



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Carlos Eduardo de Moura

**Ética Pública e Princípio da Boa Fé nas
Licitações e Contratos Administrativos**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**Programa de Pós-graduação em
Direito Econômico e Social**

Curitiba
Junho de 2.006

Centro de Ciências Jurídicas e Sociais



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Carlos Eduardo de Moura

**Ética Pública e o Princípio da Boa-Fé nas
Licitações e Contratos Administrativos**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da PUC-PR como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho

Curitiba, junho de 2.006



Carlos Eduardo de Moura

**Ética Pública e o Princípio da Boa-Fé
nas Licitações e Contratos
Administrativos**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da PUC/PR como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito Econômico e Social. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada:

Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho
Orientador

Professora Doutora Ângela Cássia Costaldello
Membro

Professor Doutor Luiz Alberto Blanchet
Membro

Todos os Direitos Reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da Universidade, do autor e do orientador.

Carlos Eduardo de Moura

Graduou-se em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos. Especialista em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas. Advogado e Assessor Jurídico do Tribunal de Contas do Estado do Paraná.

Ficha Catalográfica

Moura, Carlos Eduardo de

M929e

2.006

Ética pública e o princípio da boa fé nas licitações e contratos administrativos / Carlos Eduardo de Moura; orientador, Romeu Felipe Bacellar Filho – 2.006.

121f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2.006.

Inclui Bibliografia

1. Ética pública. 2. Boa-Fé (direito). 3. Licitação pública. 4. Contratos administrativos. I. Bacellar Filho, Romeu Felipe. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDD. 20. ed. – 172

Dóris 4. ed. – 342.12513

341.3527

(onde tudo começou...)

Aos meus pais Artur e Jussara, simplesmente por tudo.

(onde tudo está...)

À Vanessa pelo companheirismo e incentivo.

(onde tudo segue...)

Ao Gustavo que, nascido durante essa pesquisa, tanta alegria me proporcionou.

Agradecimentos

Ao Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho a quem agradeço não só a paciente e dedicada orientação nessa dissertação, mas também, o fato de aguçar, desde os tempos da graduação, o meu interesse pelo Direito Administrativo, mostrando sua importância como instrumento de defesa do interesse coletivo, da cidadania e dos Direitos Fundamentais.

Ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam) grande responsável pelo Princípio Constitucional da Moralidade na Administração Pública e aquele que um dia me mostrou a importância do aspecto moral do ato administrativo.

À Professora Doutora Angela Cássia Costaldello pela colaboração na busca de subsídios ao presente estudo.

Ao Professor Luiz Alberto Blanchet pelas profícuas aulas proferidas no decorrer do Mestrado.

Às queridas Eva e Isabel que com tanta alegria e competência comandam a Secretaria da Pós - Graduação.

Resumo

Moura, Carlos Eduardo de; Bacellar Filho, Romeu Felipe. **Ética Pública e Princípio da Boa-Fé nas Licitações e Contratos Administrativos**. Curitiba, 2.006, 107 p. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. Pontifícia Universidade do Paraná.

A ética pública e o princípio da boa-fé configuram importantes elementos na elaboração dos atos administrativos. Constituem verdadeiros balizadores da forma de atuação do Poder Público, sinalizando aos ocupantes de cargos administrativos aqueles limites de cunho moral cuja transposição fulminará o ato da mácula da imoralidade. Apesar de não receberem no direito brasileiro uma atenção compatível e proporcional a sua importância, a presente dissertação objetiva propor a utilização, tanto a ética pública, quanto as premissas do princípio da boa-fé, no trato compras e contratações efetuadas pela Administração Pública. Com isso busca-se um exame mais detalhado do elemento moral do ato administrativo sem retirar sua vinculação aos cânones do princípio da legalidade. A presente pesquisa considera, contudo, que o modelo pautado exclusivamente na lei não é suficiente para garantir a plena adequação do ato administrativo ao interesse coletivo. Com efeito, proliferam casos de corrupção operados, em sua grande maioria, sob o manto da legalidade. Tal realidade decorre de uma utilização deturpada do poder discricionário quando o ato se desvia da finalidade pública. Assim, propõe-se a utilização de novos parâmetros de análise dos atos relacionados às licitações e contratos administrativos.

Palavras-Chave

Ética pública, princípio da boa-fé, licitação, contrato administrativo, moralidade, legalidade, discricionariedade, corrupção, interpretação de cláusulas, ato administrativo.

Résumé

Moura, Carlos Eduardo de; Bacellar Filho, Romeu Felipe. Dissertacion de Maitrise – Centre dès Sciences Juridiques et Sociales. Pontífice Université Catolique du Paraná. 107 pages.

L'éthique publique et le principe de la bonne-fide forment des importantes elements quand de l'elaboration de l'acte administratif. Constituent des vrais balizateurs de la manière selon l'aquelle le Pouvoir Publique actue et montre aux ocupants des emplis administratifs les limites morales dont la transposicion va maculer l'acte comme imorale. Malgré la constatacion de que cettes institutes ne reçus pás l'importance nécessaire au droit brésilien, cette dissertacion vise proposer l'utilisation soit de l'etique publique, soit de les premisses du principe de la bonne-fide aux achats et contratations de l'Administration Publique. Cet procesus on recherche un examen plus détaillé de l'element morale de l'acte administratif sans rétirer la vinculacion aux canones du principe de la legalité. Cette pesquise considère pourtant, que le modèle firme exclusivement sûr la loi n'est pas sufi pour garantir la pleine adecuacion de l'acte administratif au intérêt colectif. En effect, proliferent les cas de corrupcion, dont la grand part ont l'apparence de legalité. Cette realité est le resultat de l'utilisation deturpé du pouvoir discriconaire quand l'act se desvie de la finalité publique. En bref, on propone l'utilisation des nouvelles parametres pour analiser les actes des achats et contratation administratives.

Les Mots- Clés

Étique publique. Principe de la bonne fide. Achât publique. Contracte administratif. Moralité. Discriconarité. Corrupcion. Interpretacion des Clausules. Acte Administratif.

