



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PARANÁ - UENP
FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO
Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

**O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E
SUAS IMPLICAÇÕES PARA A CONSTRUÇÃO DE UM
DIREITO INCLUSIVO**

IVANA NOBRE BERTOLAZO

Orientador: Prof. PÓS DOUTOR GILBERTO GIACÓIA

JACAREZINHO (PR) – 2009



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PARANÁ - UENP
FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO
Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

**O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E
SUAS IMPLICAÇÕES PARA A CONSTRUÇÃO DE UM
DIREITO INCLUSIVO**

IVANA NOBRE BERTOLAZO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica

Orientador: Prof. PÓS DOUTOR GILBERTO GIACÓIA

JACAREZINHO (PR) – 2009

IVANA NOBRE BERTOLAZO

**O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E
SUAS IMPLICAÇÕES PARA A CONSTRUÇÃO DE UM
DIREITO INCLUSIVO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor Pós-Doutor Gilberto Giacóia

Professor Doutor Vladimir Brega Filho

Professora Doutora Rozane Cachapuz

Jacarezinho, 26 de fevereiro de 2009.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Ione e Geraldo

(in memoriam)

Ao Rógerson

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Pós Doutor Gilberto Giacóia, por ter aceito ser meu orientador, e pela condução sempre firme nesse trabalho.

Aos professores do curso de mestrado, por terem de forma tão generosa partilhado seu conhecimento.

Ao Prof. Ms. José Carlos Abraão, mestre, chefe e amigo, pela inspiração e apoio nos momentos necessários.

Aos amigos do curso de mestrado, por todos os momentos difíceis e engraçados que passamos juntos.

Em especial à Juliana, Silvana, Mariuche, Karina, Paula Christiany, Têmis, Vanessa, Luiz Nicola e Francisco, pelo seu incentivo, correções e empréstimo de materiais para a pesquisa.

À minha mãe, pela motivação, incentivo e carinho.

Especialmente ao Rógerson, por sempre ter participado de tudo com tanto companheirismo e amor.

*"Cresce as folhas de repente,
brotam outras pelos ramos,
murcham flores, surgem pomos
e a planta volta à semente.
Assim somos. Sutilmente,
diferimos do que fomos.*

*Impossível transmitir,
por secreto e singular,
acrescentar e perder
desse crescer que é mudar".*

*(KOLODY, Helena. Evolução; In: Viagem no espelho,
2ª ed., Curitiba: Editora UFPR, 1995, p. 78)*

BERTOLAZO, Ivana Nobre. **O Princípio da Moralidade Administrativa e suas Implicações para a Construção de um Direito Inclusivo**. 2008. Dissertação (Programa de Mestrado em Direito) - Faculdade Estadual de Direito do Norte-Pioneiro, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho.

RESUMO

Este trabalho versa sobre o princípio da moralidade administrativa, sua constitucionalização e as consequências dele advindas. Embora seja um dos princípios administrativos mais antigos, demorou a ser explorado dentro do ordenamento jurídico brasileiro, principalmente em relação às suas ligações com a lealdade e com a boa-fé. No contexto societário atual, a exclusão social também passou a merecer a proteção do Direito, devido ao fato de que o ordenamento jurídico convive com as consequências funestas trazidas pela não inserção, principalmente tentando contra a dignidade da pessoa humana e o princípio constitucional da inclusão social. O objetivo do presente trabalho é compreender o princípio da moralidade do Direito Administrativo, conjugado com os princípios da lealdade e boa-fé, dele decorrentes. Pretende-se, com tal conjugação, demonstrar como esses três princípios contribuem para tornar a Administração Pública mais inclusiva. A relevância do estudo decorre do fato de a Administração Pública pátria, moldada junto com o sistema jurídico no Brasil Colônia, caracterizar-se como patrimonialista e elitista, além de possuir uma forte tradição de exclusão social. Assim como o ordenamento jurídico brasileiro, construído de forma a privilegiar apenas uma parcela da população, a Administração Pública também foi cunhada com esse vício. A luta por uma maior inclusão deve partir não só do cidadão, mas também do jurista, que possui o conhecimento técnico. Concluiu-se que, mesmo após a sua constitucionalização, o princípio da moralidade administrativa ainda é confundido, ou então considerado apenas um sub-princípio da legalidade. Seus corolários, a lealdade e a boa-fé, apesar de não muito explorados, sendo necessários esforços doutrinários na sua contemplação, são de extrema relevância para uma Administração Pública ética, moral e comprometida com o administrado. Guardam em si o potencial de reverter ou de minimizar situações de exclusão social decorrentes da nova ordem econômica mundial, tanto por ensejarem um melhor aproveitamento do dinheiro público como também por garantirem padrões éticos de proteção ao jurisdicionado.

Palavras-chaves: Dignidade, Moralidade, Inclusão Social, Lealdade, Boa-fé.

BERTOLAZO, Ivana Nobre. **The Principle of Administrative Morality and its implications for the construction of a inclusive law.** 2008. Dissertação (Programa de Mestrado em Direito) - Faculdade Estadual de Direito do Norte-Pioneiro, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho.

ABSTRACT

This work is about the principle of administrative morality, its constitution and the consequences of it emerging. Although one of the oldest administrative principles, took to have been exploited in the Brazilian legal system, particularly in relation to its links with fairness and with good faith. Furthermore, in the current social situation faced by the law, social exclusion has become also a legal problem due to the fact that the legal system together with the disastrous consequences brought by the exclusion, mainly trying against human dignity and the constitutional principle of social inclusion. So aim of this work is not only understand the principle of morality, under administrative law, but also to make the necessary co-relationship between him and the principles of fairness and good faith, it. Thus, want to understand the legal landscape formed by the correlation between these three principles, and how they contribute to making the Government more inclusive. The importance of the research stems from the fact that the Public Administration homeland, shaped with the legal system in Brazil Cologne, it is characterized as patrimonialist and elitist, and has a strong tradition of social exclusion. Just as the Brazilian legal system was built in order to favour only a portion of the population, the Government has also been built with this addiction. The fight for greater inclusion should not only from citizens, but also of lawyers, who have the technical knowledge of the subject. Thus, it was concluded that even after its constitution, the principle of administrative morality is still confused, or considered only a sub-principle of legality. His corollaries, fairness and good faith, are also not very explored need greater efforts doctrinal in his contemplation. Even so, they have an important role in maintaining a public administration ethics, moral, committed to the citizen. Moreover, these principles also save itself the potential to reverse or to minimize situations of social exclusion arising from the new world economic order, both by ensejarem better use of public money but also to ensure ethical standards of protection to these people.

KEY-WORDS – Dignity; Morality; Social Inclusion, Loyalty, Good-faith.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A EXCLUSÃO SOCIAL.....	14
1.1 Fatores que Contribuíram para a Formação do Direito Brasileiro	14
1.2 Gênese da Exclusão Social.....	22
2. A RELAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS, DIREITOS E DIGNIDADE	29
2.1 Noção de Princípios	29
2.2 Declarações de Direitos	37
2.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	45
2.4 A Inclusão Social como Corolário do Princípio da Dignidade.....	50
3. MORALIDADE ADMINISTRATIVA E SEUS SUBPRINCÍPIOS.....	56
3.1 A Constitucionalização do Direito Administrativo e a Moralidade Administrativa	56
3.2 Boa-fé e Lealdade	69
3.3 Diferenças entre Moralidade Administrativa e Improbidade Administrativa.....	77
4. INTERFACES ENTRE MORALIDADE E EXCLUSÃO SOCIAL.....	82
4.1 Injustiça, imoralidade e exclusão:relações históricas	82
4.2 Moralidade Administrativa como Antídoto contra a Exclusão.....	88
CONCLUSÃO.....	95
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	98

INTRODUÇÃO

A Administração Pública deve pautar sua atividade sobre alguns princípios basilares, expressos no art. 37 da Carta Magna de 1988: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. Desta forma, estes princípios compõem os fundamentos da ação administrativa. Olvidá-los significa ferir o cerne da organização administrativa estatal. Não se trata apenas de cumprir a letra fria da lei, mas atender ao seu espírito para uma convivência social pacífica e ordenada.

Além dos expressos, têm-se como princípios constitucionais implícitos: a supremacia do interesse público sobre o privado, a autotutela, a finalidade e os princípios complementares da proporcionalidade e da razoabilidade. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, coloca os interesses da Administração Pública em sobreposição aos interesses particulares que com os dela venham eventualmente colidir. Com fundamento nesse princípio é que se estabelece, por exemplo, a autotutela administrativa, ou seja, o poder que a própria Administração Pública tem de anular os atos praticados em desrespeito à lei, bem como a prerrogativa de revogação de atos administrativos com base em juízo discricionário de conveniência e oportunidade.

Deve o administrador, no exercício de suas tarefas, atuar com racionalidade, sensatez e coerência, sempre baseado nas concepções sociais dominantes.

Destaca-se nesta dissertação o princípio da moralidade administrativa, o qual veio à lume na Constituição Federal de 1988, a exemplo do que já fizeram os franceses, desde 1894, no seu Conselho de Estado.

Observe-se que o princípio da moralidade, não obstante ser bastante antigo, sendo desenvolvido na França desde 1894, demorou a ser explorado dentro do ordenamento jurídico brasileiro; e apesar da existência da monografia pioneira de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (O princípio da moralidade administrativa, 1947), no qual expressava o panorama do princípio à época; e do trabalho de Antônio José Brandão (Moralidade Administrativa, RDA, 1951), que também se preocupou com o assunto, ainda foram insuficientes as discussões acerca de sua aplicabilidade.

Depois disso, Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 119), tratou da vinculação entre o princípio da moralidade e o princípio da boa-fé, baseado na

inter-relação já percebida e explanada em livro por Jesus González Pérez (El Principio General de la Buena Fé em el Derecho Administrativo, 1983).

O que se observa é que os trabalhos sobre o princípio da moralidade não são expressivos em quantidade e também não exploram de forma aprofundada a correlação entre esse princípio e seus corolários, quais sejam: a lealdade, a boa-fé e a dignidade da pessoa humana. Jesus González Pérez, em seu livro “El Principio General de la Buena Fé em el Derecho Administrativo” (1983) faz essa inter-relação, entretanto, talvez essa obra ainda não tenha tido a devida repercussão no meio doutrinário e quiçá jurisprudencial.

O referido princípio da moralidade encontra-se diretamente ligado à problemática da inclusão/exclusão social, a qual, no atual panorama social enfrentado pelo direito, passou a ser também um problema jurídico, devido ao fato de que o ordenamento jurídico convive com as consequências trazidas pela desigualdade e, sobretudo, pela exclusão.

Assim, é objetivo desse trabalho, não é só compreender o princípio da moralidade, no âmbito do direito administrativo, mas também fazer a necessária co-relação entre ele e os princípios da lealdade, da boa-fé e da dignidade, compreendendo-os na perspectiva da complementaridade jurídico-social. Dessa forma, deseja-se compreender o panorama jurídico formado pela correlação entre eles e como vêm a contribuir para tornar a Administração Pública mais inclusiva.

A importância da pesquisa decorre do fato de que a Administração Pública Pátria, moldada com o sistema jurídico no Brasil Colônia, caracteriza-se como patrimonialista e elitista, além de possuir uma forte tradição de exclusão social. Da mesma forma, o ordenamento jurídico brasileiro foi construído de forma a privilegiar apenas determinados segmentos sociais, eivando de vício os atos da Administração Pública. A luta por uma maior inclusão deve partir não só dos cidadãos, mas também dos juristas, que possuem o conhecimento necessário para minimizar desigualdades e promover a justiça social.

A proposta aqui aventada é o controle principiológico da discricionariedade da Administração tanto quanto possível para se evitar a exclusão social e as injustiças e oferecer, por meio da materialização das propostas axiológicas da Constituição, a possibilidade de efetivação da justicialidade tão reclamado pelos teóricos publicistas.

Na concretização dessa proposta é que se percebe a importância do

controle do ordenamento jurídico por meio dos princípios, e, no caso específico, pelos princípios da moralidade, entrelaçado com a lealdade, a boa-fé e a dignidade da pessoa humana. O controle principiológico vem oferecendo respaldo a uma paz social acalentada e um ideal de justiça ainda não corroborado no que tange à dignidade, a uma sociedade justa, pluralista e solidária.

Ainda que seja escasso o material que se dedica especificamente ao princípio da moralidade administrativa, merece este um estudo acurado. Como não é um princípio “novo”, é de se investigar as razões pelas quais há pouca bibliografia a respeito do tema¹. Mais descurado, ainda, é o exame do princípio da lealdade e da boa-fé em seara administrativa, bem como a preocupação com a realização da vida digna. Esses princípios, ao mesmo tempo em que se confundem com o princípio da moralidade, sendo seus corolários, dele se apartam, pois têm reflexos jurídicos diferenciados no ordenamento. O princípio da boa-fé é muito comentado em direito privado², entretanto seu uso no âmbito público, não obstante alguns trabalhos pioneiros³, ainda precisa ser melhor compreendido. O princípio da lealdade é ainda mais desconhecido, sendo muitas vezes mencionado, mas não explicado (MELLO, 2007, p. 119). E, por fim, a realização do ideário constitucional da dignidade passa, muitas vezes, por campanhas e programas assistenciais, confundindo-se o direito de todo cidadão, com benefícios concedidos a parcelas menos favorecidas da população. Dignidade não é receber gratuitamente do Estado este ou aquele favor, mas ver respeitados contornos mínimos de uma vida que envolva participação, cidadania e acesso ao trabalho, à educação, à saúde, e tantos outros direitos sociais elencados na Constituição Federal de 1988.

Assim, o trabalho se divide em quatro capítulos. O primeiro capítulo trata da formação do direito no Brasil e dos fatores que contribuíram para sua formação e para a exclusão social. O segundo capítulo retoma o histórico do desenvolvimento dos direitos humanos, passando pela conceituação de princípio, culminando com a noção de princípio da dignidade.

O terceiro capítulo aborda a moralidade administrativa e seus subprincípios, com destaque para a lealdade e a boa-fé, uma vez que a dignidade já

¹ Cf. (BAHENA, 2005); (BARBOZA, 2002); (BRANDÃO, 1951); (CAMMAROSANO, 2006); (DIAS, 2008); (FRANCO SOBRINHO, 1993); (GIACOMUZZI, 2002).

² (BALBINO, 2002); (CORDEIRO, 2002); (LEWICKI, 2000); (MELLO, 2000); (NALIN, 1998); (NORONHA, 1994).

³ Cf. (GONZALES PEREZ, 1983); (GIACOMUZZI, 2002).

foi tratada em capítulo próprio.

Por fim, o quarto capítulo pretende deixar clara a ligação necessária entre a inclusão social, moralidade e dignidade, defendendo o ponto de vista de que pode aquela ser combatida pela aplicação criteriosa do princípio da moralidade administrativa, ou seja, para a construção de um direito inclusivo.

A relevância do tema a ser estudado afigura-se na própria relação da Administração Pública com seus parceiros privados (qualquer que seja o instituto jurídico que regule isso, permissão, concessão, entre outros) ou com seus administrados. Não se concebe mais a Administração exercendo seu poder de forma absoluta, coercitiva, como no tempo do Estado-Polícia. Por outro lado, essa percepção de uma relação mais igualitária com a administração resulta da falta de medidas efetivas para realmente implementar a proposta da igualdade; ou, ainda, com a existência de propostas que desconsideram a importância do ordenamento jurídico; sugerindo soluções que poderiam implodir esse ordenamento ao não respeitar a segurança jurídica, sempre necessária.

Cabe ao jurista atualizar o direito de acordo com as necessidades sociais, acompanhando a mutação social em conformidade com o fenômeno jurídico; trabalhando da melhor forma para que o Direito e a Justiça se façam presentes e de acordo com as aspirações da sociedade.

O tema em estudo visa oferecer não só uma reflexão fundamentada, mas propostas efetivas que possam ser discutidas, consubstanciando-se em alternativas viáveis para concretizar os anseios da sociedade em relação à manutenção de um direito vinculado a um padrão ético e que siga uma principiologia amparada em preceitos morais.

1. O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A EXCLUSÃO SOCIAL

1.1 FATORES QUE CONTRIBUÍRAM PARA A FORMAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

Embora a formação do povo brasileiro tenha se dado, basicamente, com a junção de três etnias, os indígenas nativos da terra, os brancos portugueses, e os negros trazidos da África, o mesmo não ocorreu com a formação do direito brasileiro.

Na formação jurídica do país o que predominou foi o direito trazido de Portugal, imposto pelos colonizadores⁴ em detrimento das manifestações jurídicas de índios e negros.

É importante, para fazer uma gênese correta do direito brasileiro, detectar as raízes do direito português para, nos dizeres de CURY:

desvelar a sua construção e assim, conhecer como era esse direito à época do descobrimento do Brasil para assim, poder fazer uma análise da formação do sistema jurídico brasileiro. (2002, p. 53 e 61, *passim*)

Desde a época anterior a da dominação romana, por volta do século III a.C., vários povos primitivos povoavam a península ibérica, tais como tartésios, iberos, celtas, celtiberos, franco-pirenaicos; e lusitanos. Ali também se estabeleceram vários povos estrangeiros, em busca de terras mais férteis e clima aprazível para a agricultura, como os gregos ou atraídos pela posição estratégica do lugar, como os fenícios e cartagineses.

A diversidade de raças deu origem a uma diversidade política muito grande, mesmo dentro de um grupo étnico definido. O que se destaca, todavia, é que pouco se conhece do direito ibérico desse período; o que se pode afirmar é que, na maior parte dos povos, esse direito era consuetudinário, tendo por base o

⁴ Há duas correntes historiográficas diferentes, uma, majoritária, considera que Portugal, ao descobrir as terras que depois seriam chamadas de Brasil, veio para cá com intuito colonialista, fazendo das terras descobertas sua colônia. Alguns exemplos de autores que seguem essa linha: (BARBEIRO; CANTELE, 1999); (CHAUNU, 2008); (MARANHÃO, 2008); (DEL PRIORE, 2006); (DIAS, 2004); (FAORO, 2000); (MELLO E SOUZA, 2004). Outra corrente, minoritária, considera que o governo da metrópole considerava o seu domínio da América parte integrante do Reino, o que embasaria essa visão seria o fato de terem sido aplicadas ao Brasil as mesmas leis de Portugal e que não havia juridicamente, distinção alguma entre os portugueses da Europa e os do Brasil, porque ambos estavam no mesmo plano de igualdade jurídica, súditos que eram de Sua Majestade. Assim, o Brasil era uma Província do Império de Portugal. Exemplos de autores que seguem essa linha: (FERREIRA, 1958); (VIANA, 1949); (PONTES DE MIRANDA, 1953).

costume. Se acontecesse alguma disputa que precisasse de intervenção, apresentava-se o caso ao patriarca familiar (ou ao chefe da tribo, dependendo do povo), que o resolveria baseado no costume. Havia apenas uma exceção a essa regra, que era o povo dos turdetanos⁵, (CURY, 2002, p. 58) que também possuía leis escritas, convivendo com o direito consuetudinário. Com isso, esses povos tiveram uma base centrada nos costumes e não houve uma separação nítida entre o jurídico e o ético-religioso.

Com a conquista romana da península, o direito consuetudinário desses povos sofreu a influência do direito romano, que era escrito e possuía uma organização formal inexistente nos sistemas jurídicos até então conhecidos na península ibérica.

Com o declínio do Império Romano, os visigodos ocuparam a península durante um grande período, permitindo a assimilação e combinação de dois elementos culturais: o romano e o germânico; entretanto, inicialmente essa assimilação acabou não ocorrendo no direito, pois persistiu uma separação: o direito romano é aplicado aos povos romanos ou romanizados e o direito visigótico é aplicado somente aos visigodos. Com o tempo, latinos e germânicos misturaram-se, e esse direito começou a ser compilado na forma vigente em cada reino. Explica Gusmão:

Assim surgiu a Lex Romana Wisigothorum, também denominada Breviarium Alarici (506), aplicável aos latinos no território dos godos (Itália, França, Espanha e Portugal), a Lex Romana Burgundionum, no território dos burgundos (sudeste da França), e o Edictum Theodorici, no norte de Itália. (1998, p. 288)

Especialmente na Península Ibérica, durante e depois do Império Romano, vigiu o direito romano vulgar (*ius gentium*). Entretanto, depois da queda de Roma e da invasão dos visigodos esse direito foi substituído em 506 pela Lex Romana Wisigothorum. A partir de 654, foi introduzido na Península Ibérica o Liber Iudiciorum também denominado Fórum Iudiciorum, compilação que integrou o direito romano com o direito consuetudinário germânico e com o direito canônico, que se tornou a legislação comum a germanos e ibéricos. Essa compilação vigorou até a invasão dos mouros, sendo então substituída pelo direito muçulmano baseado no

⁵ Os turdetanos são um antigo povo da Hispânia bética (onde hoje situa-se a atual Espanha), que habitava a oriente do rio Guadiana e junto ao curso médio e inferior do rio Guadalquivir. Notícia-se que eles possuíam algumas leis escritas, entretanto, faltam dados mais precisos. (CURY, 2002, p. 54).

Alcorão.

O momento histórico seguinte foi o da invasão muçulmana da península ibérica, que culminou em uma interpenetração cultural que atingiu o direito, passando-se a adotar um direito personalista, distinguindo-se pelo credo religioso, e não pela raça.

Com a expulsão dos mouros, e o surgimento do condado portugalense, permaneceu o direito consuetudinário, de cunho romanístico em sentido estrito e em sentido lato, o direito canônico e o direito germânico, o que favoreceu, posteriormente, após o reinado de Afonso III (1248 – 1279) a criação das leis por parte dos monarcas.

Assim, a legislação de base romanística foi restabelecida por meio da compilação decretada por Afonso X, denominada *Fuero Juzgo*, que na verdade era o *Fórum Iudicium* com algumas inovações. O *Fuero Juzgo* foi recompilado várias vezes, sempre com inovações. Posteriormente, o *Corpus Iuris Civilis* dos glosadores tornou-se direito comum a Portugal e Espanha. O *Fuero Juzgo* e o *Corpus Iuris Civilis* serviram de base para a *Ley de Las Siete Partidas*, decretada no século XIII.

Em Portugal, essas leis deram origem às Ordenações. As Ordenações não eram Códigos sistematizados da maneira como se entende hoje; eram compilações de leis, de atos e de costumes, que eram reunidas para facilitar o trabalho dos operadores do direito da época. São elas:

1º) Ordenações Afonsinas (1448 – 1514): foram elaboradas nos reinados de D. João I, D. Duarte e D. Afonso V. Receberam o nome deste último porque foram concluídas em seu reinado. Eram compostas de cinco livros, que abrangiam: direito penal, civil, comercial, organização judiciária, competências, relações da Igreja com o Estado, processo civil e processo comercial.

2º) Ordenações Manuelinas (1514 – 1603): tratava dos mesmos assuntos da Ordenação anterior. Foi necessária em virtude do grande número de leis e atos modificadores das Ordenações Afonsinas.

3º) Ordenações Filipinas (1603 – 1867⁶): essa compilação data do período espanhol, tendo se iniciado sob o reinado de Felipe I e foi concluída no reinado de Felipe II.

A colonização do Brasil pelos portugueses inicia-se no Século XVI,

⁶ Em Portugal as Ordenações Filipinas vigiram até 1867. No Brasil, até 1916.

enquanto vigiam as Ordenações Manuelinas, sendo que a população autóctone foi desconsiderada na construção do direito brasileiro, como também a etnia negra, trazida da África para trabalhar no Brasil.

As nações dos nativos que aqui habitavam, viviam num período neolítico em que era comum a confusão entre o direito e o divino, e os tabus e o misticismo eram formas de resolução para as questões jurídicas. Os portugueses colonizadores sequer reconheceram aquelas sociedades como suas iguais; consideravam-na como inferiores e foram desrespeitados como sujeitos de direito e postos na simples condição de objeto do direito (e mais modernamente na condição de sujeitos relativamente incapazes).

Quanto aos negros, sua condição de escravos, arrancados de suas nações na África e jogados em senzalas, fez com que houvesse uma grande desintegração de suas raízes. Apesar de culturalmente terem sido um fator importantíssimo para a construção da identidade nacional, em relação ao direito eles também tiveram suas experiências jurídicas desprezadas pelos colonizadores e como escravos era considerados juridicamente objetos, coisas, e não sujeitos de direito.

Dessa forma, o direito brasileiro a princípio (durante a colonização pelos portugueses) foi composto pelo direito vigente em Portugal, e por Leis Extravagantes, que nos dizeres de Gusmão era uma: “legislação especial adaptadora do direito da Metrópole à Colônia, bem como legislação local ou especial destinada especificamente ao Brasil” (GUSMÃO, 1998, p. 312/ 313).

Segundo explica Wolkmer (2005, p. 45), o projeto colonizador implantado pela metrópole instala no Brasil uma tradição cultural e jurídica alienígena e todo um sistema de legalidade “avançada”, em comparação com a dos povos que aqui estavam. Ou seja, “o direito não foi produto da evolução linear e gradual de uma experiência comunitária como ocorreu com a legislação de outros povos mais antigos”.

O colonizador lusitano trazia consigo uma cultura considerada mais evoluída, herdeira de uma tradição jurídica milenar proveniente do direito romano. O direito português acabou constituindo-se quase que exclusivamente a base legislativa do direito brasileiro. Assim, pois se percebe que o nativo indígena não conseguiu impor seus costumes e suas leis; nem mesmo o negro, que trazido para cá como escravo não lhe permitiu que pudesse colaborar com o português na elaboração do direito brasileiro.

O direito vigente no Brasil colônia foi uma transferência da legislação portuguesa contida nas Ordenações Reais com algumas adaptações especiais que visavam adaptar o direito português às especificidades da colônia e regular a organização administrativa desta.

