso da alma. Há necessidade de sua expressão *prática* enquanto *pensar o outro*, o povo. Em Aristóteles²⁸ a ética

²⁷ KANT. *Crítica da razão prática*, p. 103.

²⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*, Livro II.

deve subordinar-se à política, deve ser sua *manifestação habitual*. O Bem supremo em sua doutrina é a felicidade,²⁹ o que depende da atividade da alma segundo a razão, a virtude. Os valores autênticos são os da alma, diz este notável filósofo, e para esta proposta que apresento a autenticidade da ética pública deve ser definida do olhar feito da perspectiva da sociedade.

Jorge Malem³⁰ pondera que a questão não parece ser tanto a de perguntar-se se o direito é um instrumento adequado à imposição de critérios morais, pois ele adianta-se, neste particular, a dizer que sim, mas sobretudo *qual tipo* de moral deve ser imposta. Não pretendo defini-la, mas encarecer *como* deve ser feita: em consideração ao que a sociedade — o outro — espera do que deve ser um comportamento escorreito.

Na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello a definição de *função* reforça este compromisso além do que individualmente se acredita ou pia-mente se professa sobre o que é a ética pública. Diz ele:

É que a Administração exerce “função”: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no “dever” de satisfazer dadas finalidades em prol do “interesse de outrem”, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. (...) Quem exerce “função administrativa” está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade.³¹

Neste sentido se encontra o pensamento de Santi Romano:

As funções (“officia”, “numera”) são os poderes que se exercem não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo. Deles se encontram exemplos mesmo no Direito Privado (o pátrio-poder, o ofício do executor testamentário, do tutor etc.), mas no Direito Público sua figura é predominante.³²

Por esta reflexão, o papel das Escolas de Governo acentua-se em seu compromisso social. Previstas à formação e ao aperfeiçoamento dos servidores públicos (art. 39, §2º da Constituição Federal), para além de prescrever cursos

²⁹ *Op. cit.*, Livro I.

³⁰ *La imposición de la moral por el derecho: la disputa Devlin-Hart*. In: *Derecho y moral: ensayos sobre um debate contemporâneo*, p. 76.

³¹ BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 72.

³² ROMANO. *Princípio de direito constitucional geral*, p. 145.

tecnicistas, cumpre-lhes fomentar encontros, atividades e cursos de formação e reflexão ética. Pois tal como o indivíduo isoladamente considerado, o grupo social ao qual se pertence apresenta suas tendências ao encastelamento, ao fisiologismo fundamentado na suposta suficiência de *ser* ético, sem se aperceber que o rompimento com o corporativismo acontece com a capacidade de *pensar o outro*, de revisitar os parâmetros de comportamentos desejáveis dos cargos e empregos públicos ao se olhar de fora, da sociedade, único meio a identificar o que é preciso fazer para também *parecer* honesto.

Em última análise, pouco importa o *ser* honesto nos refolhos da consciência do agente público (ou do órgão ao qual pertence), a convicção intimista que se carrega consigo do bem, pois a *função pública* exige mais, exige o dever de indagar se da posição do cidadão (de quem não é agente público) a atuação amolda-se a um *padrão objetivo* de comportamento ético. Apenas com a realização do *ser* e do *parecer* honestos que a ética pública faz-se presente; sem um ou outro a função pública não se perfaz sem suspeição.

The Imperative Need for Ethical Norms in the Public Administration

Abstract: The unsuspecting woman's legend, inspired in Caesar of Pompey's history, expresses an archetype of the collective unconscious: in the exercise of public competency the demand for honesty comes attached to the need for appearance of honesty. Many philosophical paths come together when ethics are focused, that is *to think the other*, and Law and Morals are very close in this aspect, furthermore when the subject is the public function.

Key words: Public ethics. Morals and law. Public Administration.

Referências

- ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: Ed. UnB, 2001.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRANDÃO, Junito de Souza. *Mitologia grega*. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. v. 1.

- DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Tradução de João Vergílio Gallerani Cuter. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- JUNG, Carl Gustav. *Os arquétipos e o inconsciente coletivo*. Tradução Maria Luiza Appy e Dora Mariana R. Ferreira da Silva. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.
- JUNG, Carl Gustav. *O eu e o inconsciente*. Tradução de Dora Ferreira da Silva. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução de Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KAUFMANN, Arthur. *Derecho, moral e historicidad*. Tradução de Emílio Eiranova Encinas. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- MAQUIAVEL. *O príncipe*. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PLATÃO. *A república*. Tradução de J. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2006.
- ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução de Maria Helen Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- VÁSZQUEZ, Rodolfo (Compil.). *Derecho y moral: ensayos sobre um debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa, 1998.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PIRES, Luis Manuel Fonseca. Imperatividade das normas éticas no âmbito da Administração Pública. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 119-131, abr./jun. 2012.

Recebido em: 26.03.2012
Aprovado em: 11.05.2012