Sumário

Introdução.....	11
1- A Evolução do Pensamento e a Moral.....	16
1.1 - O Pensamento Clássico e a Moral.....	17
1.1.1 - O Período Naturalista.....	17
1.1.2 – O Período Sistemático.....	18
1.1.3 – O Período Ético.....	21
1.1.4 – O Período Religioso.....	22
1.2 – O Pensamento Cristão e a Moral.....	22
1.2.1 – O Cristianismo.....	22
1.2.2 – A Patrística.....	22
1.2.3 – A Escolástica.....	23
1.3 – O Pensamento Moderno.....	23
1.3.1 – A Renascença.....	24
1.3.2 – O Racionalismo.....	25
1.3.3 – O Empirismo.....	25
1.3.4 – O Iluminismo.....	26
1.4 – Ética e Moral no Pensamento Contemporâneo.....	27
1.4.1 – O Criticismo Kantiano.....	27
1.4.2 – O Idealismo de Hegel.....	29
1.4.3 – O Positivismo.....	30
1.4.4 – O Surgimento da Moralidade Administrativa.....	31
2 – Ética Pública.....	36
2.1 – Conceito.....	37
2.2 - A Questão das duas Éticas.....	38
2.3 – O Tratamento Legal da Ética.....	39
2.4 – Ética Pública e Corrupção.....	42
2.5 – Ética Pública e Licitação.....	48
3 – A Boa-Fé.....	52
3.1 – Conceito.....	53
3.2 – A Boa-Fé no Direito Privado.....	55
3.3 – Aplicação do Princípio da Boa-Fé no Direito Público.....	57
3.4 – As Funções do Princípio da Boa-Fé.....	60
3.5 – O Poder Discricionário nas Licitações e Contratos.....	64
3.6 - O Princípio da Confiança Legítima.....	67

4 – A Moralidade como Gênero.....	70
4.1 – Introdução.....	71
4.2 – A Moralidade Administrativa.....	72
4.3 – O Advento do Princípio da Moralidade.....	74
4.4 – Sistematização ou Sinonímia?.....	76
5 – Ética Pública e Boa-Fé nas Licitações.....	78
5.1 – Introdução.....	79
5.2 – A Fase Interna.....	80
5.3 – Ética Pública e as Comissões de Licitação.....	83
5.4 – Demais Profissionais Ligados à Licitação.....	86
5.5 – O Ponto Crítico.....	88
5.6 – Ética Pública e Boa-Fé na Inexigibilidade.....	91
5.7 – O Edital sob o Enfoque da Ética Pública e Boa-Fé.....	93
5.8 – A Fase Externa.....	96
6 – Ética Pública e Boa-Fé nos Contratos Administrativos.....	98
6.1 – Introdução.....	99
6.2 – Características dos Contratos Administrativos.....	101
6.3 – A Fiscalização do Contrato.....	102
6.4 – A Alteração Contratual.....	103
6.5 – A Extinção do Contrato Administrativo.....	106
6.6 – Convalidação e Invalidação dos Atos de Licitação.....	108
Conclusão.....	111
Referências Bibliográficas.....	115

“A corrupção em numerosos e importantes setores governamentais do nosso país assumiu tal intensidade e extensão que, desgraçadamente, parece ter sido institucionalizada. A pertinácia com que a improbidade administrativa se exerce e a apatia da opinião pública em face dela retiraram toda a acústica às vozes isoladas que a denunciam e condenam. Por esse clima de relaxamento moral, em que a corrupção prospera, os principais responsáveis são os governantes sem austeridade”.

Francisco Bilac Moreira Pinto.

Introdução

Por configurar o meio legal previsto para a aquisição de bens e contratação de serviços, a licitação sempre se revestiu de elevado grau de importância na gestão dos recursos públicos. Com efeito, embora ainda se perceba uma significativa relutância na adoção desse certame como forma natural de o Estado selecionar seus parceiros, é crescente a sensação de que as formalidades constantes da lei nº 8.666/93 configuram um relevante dispositivo de atuação do Estado dito democrático.

Inegável, por outro lado, que a implantação da licitação como forma natural de aquisições públicas ainda é algo a se buscar. Tal fato não deve ter como única alegação a complexidade da legislação. Em que pese a reconhecida dificuldade de acatamento de alguns perceptivos, as lacunas existentes e mesmo a reconhecida margem de discricionariedade – tão fortemente existente nessa área de atuação – vêm sendo utilizadas em detrimento do interesse público e do erário.

Sob esse cenário e vista sob essa ótica, a legislação que trata das formas com que o Estado vai realizar suas compras e contratações não fornece elementos para comemoração. Passados aproximadamente treze anos da edição da lei nº 8.666/93, o principal documento normativo, poucos foram os avanços conquistados se confrontados com o que se vislumbra à época de sua entrada na ordem jurídica.

O que se viu foi uma lamentável proliferação de escândalos envolvendo as licitações. Seja no bojo de seu procedimento, seja na busca criativa de argumentos para forçar *contra legem* uma situação de dispensa ou de inexigibilidade, o que se percebe é a insuficiência de parâmetros para análise e julgamento, comprometendo a atuação tanto dos órgãos de fiscalização como dos órgãos julgadores. Não se trata, e é bom que se ressalte, de uma decretação de falência do sistema legalista. Essa base continua fortemente assentada no Direito Administrativo Brasileiro. O que se percebe, isso sim, é a oportunidade e a necessidade para que sejam lançados outros elementos para que se proceda a análise dos gastos públicos.

Tal fato não passou despercebido por Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO ao observar: *“Considerando que a legalidade se compreende não só nas regras resultantes dos textos escritos, senão também nas regras de costume aceitas como princípios sociais, há de se compreender que o problema vincula a questão da legalidade a uma correspondente questão de fato. Nesta área vazia de conteúdo jurídico, emerge a moralidade”*¹.

É nesse contexto que o presente estudo se insere. Apresentar uma nova vertente fundada, basicamente, na intenção das partes envolvidas, quando de sua intervenção na constituição ou execução do ato. Tal compromisso nos leva, de um lado, à apreciação do procedimento adotado pelo representante da Administração Pública, independente da posição hierárquica que ocupe. De outro, o modo de atuação do particular que, na condição de prestador de serviço público ou de fornecedor para a Administração Pública, ocupa um papel primordial na manutenção da lisura das licitações e contratos administrativos.