Outro ponto que merece destaque diz respeito à estrutura do Poder Judiciário e aos seus agentes operadores. Essa estrutura não era neutra, pelo contrário, ela era organizada de forma a servir aos interesses portugueses na colônia, e também para que a coroa portuguesa não perdesse o controle do que ocorria além-mar. Assim, a organização judiciária do Brasil - Colônia pode ser assim representada:

Tabela 1 – Organização Judiciária do Brasil - Colônia

<p>Órgão de Apoio Desembargo do Paço órgão que assessorava a prestação jurisdicional na Metrópole e na colônia</p>	<p>3º instância Casa de Suplicação situado na metrópole, era o tribunal de justiça superior</p>
<p>2º Instância Tribunais de Relação Eram formados por juízes colegiados que exerciam o cargo de desembargadores</p>	
<p>1º Instância Juízes Singulares Eram divididos em: - ouvidores - juízes ordinários - juízes especiais: estes eram divididos em: - juízes de vintena; - juízes de fora; - juízes de órfãos; - juízes de sesmarias.</p>	

Na 1ª Instância existiam vários tipos de operadores jurídicos, e as suas funções ou competências eram muito próximas. Pode-se citar: os juizes ordinários, os juizes de fora, os juizes de vintena, os juizes de órfãos etc. E, como seus auxiliares: os escrivães de notas, os tabeliães judiciais, os escrivães dos órfãos, os alcaides, os meirinhos, os inquiridores, os quadrilheiros, os almotacés etc. Nesse mesmo nível hierárquico, a maior autoridade era o ouvidor-geral da colônia, cuja nomeação dava-se por até três anos, garantindo-se a sua permanência na função desde que a exercesse de acordo, pois, caso contrário, poderia ser deposto. Suas principais atribuições eram

conhecer por ação nova nos casos-crime, inclusive naqueles que cabia a pena de morte (CRISTIANI, 2003, p. 339).

Na 2ª Instância existiam os Tribunais de Relação. O primeiro desses Tribunais brasileiros foi criado na Bahia, em 1587, tendo havido, inclusive, a nomeação dos seus ministros; mas, por diversos motivos, não chegou a ser implantado. Efetivamente, começou a vigorar o primeiro Tribunal de Relação (também na Bahia) só em 1609. Sua composição era de um total de dez desembargadores, sendo um deles o chanceler, que servia de juiz da chancelaria, três eram os desembargadores de agravo, um era o ouvidor - geral, um era o juiz dos feitos da coroa, fazenda e fisco, um era o provedor dos mesmos feitos e promotor de justiça, um era provedor dos defuntos e resíduos, e dois desembargadores extravagantes. O governador - geral presidia a Relação quando lhe parecia, não tendo voto nem subscrevendo as sentenças (Garcia, 1956, p. 73).

Mais de um século depois é que o Brasil veria seu segundo Tribunal de Relação implantado, em 1751, no Rio de Janeiro, cuja composição era de dez desembargadores, sendo um chanceler, cinco desembargadores de agravo, um ouvidor-geral do crime, um ouvidor-geral, um do cível, um juiz dos feitos da coroa e fazenda e um procurador da coroa e fazenda (Garcia, 1956, p. 252).

Acima dos Tribunais de Relação, só restava o recurso extremo à Casa da Suplicação em Lisboa, que funcionava como a 3ª Instância. Mas, isso somente em casos muito especiais. Porém, com a vinda da Corte Real para o Rio de Janeiro, D. João VI, por alvará de 10 de maio de 1808 determinava que a Relação da cidade do Rio de Janeiro se denominará Casa da Suplicação do Brasil, e será considerada como Superior Tribunal de Justiça, para nele se findarem todos os pleitos em última instância, por maior que seja o seu valor, sem que das últimas sentenças proferidas em qualquer das Mesas da referida Casa se possa interpor outro recurso, que não seja o das Revistas, nos termos restritos do que se acha disposto nas Minhas Ordenações, Leis e mais disposições. E terão os ministros a mesma alçada que têm os da Casa da Suplicação em Lisboa.

De todos os setores burocráticos herdados de Portugal, a magistratura era o que dispunha de melhor organização profissional com estrutura e coesão internas superiores a todos os outros segmentos, o que a legitimava com uma força político-social muito grande. Por isso, ela foi aproveitada após a independência do Brasil, pois, na prática, o Poder Judiciário estava identificado com

o poder político, embora suas funções institucionais fossem distintas. O governo central utilizava-se dos mecanismos de nomeação e remoção de juizes para administrar seus interesses, fazendo com que a justiça fosse partidária e o cargo (de juiz) utilizado para futuros processos eleitorais (fraudes e desvios) ou mesmo para recompensar amigos e aliados políticos.

Esse quadro panorâmico dessa elite de servidores letrados somente se completa quando se leva em consideração o comportamento desses atores sociais, suas relações e práticas com a sociedade civil. Nesse aspecto há que se registrar o aparecimento de práticas de nepotismo, improbidade e corrupção em diversos segmentos da magistratura luso-brasileira ao longo do império. Essa tradição acentuou-se em razão das amplas garantias, vantagens e honrarias que os juizes desfrutavam. (CRISTIANI, 2003, p. 344).

Com a criação dos primeiros cursos jurídicos e o aparecimento do bacharel em direito, este acabou impondo-se como constante na vida política brasileira. Tratava-se não só de aproveitar os bacharéis em direito na composição de cargos a serviço de uma administração estatal em expansão, mas, sobretudo, essa graduação representava um ideal de vida com reais possibilidades de ascensão a um status social superior. (WOLKMER, 2005, p. 98)

O perfil dos bacharéis de direito poderia ser percebido mediante alguns traços particulares e inconfundíveis:

- uso incontinente do palavreado pomposo, sofisticado e ritualístico;
- cultivo da erudição linguística;
- tradição pontilhada pelo conhecimento ornamental.

Essas características apareciam facilmente na vida profissional do bacharel, e serviam também como um diferencial, indicador do status social que o título lhe concedia.

Em relação ao tipo de ensino jurídico, percebe-se que o liberalismo foi a grande bandeira ideológica ensinada e difundida no interior das academias jurídicas. A harmonização do bacharelismo com o liberalismo reforçava o interesse pela ordem legal constituída (Estado de Direito), e pela defesa dos direitos individuais dos sujeitos habilitados à cidadania, sem prejuízo do direito à propriedade privada. O bacharel assimilou e viveu um discurso sócio-político que gravitava em torno de projeções liberais, desvinculadas de práticas democráticas e solidárias. Privilegiaram-se o fraseado, os procedimentos e a representação de interesses em

detrimento da efetividade social, da participação e da experiência concreta. Ao mesmo tempo, o caráter não-democrático das instituições brasileiras inviabilizava, também, a existência de um liberalismo autenticamente popular nos operadores do direito.

Para finalizar a análise da formação do direito brasileiro, faz-se mister mencionar a primeira Constituição do País, a Constituição Imperial, que é um produto híbrido e traz em si, ocultas ou declaradas, as contradições da época que representa. Ela foi um marco histórico importante, no sentido de que resumiu em si correntes de pensamento antagônicas e cristalizou experiências importantes da época colonial, ao mesmo tempo modernizando e perpetuando o arcaico.

Dessa forma, ela instituiu um governo unitário com monarquia constitucional hereditária harmonizando o absolutismo experimentado como colônia com o constitucionalismo liberal, que era a ideia de vanguarda da época. Instituiu quatro poderes, os tradicionais (executivo, legislativo e judiciário) e o poder moderador, a ser exercido pelo imperador. O sistema eleitoral era representativo, mas indireto. O bicameralismo ostentava um Senado Vitalício e escolhido pelo imperador, sendo a Câmara dos Deputados eleita de forma democrática, por meio da representação indireta. Entre os direitos e garantias individuais assegurados encontravam-se a liberdade de ir e vir, a liberdade de expressão, o culto religioso, a segurança individual, a propriedade, e o direito a educação a todos os cidadãos. Para fazer contraponto a essas ideias avançadas para a época (e para o país), a liberdade de ir e vir era obstruída pela escravidão, em relação a qual não há sequer uma palavra no texto constitucional. Na Constituição, a liberdade de culto religioso era garantida, desde que se respeitasse à religião oficial do império (que era a católica) e que os templos de culto não tivessem sinais exteriores que os identificassem.

Não obstante a isso, Francisco Iglésias diz que a Constituição de 1824 é “um documento inteligente, evidência do alto preparo de seus autores. Expressa o mais avançado na matéria, a ideologia liberal de então” [...] “e que essa é a consciência possível no princípio dos oitocentos (sic)” (1986, p. 20 e 21).

Para conseguir entender tantas contradições é necessário recorrer a Wolkmer, que considera o liberalismo aplicado no Brasil um liberalismo “abrasileirado, caboclo” adaptado para ajustar-se ao escravismo e legitimá-lo. Nas palavras dele próprio:

[...] o liberalismo representava instrumento de luta visando à eliminação dos vínculos coloniais. Tais grupos, objetivando manter intactos seus interesses e relações de dominação interna, não chegaram a 'reformular a estrutura de produção nem a estrutura da sociedade. Por isso a escravidão seria mantida, assim como a economia de exportação'. (2005, p. 76)

Percebe-se assim que o país após a independência, tentava se equilibrar entre o absolutismo e o constitucionalismo. Aquele, legitimando as estruturas sociais vindas da colônia, principalmente o escravismo e o modo de produção agrícola por ele sustentado; e este tentando implantar o liberalismo, que em sua esfera política poderia dar um tom de falsa modernização ao país, ao mesmo tempo em que sua parte econômica poderia maximizar os ganhos provenientes do sistema de exploração agrícola centrado no binômio escravismo – latifúndio.

1.2 GÊNESE DA EXCLUSÃO SOCIAL

Quando se trata de exclusão social, necessariamente deve-se tratar de sua gênese, ou seja, do próprio regime capitalista. O capitalismo enquanto matriz econômica produz, de um lado, a acumulação de capitais, de outro o aumento da exploração da mão – de - obra e o aprofundamento das desigualdades sociais.

O capitalismo surgiu com a ascensão da burguesia. Etimologicamente, burguês significa habitante do burgo. Burgos eram cidades que, na Idade Média eram livres, não pertenciam a nenhum feudo ou senhor feudal. Os burgos, enquanto área urbana, não podiam desenvolver a agricultura, principal fonte da economia medieval. Dessa forma, especializam-se no que se chamaria hoje de comércio e prestação de serviços, ou seja, no comércio e no artesanato que deu origem as primeiras manufaturas.

Do acúmulo de dinheiro (capital) proveniente do comércio e dessas manufaturas é que os habitantes dos burgos enriqueceram, transpondo, em termos econômicos, a nobreza feudal. Nesse período, segundo Coudre "a burguesia tinha um caráter revolucionário e era força construtiva de uma estrutura que inclui o desenvolvimento das cidades e, depois, das nações." (1991, p. 12)

Essa primeira etapa do capitalismo é chamada de mercantilista ou manufatureira e é considerada por alguns teóricos uma fase de transição do feudalismo para o capitalismo.

A segunda etapa do capitalismo é conhecida como a etapa liberal, e é situada historicamente e principalmente a partir da Revolução Francesa. É nessa etapa que as principais características do capitalismo afloram: acumulação de capital, exploração do trabalho assalariado e a conseqüente exclusão social. Segundo Couvre:

Com a etapa liberal, temos construída a forma capitalista de produzir e viver. E, por conseqüência, o mecanismo de acumulação não cessa. O aumento da organização operária, com os trabalhadores tentando refrear o alto nível de exploração (lutando pelas próprias vidas), leva à reação do capital, primeiro com a maquinaria e, já na etapa monopolista, com a tecnologia, instrumento para favorecer o capital em dois níveis: no horizontal, na relação entre frações do capital, e no vertical, na forma de o capital lidar com os trabalhadores. [...] Assim, na etapa monopolista, o Estado surge como uma espécie de empresa maior para reger as lutas de classes, horizontal e vertical. Ele atua entre as empresas, favorecendo o processo de concentração, mas sem anarquizar a organização capitalista a ponto de destruir-se pela falta de regras. (1991, p. 46).

Após o advento das duas grandes guerras, e do impulso produtivo que se seguiu, surge a ideia do Estado do Bem-Estar (Welfare State), como proposta socializante, porque estaria no meio - termo entre o capitalismo liberal e o socialismo, conservando assim a igualdade de oportunidades, tão cara ao capitalismo e a preocupação com a distribuição e com a justiça social, ideais do socialismo. Segundo Young:

Os “anos dourados” na Europa e na América do Norte de pós-guerra foram um mundo de plenos emprego e afluência regularmente crescente. Testemunharam a incorporação gradual da classe trabalhadora pelo menos nas pompas da plena cidadania, a entrada mais plena das mulheres na vida pública e no mercado de trabalho, a tentativa nos EUA de criar uma igualdade para os afro-americanos. Trata-se de uma era de inclusão, de afluências e de conformidade. (2002, p. 11 a 89)

Entretanto, esse ideal de inclusão e cidadania plena não resistiu muito tempo. Com a crise do petróleo dos anos setenta, e queda nos índices econômicos mundiais, o capital toma um novo rumo, priorizando a manutenção do lucro, como sempre fez, mas dessa vez em detrimento daquela ideia inclusiva do pós-guerra.

A essa nova etapa de mundialização do capital, ficou conhecida com o nome de globalização. Essa fase é apresentada como um processo homogêneo e homogeneizador, como se fosse um processo civilizatório, escondendo suas raízes sócio-históricas e passando a falsa ideia que ela é o futuro, como se fosse um

processo natural do desenvolvimento humano, e não resultado de escolhas sócio-econômicas do capital, e que todos (inclusive os governos) devem se submeter. Segundo Alves, ocorreu que:

Desde os anos 1940 as crenças neoliberais existiam no cenário intelectual do establishment, só que, naquela época de expansão capitalista, o arcabouço ideológico de reprodução orgânica do capital era totalmente outro. [...] Foi preciso a crise capitalista de 1970, colocando novas exigências para a reprodução orgânica do capital, e a derrota política (e sindical) do bloco social-democrata para que o ideário neoliberal surgisse como a ideologia orgânica do sistema do capital. (2001, p. 40)

Assim, é por isso que contemporaneamente, assiste-se ao desmonte do Estado de Bem-Estar Social, numa nova etapa do capitalismo, conhecida como capitalismo financeiro, com características bem-definidas de exacerbação da volatilidade do capital, novas formas de exploração do trabalho, e desmantelamento do sistema jurídico vigente, principalmente em relação às normas garantistas relacionadas aos direitos humanos.

Entretanto, em países como o Brasil, tudo é muito diferente, pois não experimentamos o processo evolutivo de passagem do feudalismo para o capitalismo, uma vez que o Brasil já nasceu, enquanto entidade juridicamente organizada, no período de transição para o capitalismo, fruto da expansão do capitalismo originário, sob o estigma da exploração e da subalternização, com sérias consequências para sua população. Assim, a história do Brasil, como de outros países congêneres é a de povo explorado, devido a sua posição subalterna no processo capitalista. O que muda em nosso processo histórico é quem nos explora e como: Portugal, Inglaterra, os EUA ou as grandes transnacionais, como hoje. Nas palavras de Couvre:

A situação de países como o Brasil sempre foi caudatária do processo desenvolvido no núcleo de capitalismo originário. Depois de ser colônia de Portugal, o Brasil foi "colônia" da Inglaterra. Éramos uma economia agrária exportadora de matérias-primas imprescindíveis para o processo industrial inglês. (1991, p. 56).

Assim, ressalta-se o fato de que, o Brasil, embora periférico, exercia não só um papel fundamental dentro do sistema capitalista, mas um papel muito bem definido, com limites claros de atuação, e com consequências bem previsíveis.

A teoria marxista ensina que o sistema capitalista se desenvolve por meio da acumulação de capital e que a reprodução do sistema exige a busca

permanente de mais-valia e lucro. Por isso as relações de exploração foram caracterizadas como o principal fator explicativo da origem do valor e também como a mola propulsora da crescente desigualdade e exclusão.

O processo de acumulação, concentração, centralização e internacionalização do capital, que se constitui na própria essência do sistema capitalista, leva a uma crescente polarização. Formam-se dois extremos: pólos de riqueza, concentrados em poucas mãos e, ao mesmo tempo, imensos pólos de pobreza. Os contrastes sociais são cada vez maiores: de um lado emergem enormes contingentes de desamparados, sem moradia e condições mínimas de sobrevivência e, de outro, os guetos da opulência e o luxo supérfluo dos condomínios fechados e mansões.

Esta dinâmica não se manifesta somente entre países, ela também ocorre no interior de um mesmo país, determinando profundas desigualdades entre classes sociais e regiões. Assim:

As relações de exploração se constituem no fator explicativo fundamental das desigualdades de classe e, para compreender a origem da assimetria entre países pobres e países ricos, países centrais e periféricos, devem-se analisar os interesses de classe que se estabelecem em nível internacional e local. É importante compreender que a exclusão é produto de relações de classe e não de nações, já que contrapô-las abstratamente, sem analisar os diversos interesses de classe em jogo no seu interior, é uma representação abstrata e caótica do fenômeno. A burguesia internacionalizada dos diversos países estabelece alianças que possibilitam a reprodução da dominação, enquanto os marginalizados do sistema, que existem tanto nos países centrais quanto nos periféricos, enfrentam graves problemas decorrentes da sua crescente exclusão. (SANTOS, 2001, p. 05)

Modernamente, tem-se revisto alguns aspectos da exclusão social. Isso porque quando se fala em exclusão, pensa-se imediatamente na privação de algo, ou, em termos sociais, um grupo sem acesso a algum bem socialmente produzido. Por exemplo, uma parcela da população sem acesso à escola de qualidade ou a bons atendimentos de saúde, ou ao emprego formal e suas leis protetoras, ou à segurança pública etc. Ou seja, um grupo social excluído da possibilidade de desfrutar de algum direito social básico. Se for considerado que não ter acesso a alguns desses direitos significa também não ter voz ativa nos caminhos seguidos pelo conjunto da sociedade, fica claro que esse grupo social encontra-se apartado de momentos significativos da vida social, isto é, está excluído.

Exclusão social pode ser entendida como a impossibilidade de acesso a alguns direitos sociais básicos que, em decorrência, leva os grupos nessa

situação à condição de sub-cidadãos: sem direitos, sem consumo e sem ferramentas para superar essa condição.

Por outro lado o esforço para definir o que é exclusão social, termo que, em geral, é utilizado de forma indiscriminada e aberta a múltiplas interpretações, faz-se necessário para uma maior clareza da sua extensão e a sua importância no contexto atual.

O termo exclusão pode levar ao raciocínio do “estar fora”, assim como o termo inclusão, o antônimo de exclusão, a ideia de “estar dentro”. Essa visão dualista, simplificada do termo exclusão, todavia, é muito mais complexa. Assim:

O Capitalismo, na verdade desenraiza e brutaliza a todos, exclui a todos. Na sociedade capitalista essa é a regra estruturante.: todos nós, em vários momentos de nossa vida, e de diferentes modos, dolorosos ou não, fomos desenraizados e excluídos. É próprio dessa lógica de exclusão, a inclusão. A sociedade capitalista desenraiza, exclui, para incluir, incluir de outro modo, segundo suas próprias regras, segundo sua própria lógica. (MARTINS, 1997, p.32)

Ninguém está totalmente fora ou totalmente dentro de um determinado contexto, são múltiplas as possibilidades; a própria relação dialética, defendida por alguns autores⁷, que veem na exclusão uma forma de inclusão e vice-versa. A tentativa de isolar alguma forma de exclusão é, com efeito, uma maneira de buscar o entendimento de determinadas situações, mas ao mesmo tempo, limita-se a possibilidade de uma compreensão dinâmica do que é ou não é exclusão.

Outro fator a ser considerado é o processo dinâmico entre exclusão e inclusão, argumentando que um indivíduo pode estar excluído em algumas categorias e incluído em outras. Por exemplo: um indivíduo pode estar excluído do mercado formal de trabalho, mas estar incluído no mercado informal; ou ainda, se um jovem começa a trabalhar cedo demais, pode estar excluído da escola, mas provavelmente incluído em algum tipo de trabalho remunerado, mesmo que não seja entre as melhores vagas no mercado.

Há dificuldade em saber, com exatidão, o que é exclusão social. Convém, porém, considerar a reflexão que pondera que o importante não é ‘contar’ os excluídos, mas sim permitir a eles o conhecimento das trajetórias que conduzem às situações de exclusão, que resultam sempre de um processo particular. Além disso, permitir-lhes a possibilidade de serem sujeitos dessas trajetórias, em vez de

⁷ cf principalmente com (MARTINS, 1997), (OLIVEIRA, 1997), (OLIVEIRA, 1998), (CASTEL, 1997)

meros números em uma estatística. Se as pessoas tiveram caminhos diferentes para chegar ao estado de exclusão social, é natural que tenham perspectivas distintas para saírem dessa condição.

A associação entre pobreza e exclusão social, ainda que pertinente, pode induzir a uma conclusão precipitada de que é uma relação única, exclusiva e inquestionável. Que a pobreza e as condições precárias de vida acentuam os problemas sociais, não há dúvida, isso não quer dizer, contudo, que a exclusão social se limita a isso. Com as transformações do mercado e a precarização nos empregos formais, por exemplo, boa parte das pessoas que não são pobres está excluída das oportunidades de emprego disponíveis. Há outros exemplos: pessoas que perderam as suas famílias, ou seja, excluídas da convivência familiar; imigrantes que não falam a língua local e não conseguem se estabelecer na comunidade; pessoas que têm renda, mas que são excluídas do consumo de produtos e serviços de luxo, entre outros.

A exclusão social não se restringe à questão da igualdade de renda, trabalho, direitos e deveres, mas também do respeito às diferenças no modo de vida, na cultura de um povo, diversidade política e religiosa, etc.

É necessário considerar também a nova dinâmica da reorganização industrial, a reordenação dos espaços econômicos e dos novos padrões técnicos, gerenciais e organizacionais do capitalismo globalizado, é a fragmentação da produção.

Isto é particularmente importante porque, se levarmos em consideração as novas situações de exclusão/inclusão social no âmbito da nova divisão internacional do trabalho, o acirramento da competição levou empresas e conglomerados a procurar extrair todas as vantagens possíveis da localização de suas unidades fabris, em termos de custo de mão-de-obra, preço de matérias-primas e incentivos fiscais.

Graças à substituição das enormes, rígidas e altamente especializadas plantas industriais de caráter fordista-taylorista por plantas mais leves, enxutas, multifuncionais e capazes de propiciar linhas produtivas mais diversificadas e a oferta de bens diferenciados, alterou-se uma situação sócio-laboral já pré-definida e influenciou-se severamente nas percepções de inclusão/exclusão dos grupos sociais envolvidos.

Essa facilidade de transferir suas plantas industriais dá às empresas

e aos conglomerados um extraordinário poder para barganhar o lugar de sua instalação com os distintos setores e instâncias dos poderes públicos de qualquer Estado. Em troca de seus investimentos diretos, que são geradores de empregos e permitem a elevação do nível de atividade econômica, elas exigem isenções tributárias, empréstimos com juros subsidiados, infra-estrutura a custo zero e adaptação das legislações social, trabalhista, previdenciária, ambiental e urbanística às suas necessidades e interesses.

Levando-se em consideração que essa busca por vantagens comparativas é incessante e depende de concessões contínuas, as disputas para atrair e reter investimentos diretos muitas vezes acabam ganhando contornos verdadeiramente selvagens e predatórios, principalmente em termos de renúncia, por governos locais, estaduais e nacionais, de parte de sua autonomia decisória e de sua soberania fiscal.

Os governos (e, conseqüentemente, a Administração Pública) começam a perder a capacidade de esgotar os recursos tributários da economia interna, de estimular ou promover o crescimento e de assegurar as bases fundamentais de sua legitimação, o que enfraquece extraordinariamente alguns dos princípios básicos da soberania (como os da supremacia, da indivisibilidade e da unidade do Estado-nação), o direito positivo e as instituições judiciais passam a enfrentar enormes limitações estruturais.

Como a Administração Pública foi concebida para atuar dentro de limites territoriais precisos, com base nos instrumentos de coação monopolizados pelo Estado, seu alcance tende a diminuir na mesma proporção em que as barreiras geográficas vão sendo superadas, tanto pela expansão das tecnologias de informação e produção, quanto pela justaposição e intercruzamento de novos centros de poder (com o risco de rompimento dos vínculos tradicionais de cidadania)⁸. E quanto maior é a velocidade desse processo, mais o direito positivo e os tribunais tendem a ser atravessados no seu papel garantidor de controle da legalidade por justiças e normatividades paralelas.

⁸ Cidadania está aqui num sentido mais amplo do que o de titular de direito políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento dos indivíduos como pessoas integradas na sociedade estatal (art. LXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular (SILVA, 2000, p. 141 e 142).

2 A RELAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS, DIREITOS E DIGNIDADE

2.1 NOÇÃO DE PRINCÍPIOS

A palavra princípio deriva do latim *principium* (origem, começo) e em sentido vulgar quer exprimir o começo da vida ou o primeiro instante em que as pessoas ou as coisas começaram a existir. Em sua acepção mais ampla é indicativo do começo ou origem de qualquer coisa. Especificamente em sentido jurídico, e notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce. Juridicamente, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido. (SILVA, 1989, p.433.)

Segundo Nunes:

Os princípios situam-se no ponto mais alto de qualquer sistema jurídico, de forma genérica e abstrata [...] estão fincados na experiência histórica da humanidade e na sua evolução científico filosófica. (2002, p. 20 a 24, passim).

Considerados a base do ordenamento jurídico e de fundamental importância para a interpretação da Constituição Federal, os princípios foram conceituados por Miguel Reale:

Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam *princípios* certas disposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus *pressupostos* necessários. (2000, p. 60)

Ainda, princípios são definidos por José Cretella Júnior, da seguinte forma:

Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, nesse sentido, são os alicerces da ciência. (1989, p. 886)

Logo, o princípio é considerado alicerce do sistema jurídico, pois se trata de norma jurídica que possui força normativa elevada, superior. Pela lição de Paulo Bonavides (2000, p. 259), os princípios estão em posição superior e

hegemônica na pirâmide normativa, devem ser compreendidos, equiparados e confundidos com os valores, são “a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder”.