Vale observar, ainda, que, apesar de se tratarem de institutos históricos, tanto a boa fé quanto a ética pública vêm merecendo tratamento especial nos últimos anos². Com efeito, é crescente a dedicação direcionada para essa área, sendo notório o avanço experimentado no direito norte-americano e nos países de língua espanhola.

No Direito Brasileiro, do mesmo modo, assiste-se a um crescente, embora ainda tímido, avanço da conscientização de que a eficiência, a eficácia e a economicidade dos gastos pressupõe o respeito a regras de cunho ético e moral. Esse processo, embora iniciado por eméritos juristas que vislumbraram a existência de outros elementos de análise além da literalidade de leis e contratos, viu-se reforçado quando do advento da atual Constituição Federal. Assim, desde 1.988, quando a moralidade passou a fazer parte do rol de princípios norteadores da Administração Pública Brasileira, o assunto vem merecendo maior espaço no cenário jurídico pátrio.

¹ *“O Controle da Moralidade Administrativa”*, p. 25.

² Weida ZANCANER observa que *“a multiplicidade das áreas de intervenção do Estado moderno na vida dos cidadãos e a tecnicização da linguagem jurídica tornaram extremamente complexos o caráter regulador do Direito e a verificação da conformidade dos atos concretos e abstratos expedidos pela Administração Pública com o direito posto. Portanto, a boa-fé dos administrados passou a ter importância imperativa no Estado Intervencionista, constituindo, juntamente com a segurança jurídica, expediente indispensável à distribuição da justiça material. É preciso tomá-lo em conta perante situações geradas por atos inválidos”*. *“Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos”*, p. 61.

É nesse contexto que a presente dissertação se encarta. Uma das idéias motrizes é a defesa dos direitos fundamentais a partir de uma visão ética³. Prioriza-se aqui uma filtragem de elementos desenvolvidos ao longo dos anos pelo direito estrangeiro e que se adaptem ao regime brasileiro das licitações e contratos. Tal fato implicará, e é bom que se advirta desde já, em um inevitável exame pontual, de tendências quase casuísticas, dos principais preceptivos legais que vêm sendo utilizados em uma espécie de cobertura para a realização de desvios de finalidade dos gastos públicos. Não há qualquer ineditismo nesta forma de enfoque. Em verdade, ela segue um método bastante comum adotado pelos doutrinadores que analisam a ética e a boa fé.

No primeiro capítulo a pesquisa é direcionada à sistematização e conceituação dos institutos envolvidos. Tal necessidade se justifica até mesmo para verificar se o uso despreocupado de expressões como sendo sinônimas pode ser adotado, ou se, por guardarem uma diferença de significado, tal operação exigirá maior rigor.

Assim busca-se, com o apoio doutrinário, estabelecer uma relação gênero-espécie entre a moralidade, a moralidade pública, a ética, a ética pública, a boa-fé, a confiança e a probidade. Nesta fase será imprescindível uma incursão na história da filosofia, visando fornecer, ainda que brevemente, uma noção da evolução dos conceitos fornecidos pela cultura ocidental.

Os capítulos seguintes estarão direcionados à análise dos vários aspectos que a ética pública e a boa fé podem assumir nas licitações e contratos. Partir-se-á do momento da concepção de uma licitação, sua fase interna, e serão percorridos todos os estágios envolvidos no processo, chegando-se ao termo final, esteja ele representado pela entrega de uma obra, de uma mercadoria ou, nos casos das concessões com o final do prazo previsto.

Durante esse percurso a intenção estará focada para a demonstração das vantagens que o comportamento ético e de boa fé das partes pode trazer à satisfação do interesse público: seja contribuindo para afastar ou dificultar o desvio das escassas verbas públicas, seja servindo de auxiliar do Poder

³ Observe-se que esse ponto de vista não é inovador. Júlio Rodolfo COMADIRA também utiliza a ética como fator de preservação dos direitos fundamentais ao apresentar a obra “*Ética, Poder y Estado*”, de Jaime Rodriguez-ARANÁ MUÑOZ.

Judiciário a quem caberá, em última sede, o julgamento dos desvios de condutas dos ocupantes de cargos públicos e demais contratantes com o Poder Público.

Enfim, o presente estudo não deixa de ter as suas pretensões. Pedese, portanto, vênia, para deixar um pouco de lado, aquela já surrada maneira de apresentação de trabalhos nos quais os seus autores parecem mais preocupados em demonstrar que a humildade faz parte de seu caráter que propriamente a pertinência de seu tema e sua inserção na busca de uma melhoria da sociedade.

Assim é que esta dissertação estaria envolvida de uma névoa de inverdade se dela não esperasse seu autor alguma repercussão. Não a repercussão que a torne uma obra de referência quanto ao assunto. Mas tão somente a de se ver habilitada a ocupar seu espaço na busca de um dos princípios mais elementares e, por isso mesmo, elevado a fundamento constitucional da República Brasileira: a dignidade da pessoa humana. Afinal, o bom emprego do dinheiro público é, comprovadamente, a maneira mais simples e rápida posta à disposição das autoridades para que estas cumpram o que delas se espera: melhoria das condições de vida da população e maior respeito pelos direitos fundamentais do homem.

Nesse sentido cabe reproduzir o alerta, reproduzido em obra de Flávia PIOVESAN⁴, do Statement to the World Conference on Human Rights on Behalf of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: *“Com efeito, democracia, estabilidade e paz não podem conviver com condições de pobreza crônica, miséria e negligência. Além disso, essa insatisfação criará grandes e renovadas escalas de movimentos de pessoas, incluindo fluxos adicionais de refugiados e migrantes, denominados ‘refugiados econômicos’, com todas as suas tragédias e problemas. (...) Direitos sociais, econômicos e culturais devem ser reivindicados como direitos e não como caridade ou generosidade”*.

Entendemos, pois, que o assunto aqui tratado envolve questão de relevância transcendente enquadrando-se nas idéias do professor Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO cujas palavras utilizamos neste momento para submeter a presente dissertação à análise e à crítica de todos:

“Quanto à legislação brasileira, é farta no campo da moralidade e da juridicidade das contratações administrativas. Ao contrato administrativo

⁴ “Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional”, p. 177.

precede a concorrência. Ganhando importância fundamental o problema da licitação. Onde regras procuram favorecer a moralidade administrativa. Entrosando princípios e normas de conduta obrigatória e responsável”⁵.