É sabido que o ordenamento jurídico é formado por normas jurídicas, sendo estas compostas de regras e princípios, conforme escólio de Matheus Bertoncini:

[...] as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições’. Sobre esse tema, entre nós, Paulo Bonavides, apoiando-se na melhor doutrina, ensina que “os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras, [...] sendo parte jurídica dogmática do sistema de normas”. (2002, p. 51)

Ainda, tem-se como baluarte, novamente a posição de Paulo Bonavides (2000, p. 260), ao afirmar que os princípios governam a ordem jurídica, a Constituição. Enquanto as regras vigem, os princípios têm validade e seu valor é expresso em graus distintos, não representando somente a lei, “mas o Direito em toda sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência”.

Assim, os princípios não são apenas proposições jurídicas, e sim elementos formadores do próprio ordenamento jurídico, dotados de natureza abstrata, com escopo, portanto, de maior abrangência e eficácia.

Por se tratarem de substâncias nucleares de um sistema, sua violação conduz à quebra de uma estrutura e à invalidade de qualquer ato. A esse respeito, é o dizer muito difundido de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (2000, p. 748)

Já Dias considera que:

estas noções de princípio eliminam toda a sua objetividade, atribuindo-lhe uma generalidade excessiva, que impede a sua adoção como mandamento para a prática de qualquer ato, restringindo a sua utilização como possível fundamento para o estabelecimento de regras de conduta firmadas pelo direito positivo, para a eliminação de eventual lacuna existente no ordenamento jurídico, ou mesmo como fundamento para a interpretação teleológica de regras estabelecidas. (2008, p. 30)

Conforme Tércio Sampaio Ferraz Junior; pelo viés da moderna

teoria constitucional e considerando o sistema normativo pátrio; a norma jurídica deve ser entendida como proposição vinculativa institucionalizada, que estatui uma hipótese a qual imputa uma consequência jurídica e que funciona como um critério de decidibilidade (FERRAZ JÚNIOR, 1994 p. 123).

De forma geral, pode-se definir norma como:

o objeto de um enunciado que ordena, proíbe, permite ou autoriza uma conduta direta ou indiretamente, caso em que, para uma conduta, será estabelecido um resultado jurídico. (DIAS, 2008, p. 30 e 31).

Assim, constitui-se a norma jurídica, gênero em relação às espécies dos princípios e das regras. Ao passo que as regras se apresentam sob a forma tradicionalmente atribuída às demais normas de Direito, isto é, contêm a descrição de uma hipótese fática e a sua qualificação prescritiva, que pode ser amparada ou não por uma sanção; os princípios, ao contrário, não se dirigem a uma hipótese específica da qual decorre certa consequência jurídica. (ALEXY, 2008, p. 96).

Nesse diapasão, a aplicação principiológica está, indissociavelmente, ligada ao contexto fático social, o que não exclui a possibilidade de sobreposição ou de conflito entre princípios.

Partindo da premissa de que em algumas colisões de princípios todos eles podem, num primeiro momento, ser aplicados ao caso concreto, precisa-se verificar em quais condições um dos princípios terá precedência sobre os demais. Como explica Jefferson Dias:

Deveremos analisar quais os princípios colidentes aplicáveis ao caso concreto e verificar qual deles deve prevalecer por meio de uma ponderação, utilizando uma relação de precedência condicionada, na qual deverá ser avaliado qual o peso que cada princípio possui no caso específico (2008, p. 42).

Conforme explica Jefferson Dias:

tal qual o encontro das águas de dois rios de colorações diversas, em que ora prevalece a coloração de um e ora prevalece a coloração do outro de acordo com as condições climáticas, como a precipitação pluviométrica enfrentada por eles no seu curso, também os princípios cedem mutuamente e são aplicados gradualmente, ora prevalecendo um, ora o outro de acordo com as condições do caso concreto, mas sempre sobrevivendo e sendo aplicados os princípios colidentes (2008, p. 43 / 44).

Importante destacar, que em todos os casos a constrição de um dos princípios deverá corresponder à maior aplicação do outro, ou seja, ao limitar a

aplicação de um princípio, restringido o seu conteúdo, deve-se, pelo menos na mesma proporção, ampliar o conteúdo do princípio preponderante para aquele caso.

Para a realização desta ponderação é muito importante a análise dos valores que cada um dos princípios visa preservar no caso concreto. Feitas estas ponderações, pode-se concluir qual princípio deverá prevalecer sobre o outro diante de certas circunstâncias e, a partir desta solução, adotar uma regra para a solução dos casos futuros de colisão de princípios, que poderá ser aplicada quando se repetirem as mesmas condições (JEFFERSON DIAS, 2008, p. 44).

Contudo, é evidente que mesmo a adoção de regras de precedência condicionada e a associação dos princípios aos valores a serem preservados podem levar à obtenção de soluções irracionais ou, ao menos, indevidas. Uma forma de minimizar a possibilidade de desvios na aplicação da ponderação é associá-la a um modelo de fundamentação racional da decisão adotada.

Neste processo de fundamentação devem ser utilizados não só os argumentos dogmáticos, prejudiciais, práticos e empíricos em geral, como também, argumentos especificamente jurídicos.

A ponderação que, em tese, poderia ser realizada intuitivamente, com a exigência de fundamentação impõe uma operação racional que demonstre os motivos que levaram à adoção de determinada solução.

Como se sabe, a Carta Magna brasileira é, eminentemente, composta por princípios, os quais, tendo em vista suas duas grandes características (o alto grau de abstração e sua carga axiológica) possibilitam que a Constituição tenha um conteúdo material na ordem objetiva dos valores sociais de consenso e possa ser chamada a resolver conflitos em várias esferas jurídicas (BONAVIDES, 2001, p. 261).

Assevera José Afonso da Silva, que a concepção jurídica material de Constituição deve ser captada a partir do aspecto normativo em conexão com a realidade social, a qual, por sua vez, lhe fornece o conteúdo fático e o sentido axiológico. (2001, p. 39).

Por outro lado, a existência de regras e princípios é que permite a compreensão da Constituição como um sistema aberto, dinâmico, suscetível de uma constante mutação de acordo com as contingências da realidade e os valores emergentes em cada época. (BASTOS, 2002, p. 53, 56-57).

Conclui-se, desse modo, que dotados de uma função de gênese

normativa e de organização do sistema, os princípios tornam-se fundamento das regras, irradiando seu fundamento axiológico por todo o sistema jurídico, conferindo-lhe coerência e unidade. Além disso, lembra Canotilho (2000, p. 1127) que os princípios presentes na Constituição pressupõem uma operacionalização prática por meio de processos jurisdicionais, procedimentos legislativos e administrativos e iniciativas dos cidadãos.

No âmbito da filosofia política contemporânea, as democracias modernas podem ser descritas pela coexistência de distintas concepções individuais acerca do bem (CITTADINO, 2004. p. 3).

Desta feita, há que se considerar que, sob os auspícios da Constituição Federal de 1988, os princípios representam as citadas concepções, com limitações dos direitos de alguns e concessão de benesses a outros.

Os filósofos gregos já afirmavam que os bens possuem uma procedência social, ou seja, embora apropriados pessoalmente, fazem parte de um processo interativo, que mais tarde Max Weber veio a chamar de ação social – ou seja, a produção de fenômenos sociais que têm a sua significação baseada na existência do outro.

Para o filósofo grego Aristóteles, a justiça era a lei, o que implica dizer que a falta da lei gera injustiça. Para este pensador, a lei deveria ser aplicada a todos os homens, independentemente da sua virtude ou maldade. Atos indevidos deveriam ser condenados e atos dignos prescritos e, para isso, as leis deveriam ser bem estudadas. *In verbis*:

Considera-se como injusto aquele que viola a lei, aquele que toma mais do que lhe é devido, como também aquele que viola a igualdade (tomando, no que respeita às coisas más, menos do que sua parte), de sorte que evidentemente o homem justo (a contrário) é, portanto, o que observa a lei e respeita a igualdade. O justo é, portanto, o que é conforme à lei e respeita a igualdade, e o injusto o que é contrário à lei e falta à igualdade. (1973, p. 213)

De acordo com Miguel Reale, grande influência na construção dos regramentos jurídicos advém do pensamento de Santo Tomás de Aquino; para quem a defesa da posse dos bens materiais está colada ao exercício da garantia da manutenção, sem, contudo desprezar o aspecto social que esteja contido nos bens oriundos da ação da natureza. De certa forma advém do tomismo a ideia de bem comum, mais tarde revigorada pelas teorias do Estado moderno (REALE, 2001. p.

11-12).

Costalonga Junior (2006, p. 17) explica que, na Antigüidade, “reinava grande desigualdade e a maioria esmagadora de cidadãos padecia na miséria, enquanto uma ínfima minoria desfrutava da riqueza”. Após o grande desenvolvimento do comércio e algumas guerras, surge em Esparta a figura legendária de Licurgo, sequioso de suprimir todos os males decorrentes dessa desigualdade, ele persuadiu os proprietários de terras a entregarem seus bens à coletividade, para que todos pudessem viver em pé de igualdade. Assim, as terras foram divididas e repartidas entre os habitantes de Esparta.

Observe-se o germe não só da reforma agrária, mas da supremacia da dignidade do homem que vive em sociedade; o que, de forma indireta, leva à conclusão que no contexto da Constituição vigente, o princípio da inclusão social decorre do princípio da dignidade o qual, por sua vez, visa garantir a tão almejada igualdade.

O conflito acaba por tornar-se a mola propulsora da mudança ou, ao menos, o prisma para se ver a realidade sob outras cores. Tal assertiva é facilmente verificável com uma breve retomada da evolução histórica pela qual a humanidade vem passando. Note-se que, por exemplo, a Idade Média, fortemente marcada por conflitos, possuía uma imensa massa de excluídos sem chances de progresso, relegados à pobreza extrema e à marginalidade.

Nessa época começaram a surgir algumas obras com a intenção de tratar de problemas sociais, entre eles a questão da propriedade. Dentre elas encontra-se a obra *Utopia* (1516), de Thomas More, onde o autor discorre sobre um novo sistema de justiça, em que o que realmente importa é o valor moral de cada indivíduo, e não as posses acumuladas. Qualquer noção de propriedade deveria ser destruída para a garantia da justiça e da paz social. (COSTALONGA JUNIOR, 2006, p. 19).

Destaque-se, novamente, o desejo de inclusão e de promoção da igualdade sem, contudo, negar-se aos cidadãos das classes mais privilegiadas, seu devido quinhão.

A Revolução Francesa, nesse sentido, foi marco fundamental para análise das ações do homem, complementada pela Declaração Francesa dos Direitos humanos, de 26 de agosto de 1789 e seguida do Código de Napoleão (1804)²⁴, começou a se vislumbrar mecanismos de proteção ao interesse público,

marcando assim o término de uma evolução jurídica. Completa o já citado Costalunga:

A propósito da Declaração Francesa dos Direitos humanos, esta pode ser considerada uma espécie de certidão de nascimento da modernidade. O valor histórico da Revolução Francesa (bem como o simbólico da Declaração dos Direitos humanos) serviu como referência para toda a humanidade, sobretudo no ocidente, durante três séculos. Seus valores eram os do Iluminismo, constituindo um paradigma racional, secular, democrático e universalista (2006, p. 20).

As concepções do século XIX estenderam seus ramos e encontraram o século XX, período tido pelos historiadores como produtivo em todas as atividades humanas, quando a preocupação social teve campo fértil para se desenvolver. “Aparecem com inteira luminosidade os elementos da construção jurídica nova, que como as outras não será definitiva. As transformações são gerais” e caminham em direção a uma concepção menos individualista e mais socialista (COSTALONGA, 2006, p.20)

O sistema jurídico no mundo atual assenta-se sobre a premissa de que o próprio Estado deve respeitar e proteger o cidadão, estando subordinado ao bem comum.

Importante se destacar, neste ponto, a Teoria da Justiça de Rawls, a qual tem como fulcro a tentativa de conciliar direitos iguais numa sociedade desigual, buscando harmonizar vontade/interesses díspares em sociedades desiguais. A Teoria da Justiça de John Rawls tem o mérito de ser a primeira grande teoria geral sobre a justiça, tendo provocado uma reorientação no pensamento filosófico americano, até então interessado em questões epistemológicas e linguísticas para os problemas ético-sociais, além de ter propiciado um novo tipo de igualitarismo teórico, não mais de oportunidades, mas de resultados.

Rawls considera que a atribuição de valores aos princípios pode ser realizada a partir de um exercício hipotético, no qual os homens são colocados em uma posição original que ele chama de coberta pelo “véu da ignorância”, pois é uma situação na qual desconhecem a sua real situação na sociedade, situação em que estão desinteressados e desprovidos de preconceitos. Além disso esses homens não sabem se essa situação inicial vai mudar, e se eles vão ter seu lugar original alterado (2000, p. 13).

Nesta situação original seriam convidados a estabelecer os

princípios que desejariam adotar como reguladores de suas vidas, sem saber em que medida seriam beneficiados ou prejudicados por eles, pois não saberiam se no futuro seriam mantidos ou não nessa posição original.

Segundo Rawls, nesta posição original, na qual existe "igualdade entre os seres humanos como pessoas éticas, como criaturas que têm uma concepção do seu próprio bem e que são capazes de ter um senso de justiça" (2000, p. 21), os homens tenderiam a adotar princípios de equidade, que permitissem o tratamento com igualdade de todos, e se afastariam de princípios que, a despeito de prometer vantagens superiores a uns poucos, exigissem uma perda duradora de muitos (JEFFERSON DIAS, 2008, p. 37).

Nestas circunstâncias, então, esses homens escolheriam dois princípios:

- 1) a igualdade na atribuição de deveres e direitos básicos; e
- 2) as desigualdades econômicas e sociais são justas apenas se resultam em benefícios compensatórios para cada um e, particularmente, para os membros menos favorecidos da sociedade (2000, p. 16)

A partir destes dois princípios, e admitindo a existência de uma pluralidade de princípios, Rawls sugere a elaboração de uma ordem serial ou léxica de prioridade entre os princípios, defendendo que o princípio da liberdade é superior ao que regula as desigualdades sociais e econômicas e, em seguida, a disposição dos demais princípios em uma ordem de precedência a partir dos valores que visam preservar (2000, p. 46 / 47).

Dos juízos de valor acima apresentados, o que mais interessa para a hierarquização dos princípios é o juízo de valor comparativo, pelo qual pode-se concluir que um princípio é melhor que outro e deve ser prestigiado. Esta hierarquização racional dos princípios baseada num processo argumentativo racional permite verificar se as outras relações sugeridas a partir da análise do texto constitucional são racionalmente justificáveis. (DIAS, 2008, p. 37 / 38)

Rawls observa que os princípios de justiça social têm um nítido caráter substancial, ao invés de meramente formal, e regulam a escolha de uma constituição política e devem ser aplicados às desigualdades sociais, consideradas inevitáveis na estrutura básica de qualquer sociedade.

No caso da Constituição de 1988, é possível concluir que o legislador constituinte foi racional, pois elencou no art. 1º princípios que são

manifestações do princípio da liberdade de igualdade defendida por John Rawls, dentre os quais se destaca o princípio da dignidade humana, e seguiu distribuindo sequencialmente pelo texto constitucional outros princípios de acordo com os valores que lhes foram atribuídos naquele momento, o que justifica a colocação dos direitos e garantias fundamentais logo no art. 5º do texto constitucional. (DIAS, 2008, p. 38).

Ora, seguindo a delimitação oferecida pelo preâmbulo da Constituição Federal, pode-se, indubitavelmente, perceber que existe a responsabilidade estatal em promover ações afirmativas a fim de minimizar e/ou, na medida do possível, eliminar as distorções causadas pela exclusão social.

2.2 DECLARAÇÕES DE DIREITOS

Não faz muito tempo⁹ que a sociedade conferiu a todo ser humano um rol mínimo de direitos, existindo, ainda, países nos quais a maioria dos direitos considerados inatos e indissociáveis do homem, ainda se constituem em quimera. Mesmo diante de tal realidade, há que se destacar o grande passo dado na direção da conquista dos direitos inerentes a todo ser humano inserido em comunidade (ou fora dela).

Os direitos humanos¹⁰ tiveram sua origem em um lento processo histórico de afirmação e de legitimação, ocorrido na Europa Ocidental desde meados do século XIX. Segundo Bobbio (2002, p. 05) os direitos humanos são direitos históricos porque são fruto de circunstâncias e conjunturas, não só da humanidade como um todo, mas específicas de cada um dos diversos Estados, sociedades e culturas.

São também reconhecidos como direitos humanos ou como direitos e garantias individuais, mas além do indivíduo ou do próprio ser humano, vinculam

⁹ “O artigo I da Declaração que ‘o bom povo da Virgínia’ tornou pública, em 16 de junho de 1776, constitui o registro de nascimento dos direitos humanos na História. É o reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmo.” (COMPARATO, 2006, p. 49).

¹⁰ Segundo Comparato, direitos fundamentais são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis e nos tratados internacionais. Já a expressão direitos humanos pode ser utilizada de duas formas, pode-se referir àqueles direitos ainda não declarados em textos normativos, como pode ser utilizada com sinônimo de direitos positivados, mas em escala internacional. (2006, p. 49 e 50). Utilizar-se-á aqui a expressão direitos humanos na sua forma mais abrangente possível, referindo aos direitos positivados ou não, dentro ou fora de um ordenamento jurídico específico.

não só o Estado, mas também o ordenamento jurídico como um todo. Encontram seu fundamento de validade como indispensáveis na preservação e manutenção da condição humana.

Escrevendo sobre os direitos humanos, Bobbio no seu “A era dos direitos”, destaca as relações entre democracia e paz, onde o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos devem ser priorizados no contexto coletivo em função do progresso histórico experimentado pelas organizações sociais. Para este doutrinador, tratar sobre fundamentos de um direito, faz-nos compreender em princípio em dois fatores: o primeiro com base no ordenamento jurídico positivo, se há uma norma válida que reconheça um direito e, posteriormente, convencer a população a aceitá-lo dentro da sociedade. (1992, p. 55)

Para Bobbio, o problema dos fundamentos dos direitos humanos, está ligado ao direito natural, pois os direitos humanos são direitos ansiáveis pelo povo e, portanto, é necessário buscar sua fundamentação. Essa fundamentação deveria ser absoluta, ou seja, aquela irresistível na esfera de nossas ideias. Para os jusnaturalistas certos direitos humanos eram ligados à natureza do homem; contudo, a busca por um fundamento absoluto (ou por uma fundamentação absoluta) é precária, posto que quando se fala em direitos humanos, percebe-se ser uma expressão muito vaga, uma vez que sua conceituação valerá de acordo com cada intérprete.

Os direitos humanos estão ligados a uma classe variável, de acordo com os fatores históricos-culturais. Ora, a sociedade sofre constantes transformações: técnicas, sociais, culturais, o que torna difícil dizer o que são e quais são os direitos humanos, pois o que era direito fundamental no século XVII, hoje talvez não seja, dadas as mudanças experimentadas pela sociedade.

Tomando as orientações de Bobbio como norte, conclui-se que a classe dos direitos humanos é heterogênea, devendo falar-se em fundamentos e não em fundamento. Isto posto, percebe-se não há fundamento absoluto para um determinado rol de direitos.

Por fim, surge para Bobbio (1992, p. 57) a questão se um fundamento absoluto, dotado de sucesso realiza os direitos humanos; quais valores últimos devem ser perseguidos, não bastando meras demonstrações de teoremas, mas também a racionalidade como um valor, é condição suficiente para sua realização.

A humanidade encontra-se em luta constante pela conquista dos direitos mais básicos para manutenção da vida em sociedade, entre eles, destaca-se, sobretudo recentemente, a dignidade da pessoa humana, tida por alguns como princípios e por outros, como valor-fonte. Não obstante a nomenclatura atribuída, a importância da garantia da dignidade da pessoa humana merece destaque e estudos científicos que visem sua efetivação.

Em diversos países do mundo e, inclusive no Brasil, a dignidade da pessoa humana tem assumido importante papel, sendo vista como um anseio coletivo que defende a vida em plenitude, e a vida digna.

Garantir a dignidade é, sobretudo, tarefa estatal; mas não deixa de ser responsabilidade de todos que convivem nesta sociedade. Tal perspectiva pode ser vislumbrada nas diversas declarações de direitos escritas ao longo da história, pois viver com dignidade exige mais que a concessão de direitos, mas, antes, no estabelecimento de condições para efetivação desses direitos.

Já na Antiguidade, e durante toda a Idade Média, parte do contingente social buscava conquistar uma melhor qualidade de vida; seja lutando contra tiranos nas cidades gregas ou contra senhores feudais e reis despóticos, o homem comum queria, de alguma forma, conquistar a liberdade.

Essa luta, muitas vezes inglória, não se mostrou infrutífera, pois culminou, na idade moderna, com as declarações de direitos conhecidas (STEINER, 2000, p. 25).

Para Ronaldo Rebello de Britto Poletti (2007, p. 09) é inegável a repercussão desses documentos, e das situações fáticas por eles gerada para toda a sociedade. De acordo com Celso Bastos (1997, p. 166) “é importante analisar a formação histórica dessas liberdades”. O advento do Cristianismo transformou profundamente a visão de homem e de sociedade. Partindo da noção de criatura feita à imagem e semelhança do criador, só pode o ser humano ser visto como alguém digno de respeito e consideração, bem como, ente dotado de direitos, deveres e liberdades.

Bastos entende que um dos grandes marcos documentais para a garantia do direito à liberdade física, está na *Magna Carta Libertatum*, assinada pelo rei inglês João Sem Terra em 1215.

Outro documento de fundamental importância, segundo o autor, foi a Carta do Estado da Virgínia, advinda com a independência das colônias inglesas

na América do Norte, quase no final do século XVIII. Esta carta prega a liberdade de todos os homens, buscando garantir-se o gozo da vida, bem como os meios de adquirir a propriedade, até então, garantidas apenas à nobreza e ao clero. Passa o homem a ter direito de ter direitos.

Igualmente célebre é a Declaração Francesa dos Direitos humanos e do Cidadão de 1789; pois, diferentemente das duas anteriormente citadas, guarda um caráter de universalidade com bases teóricas e racionais, sem prender-se apenas a circunstâncias históricas regionais. No entendimento de Celso Bastos, é esta declaração, “válida para toda a humanidade” (1997, p. 167).

A evolução dos direitos e garantias gerou, ainda, o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, da OEA que, desde 1948 tem recebido atenção dos países americanos e influenciando órgãos internacionais na luta pelos direitos humanos. Patrícia Galvão Ferreira explica que, embora o Brasil faça parte dos países envolvidos nesta luta, ainda é lenta a evolução dos sistemas de proteção, pois se vislumbram muitas agressões aos direitos humanos (2003, p. 281).

Da breve exposição, pode-se afirmar que a proteção aos direitos humanos tem raízes históricas, envolvendo particulares e o poder estatal, significando um novo modo de ver o homem que vive em sociedade.

Os direitos humanos têm tanto seu lado material, substancial, como seu lado formal, processual. Em seu lado material, está a essência do conceito, aquela que vai obrigar o ordenamento jurídico a seguir determinada orientação. Já em relação a sua dimensão processual, está a forma, ou seja, como que aquela orientação determinada anteriormente deverá ser seguida, como deverá ser implementada. Assim, os direitos humanos garantem o processo inerente a qualquer atividade estatal como sendo o modo normal de agir do Estado.

As duas linhas mestras de formação dos direitos humanos são o liberalismo inglês e o republicanismo francês. Segundo o liberalismo, os homens são por natureza livres e têm certos direitos inatos, que, mesmo quando eles se associam para instituir o Estado não podem, de nenhuma forma, ver-se privados deles. O exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Os direitos humanos são as bases do Estado e uma sociedade em que falte a sua garantia não tem Constituição. Dessa forma percebe-se a ligação do surgimento dos

direitos humanos com a teoria liberal. É a predominância da liberdade, da segurança e da propriedade, complementadas pela resistência à opressão. Já a matriz republicana aparece em oposição aos direitos de liberdade, nos séculos XIX e XX. E surgem por meio das reivindicações feitas por trabalhadores e sindicatos, grupos que se auto-instituem e que trazem dentro de si o ideal de comunidade política. É dessa forma que nascem os direitos econômicos e sociais.

Assim, após a Primeira Guerra Mundial, nenhuma Constituição deixa de os outorgar, como a Constituição Mexicana de 1917, a de Weimar de 1919 e a Constituição Brasileira de 1934, por exemplo. Na evolução dos direitos humanos surgem-se três ou quatro dimensões¹¹, dependendo da análise doutrinária feita. A primeira dimensão, os direitos da liberdade; a segunda dimensão, os direitos econômicos, sociais e institucionais; a terceira dimensão os direitos ao meio-ambiente, aos recursos naturais e ao desenvolvimento. Entretanto, Paulo Bonavides identifica uma quarta dimensão de direitos, que seriam o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Deles dependeria a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se em todas as relações de convivência.

11 Usar-se-á aqui o termo dimensões dos direitos humanos, uma vez que, segundo Cançado Trindade (1991), quem formulou a tese das gerações de direito foi o Karel Vasak, em conferência ministrada em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo, onde pela primeira vez, ele falou em gerações de direitos, inspirado na bandeira francesa: *liberté, égalité, fraternité*. A primeira geração, *liberté*: os direitos de liberdade e os direitos individuais. A segunda geração, *égalité*: os direitos de igualdade e econômico-sociais. A terceira geração diz respeito a *solidarité*: os direitos de solidariedade. Não concordo com a tese que ele apresentou pela primeira vez em 1979, e que Norberto Bobbio copiou. Isso porque essa tese das gerações de direitos não tem nenhum fundamento jurídico, nem na realidade. Essa teoria é fragmentadora e toma os direitos de maneira absolutamente dividida, o que não corresponde à realidade. Essa conceituação de que primeiro vieram os direitos individuais e, nesta ordem, os direitos econômico-sociais e o direito de coletividade correspondem à evolução do direito constitucional. É verdade que isso ocorreu no plano dos direitos internos dos países, mas no plano internacional a evolução foi contrária. No plano internacional, os direitos que apareceram primeiro foram os econômicos e os sociais. As primeiras convenções da OIT anteriores às Nações Unidas, surgiram nos anos 20 e 30. O direito ao trabalho o direito às condições de trabalho é a primeira geração, do ponto de vista do Direito Internacional. A segunda geração corresponde aos direitos individuais, com a Declaração Universal e a Americana, de 1948. Então, a expressão “gerações” é falaciosa, porque não corresponde ao descompasso, que se pode comprova; entre o direito interno e o direito internacional em matéria de direitos humanos. Esta é a primeira razão histórica. Trata-se de construção vazia de sentido e que não corresponde à realidade histórica. Segundo, é uma construção perigosa, porque faz analogia com o conceito de gerações. O referido conceito se refere praticamente a gerações de seres humanos que se sucedem no tempo. Desaparece uma geração, vem outra geração e assim sucessivamente. Na minha concepção, quando surge um novo direito, os direitos anteriores não desaparecem. Há um processo de cumulação e de expansão do corpus juris dos direitos humanos. Os direitos se ampliam, e os novos direitos enriquecem os direitos anteriores.

Há muito direitos humanos a efetivar, os quais foram divididos para fins didáticos, em dimensões, mas que são concomitantes e reciprocamente relacionados.

Ingo Wolfgang Sarlet, demonstra com maestria e resume o foco do estudo das dimensões de direitos, assim, afirma:

A história dos direitos humanos é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos do homem. Neste contexto, há que se dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos humanos, de certa forma, também a história da limitação do poder (SARLET, 2001, p. 38-39).

Para Sarlet, o reconhecimento e consagração dos direitos humanos está situado nas dimensões. Para este autor, a primeira delas “é justamente aquela que marcou o reconhecimento de seu *status* constitucional material e formal”.

Os direitos da primeira dimensão referem-se aos chamados direitos subjetivos naturais, cabendo ao Estado a abstenção de determinados atos que possam interferir na vida do indivíduo (GARCIA, 2006, p. 60-62), expressa a vontade do homem de gerir a própria vida. Já para Ricardo Chimenti, os direitos de primeira dimensão “são os que se fundamentam na liberdade civil e politicamente considerada”, resultado do pensamento filosófico do século XIX (CHIMENTI, 2005, p. 46).

Os direitos da segunda dimensão se pautam no fundamento da igualdade, pois os graves acontecimentos da Segunda Guerra Mundial deixaram clara a fragilidade do ser humano diante de situações extremas.

O pleno desenvolvimento das idéias do liberalismo econômico gerou um Estado abstencionista, no qual, a classe trabalhadora passava por um momento de penúria, onde “a máquina reduzia a necessidade de mão-de-obra, gerando a massa dos desempregados [...] e dos baixos salários [...] a vida em condições subumanas e sem dignidade, provocando hostilidade em relação aos ‘ricos’ e ‘poderosos’, o que gera um movimento de reivindicação pelo sufrágio universal”. (FERREIRA FILHO, 1995, p. 42-43).

Segundo Gustavo Garcia (2006, p. 60-62), destacam-se, nesta dimensão, a necessidade de uma prestação positiva do Estado, como direito ao trabalho, à educação, à saúde, direitos trabalhistas e previdenciários; tendo por

intuito corrigir as desigualdades sociais e econômicas observadas.

Este raciocínio obriga à presunção de que cabe ao Estado garantir a todos os indivíduos, acesso ao rol de direitos humanos, positivados ou não.

O processo histórico-evolutivo leva ao desenvolvimento da chamada terceira dimensão de direitos. Parece estar à sociedade caminhando para a concretização da dignidade da pessoa humana; enfim, estava o cidadão apto a exigir a realização dos seus direitos.

Esta dimensão distingue-se das demais pela opção de uma proteção subjetiva coletiva, tendo no centro gravitacional o homem em sociedade, marcado pelo grupo social no qual se insere. Para Gustavo Garcia, a terceira dimensão refere-se aos “direitos de solidariedade, pertinentes ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade, à autodeterminação dos povos, à paz, à comunicação e à preservação do meio ambiente” (2006, p. 60-62).

Não obstante o grande desenvolvimento tecnológico das sociedades capitalistas atuais, a dignidade, o trabalho, o sufrágio, a cidadania plena, ainda não foram garantidos a todo ser humano. A terceira dimensão está por ser efetivada.

É inegável o avanço conseguido: muitos direitos estão positivados nas Constituições, há grupos em defesa dos direitos humanos atuantes e sérios, governos comprometidos e declarações para salvaguardar direitos; mas continua a evolução, e eis que surge a quarta dimensão de direitos.

Esta quarta dimensão ainda é discutida; contudo, para aqueles que a reconhecem e atribuem-lhe uma esfera de atuação no que diz respeito aos “direitos ligados à biogenética e ao patrimônio genético, bem como à participação democrática, à informação e ao pluralismo” (GARCIA, 2006, p. 61).

Reconhecendo esta dimensão, Tereza Rodrigues Vieira e Daniel Martins afirmam que é preciso, promover uma constante reflexão ético-jurídica a fim de tentar resolver as celeumas do avanço tecnológico em conflito com as “condições sócio - econômicas da maioria da população” (VIEIRA e MARTINS, 2007, p. 11).

A Constituição Federal de 1988, no que concerne aos direitos humanos, manteve as linhas da democracia liberal. Entretanto, os direitos humanos vigentes são os mais abrangentes e extensos de todas as nossas Constituições. Além das liberdades públicas, a Constituição de 1988 assegura a igualdade de todos perante a lei. Acolhe, além dos direitos explícitos os chamados direitos implícitos, até porque a Lei Maior não tem a pretensão de ser exaustiva ao estabelecer os

setenta e sete incisos do art. 5º . Com efeito, a Constituição de 1988 admite a existência de outros direitos “*por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte*” (art. 5º, §2º). Assim, poder-se-á deduzir direitos individuais decorrentes do regime democrático e dos princípios constitucionais.

A principal consequência do art. 5º, §2º é possibilitar a interpretação constitucional dos chamados direitos implícitos que serão proclamados pelos tribunais e, principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, destaque-se mais uma vez a importância da interpretação constitucional para a identificação dos direitos humanos implícitos, subentendidos nas regras de garantia, bem como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição (PIOVESAN, 2008, p. 57 e 58).

A ideia atrelada à perspectiva subjetiva dos direitos humanos, consiste na possibilidade que o titular do direito tem pedir a proteção judicial no sentido de efetivar os poderes, as liberdades ou mesmo o direito de ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão. Essa perspectiva tem como referência a função precípua dos direitos humanos, que consiste na proteção do indivíduo.

Já a perspectiva objetiva implica o reconhecimento dos direitos humanos como decisões com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos, no que transcende-se a dimensão de proteção do indivíduo, ampliando a nova função para os direitos humanos que abrange a tutela da própria comunidade.

Essa nova dimensão a ser considerada implica a valoração da eficácia dos direitos humanos. O reconhecimento social coloca-se como elemento condicionante do exercício de direitos humanos. Além disso, da perspectiva objetiva decorre o caráter vinculativo dos direitos humanos em relação ao Estado, impondo-lhe o dever de promover sua concretização.

A perspectiva objetiva representa a autonomia dos direitos humanos como principais corolários a sua eficácia irradiante, ou seja, assegura aos direitos humanos:

- suas diretrizes para o entendimento do direito infraconstitucional, constituindo modalidade de interpretação conforme a Constituição;

- sua eficácia horizontal, que implica na oponibilidade de direitos humanos não só frente ao Estado, mas também nas relações privadas;
- a conexão com a temática das garantias institucionais, por meio de proteção contra intervenção deletéria do legislador ordinário, que não obstante, se mostram incapazes de gerar direitos individuais;
- criação de um dever geral de proteção do Estado voltado para o efetivo resguardo dos direitos humanos em caráter preventivo, tanto contra o próprio Estado, como contra particulares ou mesmo outros Estados e, finalmente, a função dos direitos humanos de atuar como parâmetro para criação e constituição de organizações estatais.

2.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Etimologicamente, a palavra dignidade veio do latim *dignitas*, que significava, honra ou honraria, título, podendo ainda, ser considerado o seu sentido de postura socialmente conveniente diante de determinada pessoa ou situação. Era a essa significação que os romanos se remetiam, quando utilizavam a palavra.

Mesmo com essa concepção, ainda na antiguidade, no pensamento clássico e depois no ideário cristão, surgiu a vertente da dignidade como valor intrínseco da pessoa humana. Cícero, por exemplo, desenvolveu uma compreensão da dignidade desvinculada do cargo ou posição social. (SARLET, 2008, p 30 / 31). Já Hegel considerava que a dignidade constitui uma qualidade a ser conquistada, porque o ser humano não nasce digno, mas torna-se digno a partir do momento em que assume sua condição de cidadão (SARLET, 2008, p 38). Mas segundo Rocha, o grande diferencial veio com Kant, que:

distinguiu no mundo o que tem um preço e o que tem uma dignidade. O preço é conferido àquilo que se pode aquilatar, avaliar até mesmo para a sua substituição ou troca por outra de igual valor e cuidado. [...] Sendo meio, pode ser rendido por outro de igual valor e forma, suprindo-se de idêntico modo a precisão a realizar o fim almejado (1999, p 28).

Nesse mesmo sentido:

Voltemos assim, à filosofia de Kant, segundo a qual no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Aquilo que tem um preço pode muito bem ser substituído por qualquer outra coisa equivalente. Daí a idéia de valor relativo, de valor condicionado, porque existe simplesmente como meio, o que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem e tem um preço de mercado; enquanto que aquilo que não é um valor relativo,

e é superior a qualquer preço, é um valor interno e não admite substituto equivalente, é uma dignidade, é o que tem uma dignidade. (SILVA, 2000, p. 146)

Com isso Rocha considera que:

o que é uma dignidade não tem valoração e figura, assim, valor absoluto. Pela sua condição, sobrepõe à mensuração, não se dá a ser por meio, porque não é substituível, dispondo de uma qualidade intrínseca que o faz sobrepor-se a qualquer medida ou critério de fixação de preço (1999, p 28).

Atualmente, não são raros os doutrinadores a tentar conceituar “dignidade”, embora para Gilberto Haddad Jabur, poucos tenham obtido êxito, devido ao desempenho pífio que apresentaram (JABUR, 2002, p. 202). Não obstante, reconhece-se a dificuldade de traçar limites para um conceito tão importante que tem tão graves implicações práticas. José Dias reflete sobre a questão alegando que o consenso acerca do termo se mostra impraticável, uma vez que o mesmo é composto por valores como respeito, tolerância, direitos e à própria noção de justiça. Assim:

A palavra dignidade é um dos grandes sustentáculos da nossa língua e da nossa cultura [...]. O significado desta raiz “dec” (decente), corresponde ao “ser conveniente, conforme, adequado”. [...] O significado da palavra “digno” parece ser “justo”. Aquilo que não é “digno” é “injusto” (DIAS, 2005, p 248.)

Corroborando essa afirmação:

vê-se que a dignidade é um atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim a dignidade entranha-se e se confunde com a própria natureza do ser humano. (SILVA, 2000, p. 146)

Já Sarlet prefere considerar que há uma tarefa permanente de construção de um conceito (de dignidade) que possa servir de referencial para a concretização (2008, p. 43).

Embora seja um conceito permanentemente em construção, alguns elementos podem identificar e esclarecer os sentidos práticos da dignidade. São eles (COSTA, 2008, p. 56):

- a) o respeito absoluto à vida humana;
- b) respeito à integridade física, psíquica e intelectual da pessoa humana;
- c) condições e possibilidades para o livre desenvolvimento da personalidade;

- d) condições materiais mínimas de existência;
- e) garantia da igualdade formal;
- f) autonomia individual;
- g) Respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária entre os homens.

Esses elementos conjugados permitem uma melhor visualização prática de como manter, respeitar e proteger a dignidade humana. Eles só são possíveis se levarmos em consideração as duas dimensões principais da dignidade: a dimensão ontológica e a dimensão comunitária. A primeira dimensão da dignidade, ou dimensão ontológica, se encontra, de algum modo, ligada (também) à condição humana¹² de cada indivíduo. Ela não é meramente biológica, mas deriva do fato de que “a dignidade nasce com a pessoa. É lhe inata. Inerente à sua essência.” (NUNES, 2002, p. 22). Já a segunda dimensão da dignidade, a comunitária (ou social) decorre do fato de que justamente por serem todos reconhecidos como iguais em dignidade e direitos e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade. É a dimensão intersubjetiva da dignidade, partindo da situação básica do ser humano em sua relação com os demais, ou dito de outra forma, a dimensão política da dignidade. (SARLET [org], 2005, p. 23 e 24). Nesse sentido:

a dignidade da pessoa não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à natureza humana, na medida em que a dignidade possui também um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente. (SARLET [org], 2005, p. 27).

A importância da dignidade como princípio jurídico e como valor fundamental de uma sociedade e de um ordenamento jurídico acentuou-se depois do final da Segunda Guerra Mundial. A experiência do Holocausto, na qual seres humanos considerados indesejáveis eram eliminados, em uma macabra linha de montagem onde ao final encontrava-se a morte, foi fundamental para a percepção de que a vida humana não deve apenas ser protegida, mas que se mantenha

¹² Segundo Sarlet (2005, p. 24) Hannah Arendt tratou de forma indireta sobre a dignidade da pessoa humana quando apresentou os conceitos de condição humana, ação, pluralidade e espaço da aparência. Quando menciona a necessidade da pluralidade humana, ela estaria estabelecendo essa dimensão intersubjetiva da dignidade, mesmo sem fazer referência direta a isso. (ARENDR, 2002, p. 15 e ss).

respeitado e garantido o ato de viver com dignidade. (ROCHA, 1999, p 23 / 24).

Segundo Sarlet, “a dignidade, sendo qualidade inerente à essência do ser humano, se constitui em bem jurídico absoluto.” (2008, p.131)

Se a indignidade é retrato de injusto, todo desrespeito aos direitos humanos, em todas as suas dimensões, representa ataque frontal ao ser humano e, por consequência, à sua dignidade. Desta feita, tendo o Estado assumido o papel de salvaguardar direitos humanos; cabe-lhe, igualmente, fazer com que se concretize a dignidade. Com isso:

O princípio da dignidade da pessoa humana entranhou-se no constitucionalismo contemporâneo, daí partindo e fazendo-se valer em todos os ramos do direito. A partir de sua adoção se estabeleceu uma nova forma de pensar e experimentar a relação sociopolítica baseada no sistema jurídico; passou a ser princípio e fim do Direito contemporaneamente produzido e dado a observância no plano nacional e internacional (ROCHA, 1999, p 24).

Talvez a própria composição da dignidade seja o motivo da dificuldade de conceituação, pois é composto o termo de elementos intrínsecos e extrínsecos; caracterizado filosoficamente no ideário cristão, como lembra Ingo Wolfgang Sarlet; e assegurado (ou uma tentativa de) na lei positivada, nas declarações de direitos e projetos políticos nacionais; embora se reconheça seu baixo nível de concretização. (SARLET, 2001, p. 30).

Conferir à dignidade a força do dever - ser da norma jurídica implica em conferir ao indivíduo o status de cidadão autônomo e ao Estado, o de garantidor e cumpridor do seu papel. “O papel do Estado na tutela da dignidade humana sempre foi destacado como essencial.” (COSTA, 2008, p. 31)

Esta perspectiva tem se mostrado cada vez mais presente no mundo globalizado, onde se visualiza a preocupação com a formalização dos direitos almejados, através da, cada vez mais constante, redação de documentos internacionais e nacionais que visam assegurar ou, pelo menos, declarar direitos humanos e, em consequência, tornar real a proteção e a promoção da dignidade. Tem-se, recentemente, a Carta Árabe de Direitos Humanos, a Carta Africana, o Pacto de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Européia de Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Embora pareça um monte de nomes amontoados, estes documentos representam a preocupação, ainda que incipiente, com a garantia da dignidade do

ser humano, reconhecido em sua plenitude e complexidade como senhor de direitos e deveres em relação à sociedade e a si mesmo. A almejada igualdade deve, primeiramente, passar pelo reconhecimento das diferenças que compõem o contexto da coletividade humana. Interessante destacar o pensamento de Roxana Borges:

O sentido de dignidade é um valor básico do ordenamento jurídico e se aproxima das noções de respeito à essência da pessoa humana, respeito às características e sentimentos da pessoa humana, distinção da pessoa humana em relação aos demais seres [...] depende de seus sentimentos de respeito, da consciência de seus sentimentos, das suas características físicas, culturais, sociais (2005, p. 143).

Atualmente, os constitucionalistas enfrentam o dilema entre o reconhecimento efetivo dos direitos humanos (sua concretização) ou sua versão meramente simbólica (garantida no papel, mas carente de concretude). Essa concretização dos direitos humanos aconteceria a partir da validade dos princípios constitucionais fundamentais, levando-se em consideração não só a necessidade das normas mas também a aplicação destas. Isso porque:

a nossa ordem jurídica não enquadrava a dignidade humana como um dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Preferiu elencá-la como um dos princípios fundamentais do Estado. Essa inserção, sem sombra de dúvidas, encerra uma opção que direciona e impulsiona o princípio da dignidade humana não apenas para a interpretação dos direitos fundamentais, como também, de toda a Constituição, como já afirmado anteriormente. (JACINTHO, 2008, p. 175)

Um dos grandes problemas a ser enfrentado é o da conciliação entre as relações individuais, sociais, econômicas e políticas que compõem o Estado-Nação, considerando as diversidades regionais, internacionais e supranacionais e, ainda, preservar a identidade cultural nacional, bem como os paradigmas de direito e de justiça que caracterizam o grupo. Arremata o autor:

Eis um grande desafio para as filosofias políticas contemporâneas e que envolve um tema fundamental: a democracia e seus valores. O ponto de partida é a idéia segundo a qual as relações locais, internacionais e supranacionais não de encontrar um ponto de equilíbrio entre esses diversos espaços privilegiados que se instituem culturalmente nos limites territoriais e nos espaços abertos às diversidades culturais devidamente ampliados pela interação desencadeada através de uma economia e de uma política regionais e supranacionais, devidamente aceleradas por uma linguagem e uma comunicação que se estabelecem em dimensão planetária e em tempo real - em termos de fluxos ciberespaciais. (DINIZ, 2007, p. 02).

Se nos limites territoriais nacionais, já se mostra difícil à realização dos ideais da dignidade, garanti-la em níveis supranacionais é desafio maior ainda,

pois coloca em xeque padrões culturais, políticas sociais e econômicas, modelos estatais, religiosos e questões que atingem o âmbito das relações internacionais.

Cada Estado, cada administrador, deve e pode atuar com moralidade, justiça e boa-fé a fim de fazer real a dignidade almejada. Não obstante toda essa problemática, precisa ela (a dignidade) ser perseguida, formalizada e concretizada em todas as esferas sociais, pois se há um elemento comum a todo e qualquer agrupamento, é o ser humano, o qual precisa ser protegido do seu maior algoz: o outro homem.

2.4 A INCLUSÃO SOCIAL COMO COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE

Dentro do ordenamento jurídico há princípios explícitos e princípios implícitos. Os princípios explícitos estão claramente enunciados dentro do ordenamento, tanto na Constituição como nas leis infraconstitucionais. Um exemplo de princípios explícitos são os previstos no art. 37 da Constituição, segundo o qual "a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência". (SUNDFELD, 2003, p. 152)

Já os princípios implícitos não estão claramente enunciados, eles podem ser percebidos e compreendidos pelo exame do ordenamento jurídico como um todo, seus objetivos e suas finalidades.

Um princípio implícito de grande importância para o ordenamento jurídico brasileiro é o princípio da inclusão social, cujo conceito é: "eliminar a pobreza, as desigualdades, preconceitos e discriminações, com o qual se concretiza e garante o mínimo existencial para a dignidade do homem e por consequência uma sociedade justa e fraterna" (COCURUTTO, 2008, p. 45).

Esse princípio foi inserido na Constituição Federal de forma implícita no artigo 3º, I, III e IV, diante dos objetivos fundamentais da Nação ali consignados expressamente, quais sejam:

- Art. 3º** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
 - II - garantir o desenvolvimento nacional;
 - III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
 - IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Tanto o princípio constitucional da inclusão social, previsto de forma implícita no art. 3º, I, III, IV da Constituição Federal, como o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, contemplado expressamente art. 1º, III da Constituição¹³, são verdades que necessariamente devem ser observadas em todo o qualquer lugar, ocasião, e circunstâncias, para que se concretize a vida do ser na forma efetivamente humana, numa sociedade livre, justa e solidária. Segundo Cocurutto:

em análise objetiva, é possível salientar que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, imprescindível para o Estado Democrático de Direito, enquanto a inclusão social é um dos objetivos fundamentais de nossa Nação, imprescindível para a concretização da dignidade do homem (2008, p 45)

Uma sociedade só será livre, justa e solidária se incluir todos os seus membros nas benesses que devem ser partilhadas: saúde, educação, trabalho digno, lazer, participação política. O desenvolvimento nacional só poderá ser alcançado se todos os cidadãos puderem dele participar. A pobreza, a marginalização e as desigualdades sociais e regionais e o bem de todos só poderão ser concretizados quando todos forem incluídos socialmente. É por isso que Cocurutto expressa que:

o princípio constitucional da inclusão social está relacionado aos objetivos fundamentais da Nação, e o princípio também constitucional da dignidade da pessoa humana está afeto a própria estrutura do Estado Democrático de Direito, que constitui a Nação, de modo que a inclusão social, como objetivo a ser alcançado, é pressuposto para a concretização do princípio estrutural da dignidade da pessoa humana (2008, p. 14)

Na essência, tais objetivos fundamentais do Estado brasileiro estabelecem a garantia constitucional da inclusão social, por meio dos itens arrolados no art. 3º, conforme discriminado acima. Com isso percebe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo valor fundante do

¹³ In verbis: **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Estado brasileiro e finalidade a ser alcançada por esse mesmo estado só pode ser concretizado se servir de base para a inclusão social de todos os brasileiros. Isso porque, se analisado realmente a fundo, não há democracia sem uma inclusão social verdadeira, pois só pode participar conscientemente do debate democrático aquele que está incluído na sociedade. Também não há verdadeiramente estado de direito sem inclusão social, uma vez que o estado de direito funda-se sobre os valores da: supremacia da Constituição, garantia dos direitos humanos, superioridade da lei, separação dos poderes. Ora, se a Constituição é suprema, e se ela indica explicitamente a dignidade da pessoa humana como seu fundamento e implicitamente a inclusão social dentro dos seus objetivos, só há Estado de Direito se esses princípios forem respeitados. Como diz Cocurutto:

O princípio da inclusão social de todos os miseráveis e hipossuficientes e o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrados na Constituição Federal, existem objetivando uma qualidade de vida superior a toda e qualquer pessoa, impondo a necessidade de amplo respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia, à convivência familiar e comunitária, aos direitos de personalidade, e as prestações públicas de qualidade, posto que, respectivamente, estabelecem os objetivos da Nação e a própria estrutura do Estado Democrático de Direito, norte que jamais poderá ser desconsiderado. (2008, p. 14 / 15).

Com isso, o dever político de não permitir a exclusão social de qualquer pessoa, e de trabalhar pela efetivação do princípio da inclusão social é de todo governante nas esferas federal, estadual e municipal. Na forma mais abrangente, é de todo aquele que exerce função pública administrativa em qualquer esfera territorial. Tem-se aqui o dever do Estado de agir, isso porque:

onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (SARLET (org), 2005, p. 35)

Nessa tarefa de efetivar o princípio da inclusão social de todas as pessoas, o legislador constituinte instituiu o Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das

controvérsias. Tal orientação, além de se desprender do texto constitucional vem consignado no preâmbulo¹⁴ da nossa Constituição Federal (COCURUTTO, 2008, p. 21). Nesse sentido:

O Estado pretendido é o “Democrático de Direito”, que pressupõe a predominância da Democracia na voz popular geral, enquanto fonte do poder e na positivação do Direito, segundo os princípios constitucionais e conforme as necessidades atuais da sociedade, afastando qualquer submissão do bem comum do povo a interesses particulares, de forma a não permitir qualquer exclusão social, ou mesmo qualquer discriminação indevida e ilegal, mas sim, a conferir a legitimidade do Estado no exercício do poder e de suas políticas públicas. (COCURUTTO, 2008, p. 22)

Muito se discute da força normativa do preâmbulo constitucional, ou seja, se ele faz parte ou não do texto constitucional propriamente dito, se tem realmente força normativa, ou se apenas é um princípio político que explica o sentido da Constituição como um todo e serve como regra balizadora da interpretação do texto constitucional.

Há três teses¹⁵ diferentes sobre o assunto. A primeira, a tese da irrelevância jurídica situa o preâmbulo no domínio da política, sendo aceita por Silva (1999), Ferreira Filho (1994) e Cretella Júnior (1989); a segunda tese, a da relevância jurídica indireta considera que o preâmbulo participa das características jurídicas da Constituição, mas resta saber que papel lhe cabe no seu sistema global. Compactua com essa tese Jacques (1957, p 138), que considera que o preâmbulo da Constituição faz parte dela sim, mas apenas como um princípio informador; e a terceira tese, a da plena eficácia diz que o preâmbulo acaba por ser também um conjunto de normas jurídicas, ainda que não articuladas. Essa última tese não tem uma representatividade muito forte na doutrina brasileira. Entretanto o dilema findou-se com a decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADI 2076 - 5 / 2002¹⁶, na qual se decidiu que o preâmbulo não se situa no âmbito do direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte.

Em se tratando do princípio da inclusão social essa discussão reina

¹⁴ In verbis: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um 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, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, prometemos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”

¹⁵ Teses explicitadas pelo Ministro Carlos Velloso, na ADI 2076 - 5 / 2002, p. 226.