⁵ “O Controle da Moralidade Administrativa”, p. 145.

1**A Evolução do Pensamento e a Moral**

“A história, antes de ser a história dos fatos, é a história do pensamento; antes de ser a história das ações materiais dos homens, é a história das idéias que deram origem àquelas ações materiais” .

(Professor Luis Castagnola).

I - O Pensamento Clássico e a Moral

O pensamento clássico, iniciado com a chamada escola jônica, no século VI a.C. se estende até o século V d.C. e, pela influência que exerceu sobre a cultura e a sociedade do Império Romano - e, por consequência aos institutos jurídicos até hoje vigentes -, pode ser considerado o marco inicial da constante preocupação do homem com os aspectos morais de seu comportamento.

Centrado nas propostas e conclusões do pensamento grego, o pensamento dito clássico voltou-se principalmente à solução do impasse metafísico-teológico no qual se buscou explicar a realidade empírica através de um Absoluto. Sob a regência de um Deus perfeito, o mundo imperfeito dos indivíduos estaria fadado a uma solidão interior e a uma indiferença heróica para tudo. A humanidade, por ter origem diversa da de Deus, jamais mereceria seus cuidados e a ela restaria a resignação e a renúncia absoluta⁶.

Seguindo uma ordem cronológica, o pensamento clássico pode ser dividido em quatro períodos que, apesar de não terem seus limites iniciais e finais exatamente demarcados, simbolizam períodos nos quais as investigações sobre os mistérios da vida eram direcionadas a determinados enfoques plenamente perceptíveis nas obras de seus pensadores.

Assim é que, o primeiro período, por marcar a preocupação dos filósofos com o mundo exterior, é conhecido como sendo o período naturalista. O segundo, por ter marcado forte sistematização das idéias gregas foi batizado como período sistemático. Por demonstrar forte interesse na busca de soluções aos problemas morais, o terceiro período foi denominado período ético. Por fim e já sinalizando para o início do cristianismo e todas as suas implicações para o mundo ocidental, o último período do pensamento clássico só poderia denominar-se período religioso ao buscar na religião a solução integral do problema da vida⁷.

I.1 – O Período Naturalista

Em uma fase na qual os filósofos contemplavam a natureza por entenderem ali a essência e a explicação dos mistérios da origem do homem,

⁶ Padovani e Castagnola, p.44.

⁷ Op.cit. p. 116.

enquanto Tales de Mileto observava ser a água a substância única de todas as coisas, outro pensador e exímio matemático se destacou com suas manifestações direcionadas à questão ética. Com efeito, aproximadamente entre os anos 532 e 531 a.C., Pitágoras fundou em Crótona, colônia grega na península Itálica, uma associação científico-ético-política, tendo a educação ética desta escola se ampliado a tal ponto que suas idéias acabaram por resultar em reforma política. Apesar de condenar o seu fundador ao exílio, a preocupação do pitagorismo com as questões de foro ético assumiu lugar de destaque na história por configurar a primeira manifestação de que se tem notícia sobre as implicações da ética e da moral na condução dos interesses coletivos.

Assim, esta fase significativa ao desenvolvimento das ciências, onde se destacaram o médico Empédocles, o químico Heráclito, os atomistas Anaxágoras e Demócrito fica, também, marcada como o nascedouro do estudo dos problemas ético-morais da civilização ocidental. Pavimentou-se aqui o caminho que seria percorrido por outros pensadores clássicos, cujos estudos e conclusões seriam irradiados a gerações futuras chegando, inclusive, aos dias atuais com notável aplicabilidade⁸.

I.2 – O Período Sistemático

O período denominado sistemático marca a fase áurea do pensamento grego na qual se procede a grande sistematização da ciência e do inteligível. O interesse não mais recai sobre a natureza e sim sobre o homem e o espírito. Tal fato implicou em que esse período também fosse chamado de antropológico.

Apesar de sua importância, essa etapa do pensamento clássico teve duração relativamente curta abrangendo o século IV a.C. tendo congregado um pequeno número de filósofos.

Como reação ao grande impasse sobre a origem e o sentido da vida, coube aos sofistas a defesa intransigente – quase irresponsável – das coisas terrenas, do homem como a medida de todas as coisas. Ao *ápeiron* de

⁸ Cite-se, nesse sentido, Aristóteles e a sua “Ética a Nicômaco”, cujo teor chegou até nossos tempos como notável demonstração de sabedoria e pertinência, mostrando-se plenamente atual mesmo decorridos aproximadamente vinte e cinco séculos de sua concepção.

Anaximandro⁹ deve-se contrapor a retórica dos sofistas. Esses, ávidos pela fama e riqueza, galgaram notabilidade com sua doutrina destruidora das ciências e da moral. Obtiveram dos desejosos pelo poder político uma plena e bem recompensada acolhida. Figura destacada do sofismo, Górgias não só mostrava-se indiferente para com as questões morais, mas definia a moral como o grande empecilho que incomoda o homem. Para ele o único bem é o prazer e a única regra de conduta é o interesse particular. Ensinava aos seus discípulos a arte de vencer os adversários, não se devendo questionar se a causa era justa ou não. A igualdade moral entre os fortes e os fracos seria um grande prejuízo ao homem. O domínio violento e o uso da força seriam os grandes fatores para a realização da humanidade.

Coube a Sócrates, contudo, a devida valorização da descoberta do homem feita pelos sofistas. Ao contrário desses, porém, entendia que ao indivíduo o desafio seria a busca de uma vida honesta, sábia e com temperança. Apesar de exímio soldado e magistrado dedicado, manteve-se afastado da vida pública. Tal fato não impediu que se tornasse muito crítico e irônico em suas conclusões o que lhe valeu hostilidades e inimizades.

Por ser considerado o criador das ciências com sua doutrina do conceito, Sócrates é, também, considerado o fundador da ciência moral. Para ele, eticidade significa racionalidade, ação racional. Como observaram PADOVANI e CASTAGNOLE¹⁰, para Sócrates, “[...] *virtude é inteligência, razão, ciência, não sentimento, rotina, costume, tradição, lei positiva, opinião comum. Tudo isto tem que ser criticado, superado, subindo até a razão, não descendo até a animalidade – como ensinavam os sofistas*”. Entretanto, continuam os autores, “[...] *como a gnosiologia socrática carece de uma especificação lógica, precisa – afora a teoria geral de que a ciência está nos conceitos – assim a ética socrática carece de um conteúdo racional, pela ausência de uma metafísica. Se o fim do homem for o bem – realizando-se o bem mediante a virtude, e a virtude mediante o conhecimento – Sócrates não sabe, nem pode precisar este bem, esta felicidade, precisamente porque lhe falta uma metafísica*”. Coube a seu discípulo Platão a

⁹ Para o pensador de Mileto, o ápeiron seria o elemento indeterminado e infinito, gerador e regente de todas as coisas.

¹⁰ Op. Cit. P. 61

continuidade desta tarefa que resultará com Aristóteles a conquista de uma grande metafísica e, portanto, de uma moral.

Platão, ao contrário de Sócrates, era filho de pais aristocráticos e optou por transformar longas viagens pelo mundo como forma de adquirir instrução e compartilhar novas culturas. Aproximadamente pelo ano 387 a.C. fundou sua escola em Atenas, a famosa Academia cuja denominação decorria de sua localização situada nos jardins de Academo, bairro da capital grega. De incessante produção intelectual, Platão dedicou boa parte de seus estudos à questão moral, dando a esta uma abordagem focada nas famosas quatro virtudes naturais: prudência, fortaleza, temperança e justiça¹¹. Interessou-se vivamente pela política e pela filosofia política e logo percebeu a existência de forte contraste entre os interesses particulares, privados com os interesses coletivos, sociais e estatais, não exitando em demonstrar a superioridade ética destes últimos.

Essa percepção de uma ética pública foi amadurecida pelo mais famoso de seus alunos. Aristóteles, que por vinte anos conviveu com Platão, encontrou nas conclusões do mestre uma base sólida para elaborar seu grande sistema filosófico. Dotado de vasta erudição, foi convidado pelo rei Felipe para ser preceptor do príncipe Alexandre na Corte da Macedônia. De volta a Atenas, fundou sua escola, que ficaria conhecida como Liceu pela sua proximidade ao Templo de Apolo Lício. Com seu método de ministrar aulas passeando por jardins, sua escola também era conhecida como peripatética.

Aristóteles pregava ser a razão a essência característica do homem, por meio da qual se atingiria a felicidade e a virtude. *“Logo, o fim do homem é a felicidade, a que é necessária a virtude, e a esta é necessária a razão”*.¹² Assim, se a virtude é uma atividade segundo a razão, um costume moral, a virtude não é inata, mas adquirida através da ação, da prática, do exercício e, uma vez adquirida, torna-se facilmente aplicável.

Pregava Aristóteles que a finalidade primordial do Estado é a formação moral dos cidadãos. Isso explica porque a política aristotélica é fortemente ligada à questão moral. Segundo sua doutrina *“[...] o Estado é um*

¹¹ Tais características ficam claras nas belas palavras com que descreveu o julgamento de seu mestre em “Apologia de Sócrates”. Este teria conclamado: “Cidadãos atenienses, eu vos respeito e vos amo, mas obedecerei aos deuses em vez de obedecer a vós e, enquanto eu respirar e estiver na posse de minhas faculdades, não deixarei de filosofar e de vos exortar ou de instruir cada um, quem quer que seja que vier à minha presença...”. op.cit. p.58.

¹² PADOVANI e CASTAGNOLA, op.cit. p. 80.

organismo moral, condição e complemento da atividade moral individual, e fundamento primeiro da suprema atividade contemplativa. A política, contudo, é distinta da moral, porquanto esta tem como objeto o indivíduo, aquela a coletividade. A ética é a doutrina moral individual, a política é a doutrina moral social”.¹³

I.3 - O Período Ético

O terceiro período do pensamento grego durou três séculos e teve início com o falecimento de Aristóteles (322.a.C.). Por marcar um momento de forte expansão da cultura grega, também ficou conhecido como helenismo. Por configurar um período em que os problemas morais ocuparam o centro das discussões filosóficas o período ficou conhecido como o período ético.

A decadência espiritual e moral da época conduziu a um pensamento mais pragmático. A medicina, a física, a astronomia, a matemática, a geografia, as ciências naturais, a literatura e a história experimentam forte avanço¹⁴. A metafísica fica em segundo plano.

Com a conquista romana da Macedônia (168 a.C.) a Grécia torna-se parte do império romano. Esse episódio marca o início da influência grega sobre o mundo romano. “[...] *Os jovens mais conspícuos das famílias aristocráticas romanas vão à Grécia e à Ásia Menor, Atenas e Rodes, para se aperfeiçoarem nos estudos começados geralmente na pátria sob a direção de educadores gregos. E fazem isto não por interesses científicos, mas porque o helenismo é considerado bom gosto, elegância, moda, elemento indispensável da alta cultura romana*”¹⁵.

O pensamento romano, representado por duas correntes – ecletismo e estoicismo – ambas de cunho pragmático, tem no jurista e político Marco Túlio Cícero (106-43 a.C.) seu maior expoente. A moral deve ter cunho prático e servir ao convívio em sociedade. O período marca a gênese da obra universal romana: o direito.

¹³ Op.cit. p.81.

¹⁴ Como observaram PADOVANI e CASTAGNOLA: “Em Alexandria congregavam-se, e daí partiam cientistas de todo o mundo civilizado, atingindo esta cidade seu maior esplendor nos séculos III e II a. C. (Euclides, Arquimedes, Hiparco) e no II século d. C. (Ptolomeu).

¹⁵ Op. Cit. P. 106.

I.4 - Período Religioso

Este período – o último do pensamento grego – é marcado pela busca de uma solução integral do problema da vida. Ele abrange os primeiros cinco séculos de nossa era e pregou uma moral mística, baseada na libertação, na purificação, na separação da matéria, do corpo, do sentido. A moralidade é representada pela conversão do mundo para Deus.