¹⁶ Relator Ministro Carlos Velloso (ADI 2076 - 5 / 2002, p. 226)

infrutífera, porque por mais que se desprenda o texto preambular, como se acredita que se desprenda o princípio da inclusão social, pois o preâmbulo menciona “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, fundada na harmonia social”, no que também está implícito o princípio da inclusão, foi o constituinte sábio (ou precavido) ao colocar também o princípio de forma implícita no art. 3º do texto constitucional. Assim, por mais que se discuta se o preâmbulo tem ou não força normativa ou se é diretriz interpretativa, o princípio da inclusão não está implícito apenas aí, mas também depreende-se do artigo 3º, I, III e IV da Constituição Federal.

Uma política pública que não afronte os princípios da inclusão social e da dignidade da pessoa humana, indispensáveis à inserção das pessoas a uma vida social digna e efetivamente humana, é aquela que para sua concretização observa, entre outras garantias constitucionais, as fundamentais concernentes à educação e ao trabalho, e uma política administrativa tributária justa em seus montantes e correta em sua aplicação em benefício social do País. Segundo Rocha:

O Estado é obrigado a adotar políticas públicas inclusivas, ou seja, políticas que incluam todos os homens nos bens e serviços que os possibilitem ser parte ativa no processo socioeconômico e cidadão autor da história política que a coletividade eleja como trajetória humana (1999, p. 38).

Num primeiro momento, nota-se que a garantia da dignidade da pessoa humana vem ao encontro da necessidade de inclusão social, afastando todo tipo de contraste e desigualdades sociais, mas percebe-se que a relação entre os dois princípios vai além disso, pois ela também é simbiótica. A inclusão de toda e qualquer pessoa na vida social digna é a premissa maior para a concretização da garantia constitucional da dignidade da pessoa humana. Como não se pode excluir qualquer direito social da pessoa humana sob pena de atingir-lhe sua própria dignidade, a inclusão social se impõe como pressuposto básico para a dignidade do homem. Por sua vez, a dignidade da pessoa humana pressupõe que ela seja incluída socialmente, pois, como diz Cocurutto:

a dignidade emerge com a inclusão social mediante a eliminação da pobreza e marginalização, redução das desigualdades sociais, e a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou qualquer forma de discriminação, para que se tenha uma sociedade livre, justa e solidária (2008, p. 45)

A exclusão tem que ser combatida porque segundo Rocha:

a exclusão social é fator de indignidade e de indignação que põe o homem à margem de sua própria sociedade, carente de seu respeito próprio e de sua honorabilidade social, porque se põe como alguém que não é útil e, note-se aqui, no sentido utilitário, de não dar lucro, de não ser fonte de utilidade segundo os paradigmas de uma economia que rejeita o homem e o faz repulsar-se a si mesmo (1999, p. 46).

Segundo Sarlet, sempre que as pessoas são forçadas a viverem na pobreza e na exclusão, em função de decisões tomadas por outras pessoas no âmbito dos processos políticos, sociais e econômicos o princípio da dignidade está sendo desrespeitado (2008, p. 99).

Como no Brasil, segundo Rocha, historicamente “essa exclusão tem raízes seculares. De um lado, senhores, proprietário, doutores. Do outro, índios, escravos, trabalhadores, pobres” (1999, p. 25); todo e qualquer fator que implique em exclusão social deve ser afastado porque afronta a Constituição Federal, atingindo as bases que servem para a unificação do sistema normativo e as prioridades do Estado Democrático de Direito na sua forma pluralística (COCURUTTO, 2008, p 45).

Assim:

ainda, se eventualmente algum texto normativo infraconstitucional estiver no sentido de criar alguma diferenciação indevida de tratamento às pessoas, que dê ensejo à miséria, reduza as condições de subsistência, provoque desemprego, evasão escolar ou outras mazelas, poderá ser argüida a inconstitucionalidade de tal norma, diante dos princípios da dignidade da pessoa humana e da exclusão social. (COCURUTTO, 2008, p. 46)

Conclui-se que a dignidade da pessoa humana é preponderantemente jurídica, ao passo que a inclusão do ser humano na vida social digna não é apenas jurídica, mas fática e, portanto, de conteúdo político para sua concretização. Ressalta-se, assim, a importância desses dois temas, dignidade e inclusão social, porque os contrastes e desigualdades sociais estabelecem uma “aparência” de direito para aqueles que não conseguem sua efetiva inserção social.

3. MORALIDADE ADMINISTRATIVA E SEUS SUBPRINCÍPIOS

3.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Destacado anteriormente o valor jurídico dos princípios, vislumbra-se a desnecessidade de sua consagração legislativa, posto que se encontram em posição privilegiada dentro do sistema normativo jurídico.

Entre as várias funções atribuídas ao Direito Constitucional, situa-se a indelegável missão de reger o Estado, tanto na sua organização, como também controlando os atos que dele derivam e, garantindo a aplicação dos direitos humanos para toda a sociedade.

A Constituição de 1988, segundo entendimento doutrinário, constitui-se em “fonte primacial dos interesses públicos”, avultando o destaque dado à dignidade da pessoa humana, a ser garantida por intermédio dos princípios inscritos no art. 4º., além do rol de direitos e deveres concretizado no art. 5º. Assim, é de se concluir que os demais interesses públicos e individuais submetam-se à primazia daqueles (BORGES, 2006, p. 39).

Segundo Nunes:

Os princípios constitucionais são o ponto mais importante do sistema normativo. Eles são verdadeiras vigas mestras, alicerces sobre os quais se constrói o sistema jurídico. Os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao edifício jurídico. Assim, devem ser estritamente obedecidos, sob pena de todo o ordenamento jurídico se corromper. (2002, p. 37)

Assim, como a Constituição é o ponto de partida da organização política de um Estado, a abrangência do seu conteúdo é um horizonte infinito, criando um indissolúvel e estreito nexos entre a Constituição e a Administração Pública, pois esta enfoca a atuação do Estado em busca da finalidade pública garantida pelo texto Constitucional.

Dessa forma, a construção e interpretação do Direito Administrativo possui como ponto de partida as condicionantes gerais derivadas do texto constitucional, justamente pelo fato de ser o regime jurídico do Poder Público.

Não foi por mero acaso que o direito administrativo nasceu e se desenvolveu no Século XIX, em plena era constitucional, como elo robusto entre o Estado de Direito e o cidadão.

É a Constituição que traça as bases que a Administração Pública será regida, determinando inclusive princípios que deverão ser integralmente respeitados, até como condição de validade dos atos administrativos praticados.

Seguindo esse raciocínio, a atual Constituição Federal de 1988, constitucionalizou, de forma implícita ou explícita, vários princípios informadores da Administração Pública, dentre eles os previstos no caput do Art. 37. São eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência.

Dentre esses princípios constitucionais assim elencados, o foco de estudos será sobre o princípio da moralidade administrativa. Escrever sobre princípios não é uma tarefa fácil, pois implica, antes de tudo, escrever sobre as bases, os alicerces do direito como um todo homogêneo e, em alguns momentos, indissociável. Implica em uma “quase” revisão histórica, uma vez que os princípios foram se formando, moldando-se e se concretizando com o passar do tempo, através do viés das lutas históricas. O direito identifica-se com a sociedade na qual ele está implantado. A ligação entre direito e sociedade é imanente, um não sobrevive sem o outro. Os princípios que regem o direito contemporâneo são os princípios que se identificam com a sociedade de hoje. Muitos dos princípios administrativos hoje festejados foram esculpidos há séculos no seio da sociedade, e o significado expresso por eles no passado pode não condizer com o que se espera deles no presente, ou o que se esperará deles no futuro. Outros princípios não existiam em épocas pretéritas, sendo mais recentes. Assim, o estudo dos princípios pode ser identificado com o próprio estudo do direito, na sua constante evolução e modificação.

Observe-se o alerta feito por Pimenta Oliveira (2006, p. 259):

Em um contexto no qual “uma ética da legalidade nunca chegou a fortalecer-se decisivamente”, e no qual “mesmo atuando formalmente com a lei, o administrador conserva nos seus atos as qualidades marcantes do paternalismo, da magnanimidade senhorial, do compadrismo, da amizade, etc” , marcado por uma “corrupção endêmica” _afirmações estas lançadas por Ferraz Júnior, mostra-se eloqüente, realista e necessário o tratamento jurídico-constitucional da moralidade no âmbito da Administração Pública, revelando a vontade e o sentimento da Constituição de forçar uma alteração na ética e no *ethos* administrativo vigente no País.

Geraldo Ataliba (1985, p. XV) explica que “a perfeição de uma parede depende visceralmente dos alicerces sobre que (sic) a mesma repousa.” Assim, o estudo dos princípios, principalmente num ramo em desenvolvimento é

essencial para estabelecer as bases do que será feito e de como será feito.

Canotilho (1998, p. 1034 a 1036) explica que os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado. Quando aplicados ao caso concreto, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediação concretizadora. São normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico, devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico. São *standards* juridicamente vinculantes, fundados nas exigências de justiça ou na ideia de direito. São o fundamento da regra, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função nomogenética¹⁷ fundamental. Os princípios permitem o balanceamento de valores e interesses, consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes.

Além disso, especificamente no Direito Administrativo Brasileiro, os princípios são importantes, pois consoante leciona Di Pietro (2003, p.67):

Sendo o Direito Administrativo de elaboração pretoriana e não codificado, os princípios representavam papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração.

Assim, os princípios jurídicos contidos no corpo do art. 37 da CF são fundamentais e inderrogáveis, projetando-se sobre todo o ordenamento jurídico administrativo, com a imediata vinculação dos entes de direito público. Vinculada que está, a Administração deverá pautar seus atos em conformidade com os princípios consagrados na Constituição, sob pena de estes tornarem-se inválidos.

Não existe ciência sem princípios, sendo certo que no campo público elas foram exteriorizadas expressamente para não dar margem a divagações ou especulações, devendo o intérprete ser vigoroso em seu juízo de valor, com o objetivo de manter letra viva do que foi imposto pelo legislador constituinte. Do contrário os princípios cairiam no vazio.

A partir da Constituição de 1988, houve uma inovação em matéria de Administração Pública, que foi a consagração dos princípios e preceitos básicos referentes à gestão da coisa pública devendo o Administrador pautar seus atos sintonizados com os princípios expressos no caput do art. 37, dentre outros. Esses

¹⁷ Nomogenética - que gera normas, base para construção de normas

preceitos básicos foram constitucionalizados para não dar margem a fortuitas dúvidas.

Ora, partindo-se da concepção exposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, de que a violação de um princípio é mais grave que a violação de uma regra; a íntima ligação entre os princípios do direito administrativo e a principiologia constitucional, oferecem suporte para a discussão da responsabilidade estatal no trato das garantias constitucionais e administrativas. A força do Estado - administrador encontra seu poder na imposição de princípios constitucionais, entre os quais, o dever da moralidade e a obrigatoriedade da não - exclusão.

Se há discricionariedade, há de haver responsabilidade, balizada no princípio da moralidade.

O Princípio da Moralidade Administrativa nasceu na França, mais especificamente na construção doutrinário-científica de Maurice Hauriou, que, embora mencionasse o aludido princípio desde a primeira edição de *seu Précis de Droit Administratif*, somente na sua 10ª edição clarificou tal conceito e sustentou que “há uma diferenciação entre a moral comum e a moral administrativa, sendo esta última o conjunto de regras tiradas da disciplina interna da administração” (HAURIOU, 1926. p. 197).

A necessidade dessa diferenciação veio do fato de que, pouco tempo antes, o Conselho de Estado da França reconhecia a existência dos atos discricionários como limite ao poder de apreciação judicial. Entretanto, o próprio Conselho, paulatinamente, foi desenvolvendo também o controle desses atos discricionários, elaborando a doutrina do Desvio de Poder como forma de limitar a discricionariedade administrativa. Na visão de Cammarosano “o que se considerava regra de conteúdo moral, acabou por transformar-se em regra jurídica” (2006, p. 88).

Assim, o conceito completo desenvolvido por Maurice Hauriou contempla o desvio de poder, mas também se alarga, abarcando o que seria conhecido como moralidade administrativa:

É o fato de uma autoridade administrativa que, embora praticando um ato de sua competência, observando as formas, não cometendo qualquer violação da lei, usa de seu poder para um fim e por motivos outros que não aqueles em vista dos quais esse poder lhe foi conferido, quer dizer, outros que não os que pretendem a moral administrativa. (CAMMAROSANO, 2006, p. 89)

Percebe-se, então, que o desvio de poder representa uma limitação

ao poder discricionário conferido ao agente público, e, tem por escopo, a fiscalização da finalidade dada ao ato administrativo, evitando-se que a discricionariedade ultrapasse as barreiras da atividade estatal, deixando de cumprir sua função maior, qual seja, a de garantir a boa administração, com observância da legalidade, e, primando, sobretudo, pelo interesse público.

Sobre o elo existente entre a moralidade e o desvio de poder, tem-se a afirmação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 144):

A realidade é que a idéia de moralidade nasceu vinculada à de desvio de poder, pois se entendia que em ambas as hipóteses a Administração Pública se utiliza de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares. A moralidade estaria na intenção do agente. Essa a razão pela qual muitos autores entendem que a imoralidade se reduz a uma das hipóteses de ilegalidade que pode atingir os atos administrativos, ou seja, a ilegalidade quanto aos fins (*desvio de poder*).

Ainda, observe-se o ensinamento de Caio Tácito (1999, p. 1 a 10) ao afirmar que a teoria do desvio de poder limitou a ação da discricionariedade da administração, impedindo que se tornasse “nociva válvula de escape ao rigor das relações entre o Estado e seus súditos”.

Assim, tem-se que no combate ao desvio de poder é que se baseou a moralidade administrativa. Contudo, nota-se que se faz referência à moralidade administrativa, não à moralidade comum, que foram ser distinguidas por Hely Lopes Meirelles (2005, p. 90):

A moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF art. 37 caput). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica entendida como ‘o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração’. Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente a lei jurídica, mas também à ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: “nom omne quod licet honestum est”.

Conceituar moralidade não é uma tarefa fácil, posto que abrange diversos significados de acordo com a ocasião em que é empregada. Entretanto, no trabalho em tela, o que interessa é a moralidade administrativa, como norteadora e princípio da Administração Pública. Para Hely Lopes Meirelles (2005, p. 90):

A moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito de “bom administrador”, que, no dizer autorizado de Franco Sobrinho, “é aquele que, usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum”. Há que conhecer, assim, as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto, *nos seus efeitos*. E explica o mesmo autor: “Quando usamos da expressão *nos seus efeitos*, é para admitir a lei como regra comum e medida ajustada. Falando, contudo, de *boa administração*, referindo-nos subjetivamente a *critérios morais* que, de uma maneira ou de outra, dão valor jurídico à vontade psicológica do administrador”.

A moralidade administrativa é pautada na ideia de boa administração, ou seja, em consonância com a ética, com a legalidade, com a honestidade e com a perseguição do interesse coletivo, buscando normatizar os atos praticados pelos sujeitos públicos.

Na mesma linha, tem-se o ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 154), ao mencionar que a imoralidade não está contida na intenção do agente e sim no objeto do ato, ocorrendo quando a ação praticada contraria “o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições”. Incide quando há desproporcionalidade entre os meios e os fins a serem atingidos, ou seja, entre os sacrifícios cominados à coletividade e as vantagens por ela auferidas, e entre os benefícios usufruídos pelos agentes públicos e os encargos impostos aos administrados.

E, ainda, é o escólio de Juarez Freitas (1997, p. 67 a 68):

[...] o princípio da moralidade administrativa exige a observância do “dever de a Administração Pública observar, com pronunciado rigor e maior objetividade possível, os referenciais valorativos basilares vigentes, cumprindo, de maneira precípua até proteger e vivificar, exemplarmente, a lealdade e a boa-fé para com a sociedade, bem como travar o combate contra toda e qualquer lesão moral provocada por ações públicas destituídas de probidade e honradez.

No Brasil, os ensinamentos de Hauriou repercutiram de várias formas, influenciando vários doutrinadores que, de modo geral, inclinaram-se em duas correntes distintas: para a primeira delas, a moralidade administrativa nada mais era do que um dos aspectos da legalidade administrativa, e, em assim sendo, repercutiria dentro do ordenamento jurídico balizada pela própria legalidade. A segunda corrente percebe a moralidade como um princípio à parte da legalidade e como tal, deveria ser assim considerado. A positivação do princípio no texto Constitucional de 1988 fortaleceu a segunda corrente, entretanto, não extinguiu a

primeira.

Assim, considerando-se alguns autores que escreveram sobre o tema, aludir-se-à a algumas posições dentre os doutrinadores pátrios.

Manuel de Oliveira Franco Sobrinho escreveu monografia pioneira sobre o tema, sendo um dos primeiros, ou talvez o primeiro doutrinador brasileiro a fazê-lo. Considera ele que a Administração Pública obedece a uma ética própria, porque o antiético contribui para o desvio ou o excesso de poder, resultando sempre em uma atividade reprovável. Para ele, o respeito a moral administrativa garantiria o respeito à motivação dos atos administrativos, e o respeito a finalidade a ser atingida pelo ato, pois seria impossível um ato que respeitasse a moral administrativa tivesse uma finalidade condenável. Assim, o elemento moral presente nesse princípio jamais aceitaria o desvio, o excesso ou o abuso de poder. (FRANCO SOBRINHO, 1993, p. 13).

Nesse mesmo sentido, para ele, duas condições comungam para a formação da vontade administrativa, uma delas objetiva e a outra subjetiva. A condição subjetiva residia sempre na intenção moral, enquanto a outra condição, objetiva, seria sempre a realização executória normal. Assim, para ele:

quando um ato administrativo não torna clara a motivação (subjetividade) ou não torna clara a finalidade (objetividade), constitui uma falha manifestação de vontade, uma maneira carente de licitude, ou de moral para atingir a eficácia necessária à execução em condições normais, não bastando assim à competência na atividade permitida. (FRANCO SOBRINHO, 1993, p. 15).

Isso porque o doutrinador considera que as boas ou más intenções figuram sempre além da legalidade, no sentido de que não cabe à legalidade percebê-las, pois são necessários critérios mais específicos que protejam direitos ou evitem lesões nas maneiras de exercícios das funções. Assim, deduzir-se-ia que a exploração da riqueza pública não sofre somente o controle da legalidade, mas sofre também, com o controle da moralidade.

Para Franco Sobrinho dentro do direito sempre há um mínimo de moral, e esse mínimo representa valores de efeitos repercussivos. Dessa forma:

a moral jurídica não é uma mera moral de costumes personalizados ou sociais. Vai além de conjecturas particulares ou de preceitos pessoais. Ela visa regras comuns, regras iguais, regras cumulativas, interesses idênticos, direitos assemelhados, respeito a uma ordem natural de coisas humanas. (FRANCO SOBRINHO, 1993, p. 21)

Percebe-se, assim, que para o autor a moralidade pública age como uma força modeladora da regra positiva na sua aplicação. Com isso, a tese da moralidade administrativa, sustenta-se no elemento moral que deve integrar forçosamente o ato administrativo. “[...] aparecendo, assim, a moral, como elemento de mérito, de juízo, contra o erro, o dolo, a violência e a arbitrariedade.” (FRANCO SOBRINHO, 1993, p. 71)

Com isso percebe-se que o vício da não - moralidade atinge sem reservas a vontade e também a forma, e isso porque as normas e os atos administrativos executórios não podem se desmerecer por desvio de natureza ética. Importante ressaltar que para o autor, o princípio da legalidade acaba incorporando o princípio da moralidade. Sendo ele partidário da primeira corrente doutrinária que mencionamos anteriormente. Continuando seu raciocínio, falar de ilegalidade do objeto do ato administrativo é o mesmo que falar de não-moralidade desse objeto. A inexistência de motivos afeta o princípio normal de “boa administração”, incidindo sobre a competência, tornando não moral uma decisão com fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente na lei.

Importante mencionar que, para o autor, a moralidade administrativa passou a constituir pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública. Não se trata, contudo, da moral comum, mas sim da moral jurídica. E para a qual prevalece a necessária distinção entre o bem e o mal, o honesto e o desonesto, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, o legal e o ilegal.

Já para Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 107 e 108), a Administração Pública e seus agentes têm que atuar na conformidade com princípios éticos, proceder com sinceridade e lhanza, sendo assim proibido qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de modo a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos. Considera, também, que fazem parte do princípio da moralidade o princípio da lealdade e o da boa-fé.

Helly Lopes Meirelles, por sua vez, considera que a moral comum é imposta ao homem por sua conduta externa; enquanto a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, isto é, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum. Com isso, a moralidade se compara à boa-fé objetiva: é uma norma de comportamento leal, um

modelo de conduta, arquétipo ou *standart* jurídico. Além disso, há também o princípio da boa-fé subjetiva, ou seja, o estado de consciência ou convencimento individual de obrar em conformidade ao Direito. Denota a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular. (2006, p. 89 a 91).

Por sua vez, Gustavo Dantas Ferraz considera que com a Constituição de 1988, o princípio da moralidade administrativa ganhou autonomia em relação ao princípio da legalidade, sendo elencada expressamente ao lado desta, não mais cabendo privá-la de tal autonomia (2006, p. 44). Assim:

Embora legalidade e moralidade se relacionem, suas noções são distintas. [...], pois moralidade alcança a noção de boa e honesta administração e integra com ela (legalidade) o amplo conceito de juridicidade.

Ainda utilizando-se dos ensinamentos de Ferraz, cumpre destacar que, a moralidade também engloba o princípio da boa-fé. Assim, o conteúdo da boa-fé abrange: proibição de contradição de informações, proibição da indolência, proibição da leviandade de propósitos, ensejando um dever de transparência e lealdade por parte da administração. Esse dever de lealdade também é desdobramento do princípio da moralidade administrativa e considera desleal o agente público que revela fatos ou situações reservadas ao âmbito da administração, ou induz em erro, no exercício de suas atividades, as instituições a que serve. (FERRAZ, 2006. p. 39 a 53)

Por sua vez, Odete Medauar considera que a percepção da imoralidade administrativa ocorre no enfoque contextual; ou seja, ao se considerar o contexto em que a decisão foi ou será tomada. A decisão, que em regra, destoa do contexto, e do conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina geral norteadora da Administração é que será uma decisão que não obedece a moral administrativa. (2003. p. 139).

Já Di Pietro leciona que alguns doutrinadores entendem que o conceito de moral administrativa é vago e impreciso e acaba por ser absorvido pelo próprio conceito de legalidade. Dessa forma, licitude e honestidade seriam os traços distintivos entre direito e moral, como já bem sabiam os romanos, autores do brocardo latino *non omne quod licet honestum est* (nem tudo que é legal é honesto). Isso porque a moral administrativa está relacionada à disciplina interna da Administração Pública (DI PIETRO, 2003. p. 93). Isso porque:

Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, significa que não basta a legalidade formal, restrita, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública. (DI PIETRO, 2003. p.767)

Para Di Pietro, a inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição foi um reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público; com isso, o objetivo foi reconquistar o conteúdo axiológico do direito, perdido em grande parte com o positivismo jurídico. Percebe-se também a distinção que Di Pietro faz entre legalidade em sentido amplo e legalidade em sentido estrito. Para ela, a legalidade estrita não se confunde com a moralidade e a honestidade, porque diz respeito ao cumprimento da lei; já a legalidade em sentido amplo (o Direito como um todo) abrange a moralidade, a probidade e todos os demais princípios e valores consagrados pelo ordenamento jurídico. (DI PIETRO, 2003. p. 767).

Lúcia Valle Figueiredo, por sua vez, considera o fato de que o princípio da boa-fé administrativa possui estrita simbiose com o da moralidade, ou seja, é co-natural, implícita ao princípio da moralidade. Entretanto, o princípio da moralidade não se confunde com a moralidade comum, significa, na verdade, as regras de boa-administração ao qual o Poder Público está sujeito. Assim leciona Figueiredo: “conjunto de regras de conduta da Administração que, em determinado ordenamento jurídico, são considerados os *standarts* comportamentais que a sociedade deseja e espera (FIGUEIREDO, 2001. p. 56)

Filiando-se a outra corrente doutrinária, que considera que o princípio da moralidade administrativa, tendo sido constitucionalizado, responde por uma moral já jurisdicizada, totalmente diferente da moral comum, há Márcio Cammarosano. Segundo ele “o conceito da moralidade administrativa como condição de validade dos atos da Administração Pública não podem ser pura e simplesmente associado a concepções morais supostamente prevalentes na sociedade” (2006, p. 37).