II – O Pensamento Cristão e a Moral

Essa fase da história do pensamento do homem, que vai até o século XV, divide-se em três períodos distintos. O *Cristianismo* assentado sobre o Novo Testamento, a *Patrística*, baseada na dogmática católica e a *Escolástica* que resultou na criação da verdadeira filosofia cristã.

II. 1- O Cristianismo

O cristianismo é o movimento que se preocupou com a explicação do mal. Fez de Jesus Cristo a base de sua filosofia. Cristo é o Verbo de Deus. A solução para a questão do mal. O homem, para se livrar do pecado original de Adão e das misérias daí advindas, deveria abraçar a Redenção pela cruz, isto é, a adoção de uma vida temente a Deus, de quem Cristo seria o instrumento.

A moral deveria ser ascética, tendo o homem que se conformar com sua dependência perante Deus. O sacrifício, a humildade e a caridade deveriam ser exaltados como verdadeiro caminho para o engrandecimento moral. O Velho Testamento representava a lei moral e seus ensinamentos deveriam estar presentes nos gestos dos indivíduos.

II. 2- A Patrística

É o período que compreende os séculos II a VIII e é caracterizado pela defesa intransigente e vigorosa que faz do cristianismo contra o

paganismo e as heresias. Tal nomenclatura se deve ao fato de representar o pensamento dos padres da Igreja, os mestres da doutrina cristã. Teve no Padre Aurélio Agostinho¹⁶ o seu maior nome e uma fonte de numerosos estudos.

A moral agostiniana é a moral cristã, ascética. A virtude não decorreria da razão como dizia Aristóteles, mas do amor. O pecado do homem não prejudicaria a Deus, mas ao próprio homem. Esse, portanto, deveria buscar nos postulados do cristianismo a sua redenção.

II. 3- A Escolástica

Representa o último período da hegemonia do pensamento cristão e abrange os séculos IX a XV¹⁷. Foi denominada assim porquanto a filosofia era ensinada nas escolas medievais pelos mestres conhecidos como escolásticos.

Esse período teve em Tomás de Aquino o seu grande pensador, aquele que finalmente proporciona ao pensamento cristão uma filosofia. Nascido de família nobre em 1.225, teve educação eclética e influências variadas. *“Não será então exagerado concluir que representa Tomás de Aquino a síntese crítica do pensamento clássico e cristão, hebraico e árabe”*¹⁸.

Para o tomismo, agir moralmente significava agir racionalmente, em harmonia com a natureza racional do homem. A ordem moral não depende da vontade arbitrária de Deus e sim da natureza humana. A moral possui dois elementos: o objetivo, a lei, que se atinge mediante a razão; e o subjetivo, a intenção, que depende da vontade.

III – O Pensamento Moderno

Para o pensamento moderno, Deus e o mundo são a mesma coisa, sendo que aquele é desvendado em um mundo natural e humano. *“[...] o grandioso edifício ideal da Idade Média, em que religião e civilização, teologia e*

¹⁶ Nascido em 354, africano de Tagasta, teve uma mocidade desviada moral e intelectualmente. Só após a sua conversão ao cristianismo, aos 33 anos de idade, é que começou a produzir vastos estudos da Sagrada Escritura e seus famosos diálogos filosóficos.

¹⁷ Nasce com a constituição do sacro romano império bárbaro ao fim da idade média. Cf. PADOVANI... P. 169.

¹⁸ PADOVANI, op.cit., p. 179.

*filosofia, Igreja e Estado, clero e laicado, estavam harmonizados na transcendente unidade cristã, foi, de fato, destruído pelo humanismo imanentista que constitui o espírito característico do pensamento moderno”*¹⁹.

O percurso seguido pelas concepções de ética e moral pode ser analisado tendo em vista os períodos que a história divide os tempos modernos: Renascença, Racionalismo, Empirismo e Iluminismo.

III. 1- A Renascença

Este período foi marcado pela exaltação do ser humano como senhor do mundo e dominador da natureza. Essa realidade impulsionou as ciências e notórios foram os avanços experimentados decorrentes das novas descobertas. É nesse estágio que surgirão nomes de cientistas que ingressarão para a eternidade: Galileu Galilei, Giordano Bruno, Michael de Montaigne, John Kepler, Nicolau Copérnico, Thomas More e Nicolau Maquiavel. Desses dois últimos destaca-se o interesse para as questões envolvendo a moral e o Estado.

Tomas More (1.478 – 1.535), grande chanceler britânico, em sua *Utopia*, vislumbrou no engrandecimento moral do homem a sua verdadeira redenção e, já em sua época demonstrava a importância de zelar pela boa-fé nas relações contratuais envolvendo indivíduos e entre esses e o Estado. Observou que *“é necessário respeitar os acordos entre cidadãos privados, bem como as leis do Estado, visando a uma boa distribuição dos bens da vida que são a própria substância do prazer, seja porque um bom príncipe as promulgou legalmente, seja porque um povo livre de toda tirania e de toda influência dissimulada as tenha sancionado de comum acordo”*.²⁰

Igualmente pertinente ao tema aqui abordado é o pensamento de Nicolau Machiavel (1.469 – 1.527). Esse historiador florentino tinha uma avaliação pessimista do homem que, em seu entender, era egoísta e inclinado para o mal. Propôs que a única maneira de superar esse impasse seria através de um Estado forte, a quem tudo ficaria subordinado, inclusive os valores éticos, morais e religiosos. Para ele a ética do Estado era a ética de Deus, e somente um Estado forte seria capaz de impor a vontade de Deus. Defendia abertamente a

¹⁹ PADOVANI, op.cit., p. 203.

²⁰ MORE, op.cit. p. 75.

possibilidade de sacrifício de princípios morais desde que isso fosse necessário. Daí a sua máxima famosa: “*o fim justifica os meios*”.

III. 2 – O Racionalismo

Depois da Renascença surge o Racionalismo (séculos XVII e XVIII), uma tendência predominantemente francesa de pensamento que entendia o conhecimento do homem o resultado de um fenomenismo, no qual as coisas são conhecidas pela impressão que causam ao intelecto do homem. Teve em René Descartes (1.596 – 1.649) o seu grande nome, considerado não só o fundador do racionalismo moderno, como também, da filosofia moderna. Tendo experimentado a vida mundana em Paris e breve carreira militar, Descartes largou tudo para entregar-se à meditação científica e filosófica. Vagou durante nove anos pela Europa em busca de aprendizado, tendo se estabelecido na Holanda até ser convidado pela Rainha da Suécia para divulgar seus estudos na Escandinávia, onde faleceu.

Para Descartes a moral é o caminho para a virtude e a felicidade. Enunciou que uma de suas máximas relacionadas à moral era a de “*obedecer às leis e os costumes de meu país*”²¹. No campo político associou as suas idéias às de Maquiavel, para quem a moral estaria à mercê do Estado²².

III. 3 – O Empirismo

Tendência paralela e contemporânea ao Racionalismo, o Empirismo pregava o conhecimento do homem pela impressão que as coisas causavam aos seus sentidos. Teve como base a cultura anglo-saxônica e teve como iniciador Francis Bacon. Foi, contudo, com Thomas Hobbes e John Locke que o empirismo focou a questão moral vinculada à política.

Hobbes (1.588 – 1.679) desenvolveu de modo prático o empirismo e o naturalismo. Rompeu com o cristianismo e inspirou-se nas idéias de Galileu e Descartes. Egresso de Oxford, sempre se interessou por política, chegando a sofrer longo exílio em Paris até reconciliar-se com Cromwell.

²¹ DESCARTES, op. cit. p. 31.

²² Cf. PADOVANI, op. cit. p. 240.

Entendia o homem dotado de um egoísmo natural que seria renunciado quando de seu convívio em sociedade. Nesse panorama, o soberano não teria qualquer dever para com os súditos, pois seu poder estaria fora do pacto social. Para Hobbes a questão moral é totalmente submissa ao poder soberano que terá total liberdade em legislar as matérias de cunho moral.

Locke (1.632 – 1.704), também estudante de Oxford, teve atribulada vida política, prestando serviços a importantes figuras da política britânica. Em oposição à doutrina do absolutismo naturalista de Hobbes, Locke lança as idéias fundamentais do constitucionalismo liberal inglês, no qual o Poder deve respeitar os direitos inalienáveis dos cidadãos (vida, liberdade bens) e zelar por uma ordem moral. Para isso, pode o Estado impor sanções e limitações em nome de uma normalidade social. Mas os governantes e ocupantes de cargos dotados de poder decisório devem respeitar regras éticas pelo fato de que gerenciam bens alheios. Locke lança, portanto, as bases da ética pública.

III. 4 – O Iluminismo

Movimento cultural cujo auge se dá entre a Revolução Inglesa (1.688) e a Revolução Francesa (1.789), o iluminismo quer trazer as luzes da origem do homem para selar o fim de uma época obscura e pessimista que foi a Idade Média. A felicidade está no próprio homem que é naturalmente bom.

Mesclando as características do racionalismo e do empirismo²³, buscou-se uma forma simples de apresentar o homem em seu estado de pura natureza. A moral proposta pelo iluminismo é a moral natural, de característica autônoma, não dependendo da teologia, nem ligada à idéia de egoísmo. Por ser bom em seu estado de natureza, a moral do homem é boa e deve ser direcionada para o convívio em sociedade.

Desencadeado pelas idéias de Locke, as idéias iluministas surgem na Inglaterra e logo são levadas ao continente europeu por François Marie Arouet (Voltaire 1.694 – 1.778) com suas célebres *Lettres sur les Anglais*.

²³ Como observaram PADOVANI e CASTAGNOLA: “As fontes principais do iluminismo estão na filosofia do racionalismo e do empirismo. O racionalismo fornece ao iluminismo o método crítico, a atitude demolidora da tradição, para instaurar a luz, a evidência, a clareza e a distinção da razão. E o empirismo contribui para tudo isto proporcionando um procedimento simples, a fim de reconstruir toda a realidade por elementos primitivos mediante o mecanismo e o associacionismo”. Op. cit. p. 283.

Voltaire, ao lado de Jean Jacques Rousseau (1.712 – 1.778) desenvolvem novo método de divulgação e vulgarização das idéias iluministas: as Enciclopédias.

Rousseau, suíço de nascimento, fez da França o centro de suas atividades. Sua obra principal foi o *Contrato Social* (1.762) onde deu ao Estado e à sociedade o papel de tutelar os direitos e a liberdade dos indivíduos. A soberania política não compete ao soberano, mas à vontade geral, ao povo. Pelo seu sistema, Estado e soberano não ditam os padrões morais, pelo contrário, assumem maior obrigação em agir moralmente, pois, no contrato social a soberania não compete ao soberano, mas à vontade geral, ao povo.

IV – A Questão Ética e Moral no Pensamento Contemporâneo

O Pensamento filosófico contemporâneo começa com Emmanuel Kant e chega aos dias de hoje. Os destaques desse período ficam para o Criticismo de Kant, para o Idealismo de Hegel, com a vertente ética de Fichte e para o Positivismo de Comte.

IV. 1 – O Criticismo Kantiano

Recebe o nome de Criticismo devido aos títulos de suas obras: *Crítica da Razão Pura*, *Crítica da Razão Prática* e *Crítica do Juízo*. O Pensamento de Kant²⁴ é denso e polêmico. As reações para as suas conclusões foram as mais variadas não cabendo aqui fazer uma análise conclusiva dos temas abordados pelo mestre de Königsberg.

Para o tema aqui tratado, o interesse recai na forma como Kant percebia a questão moral e ética. Esta foi tratada em sua “*Crítica da Razão Prática*”, onde elevou a moral a um imperativo categórico, quer dizer, incondicionado e absoluto. “[...] *deves agir assim, tendo por fim só o valor moral, racional, prescindindo das conseqüências, mesmo utilitariamente danosas, que pode advir*”²⁵. Kant deu à moral um caráter divino, na medida em que, ela era autônoma, destituída de toda sensibilidade. Tão só a razão humana é o legislador

²⁴ Immanuel Kant nasceu em 22 de abril de 1.724, em Königsberg, Prússia, de onde nunca saiu até sua morte ocorrida em 12 de fevereiro de 1.804. Cf. *Metafísica...*p.21.