Dessa forma, considera ele que a incoercibilidade da norma moral, pelo Estado, parece inquestionável. Pelo menos parece inquestionável a incoercibilidade pelo Estado. Mas se a norma moral entra para o Direito, se é jurisdicizada, o preceito que originariamente não era dotado de coercibilidade parece que passa a ser. Assim, leciona que essa constatação só faz reforçar a tese de que

Direito e Moral continuam não se confundindo. A coercibilidade feita pela comunidade jurídica, quer dizer, pelo Estado, segue sendo um dos critérios distintivos por excelência entre o Direito e outros sistemas normativos, como a moral. Assim sendo:

só é possível romper esse círculo vicioso considerando que normas dotadas de coercibilidade – jurídicas, portanto – são aquelas que o Estado edita (ou as que, mesmo não editando diretamente, atribuíra mesma força), seja inovando o mundo normativo (criando norma não existente em qualquer ordem normativa), seja reproduzindo de forma explícita ou implícita, total ou parcialmente, conteúdos normativos de outros sistemas. (CAMMAROSANO, 2006, p. 41)

Assim, ele continua defendendo que não são quaisquer práticas, ou usos coletivos, que constituem fonte de direito, mas apenas os costumes jurídicos, isto é, a prática geral, constante e prolongada, observada com o objetivo, ou com a convicção de corresponder a uma necessidade jurídica”. (CAMMAROSANO, 2006.p. 46)

Para o aludido autor, o que importa ressaltar é que o Direito e a Moral constituem ordens do comportamento humano e que estabelecem cada qual a seu modo, o que deve ser, consubstanciando valores. Assim, ele considera que o princípio da moralidade não está se referindo à moral comum, mas sim à moral jurídica, que para ele significa:

o princípio da moralidade, no campo administrativo não há de ser entendido como singelo conjunto de regras deontológicas extraídas da disciplina interna da Administração. Na realidade, é extremamente mais: diz com os padrões éticos de uma determinada sociedade, de acordo com os quais não se admite a universalização de máximas de conduta que possam fazer parecer os liames sociais. (CAMMAROSANO, 2006. p. 71 e 72)

Considera o autor que é equivocado supor que o princípio da moralidade administrativa remete a uma ordem normativa superior, ou paralela, suplementar ou subsidiária à ordem jurídica posta, é um princípio, segundo a visão deste autor, que se refere ao próprio Direito, que consagra valores que recolhe de outras ordens normativas do comportamento humano, inclusive de ordens morais. São valores pertinentes ao comportamento humano, mas que foram selecionados pelo próprio Direito, e assim, institucionalizados, que se acabaram transformando em valores jurídicos. E, só pelo fato de serem jurídicos é que devem ser obedecidos. Observa Cammarosano:

[...] por força da Constituição de 1988, a existência jurídica do princípio da moralidade administrativa não pode mais ser contestada. Está consagrada como princípio constitucional expresso. E delimitar seu conteúdo não se impõe apenas para saber quando um ato a esse princípio é ofensivo e portanto, viciado. (2006, p. 91)

Em resumo, a Constituição de 1988 apenas tornou expresso princípio que bem antes de sua promulgação já era reconhecido como implícito no sistema, e até denunciado por expressões consagradas constitucionalmente como a expressão *improbidade administrativa*.

Com isso, o autor considera que só se pode falar em ofensa à moralidade administrativa se a ofensa ao Direito caracterizar também ofensa a preceito moral por ele juridicizado, e não é o princípio da moralidade que, de per si, juridiciza preceitos morais. Portanto, violar a moralidade administrativa é violar o Direito, é questão de legalidade. (CAMMAROSANO, 2006. p. 114).

E por fim, transcreve-se a posição de Kele Bahena, ao contrariar o autor citado anteriormente, considera que:

O princípio da moralidade administrativa constitui vetor informador dos demais princípios, não podendo ser tido com mero integrante do princípio da legalidade e nem sua abrangência fica adstrita ao ato administrativo, podendo incidir sobre atos legislativos e judiciais e até mesmo entre os particulares quando se relacionam com a Administração Pública, proporcionando a impugnação de ato formalmente válido, mas moralmente viciado. (2006. p. 51)

Odete Medauar destaca a importância da observação do princípio da moralidade, uma vez que a própria Constituição Federal de 1988 (inc. LXXIII, do art. 5º.) chega a apontar “instrumentos para sancionar sua inobservância”, um deles a ação popular voltada a anular ato lesivo à moralidade administrativa. Para Medauar, a percepção da imoralidade administrativa ocorre na observação do contexto no qual se situa a decisão questionada. (2000, p. 149).

Não são raros os doutrinadores a afirmar a impossibilidade de explicitar o verdadeiro conceito do princípio da moralidade administrativa, no entanto, inegável, do mesmo modo, o reconhecimento do seu conteúdo jurídico.

Está superada a fase da discussão da funcionalidade do princípio da moralidade administrativa, uma vez que está ela constitucionalmente afirmada; não mais estando escorada, como outrora, na legalidade. Assim, há duas conseqüências do princípio da moralidade administrativa: a primeira é que será inválida toda e

qualquer ação administrativa que houver sido concretizada de modo contrário ao princípio da moralidade, e a segunda é que será responsabilizado severamente o agente público que não respeitar tais deveres decorrentes da moralidade administrativa, inclusive por improbidade administrativa (segundo o art. 37, § 4º. da CF/1988 e Lei 8429/1992).

Outro ponto a ser observado é que, aos administradores públicos é conferida discricionariedade; exigindo-se, em contrapartida, probidade. E o que vem a ser probidade senão a conduta reta, íntegra e honrada? Desta feita, moralidade e probidade se coadunam, ambas obrigando o ente estatal. Mas não estão sós, pois se deve chamar à baila, ainda que brevemente, mais um princípio: o da razoabilidade. Nesse sentido, atente-se para o que preleciona José Roberto Pimenta Oliveira (2006, p. 259):

Em termos principiológicos, todo proceder imoral é de *per se* irrazoável, por implicar desviado juízo administrativo de valor no exercício da competência. Para o cumprimento do dever de moralidade administrativa, é pressuposto necessário, mas não suficiente da conduta pautar-se pelo princípio da razoabilidade, ou seja, legitimar-se à luz do dever de idoneidade axiológica, assimilando na relação de correlação estabelecida no respectivo processo de formação entre os pressupostos da ação, conteúdo e fim público colimado (apreendido em sua inserção sistemática na ordem jurídica), em consonância com o plexo de valores e princípios constitucionais. De sorte que toda ofensa ao primeiro princípio é detectável, em sede de aplicação, pela concretização do conteúdo dogmático da segunda, mas a recíproca não se mostra verdadeira: há inúmeros casos de irrazoabilidade em que o agente não menosprezava os valores encampados no princípio constitucional da moralidade administrativa. Assim, em termos jurídico-administrativos, o imoral revelar-se-á desarrazoado, mas nem sempre o desarrazoado incorrerá em vício de imoralidade administrativa.

Assim, a moralidade é um dos vetores da validade da ação administrativa e, tendo em vista sua validade, é absolutamente viável o controle jurisdicional. Tal controle deve ser exercido por toda a sociedade, pois todos são diretamente interessados. Contudo, quanto maior for à efetividade do princípio da publicidade, maior a possibilidade de se evitar a exclusão. Exclusão de toda ordem: social, econômica, étnica, enfim.

Do exposto, percebe-se que não há ainda, no direito pátrio, um direcionamento único dos doutrinadores. Para alguns, após sua constitucionalização, não havia mais como defender a não-importância do princípio da moralidade administrativa. Outros há, contudo, que ainda levantam dúvidas quanto a sua autonomia, muitas vezes considerando-o mero continente do princípio da legalidade,

embora estes realmente não se confundam. Além disso, resta analisar os sub-princípios da lealdade e boa-fé, o que se faz a seguir.

3.2 LEALDADE E BOA-FÉ

Considerada como princípio geral do direito, e, tendo em vista seu vasto campo de atuação, percebe-se a grande dificuldade de conceituar o princípio da boa-fé.

Alípio Silveira (1972, p. 07 e 08), ratificado pela doutrina dominante, divide a boa-fé em dois ângulos distintos: a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. A noção de boa-fé subjetiva, ou boa-fé crença baseia-se na ignorância, na real situação legal, isto é, na conduta humana cujo elemento psicológico é a convicção na legalidade ou na validade da ação. Já a boa-fé objetiva, ou boa-fé lealdade, está inserida na vida jurídica e social, que tem como objeto a lealdade, a honestidade e a probidade, considerando-se o elemento ético, a ciência ou a intenção de não causar prejuízo a outrem e/ou de não burlar a lei.

A boa-fé subjetiva encontra-se ligada ao estado de consciência, do voluntarismo, na intenção do indivíduo e na sua íntima convicção na relação jurídica, significando o conhecimento, o discernimento de estar agindo ilícitamente, com má-fé. Diz-se "subjetiva" justamente porque deve o intérprete considerar a intenção do sujeito na relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Contrária à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem. Assim, a boa-fé crença está voltada à não provocação de prejuízo a terceiro, pois se considera a falta de conhecimento do ilícito na conduta praticada.

Nas palavras de Costa (1999, p. 411):

A expressão boa-fé subjetiva denota o estado de consciência ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se "subjetiva" justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito na relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.

No direito pátrio a primeira alusão à boa-fé está inserida no artigo 131 do Código Comercial de 1850, no entanto, tal dispositivo não teve aplicação na doutrina e na jurisprudência. Após, com a promulgação do Código Civil de 1916, houve apenas meras referências à boa-fé em dispositivos que tratavam dos

contratos de seguro, dos direitos de família e dos direitos possessórios. Com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, no artigo 51, inciso IV, houve a menção expressa do preceito em estudo, com leve enfoque constitucional. Enfim, com o advento do Código Civil de 2002 firmou-se o princípio boa-fé objetiva no ordenamento jurídico nacional nos artigos 422, 113 e 187¹⁸, com funções diversas, quais sejam: integrativa, interpretativa e limitativa, respectivamente.

A incidência do princípio em exame, no Direito Civil, foi assim descrita por Cláudia Lima Marques:

[..] a boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação 'refletida', uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes. (1999, p 106 e 107)

Assim, o princípio da boa-fé, recentemente inserido no Código Civil Brasileiro, está voltado para a segurança dos negócios jurídicos oriundos das transações privadas, e têm como essência a preponderância da honestidade, da confiança, da lealdade e da probidade nas relações.

Em razão desses deveres éticos de conduta, denota-se que o princípio da boa-fé é um dos elementos formadores da moralidade, fazendo parte, portanto, dos preceitos norteadores da Administração Pública, conforme verá a seguir.

Já a boa-fé objetiva está afeta à ideologia do Estado Social, pautada na ética, na moralidade e na justiça, devendo portar-se o agente sempre respeitando a confiança, a honestidade e a retidão.

A boa-fé como conceito ético-social, incide também aos direitos e a todas as pessoas, não apenas àquelas consideradas individualmente, mas em seu todo, inclusive às instituições jurídicas, que devem basear-se fundamentalmente na idéia de bem comum. (SILVEIRA, 1972, p. 10).

¹⁸ Código Civil de 2002, art. 422: os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.; art. 113: os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os costumes do lugar de sua celebração.; art. 187: também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Quanto ao procedimento do indivíduo, para que se enquadre na boa-fé, oportuno citar Martins:

A boa-fé, no sentido objetivo, é um dever das partes, dentro de uma relação jurídica, se comportar tomando por fundamento a confiança que deve existir, de maneira correta e leal; mais especificamente como retidão e honradez, dos sujeitos de direito que participam de uma relação jurídica, pressupondo o fiel cumprimento do estabelecido. (2000, p. 73).

Esta modalidade de boa-fé encontra sua justificação no interesse coletivo das pessoas pautarem seu agir na cooperação, garantindo assim a promoção do valor constitucional da solidariedade, incentivando o sentimento da justiça social e com repressão a todas as condutas que importem em desvio de parâmetros sedimentados de honestidade e lisura.

Constata-se que o princípio da boa-fé objetiva tem como pressuposto a confiança, a conservação dos bons costumes e da cooperação, sendo tal premissa uma regra de conduta que rege as obrigações. Essas obrigações podem ser de três maneiras distintas: os deveres de lealdade e cooperação, deveres de proteção ou cuidado e deveres de informação ou esclarecimento.

Conveniente mencionar a questão da prova da boa-fé. Em ambas as espécies, têm-se que a mesma, até por tratar-se de um princípio jurídico revestido de subjetividade, deve ser presumida, cumprindo a quem alega sua transgressão, prová-la. Nesse terreno é a posição de Clóvis Beviláqua (1927, p. 325): “Ela sempre se presume, enquanto um fato positivamente não autoriza sua existência” [...] “o dolo não se presume deve ser provado”.

Considerando-se que a boa-fé constitui elemento da conduta humana, sua existência, mesmo quando houver dúvida, deve prevalecer suposta, da mesma maneira como ocorre com a honestidade, com a moralidade e com a capacidade (SILVEIRA, 1972, p. 55-56).

Ante o exposto, convém frisar o entendimento de José Guilherme Giacomuzzi (2002, p. 226), de que a boa-fé objetiva possui seu conteúdo dogmático inserido no princípio da moralidade, cuja ligação constitui fator de relevância fundamental, que será demonstrado adiante. Todavia, antes cabível anotar sobre a boa-fé objetiva no âmbito do Direito Civil.

Embora no ordenamento jurídico pátrio seja escasso o estudo doutrinário sobre o princípio da boa-fé objetiva na Administração Pública, todavia,

diante dos argumentos abaixo, tal incidência é plenamente possível.

É sabido que a administração fazendária deve ser regida por regras jurídico-administrativas e também pelos princípios justapostos a ela. A boa-fé objetiva é tida como um princípio autônomo, norteado pela lealdade, honestidade e probidade e pode incidir tanto no direito privado, como no direito público. O Estado Social que busca resguardar os interesses coletivos, deve agir, principalmente, em conformidade com tal premissa para garantir a segurança jurídica e a confiança das pessoas nele inseridas. José Guilherme Giacomuzzi (2002, p. 285), ao citar Mangano, afirma que no direito administrativo a boa-fé é até mais necessária que no direito privado “[...] porque a administração, exercitando um poder mais amplo em relação àqueles dos outros sujeitos participantes do procedimento, deve ser submetida a maiores regras”.

Sobre esta questão, conveniente mencionar o posicionamento de Larenz¹⁹ (1958, p. 144):

La salvaguardia de la buena fe y el mantenimiento de la confianza forman la base del tráfico jurídico y, en particular, de toda la vinculación jurídica individual. Por isto, el principio no puede limitarse a las relaciones obligatorias, seno que es aplicable siempre que exista una especial vinculación jurídica, y en este sentido puede concurrir, por tanto, en el Derecho de cosas, en el Drecho procesal y el Drecho publico.

Partilha do mesmo entendimento Mateus Bertoncini (2002, p. 242) afirmando que o princípio da boa-fé não constitui somente um fato normativo, e sim uma verdadeira norma jurídica, a ser observada como um dever por todos os indivíduos, que devem portar-se segundo a boa-fé em todas as relações jurídicas.

O princípio da boa-fé, segundo José Guilherme Giacomuzzi (2002, p. 277), deve ser observado até com mais razão pela administração estatal, posto que seu comportamento nas relações com os administrados pode ser controlado pela “teoria dos atos próprios”, a qual não a autoriza “voltar sobre os próprios passos”, após firmar posições em que os administrados confiaram, em razão de sua seriedade.

Consubstanciada em uma regra ética e com fundamento legal, e, por

¹⁹ A salvaguarda da boa fé e o manutenção da confiança formam à base do caminho jurídico e, em particular, de toda a vinculação jurídica individual. Por isso, o princípio não pode limitar as relações obrigatórias, sendo que é aplicável sempre que exista uma vinculação jurídica especial, e neste sentido pode coincidir, conseqüentemente, no Direito das Coisas, no Direito Processual e no Direito Público (tradução nossa)

constituir um princípio geral e constitucional, a boa-fé deve ser observada por todo o sistema de normas, especialmente, na Administração Pública.

Ratificando a possibilidade dessa incidência, a primeira norma jurídica nacional (infraconstitucional) que previu a boa-fé no âmbito do direito público, é a Lei Federal nº 9.784/99, Lei do Processo Administrativo, que estabeleceu no artigo 4º, que menciona no seu inciso II a obrigação de “proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé”, alusivo aos administrados e no artigo 2º, parágrafo único, inciso IV: “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”; referente à observância da boa-fé pela Administração Pública.

Conforme já explanado alhures, a boa-fé objetiva está intimamente ligada à moralidade administrativa, ou melhor, aquela está inserida nesta. Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 90), partilha de tal entendimento, ao aduzir que os princípios da lealdade e da boa-fé estão inseridos no âmbito da moralidade.

Para José Guilherme Giacomuzzi (2002, p. 237), nessa mesma linha, a boa-fé tanto está vinculada à moralidade, que faz referência à ligação daquela com o desvio de poder (cujo combate foi precursor da moralidade), ao anotar que a infração ao desvio de poder é também uma forma de violação à boa-fé “porque a Administração deve agir de boa-fé, e isso faz parte de sua moralidade”. Ainda, corroborando os posicionamentos mencionados, tem-se a opinião de Mateus Bertoncini (2002, p. 107): “O ato também deve ser moral, no sentido de possuir legitimidade de conteúdo, ou seja, conteúdo pautado pela Ética e pela boa-fé, além de perseguir o bem comum, sob pena de vício de imoralidade”.

Ressalta-se que a boa-fé de igual forma está vinculada à lealdade, à veracidade, à confiança, à probidade, e à ética, elementos contidos na moralidade, logo, verifica-se que a boa-fé constitui pressuposto da moralidade.

Contudo, a boa-fé também pode decorrer de outros princípios jurídicos, não apenas da moralidade. Jesus González Perez (1983, p. 43-44) refere-se ao princípio da proporcionalidade, ou seja, o dever de adequar-se aos meios e fins entre as medidas utilizadas e as necessidades a serem satisfeitas. Salaria que a Administração Pública deve utilizar dos meios menos restritivos de liberdade, dos que resultem as menores lesões aos direitos dos governados, e que não impõe obrigação ou prestação mais graves que as necessárias para cumprir o interesse

público, asseverando²⁰:

Podría enterarse que uma actuación desproporcionada es contraria a las exigencias de la buena fe, en cuanto, el sujeto adopta una conducta que no es la conducta normal y recta que podría esperarse de una persona asimismo normal. [...] No actúa de buena fe el que grava a outro innecesariamente, el que impone limitaciones superiores a las necesarias para cumplir la finalidad pretendida o exige prestaciones desmesuradas. El principio de proporcionalidad vendrá a coincidir en ciertos aspectos con el principio de la buena fe.

José Guilherme Giacomuzzi (2002, p. 241) enuncia os princípios da solidariedade, da imparcialidade e da confiança. Pela máxima da solidariedade, entende que não se deve garantir apenas o interesse de um indivíduo, mas sim de todos. A vista do princípio da imparcialidade, a boa-fé equipara-se ao comportamento imparcial, independente, neutro e transparente. Já, o princípio da confiança está unido à segurança jurídica, à transparência e à lealdade, consistente na proteção da confiabilidade que o administrado deposita na Administração, afirmando:

[...] a boa-fé administrativa, exige a proteção da confiança dos administrados nos atos da administração. Vai daí que os deveres de lealdade e respeito à ação administrativa anterior, corolários da confiança, estejam hoje constitucionalmente previstos. (GIACOMUZZI, 2002, p. 270)

Ainda, sobre o tema, Jesus González Perez comenta²¹: “La buena fe incorpora el valor ético de la confianza. Representa una de las vías más fecundas de irrupción de contenido ético-social en el orden jurídica, y, concretamente, el valor de confianza”.

Assim, tem-se que embora inserida no princípio da moralidade, a boa-fé igualmente encontra respaldo em outros princípios que regem a Administração Pública.

De outro turno, José Guilherme Giacomuzzi (2002, p. 275), revela algumas conseqüências da boa-fé derivada do princípio da moralidade que devem

²⁰ Poderia se entender que uma atuação desproporcionada é o oposto às exigências da boa fé, assim, o sujeito que adota uma conduta que não é a conduta normal e reta que se poderia esperar de uma pessoa também normal. [...] Não pratica um ato da boa fé aquele que onera desnecessariamente o outro, que impõe limitações superiores as necessárias para cumprir a finalidade pretendida ou exige prestações desmesuradas. O princípio da proporcionalidade coincide, em certos aspectos, com o princípio da boa-fé (tradução nossa).

²¹ A boa-fé incorpora o valor ético da confiança. Representa uma de suas vias mais fecundas de erupção do conteúdo ético social de uma ordem jurídica, e, concretamente, o valor da confiança (tradução nossa).

ser observadas pela Administração Pública, quais sejam:

[...] proibição à inação inexplicável e desarrazoada, vinculada a exercício de direito, que gera legítima confiança da outra parte envolvida; [...] dever de conservação dos atos administrativos, explorando ao máximo a convalidação); [...] proibição ao exercício prematuro de direito ou dever ou retardamento desleal ao ato e à fixação de prazos inadequados); dever de sinceridade objetiva (não só dizer a verdade, mas não omitir qualquer fato ou conduta relevantes ao caso concreto, tampouco se valer de argumentos genéricos ou confusos); dever de informação, no sentido de não omitir qualquer dado que seja relevante na descrição da questão controversa e/ou que possa auxiliar na sua resolução.

Ainda, apropriado ressaltar que a boa-fé objetiva também deve ser aplicada aos contratos administrativos. O fato de impor à administração o dever de atuar com boa-fé objetiva confere aos contratos maior fiscalização para saber se estão sendo firmados com base no interesse público e se não estão eivados de onerosidade excessiva ou de desequilíbrio econômico-financeiro. A esse respeito é o entendimento de Paulo Guimarães Pereira e Diógenes Faria Carvalho (2002, p. 2891):

O interesse público protegido pela moralidade administrativa é reconhecido objetivamente a partir do momento que os contratos se tornam economicamente inviáveis, afetando, por via de consequência, o equilíbrio social de toda a comunidade, abarcada tanto direta como indiretamente pelos efeitos contratuais advindos dessas relações. Arriscando uma opinião, creio que, por meio da invocação do princípio da boa-fé objetiva, poder-se-á estabelecer maior concreção ao interesse público idealizado pela Administração Pública, ou seja, será possível torná-lo mais nítido e palpável, em situações muitas das vezes excessivamente fluidas e determinadas.

A salvaguarda da boa-fé e a manutenção da confiança formam a base de toda a vinculação jurídica individual, devendo-se por isso aplicá-las sempre que exista qualquer vinculação jurídica, seja no Direito Privado, como no Direito Público.

Alguns autores consideram que a diferença qualitativa das partes na relação jurídico-administrativa, o princípio da legalidade que rege a atuação administrativa e a distinta natureza dos interesses em jogo, impedem a aplicação do princípio da boa-fé na esfera pública.

Entretanto, como a desigualdade das partes se deve a uma necessidade imposta pelo próprio serviço prestado pelos entes públicos o que não exclui o princípio da boa-fé, mas ao contrário, exige sua maior vigência.

Já o princípio da legalidade não só quando atua de modo

discrecionalário traz (ou deveria trazer) em si a boa-fé, (talvez até mesmo com maior amplitude), mas também, no agir motivado; por último, o caráter público dos interesses em jogo não implica oposição ou desvinculação aos privados, pois, no fundo, qualquer interesse público também o é privado.

Com efeito, os valores de lealdade e moralidade são especialmente necessários nas relações da Administração com os administrados, tanto é que a nossa atual Constituição Federal enfatiza-os ao expressá-los como princípios da Administração Pública, (art. 37, II). A Administração Pública e o administrado devem adotar um comportamento leal em todas as fases da constituição das relações, em direitos e deveres, e inclusive quando da extinção, fazendo-a suportar os efeitos. O princípio da confiança ou da boa-fé recíproca nas relações de administração é de tal forma relevante que merece tratamento à parte, não obstante ser manifesto resultado da junção dos princípios da moralidade e da segurança das relações jurídicas. O princípio da boa-fé institui o poder-dever de o administrador público zelar pela estabilidade decorrente de uma relação baseada em autêntica fidúcia mútua, no plano institucional.

Mais especificamente ao princípio da boa-fé, os autores têm destacado o caráter informador do mesmo, ainda que não consagrado de modo explícito, servindo à interpretação e integração das normas com uma função informadora que as embasa, de forma harmônica.

A realidade administrativa apresenta dois mundos diferenciados e rigidamente separados: a Administração Pública e os administrados. E, justamente por esta alternância, o princípio da boa-fé constitui causa para a integração, contribuindo para humanizar tais relações. Assim, a Administração Pública não pode exercer seu poder defraudando a confiança devida a quem com ela se relaciona tampouco o administrado pode atuar contra as exigências éticas daquela.

A aplicação deste princípio permitirá ao administrado recobrar a confiança que a Administração não vai exigir-lhe mais do que o estritamente necessário para a realização dos fins públicos almejados; por outro lado, comportará a confiança da Administração em que o administrado que com ela se relaciona adotará um comportamento leal na constituição das relações jurídicas, no exercício de seus direitos e no cumprimento de suas obrigações frente à própria Administração e frente a outros administrados.

A boa-fé da Administração frente ao cidadão consiste na confiança

de que este, não será desleal com o comportamento honesto do administrador público, tampouco vai utilizar a Administração Pública para obter em seu benefício soluções contrárias à boa-fé de outro cidadão.

Considera-se assim que a atuação contrária ao princípio da boa-fé exige uma reação do Direito, operando uma série de efeitos, como a invalidez do ato, ou a conservação do mesmo, resguardando as consequências prejudiciais deste exercício inadequado. Assim, se a norma proíbe toda a atuação discrepante da boa-fé, o ato resultante será contrário ao Direito e portanto, inválido.

Verifica-se que, muitas vezes, a aplicação pura e simples do princípio da legalidade levaria a incongruências, havendo necessidade de se considerar o princípio da boa-fé como dotado de igual hierarquia. Assim, muitas vezes, uma nova orientação adotada pela Administração Pública não pode prejudicar os administrados, considerando o princípio da segurança jurídica e da confiança dos administrados, havendo necessidade do resguardo de situações anteriores. Ora, não se pode esquecer que esse último princípio tem sua origem na própria necessidade de proteção dos indivíduos contra o Estado e que, quando se fala em legalidade, também deve estar ínsita a ideia de submissão aos preceitos constitucionais.

Um valor eventualmente a proteger seria o cumprimento da ordem jurídica. Por outro lado, encontram-se outros valores, merecedores de igual proteção, como a boa-fé, a certeza jurídica e segurança das relações estabelecidas.

Isto posto, anota-se que o princípio da boa-fé objetiva tem várias funções dentro da Administração Pública, consideravelmente na formação e observância do princípio da moralidade administrativa.

3. 3 DIFERENÇAS ENTRE MORALIDADE ADMINISTRATIVA E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Um dos aspectos mais debatidos em relação ao Princípio da Moralidade Administrativa é a sua relação com a Improbidade Administrativa. Importante ressaltar essa diferença, uma vez que seus limites são muito estreitos, o que pode gerar confusão conceitual entre duas coisas que embora similares, são intrinsecamente diferentes.

A Constituição Federal utiliza-se tanto do termo moralidade como do termo probidade. Se o constituinte utilizou-se de termos diferentes, foi porque

buscava expressar ideias distintas.

O princípio da moralidade é gênero, do qual a probidade é espécie. A moralidade administrativa determina a todos os poderes e funções do Estado atuação honesta, reta, direita, de boa-fé, com lealdade. Já a probidade volta-se a um aspecto específico da conduta do administrador. Assim, ela seria o aspecto pessoal-funcional da moralidade administrativa. Pode-se violar a moralidade administrativa sem violar a probidade, isso se na análise da conduta não houver previsão legal tida como contra a probidade administrativa. As possibilidades erigidas por lei que violam a probidade administrativa estão elencadas nos artigos 9º, 10º e 11º da 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa).

Todo ato que viola a probidade também viola a moralidade, mas nem todo ato que viola a moralidade viola a probidade. O ato que viola a probidade administrativa é chamado de ato ímprobo, e estão divididos em três categorias: há o ato ímprobo que importam em enriquecimento ilícito, há o ato ímprobo que causa prejuízo ao erário e o ato ímprobo que atentam contra os princípios da Administração Pública. Assim, improbidade administrativa é uma espécie do gênero imoralidade administrativa, e é qualificada pela conduta do agente público em uma das três categorias citadas anteriormente. Assim, a distinção entre imoralidade administrativa e improbidade administrativa se dá em virtude da conduta do agente.

Sendo a improbidade é uma das formas de se lesar a moralidade, será necessário explicar um pouco sobre ela.

Em atenção à conceituação etimológica da improbidade administrativa, José Afonso Lisboa Neiva (2005, p. 13) observa que o termo improbidade originou-se do latim "*improbitas*" cujo significado é má qualidade, imoralidade, malícia, o que leva a acreditar que significa a qualidade da pessoa que não procede bem, agindo sem dignidade, pois não tem caráter, é a qualidade daquele que é ímprobo, moralmente mau, que viola as regras legais ou morais, portanto, esse termo é ligado ao sentido de incorreção, má fama, desonestidade, má índole.

Quanto à conceituação doutrinária temos a de Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior (1996, p. 35):

Numa primeira aproximação, a improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e

Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo “tráfico de influência” nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos.

Também, para José Antonio Lisboa Neiva (2005, p.17), a improbidade administrativa caracteriza-se pela conduta comissiva ou omissa, dolosamente cometida pelo agente público, ou por quem concorra para a realização de tal ato, que deve ser pautada imprescindivelmente na desonestidade, deslealdade, ou ausência de caráter que ocasionar: “enriquecimento ilícito, lesão ao patrimônio das pessoas jurídicas mencionadas no artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa, ou, ainda, que violasse os princípios da Administração Pública”, conforme disposto nos artigos 9º, 10 e 11 da mencionada Lei.

Logo, improbidade revela a conduta do agente público, conforme citado anteriormente, que age com desonestidade, má qualidade de sua administração, desonradez, corrupção, falsidade, má-fé, contra os princípios da Administração Pública, causando dano ao erário e acarretando enriquecimento ilícito.

Assim, a Lei nº 8.429/92, que significou uma ampliação e uma maior eficácia à perseguição dos atos ímprobos, como também uma real proteção aos entes públicos, até o momento desamparados, enquadrou no dever de probidade figuras que até então abusavam do tesouro público ante a impunidade e a desproteção de tais bens.

Princípio, como já explanado anteriormente, pode ser conceituado concisamente como as normas jurídicas estruturais de um dado ordenamento jurídico. São dotados de maior proeminência porque condicionam toda a interpretação do direito. Logo, haja vista tal superioridade conferida aos princípios, considera-se muito mais grave a transgressão desses do que de uma norma.

Por conseguinte, a Lei nº 8.429/92 enuncia em seu artigo 11 *caput*²², que constitui ato de improbidade administrativa atentar contra os princípios da Administração Pública e aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e

²² Lei nº 8.429/92, Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

lealdade, como também descreve em seu artigo 4º ²³, que os agentes públicos devem zelar pela observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, representando este artigo uma ratificação da norma contida no artigo 37 *caput* da Constituição Federal ²⁴.

Nota-se, ao analisar o artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, que o legislador não se preocupou apenas em proteger o erário, atribuindo ilicitude apenas às atitudes que causam prejuízo patrimonial, material, de ordem econômico - financeira à Fazenda Pública (conforme previsto nos arts. 9º e 10), mas, também se atentou para os valores morais da Administração Pública, proporcionando, assim, melhor controle para os desvios éticos do agente, e, conseqüentemente, efetivando a probidade administrativa.

A vista dessa preocupação denota-se que o artigo em estudo é usualmente conhecido como “norma de reserva”, uma vez que embora o ato ilícito praticado pelo agente não cause lesão ao patrimônio público, nem enseje enriquecimento ilícito, é possível a evidenciação da improbidade administrativa sempre que houver inobservância dos princípios norteadores da Administração Pública. Nessa linha doutrinária situa-se Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior (1996, p. 113):

Conclui-se, pois, que o art. 11 da Lei Federal nº 8.429/92 funciona como regra de reserva, para os casos de improbidade administrativa que não causam lesão ao erário nem importam em enriquecimento ilícito do agente público que o pratica.

Ademais, os princípios enumerados nos artigos 4º e 11 da Lei nº 8.429/92 e no artigo 37 *caput* da Constituição Federal, possuem caráter exemplificativo, podendo configurar improbidade administrativa a transgressão a qualquer outro princípio norteador da Administração Pública. Veja-se, nesse sentido, a lição de José Armando da Costa (2000, p. 106):

Destaque-se, desde logo, que a relação dos princípios catalogados pela disposição legal acima transcrita, sendo dotada de índole meramente exemplificativa, não deixa de recepcionar, no seu legítimo e lógico contexto de compreensão, outros princípios reitores da Administração Pública, e isso, obviamente, desde que ocorra o pressuposto da desonestidade atribuída ao

²³ Lei nº 8.429/92, Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

²⁴ Constituição Federal, art. 37, *caput*: A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

servidor acusado.

Registra-se que as práticas enumeradas no artigo 11 e seus incisos da lei em análise, têm como elemento subjetivo o dolo, que pressupõe a ciência por parte do agente da ilicitude cometida. Conforme já exposto, a norma em questão censura o prejuízo moral sofrido pela Administração Pública, não havendo necessidade de efetiva lesão aos cofres públicos. Logo, vale destacar a lição de Wallace Paiva Martins Júnior (2006, p. 281): “O resultado poderá até ser lícito, porém, se imoral, consistirá o ato em violação dos princípios, e, portanto, improbidade administrativa”.

Nesse contexto, segundo a linha de orientação de José Antonio Lisboa Neiva:

é enfático o julgado do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, não “havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92. a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil”. (2005, p. 17)

Assim, deve-se considerar que apenas a efetiva violação aos princípios configura o ato ímprobo, excluindo as meras irregularidades cometidas pelo agente.

4. INTERFACES ENTRE MORALIDADE E EXCLUSÃO SOCIAL

4.1 INJUSTIÇA, IMORALIDADE E EXCLUSÃO: RELAÇÕES HISTÓRICAS

A Teoria Pura do Direito, elaborada por Hans Kelsen (1998, p. 1 e 2) buscava separar o Direito das influências metafísicas e naturalistas, para vislumbrar a pureza material de que ele é composto. Segundo o doutrinador austríaco, há uma constituição fundamental, primeira, essencial, e que antecede as demais regras porque é delas o norte. Assim, seja como norma primária do ordenamento jurídico, ou como norma fundamental, uma constituição exige a certeza do direito, não se resumindo em documento jurídico, mas em opção política. Explica Paulo Dourado de Gusmão:

tradicionalmente, as constituições têm uma parte introdutória: "preâmbulo", estabelecadora das ideias políticas, jurídicas, econômicas e culturais, que deverão orientar o legislador ordinário em sua tarefa legiferante e inspirar o intérprete na apuração do sentido do sistema constitucional. O 'preâmbulo' encerra, assim, os pressupostos ideológicos da constituição. O 'preâmbulo', ou parte essencialmente política da constituição, pode ser considerado como a premissa fundamental da ordem jurídico-política do Estado. Essa parte consta de normas programáticas, de diretrizes, que deverão inspirar o legislador ordinário. É, assim, um programa a ser realizado pelas novas normas, ou pelas normas vigentes, através da interpretação.(1957,p.36-37).

Desse modo, o preâmbulo da Constituição é, no contexto da obra, o plano diretor que orienta os princípios ali esculpidos, os quais precisam ser concretizados, tanto em nível constitucional quanto infraconstitucionalmente.

Seguindo tal linha de raciocínio e lendo o preâmbulo da Constituição pátria, vê-se que a justiça é um dos valores supremos da sociedade, normalmente compreendida como justiça social, o que é reafirmado pelo inc. I do art. 3º da Carta Magna; a qual estabelece como fundamental a construção de uma sociedade justa. Ao circunscrever a justiça ao espaço da sociedade, o texto constitucional, em síntese, considera que a promoção da justiça na sociedade é um fim do Estado brasileiro. Isso equivale a dizer que se constitui em meta da República Federativa do Brasil a promoção da justiça social. Muito embora o ordenamento jurídico brasileiro não explicita categoricamente o conteúdo jurídico da expressão justiça social, tal pode ser obtido pela interpretação dos próprios dispositivos da Constituição.

Ora, sendo a justiça social a meta fundamental a que se propôs o estado democrático brasileiro, é de se imaginar que todos os esforços converjam

para sua realização, o que implica, em última análise na exigência ética de uma sociedade consciente de que todo ser humano deve ser respeitado em sua dignidade.

Mas não há justiça sem que seja respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana, que é imperativo de existência, contudo, não tem se concretizado, pois para tal, urge que a sociedade realize a almejada igualdade e, conseqüentemente, efetive-se o princípio da não-exclusão.

Pode-se afirmar que a exclusão, a discriminação, a negativa de acesso aos direitos constituídos, e a incipiência das políticas afirmativas têm um elemento comum: a corrupção. Atrelada a ela, o desejo de poder, o qual, para se manter, precisa de um séqüito de miseráveis crédulos nos governantes. Se há corrupção, não há moralidade, e se trata esta de uma constatação histórica, infelizmente.

Desde 624 a.C., quando Nabucodonosor construiu os Jardins Suspensos da Babilônia para satisfazer sua esposa, a rainha Meda, passando pelos devaneios do Brasil Império; pelo governo Getúlio Vargas, no qual se iniciaram em nosso país os escândalos públicos (principalmente na administração indireta); bem como pela Ditadura Militar, em cujo período se deu a publicação do Ato Institucional nº 5 (1968), que feriu gravemente a democracia popular; e, ainda, há pouquíssimos anos, pelo Governo Collor, marcado pela corrupção e pelo *impeachment* presidencial; são notórios os atos imorais dos administradores públicos destituídos de qualquer respeito ao dinheiro público, os quais, deliberada, fútil e egocentricamente, gastam-no de maneira a não trazer benefícios para a coletividade, sua legítima titular.

A corrupção está intimamente ligada a fatores como a cultura e a educação de seu povo. Segundo ensina Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2002, p. 131), pode ser assim conceituada:

Etimologicamente, corrupção deriva do latim *rumpere*, equivalente a romper, dividir, vindo a gerar o termo *corrumpere*, que significa deterioração, depravação, alteração, sendo largamente coibida pelos povos civilizados, isto em razão dos conhecidos males que a venalidade que envolve o exercício da função pública causa ao interesse da *polis*. A corrupção, em essência, consiste na obtenção de vantagem ilícita em decorrência de um ato próprio do ofício do agente.

Logo, pode-se conferir muitos atos corruptos praticados pelos

gestores públicos que infringem os princípios básicos da Administração Pública, ora buscando vantagens materiais, ora privilégios particulares, não separando o bem público do privado, como, por exemplo, em suas campanhas políticas, que dependem dos financiamentos de empresas privadas, pré-ajustando que, em caso de vitória, tais empresas serão recompensadas com obras e serviços sem licitação, desvirtuando a legítima função do agente, ou seja, zelar pelo interesse público, e constituindo a mazela social atravessada.

Além da insensatez detectada nos atos de gestão, é mais calamitoso admitir que em um país como o Brasil, o qual se constitui como um Estado Democrático de Direito; cuja Carta Maior assegura em seu artigo 1º que todo o poder emana do povo, possa por ele ser traído, através de sua conduta omissiva, uma vez que a facilitação da corrupção pelo comportamento conformista e tolerante da população compromete o desenvolvimento do país e do próprio cidadão, faltando-lhe saúde, educação, alimentação, segurança, dentre outras necessidades básicas e garantias constitucionais.

No entanto, apesar da discricionariedade do administrador e da inércia dos administrados, que advém de longa data, também o é a luta contra a corrupção, conforme menciona Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2002, p. 131-132):

Além da previsão expressa nas escrituras sagradas, a venalidade da justiça consubstanciava uma preocupação comum das antigas legislações. “O juiz corrupto, pela lei mosaica, era punido com a flagelação, e na Grécia com a morte. Conta à história que o rei Cambises mandou esfolar vivo um juiz venal, cuja pele foi guarnecer a cadeira onde devia sentar o seu substituto. No antigo direito romano, a pena capital era igualmente cominada aos magistrados que mercadejavam com a função. A Lei das XII Tábuas declara: ‘*Si Judex aut arbiter jure datur ob rem judicandam pecuniam acceperit capite luito*’”, o que denota o primeiro traço de combate à corrupção entre os romanos, impondo a pena capital ao juiz que recebesse dinheiro ou valores (*qui pecuniam acceperit*).

Posteriormente, surgiram leis que abrandaram as sanções cominadas à corrupção, como a “*lex de repetundis*”, que dava ênfase somente à restituição do prejuízo ao erário, deixando de cominar penas de violência à pessoa, de acordo com o explanado na obra de Wallace Paiva Martins Júnior (2006, p. 06):

a repressão da improbidade administrativa não é inédita, colhendo em Roma a *lex de repetundis*, que sancionava os delitos de improbidade dos administradores públicos desonestos com o ressarcimento do dano ao erário, e, em seguida, a *lege Julia*, com drásticas penalidades (devolução em quádruplo dos prejuízos, exílio, perda dos direitos civis).

Não obstante a severidade das sanções, não se logrou êxito em conter a corrupção, que se disseminou por todos os órgãos, cada vez mais, como um câncer em sua fase de metástase. Segundo Garcia e Alves (2002, p. 131-136), vislumbram-se outras tentativas de combate à desonestidade administrativa, como a de Justiniano, que cominou penalidades pecuniárias e a perda dos direitos civis aos juízes corruptos. Na idade média, puniam-se não só os juízes, mas também outros agentes públicos. As Ordenações Filipinas, que vigoraram no Brasil e em Portugal, vedavam o recebimento de vantagens por parte dos oficiais de justiça e da fazenda. Após a Revolução Francesa, pacificou-se a tese de que o agente deveria reparar os prejuízos causados ao patrimônio do Estado, derivados de sua conduta ilícita, admitindo a responsabilidade penal e civil. Até o Código Criminal Brasileiro de 1830 tipificou a corrupção.

Após esse pequeno histórico, importa a noção de que a corrupção é fenômeno capaz de inviabilizar o desenvolvimento porque está relacionada à aplicação de recursos públicos e privados e também diz respeito ao modo pelo qual são estabelecidas as relações entre os membros que compõem a sociedade.

Tal fenômeno alimenta baixos índices sociais e econômicos, contribui decisivamente para injustas estratificações e é capaz de comprometer, dentre outros, o princípio republicano, a democracia e os valores essenciais aos homens, como a igualdade, a dignidade e a liberdade. A corrupção se mostra indissociável de qualquer Estado ou regime político sério e democrático; e não constitui privilégio de tiranias ou democracias. Não é fato próprio de países do Terceiro Mundo ou em estágio de desenvolvimento menos avançado; a corrupção se apresenta em toda e qualquer sociedade.

O Brasil já mantém razoavelmente estruturado um sistema normativo capaz de reprimir a improbidade administrativa, os ilícitos do colarinho branco, a corrupção em todas as suas formas. Historicamente, no entanto, manteve o Estado brasileiro triste associação da corrupção como sinônimo de enriquecimento ilícito do agente público, o que redundava em injustiças/desigualdades sociais e exclusão.

É de se perceber que a massa de trabalhadores, advindos dos tataravós índios e negros desta sociedade, foi a que menos se beneficiou do progresso e do desenvolvimento tecnológico; ainda que formasse a força motriz do trabalho em terras tupiniquins. O europeu e seus descendentes, bem como os

orientais, também trabalharam duramente, mas gozaram, outrora, de uma posição privilegiada, que se reflete, atualmente, na posição social que ocupam em relação ao trabalho e à economia. A exclusão, a miséria e a imoralidade têm caminhado juntas ao longo da história da formação do nosso povo.

Após a redemocratização brasileira, com a liberdade da imprensa e o acesso a informações administrativas antes vedadas, vieram a lume casos de corrupção, mostrando vários episódios que anteriormente não poderiam ser divulgados publicamente. Não obstante, a veiculação deste tipo de informação não é apenas o que se deseja, mas a drástica redução, e se possível, a eliminação, de toda espécie de corrupção, benefício, favorecimento ou qualquer outra forma de injustiça que atinja a dignidade do homem brasileiro.

Há algumas décadas, a corrupção é tema que preocupa todas as nações, e não há Estado que não reconheça a sua própria incapacidade em combatê-la internamente, ou sem a ajuda ou a cooperação de outras nações; isso porque se percebeu que um ato de corrupção nunca é um ato isolado, ele vem acompanhado do fortalecimento de organizações criminosas e do aumento das desigualdades sociais, uma vez que desvia dinheiro público da sua correta alocação.

Entretanto, um tema pouco explorado é a totalidade dos efeitos da corrupção. Eles podem ser divididos em efeitos visíveis e efeitos invisíveis. Dentre os efeitos visíveis, citam-se:

- ineficiência de serviços por conta do desvio na alocação de recursos disponíveis, provocando distorções e comprometendo a qualidade de vida do povo;

- concessão de privilégios que, não raro, ensejam um ambiente de contratação de mão-de-obra e/ou serviços deficientes;

- afugenta investidores honestos, na medida em que para a máquina burocrática funcionar há necessidade do suborno, e, se há um concerto mundial crescente de reprovação em não admiti-la mingam os investimentos externos e há o comprometimento do desenvolvimento econômico e social;

- comprometimento dos recursos naturais em escala indesejada e derivante da escassez de recursos de investimentos. Na medida em que as despesas públicas são encaminhadas para áreas inúteis e há o desencorajamento de investimentos externos, a indústria, a ciência e tecnologia ficam comprometidas;

- aumento da criminalidade, ao necessitar de meios para a lavagem

do dinheiro e para a remessa ilegal para o exterior e da própria população, que usurpada em seus direitos mais básicos vê na marginalidade uma saída para a indignidade.

Já em relação aos efeitos invisíveis da corrupção, dois podem ser identificados: a elevação do grau de desconfiança do povo em relação às instituições estatais; o perdimento de níveis razoáveis de desenvolvimento social. Um efeito invisível da corrupção é que incute no homem a idéia de que a moral está associada ao dinheiro e não relacionada no atendimento ou não das necessidades do povo, do interesse público, do aperfeiçoamento do serviço público, mas que pode ser resumida na transgressão de interesses públicos por interesses privados, sejam ou não patrimoniais.

O segundo efeito invisível da corrupção é detectado nas ruas, praças e grandes cidades, sobretudo. Há miséria e uma legião de não – assistidos pelo Estado, que nega a seu povo acesso ao desenvolvimento tecnológico, à saúde pública e à educação eficientes e menos onerosas. A associação de dado investimento externo com o pagamento de propinas ou de vantagens, ou encarece o produto final ou inviabiliza o próprio investimento.

Se o que se necessita é vital, o Estado deve prover e, por isso, a receita pública mingua em outros setores, o círculo vicioso da corrupção atinge assim o seu ápice: alimenta o enriquecimento de alguns e estabelece a definitiva dependência de todos.

É de se notar que a ineficiência e a imoralidade estatal chegaram a níveis tais, que os cidadãos comuns se viram obrigados a tomar as rédeas da situação, o que facilmente se constata diante do crescimento do terceiro setor. Apesar de haver muitos órgãos, associações e entidades sérias, não escapam, assim como o poder público, das garras da imoralidade, da injustiça e da exclusão. O Estado, incapaz de gerir adequadamente seus recursos, mostra-se também incapaz de fiscalizar as ações voltadas à coletividade ou a setores menos privilegiados da sociedade.

Assim, não obstante haja um terceiro setor comprometido, atuando com moralidade, diminuindo o abismo social e, por consequência a exclusão, algumas instituições/entidades padecem do mesmo vício da falta de moralidade. O que, infelizmente, corrobora o dito popular: “cada povo tem o governo que merece”. Mas qual seria a solução?

Para exterminar esse mal, um dos antídotos mais eficientes seria uma maior aplicabilidade do princípio da moralidade administrativa, pois é o único que poderia reverter esse quadro pernicioso e acabar com a impressão de que “O Estado está à venda”. Segundo Silva, é inegável a “importância do princípio da moralidade administrativa no combate à corrupção na Administração Pública (2000, p. 122).

Assim, um ato que fere a dignidade da pessoa humana é um ato imoral administrativamente, porque há uma ligação direta entre a moralidade, a dignidade e a inclusão. Desde que Kant (SILVA, 2000, p. 146) definiu que no reino dos fins, as coisas têm um preço ou tem uma dignidade, definiu também, de forma correlata, que a dignidade possuiu uma parte intrínseca em si de moral, de moralidade. Se a moralidade faz parte do conceito de dignidade, não é ilógico supor que dentro do ordenamento jurídico, a moralidade administrativa também faça parte do conceito de dignidade. Se a moralidade administrativa é um standart, um modelo de comportamento a ser seguido interna corporis pela Administração Pública, é certo que esse modelo deverá abarcar os princípios constitucionais e atender aos objetivos expressos no texto constitucional. Ora, se o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional, ele deverá fazer parte desse “modelo” a ser seguido pela Administração Pública.

Da mesma forma é válido afirmar que um ato que fere a inclusão social é um ato imoral administrativamente, porque se o princípio da inclusão social deriva dos objetivos do Estado brasileiros, se o princípio da inclusão social também faz parte da dignidade da pessoa, ou seja, para proteger a dignidade também deverá ser protegida a inclusão social, se o princípio da inclusão social também está disciplinado constitucionalmente de forma implícita e a sua promoção é um dos objetivos expressos no texto constitucional, esse princípio deverá fazer parte do “modelo” a ser seguido pela Administração Pública. Assim, o círculo se fecha. Ao obedecer à moralidade, automaticamente está se obedecendo a dignidade a inclusão social.

4.2 MORALIDADE ADMINISTRATIVA COMO ANTÍDOTO CONTRA A EXCLUSÃO

Para o constitucionalista português Canotilho (2000, p. 189) o sentido histórico, político e jurídico da Constituição escrita continua válido, é a

Constituição que estabelece a ordem jurídica fundamental de uma comunidade, que garante direitos humanos, define fins e tarefas. Todos os esforços devem se dar no sentido de garantir que os princípios jurídicos elencados possam atingir os objetivos colimados, pois os princípios constitucionais “valem como lei”, possuindo força impositiva, coercitiva e bilateral atributiva.

Desta feita, seguir à risca a determinação de moralidade é mais que um dever político, é uma obrigação jurídica dos governantes, a qual traz por consequência, a manutenção da dignidade e a diminuição da injustiça, que gera exclusão.

Os novos fenômenos econômicos que deram origem aos processos de inclusão/exclusão social afetam diretamente o direito público, principalmente o Direito Administrativo. A concorrência econômica, a pressão por novos mercados, o aumento do desemprego também pressionam o poder público a rever suas estratégias de governabilidade e influenciam nos processos de desformalização, desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, pressionando pela abdicação de determinadas funções públicas do Estado por meio dos programas de privatização, investindo na ideia de um estado meramente regulador, com a negação da ideia de justiça distributiva, via ação fiscal, e pelo crescente condicionamento de todas as esferas da vida pelos valores e regras do mercado, corroendo os fundamentos igualitários da própria democracia.

Os princípios básicos e os padrões morais inerentes aos direitos humanos e aos direitos sociais - liberdade, dignidade, igualdade, solidariedade e inclusão econômica, por exemplo - estão em desvantagem na colisão frontal com os imperativos da economia globalizada, como a produtividade, a competitividade e a acumulação de riquezas levadas ao extremo. Na tentativa de converter as obrigações públicas em negócios privados e reduzir os titulares dos direitos sociais e dos direitos humanos ao papel de meros "clientes", e transformar o acesso a serviços essenciais, que deveriam ser fornecidos pelo Estado, ao acesso de bens adquiridos por compra e venda, amplia-se o abismo social e, por consequência, a exclusão social.

Aquele que não tem poder de compra, ou seja, os normalmente conhecidos como "excluídos" no plano econômico, convertem-se também nos "sem direitos", nos “excluídos” no plano jurídico, como se não fossem titulares de direitos subjetivos públicos. A falta de moralidade e a corrupção constituem-se em

verdadeira doença social. O antídoto contra essa doença social estaria em oferecer um padrão de moralidade e comportamento ético que combatesse essa exclusão.

Percebe-se, também, a deterioração difusa do tecido social, é crescente a violência urbana e a multiplicação dos espaços onde a autoridade estatal enfrenta dificuldades para se impor de modo efetivo. Visualiza-se a expansão do crime organizado, do terrorismo, do contrabando, do narcotráfico, das operações de lavagem de dinheiro, das demais fraudes financeiras, das migrações ilegais e das diferentes formas da criminalidade difusa, delitos esses que se caracterizam por seu caráter cada vez mais transnacional, na medida em que envolvem sofisticadas redes de transgressão. Redes que sobrevivem porque há países e políticas de governo que negam ao cidadão o acesso ao trabalho, à saúde, à educação, enfim, à vida digna em sociedade.

Conclui-se que o processo de globalização não se reduz às economias de mercado, mas já pode ser verificado na criminalidade que ultrapassa fronteiras nacionais, implantando-se pela via da exploração legalizada ou pela mão do crime constituído.

Para obter maior eficiência no combate às novas formas de criminalidade, os Estados passaram a reformular seus esquemas de controle e prevenção dos delitos, seja ampliando o caráter punitivo-repressivo de suas normas penais, seja esvaziando o processo penal de suas feições garantistas; seja assinando tratados internacionais para uma atuação conjunta em termos continentais.

Entretanto, o grande problema dessa estratégia são suas implicações sociais. Em outras palavras, essa política encerra o risco de criminalizar os "excluídos", do ponto de vista socioeconômico. Conforme se viu na tendência anterior, eles foram duramente atingidos pela revogação dos monopólios públicos, pela privatização dos serviços essenciais, pela subsequente conversão do "cidadão" em consumidor, pela desconstitucionalização e deslegalização dos direitos sociais. Mas isso não significa que eles - os "sem direito" estejam dispensados das obrigações e responsabilidades estabelecidas pela ordem jurídica.

Por isso, uma nova forma de lidar com esse tipo de problema talvez esteja sob a égide do princípio da moralidade. Já que a economia de mercado lança sua influência sobre a vida social, uma estratégia válida é conter o esfacelamento dos valores sociais por meio do princípio da moralidade administrativa.

Mostra-se fundamental, na perseguição da concretização do princípio da moralidade, a atuação do Poder Judiciário, o qual, de acordo com Alexandre de Moraes (2004, p. 101) deve proceder à análise dos atos administrativos não apenas com base na legalidade estrita, mas a legalidade carregada de legitimidade, para que seja lícito, correto e bom, o ato deve estar de acordo com a moralidade administrativa, visando o interesse coletivo.

Há quem possa se perguntar como deve ser o *modus operandi* do Judiciário, como saber se o ato está, ou não, eivado de vício? Quem ensina esta lição é Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos. Por isso mesmo, a imoralidade salta aos olhos quando a administração é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia, segurança, educação, isso sem falar no mínimo indispensável à existência digna. Não é preciso, para invalidar despesas desse tipo, entrar na difícil análise dos fins que inspiraram a autoridade; o ato em si, o seu objeto, o seu conteúdo, contraria a ética da instituição, afronta a norma de conduta aceita como legítima pela coletividade administrada. Na aferição da imoralidade administrativa, é essencial o princípio da razoabilidade (2001, p. 111).

Ao conter valores que não são ilegais, mas mesmo assim são prejudiciais ao tecido social, a moralidade, principalmente a que é tratada no âmbito da Administração Pública, oferece uma via plausível de controle social. O próprio Estado, ao dar o exemplo, garante uma maior adesão social às decisões tomadas, e isso, em um curto espaço de tempo pode se reverter em uma mudança social muito grande.

Embora a regra de uma economia globalizada seja a da produtividade obtida às custas da degradação salarial, da rotatividade no emprego, no aviltamento das relações trabalhistas, da informatização da produção e do subsequente fechamento dos postos convencionais de trabalho, e a consequência marginalização econômica que isso traz; essa marginalização econômica não necessariamente será revertida em marginalidade social, ou até mesmo em marginalidade criminal.

A formação de complexas e intrincadas redes sociais, com a

submissão, o consentimento, a cumplicidade e a colaboração de comunidades inteiras, principalmente aquelas cuja população é formada por excluídos da economia formal, o que amplia o desafio do combate ao crime organizado e transterritorial. Por isso, os problemas criados pelas novas formas de atuação do Estado na economia são tão importantes.

Trazem-se então alguns exemplos de atuação do princípio da moralidade, e de como ele pode combater a exclusão social.

1) nomeação de parentes para ocupar cargos em comissão (nepotismo) – a nomeação de parentes para ocupar cargos em comissão é contra o princípio da moralidade administrativa, além de desrespeitar também o princípio da impessoalidade e da isonomia. Em tal caso, a Administração Pública age com pessoalidade, beneficiando uns em detrimento de outros. Além disso, em épocas de crise econômica como a que enfrentamos, os cargos oferecidos pelo Estado transforma-se em uma alternativa viável de sobrevivência, o que traz mais um motivo para que eles não devam ser distribuídos entre apadrinhados políticos;

2) mordomias não condizentes com tempos de austeridade – em tempos de austeridade todo gasto público tem que ser controlado, para ser aplicado onde ele é realmente necessário. As “mordomias”, ou seja, gentilezas concedidas a alguém apenas em virtude do cargo que este alguém ocupa oneram o erário público, trazendo gastos desnecessários em tempos nos quais esses gastos são preciosos em outros lugares. A receita pública mal aplicada, ou direcionada a lugares onde ela não é necessária pode influenciar, e muito, na exclusão de considerável parcela de população de baixa renda, pois esses recursos poderiam ser melhor aproveitados em saúde e educação, por exemplo.

3) licitação que estipule acordo prévio entre os concorrentes ainda que o resultado prévio seja positivo – se a própria Administração Pública, que deve dar o exemplo não o faz, então quem fará em lugar dela? Sócrates já dizia, que é preciso que os bons obedeçam as leis injustas, para que os maus obedeçam as leis justas. Se a própria Administração Pública é a primeira a não obedecer ao princípio da moralidade, se é a primeira a se importar apenas com o lucro, em detrimento dos padrões morais que devem ser seguidos, então como ela poderá exigir comportamento diverso do particular?

4) nos contratos celebrados sem prévia concorrência pública – por um lado, a própria Administração tem que dar o exemplo e preocupar-se para que as

concorrência públicas tragam exemplos éticos, além da melhor proposta possível. Mas também não há como se ter bom exemplo ético na Administração Pública se foi-se desrespeitado a princípio da impessoalidade e da isonomia. O princípio da moralidade também vela pela aplicação dos outros princípios.

5) na compra ou venda irregular de bens móveis ou imóveis – outro exemplo que, se a própria Administração não age no sentido de dar o exemplo, como poderá cobrar isso do particular? Ela deve ser a primeira a obedecer a lei.

6) não realização de concurso público para provimento de cargo na Administração – A não realização de concurso público não só tira a oportunidade de muitas pessoas concorrerem para os cargos em aberto, situação que poderia melhorar a vida econômica de muitas famílias, mas também fere a princípio da moralidade, ao não tratar os cidadãos com o critério ético que lhes é devido.

7) não concessão de vistas das provas em qualquer concurso público – sugere que a Administração Pública tem algo a esconder, ou vai privilegiar algum candidato específico, o que também cai na categoria de que os cidadãos tem que ser tratados com os cuidados éticos que lhes são devidos.

8) acumulação proibida – acumulação proibida de bens ou de dinheiro público lesa não só os cofres da Administração Pública, mas também lesa os destinatários daquelas verbas, pois eles não poderão contar com o dinheiro público que deveria ir para alguma obra (necessária) e que foi desviado para ser acumulado indevidamente.

9) corrupção – a corrupção, é, sem dúvida, o melhor exemplo de ato contra o princípio da moralidade que contribui para a exclusão social. Os atos de corrupção desviam o dinheiro público da finalidade prevista. Assim, uma obra pública necessária, que fará falta a uma população carente, já excluída ou as margens da exclusão não será feita, o que contribui mais ainda para a degradação social.

10) despesas excessivas com publicidade - uma boa Administração Pública não precisa se preocupar com a publicidade dos seus bons atos ou de suas boas obras. Uma boa destinação ao dinheiro público ou a realização de uma obra social há muito esperada não passará em branco. A população vai ver o que foi feito. Já uma administração não tão boa, ou deliberadamente ruim precisa convencer, por meio de muita propaganda, que está fazendo algo de bom, quando na verdade não está.

O desempenho do ente estatal deve ser exemplo de conduta moral voltada para a justiça. Não se pode negar que a sociedade está em constante

tensão, tanto no âmbito social quanto econômico, com repercussão nas demais esferas da sociedade, entretanto, o Direito pode, e deve, oferecer meios para superação de crises, controle administrativo e distribuição dos direitos e garantias suficientes à realização da dignidade e da justiça social.

CONCLUSÃO

Da análise dos fatores que contribuíram para a formação do ordenamento brasileiro, passando da gênese da exclusão social, pela importância do princípio da dignidade da pessoa e da inclusão social, explicitados também pelo princípio da moralidade administrativa e as inter-relações entre eles, desprende-se algumas conclusões, a saber:

1) Na era colonial, a formação jurídica do Brasil deu-se dentro de uma relação metrópole – colônia, relação na qual o País ocupava um lugar bem definido de fornecedor de matéria-prima. Assim, o direito legitimava uma situação sócio-econômica, sendo uma das manifestações do domínio português percebidas em Solo Pátrio. Já na era imperial a construção do ordenamento jurídico resumia em si própria à construção do País, na qual o direito também ocupava um papel definido de continuador e / ou transformador das estruturas sociais de acordo com o projeto político surgido com a independência. Ressalta-se que já nessa época a exclusão de parte da população era marca característica do País.

2) O processo de mundialização do capital, também conhecido como globalização, tem reflexos muito específicos em um país como o Brasil, de economia emergente e que não chegou realmente a implementar o Estado de Bem-Estar Social como previsto na Constituição de 1988. Dentro desses reflexos, podemos citar o aumento da exclusão social e o fato de que a Administração Pública começa a ter problemas para instituir e cobrar tributos em um mercado globalizado que, ao menor sinal de aumento de impostos, as empresas podem mudar não só de região, mas de país, começa a ter problemas para estimular e/ou promover o crescimento e garantir a efetivação dos direitos e garantias sociais, sempre acossados pelo mercado.

3) Com a constitucionalização dos princípios jurídicos adotada pela Constituição de 1988, a conceituação doutrinária do que são princípios, sua importância e sua concretização adquiriu contornos mais veementes, propiciando um amplo debate, que sugeria uma nova forma de sistematização e adequação dos princípios jurídicos.

4) A luta histórica pela implementação e concretização dos direitos humanos adquiriu novos contornos após a Segunda Guerra Mundial, lançando-se com isso o princípio da dignidade da pessoa humana a patamares jamais vistos

anteriormente, valor este encampado no ordenamento jurídico pátrio pela Constituição de 1988.

5) O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana impõe aos Poderes do Estado o dever de promover a inclusão social de todos, inclusão esta que, sendo uma garantia fundamental, por um lado apresenta a afirmação do cidadão em face do Estado, evitando qualquer tipo de abuso; e por outro lado, a própria afirmação do Estado em prol do cidadão para a realização dos seus direitos, evitando qualquer exclusão social e contribuindo também para a promoção da dignidade da pessoa humana, numa relação circular e simbiótica entre os princípios.

6) Neste contexto, surge o Direito Administrativo constitucionalizado, o que dá novo sentido ao princípio da moralidade administrativa, que após a sua constitucionalização, teve de ser admitido mesmo por aqueles doutrinadores que não viam a necessidade de sua existência. Entretanto, nem a constitucionalização impediu que ele ainda fosse confundido, ou então considerado apenas um sub-princípio da legalidade.

7) Também é necessário considerar que o princípio da moralidade administrativa contém, em si, como corolários, a lealdade e a boa-fé, que também não são muito explorados no nosso ordenamento jurídico publicístico, precisando de maiores esforços doutrinários na sua contemplação.

8) Mesmo assim, a existência desses princípios, tanto o da moralidade como os seus corolários têm um importante papel na manutenção de uma Administração Pública ética, moral, comprometida com o cidadão. Além disso, esses princípios também guardam em si o potencial de reverter, ou de minimizar situações de exclusão social decorrentes da nova ordem econômica mundial, tanto por ensejarem um melhor aproveitamento do dinheiro público como também ao garantirem padrões éticos de proteção a esses cidadãos.

9) Um ato que fere a dignidade da pessoa humana é um ato imoral administrativamente, porque a dignidade possuiu uma parte intrínseca em si de moral, de moralidade. Se a moralidade faz parte do conceito de dignidade, a moralidade administrativa também faça parte do conceito de dignidade. Se o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional, ele deverá fazer parte do “modelo”, do standart, a ser seguido pela Administração Pública, certo que esse modelo deverá abarcar os princípios constitucionais e atender aos objetivos expressos no texto constitucional.

10) Da mesma forma é válido afirmar que um ato que fere a inclusão social é um ato imoral administrativamente, porque a inclusão social também faz parte da dignidade da pessoa, a inclusão social também está disciplinada constitucionalmente de forma implícita e a sua promoção é um dos objetivos expressos no texto constitucional. Assim, esse princípio deverá fazer parte do “modelo” a ser seguido pela Administração Pública. Ao obedecer a moralidade, automaticamente está se obedecendo a dignidade a inclusão social.

11) Desta feita, buscou-se com esta dissertação, destacar a moralidade administrativa como antídoto contra a injustiça e a exclusão, pois este; em articulação com o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana e da inclusão social pode se constituir em ferramenta valiosa para combater os males da desigualdade que geram conflitos e deixam à mostra as muitas falhas que o Judiciário ainda tem que enfrentar e, para as quais, tem buscado soluções no ordenamento e na noção de Justiça que deve permear a vida em sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. 607 p. Título original: Theorie der grundrechte.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos humanos**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p. Título original: Theorie der Grundrechte.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. São Paulo: Editora Abril Cultural e Industrial S.A., 1973.

BAHENA, Kele Cristiani Diogo. **O Princípio da Moralidade Administrativa e seu Controle pela Lei de Improbidade**. Curitiba: Juruá, 2005. 168 p.

BALBINO, Renata. O princípio da boa-fé objetiva no novo Código Civil. **Revista do Advogado**, n. 68, dezembro de 2002.

BARBEIRO, Heródoto; CANTELE, Bruna Renata. Sistema colonial: início da dependência. In: _____. **Ensaio geral: 500 anos de Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1999. p. 31 – 34.

BARBOZA, Márcia Noll. **O Princípio da Moralidade Administrativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRANDÃO, José Antônio. Moralidade Administrativa. In: **RDA**, n. 25, Rio de Janeiro, julho / setembro de 1951, p. 454 a 467.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 56 de 20 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>. Acesso em: 20.11.08 às 08h32.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos humanos na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 797 p.

BORGES, Alice Gonzáles. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? In: **Revista Interesse Público**, ano 8, n. 37, maio/jun de 2006, Porto Alegre: Notadez, p. 29-48.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005. 257p.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional**.

Disponível em:

http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/Cancado_Bob.htm.
Acesso em 01.01.2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2000. 1461 p.

CAMMAROSANO, Márcio. **O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CARVALHO, Diógenes Farias de; PEREIRA, Paulo Guimarães. **A Boa-fé Objetiva como Parâmetro de Análise dos Contratos Administrativos**. Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte: Fórum, n. 23, nov, 2003. p. 2889 – 2896.

CASTEL, Robert. A dinâmica dos processos de marginalização: da vulnerabilidade à desfiliação. **Cadernos CRH**, n. 26 e 27, 1997, p. 19 a 40.

CHAUNU, Pierre. Portugal: o pioneiro dos mares. IN: **História Viva Grandes Temas: As muitas conquistas da América**. Edição especial temática n. 23. São Paulo: Duetto Editorial, 2008. p. 30 a 33.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio F. Elias; SANTOS, Marisa F. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. .

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 246 p.

COCURUTTO, Ailton. **Os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Inclusão Social**. São Paulo: Malheiros, 2008.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana**: teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, José Armando da. **Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**, 1^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

COSTALONGA JÚNIOR, Ademir João. **Função Social da Propriedade: Liberalismo, Teoria Comunitarista e e Constituição de 1988**. 2006. Dissertação (Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito) – Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes – RJ.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Neoliberalismo e Direito**: repercussões no ensino jurídico. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, vol. 32, 1999, pág. 55 e ss.

COVRE, Maria de Lourdes Manzini. **O que é cidadania**. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 1991.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. vol 1. arts. 1º/5º, incisos I a LXVII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

CRISTIANI, Cláudio Valentin. O Direito no Brasil Colonial. IN: WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. 2ª ed. 4ª tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p 331 a 348.

CURY, Vera de Arruda Rozo. **Introdução à Formação Jurídica no Brasil**. Campinas: Unicamp, 2002. 224p.

DALLARI, Dalmo. **O que é participação política**. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Abril Cultural / Brasiliense, 1984.

D'ANGELO, Suzi; D'ANGELO, Élcio. **O princípio da probidade administrativa e a atuação do Ministério Público**. Campinas, São Paulo: LZN Editora: 2003.

DEL PRIORE, Mary. Família na colônia, um conceito elástico. IN: **História Viva**. Ano III, n. 35. Setembro. São Paulo: Duetto Editorial, 2006. p.82 a 85.

DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípio da Eficiência & Moralidade Administrativa**. 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008. 121 p.

DIAS, José; e DIAS, José Francisco de Assis. **Direitos Humanos: Fundamentação Ontoteológica dos Direitos Humanos**. Maringá: Unicorpore, 2005, 248 p.

DIAS, Madalena Marques. As bravas mulheres do bandeirismo paulista. IN: **História Viva**. Ano II, n. 14. dezembro. São Paulo: Duetto Editorial, 2004. p.88 a 93.

DINIZ, Janguê. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos humanos. Folha de Pernambuco, edição de 12/10/07. Disponível em <<http://www.mauriciodenassau.edu.br/artigo/listar/rec/273>> Acesso 30/10/2008 23h19min.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v. 1, Teoria Geral do Direito Civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FAORO, Raymundo. O Brasil até o Governo Geral. IN: **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. vol 1. 10ª ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. p. 111 a 155.

FARIA, José Eduardo. **As Metamorfoses do Direito na Reestruturação do Capitalismo**. Encontro Nacional de Faculdades de Direito da UFRGS, 2000. CD – ROM.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos**. São Paulo: Atlas, 2000.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Direito e Economia: Marx, Althusser e os Desafios da Sociedade Capitalista na Era Pós-Industrial**. IN: Juris Síntese nº 45 - JAN/FEV de 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. 368 p.

FERRAZ, Sérgio; e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA, Patrícia Galvão. O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: SYDOW, Evelise; MENDONÇA, Maria Luisa. **Direitos Humanos no Brasil 2002: Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos em parceria com Global Exchange**. São Paulo: Rede de Justiça e Direitos Humanos, 2003. 281 p.

FERREIRA, Tito Lívio. **O Brasil não foi colônia**. Rothschild Loureiro: São Paulo, 1958.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5º ed. rev., atual. Ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 52 a 60.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa: Comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar.** 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo. Saraiva, 1979.

_____. **O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa.** Curitiba: Gênese, 1993.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 1997.

GALLI, Francisco Luís Hipólito. **Controle dos Atos Administrativos à Luz do Princípio Constitucional da Moralidade.** 2007. Monografia – Escola da Magistratura do Paraná – Núcleo Londrina.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

GARCIA, Fernando Couto. **O Princípio da Moralidade Administrativa.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 01 de abril de 2006.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **O Futuro dos Direitos Humanos Fundamentais.** Consulex, Brasília (DF), ano X, n. 232, p. 60-62, 15 de set. de 2006.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 11 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública: O Conteúdo Dogmático da Moralidade Administrativa.** São Paulo: Malheiros, 2002. 192 p.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Globalização, neoliberalismo e direito no Brasil**. Londrina: Humanidades, 2004.

GONZÁLES PEREZ, Jesus. **El Principio General de la Buena Fé em el Derecho Administrativo**. Madrid: Editorial Civitas, 1983.

GORDILLO, Agustín. **Princípios Gerais de Direito Público**. trad. Marco Aurélio Greco; revisão de Reilda Meira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Manual de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro Freitas Bastos, 1957.

_____. Sexta Parte: História do Direito. In: **Introdução ao Estudo do Direito**. 23ª ed rev. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

HAURIOU, Maurice. **Précis Élémentaires de Droit Administratif**. Paris: Recueil Sirey, 1926.

HESPANHA, António Manuel. A formação do direito comum. IN: _____. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 121 a 243.

IGLÉSIAS, Francisco. **Constituintes e Constituições Brasileiras**. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada: conflitos entre direitos da personalidade**. São Paulo: RT, 2000. 203 p.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana – princípio constitucional**. Curitiba: Juruá, 2008.

JACQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. trad. João Batista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOZIMA, José Vanderley. Instituições, Retórica, e Bacharelismo no Brasil. IN: WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. 2ª ed. 4ª tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p 349 a 372.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. IN: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito constitucional** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O Regime Colonial e o Antigo Regime. In: **O Direito na História: Lições Introdutórias**. 2º ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. As fontes, Constituição e Codificação no Brasil do Século XIX. In: **O Direito na História. Lições Introdutórias**. 2º ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. As Instituições e a Cultura Jurídica no Brasil do Século XIX. **O Direito na História. Lições Introdutórias**. 2º ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MAHNKOPF, Birgit. O futuro do trabalho: globalização da insegurança. IN: SOUZA, Draiton Gonzaga de; PETERSEN, Nikolai (org). **Globalização e Justiça II**. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

MARANHÃO, Ricardo. O projeto piloto de uma colônia. IN: **História Viva Grandes Temas: As muitas conquistas da América**. Edição especial temática n. 23. São Paulo: Duetto Editorial, 2008. p.66 a 70.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. I.

MARTINS, Flávio Alves. **Boa-fé e sua formalização no direito das obrigações Brasileiro**. 2ª. ed. Lumen Júris, 2000.

MARTINS, José de Souza. **A exclusão social e a nova desigualdade**. São Paulo: Paulus, 1997.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibição Administrativa**. 3a. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**: de acordo com a EC 19/98. 4ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000, 496 pp.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 13º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 62 a 64.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualizado por: AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. 18º ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 83 a 85.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualizado por: AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualizado por: AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. 32º ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 83, 89 a 91.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Curso de Direito Constitucional Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. In **Anais da IX Conferência Nacional dos Advogados**. Tema: Justiça social. Florianópolis, 02.05.1982, p. 174-207. Disponível em <http://www.tre-sc.gov.br/site/institucional/publicacoes/artigos-doutrinarios/resenhas/.html> Acesso em 01/10/2008.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual *in* TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO E SOUZA, Laura de. **Desclassificados do ouro**: a pobreza mineira no século XVIII. 4ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2004.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Sevilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. vol 1. São Paulo: Max Limonad, 1953.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MÜLLER, Friedrich. O que a globalização faz contra a democracia e o que os democratas podem fazer contra a globalização. IN: SOUZA, Draiton Gonzaga de; PETERSEN, Nikolai (org). **Globalização e Justiça**. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

NALIN, Paulo. **Ética e boa-fé no adimplemento contratual**. Repensando fundamentos do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NEIVA, José Antonio Lisboa. **Improbidade Administrativa**: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar. Niterói: Impetus, 2005.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUNES, Silvério Carvalho. **Legalidade Justa e Moralidade Administrativa**. s/n. Ed. Decálogo, 2005.

OLIVEIRA, Francisco. **Os direitos do antivalor**. Petrópolis: Vozes, 1998.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo**. Col. Temas de Direito Administrativo, n. 16, São Paulo: Malheiros, 2006, p139-286.

OLIVEIRA, Luciano. Os excluídos existem? Notas sobre a elaboração de um novo conceito. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n. 33, fevereiro de 1997, p. 49 a 61.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa**: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. São Paulo: Atlas, 1996.

PEZZELLA, Maria Cristina. A Boa-Fé no Direito: o Princípio da Boa-Fé Objetiva no Direito Privado Alemão e Brasileiro. **Síntese Trabalhista**. nº 103. jan /1998, pág. 131.

PINHEIRO, Ralph Lopes. **História Resumida do Direito**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Thex, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9 ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **As Declarações de Direitos**. Consulex, Brasília (DF), ano X, n. 242, p. 09, 15 de fev. de 2007.

RABELO, Têmis Chenso da Silva. **A Boa-Fé como Condição de Possibilidade da Função Social no Contrato**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial), Universidade Estadual de Londrina – UEL, Londrina.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Nova Fase do Direito Moderno**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

RIVABEM, Fernanda Schaefer. **A Dignidade da Pessoa Humana como Valor-Fonte do Sistema Constitucional Brasileiro**. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/7003/4981>. Acesso em 02 out. 2007. fl. 09.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. IN: **Interesse Público**. ano 1, n. 4, out / dez. São Paulo: Notadez, 1999. p. 23 a 48.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Corrupção como entrave ao desenvolvimento**. Revista Juris Síntese, nº 46, mar/abr de 2004.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

SANTOS, Tânia Steren dos. **Globalização e Exclusão**: a dialética da mundialização do capital. Revista Sociologias, n. 6, Porto Alegre, jul / dez 2001. s/ pág.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos humanos**. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos humanos na Constituição Federal de 1988**. 6º ed. rev e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. (org). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 8º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Aplicabilidade das normas Constitucionais**. 3ª edição. São Paulo : Malheiros, 1999.

_____. Faculdades de Direito e construção da cidadania. IN: _____. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 137 a 143.

_____. Corrupção e Estado Democrático de Direito. IN: _____. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 114 a 134.

_____. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. IN: _____. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 144 a 149.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed., rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 31, de 14.12.2000). São Paulo: Malheiros, 2001. 878 p.

SILVEIRA, Alípio. **A boa-fé no Código Civil**: doutrina e jurisprudência. 1º v. São Paulo: [s.n.], 1972.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: RT, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa. Ação de Improbidade e Controle Princiológico**. Curitiba: Juruá, 2004. p.38.

VELLOSO, Carlos. (ADI 2076 - 5 / 2002, p. 226). Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2076&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 27.01.09

VIANA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. vol 1. São Paulo: José Olympio Editora, 1949.

VIEIRA, Tereza Rodrigues e MARTINS, Daniel. **A Bioética, os Direitos Humanos Fundamentais e seus Entraves**. Consulex, Brasília (DF), ano XI, n. 243, p. 11 de fev. de 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OBS: nas referências dos textos retirados da internet, o horário mencionado é o horário de Brasília.