²⁵ Cf. PADOVANI e CASTAGNOLA, op. cit. p. 314.

supremo da moralidade. Para ele, o sentimento moral “*é a suscetibilidade de sentir prazer ou desprazer meramente a partir de estar ciente de que nossas ações são compatíveis ou contrárias à lei do dever*”²⁶.

A máxima da ação de Kant é a síntese da importância dada ao elemento moral como ferramenta de paz social e avanço do ser humano. Ao enunciar ao cidadão da época: “*age de modo que a máxima de tua ação possa tornar-se uma lei universal*”²⁷ Kant conseguiu transmitir uma idéia de reciprocidade na qual as ações seriam medidas pelo próprio agente no momento de atuar: “*não devo fazer tal coisa aos outros porque não quero que façam a mesma coisa comigo*”.

Para o pensamento Kantiano:

*“A adversidade, o sofrimento e a carência constituem grandes tentações para a violação do próprio dever. Seria possível parecer, portanto, que a prosperidade, o vigor, a saúde e o bem estar em geral, que barram a influência daqueles, poderiam igualmente ser tidos como fins que são deveres, de sorte que se tivesse o dever de promover a própria felicidade e não simplesmente a alheia. Mas neste caso o fim não é a felicidade do sujeito, mas a sua moralidade, e a felicidade não passa de um meio para a remoção de obstáculos para sua moralidade – um meio permitido, uma vez que ninguém mais tem o direito de exigir de mim que sacrifique meus fins, se estes não forem imorais. Buscar a prosperidade pela própria prosperidade não é diretamente um dever, mas indiretamente pode muito bem ser um dever, o de afastar a pobreza na medida em que esta constitui uma grande tentação para o vício. Mas então não é minha felicidade, e sim a preservação de minha integridade moral, que constitui meu fim e, também, meu dever”*²⁸.

Por dar prioridade à moral vista sob o enfoque individual, o sistema kantiano permite a solução parcial das questões envolvendo a ética pública. É que, se por um lado, Kant não exitou em enaltecer a questão moral como fator de aprimoramento social, por outro, seu sistema não fornece elementos

²⁶ In “*Metafísica dos Costumes*”, p. 242.

²⁷ In “*Metafísica dos Costumes*”, p. 232.

²⁸ Op. cit. p. 232.

aptos a deduzir uma teoria para a ética pública. A máxima kantiana da ação, se aplicada àqueles que desempenham uma função pública subordinada, permite um resultado coerente: aquele que age de modo corrupto não pode pretender que sua conduta corrupta se torne universal. Quando aplicada ao soberano, a máxima deve ser vista com reservas, pois, Kant é explícito ao defender que “*o soberano tem apenas direitos relativamente aos seus súditos e nenhum dever*”. Tal afirmativa impede qualquer dedução que vislumbre a autoridade submissa a uma ética pública.

Assim, por questões que nos parecem históricas – pois Kant desenvolveu suas idéias sob determinados padrões políticos e costumes que imperavam em sua época – podemos concluir que as propostas e conclusões do pensamento Kantiano enquadra-se em parte com o tema da boa-fé e da ética pública, conquanto tenha o mestre alemão dado prioridade à moralidade entre indivíduos em detrimento de uma abordagem mais completa que envolvesse a necessidade de as leis morais serem respeitadas, também, por quem detinha o poder.

IV. 2 – O Idealismo de Hegel

Considerada uma síntese do racionalismo e do empirismo, o idealismo desenvolveu-se sobre as idéias de Kant, mais precisamente, ante o inconformismo perante conclusões de Kant de que o entendimento não podia conhecer o fundo das coisas. O idealismo se opõe a tudo aquilo diante do qual o espírito é passivo, e refuta a proposta dos noumenons kantianos, aquilo que o espírito não consegue conhecer.

Hegel (1.770 – 1.831) parte da proposta de Kant de que o espírito é constituído substancialmente como sendo construtor da realidade e toda a sua atividade é reduzida ao âmbito da experiência.

Hegel, em seus Princípios da Filosofia do Direito trata detidamente da moralidade subjetiva (projetada interiormente) e da moralidade objetiva (firmeza que mantém as leis e as instituições)²⁹. Mesmo que vivendo sob

²⁹ Princípios da Filosofia do Direito, p. 142.

outra atmosfera política, Hegel já vislumbrava a nocividade da corrupção e dos desvios de poder.

Para ele “[...] a preservação do Estado e dos governados contra o abuso do poder cometido pelas autoridades e pelos funcionários imediatamente consiste, por um lado, na hierarquia e na responsabilidade e reside, por outro, no reconhecimento das comunas e corporações impeditivo de que o arbitrário individual se confunda com o exercício do poder entregue aos funcionários, assim completando, vindo de baixo, a vigilância que, vinda de cima é insuficiente quanto aos atos particulares de administração”³⁰.

Embora a questão envolvendo os servidores públicos não seja tratada com a sistematização e complexidade que a ética pública exhibe nos nossos dias, Hegel já tinha percebido a importância de manter a qualidade moral no serviço público. Para ele “o que o servidor do Estado tem de fornecer é, na sua forma imediata, um valor absoluto. A falta que há em não cumprir ou uma violação positiva (como a ação contrária ao serviço) ou uma omissão constitui a violação de um conteúdo universal. Trata-se, pois, de um delito ou de um crime”³¹.

IV. 3 – O Positivismo

Como observam PADOVANI e CASTAGNOLA³², “a diferença fundamental entre o idealismo e o positivismo é a seguinte: o primeiro procura uma interpretação, uma unificação da experiência mediante a razão; o segundo, ao contrário, quer limitar-se à experiência imediata, pura sensível, como já fizera o empirismo”. E complementam: “para o positivismo, a única realidade existente, o cognoscível, é a realidade, física, o que se pode atingir cientificamente. Portanto, nada de metafísica e filosofia, nada de espírito e valores espirituais”³³.

Embora surgido inicialmente na França e tendo seu expoente em Augusto Comte, foi o inglês Herbert Spencer (1.820 – 1.903) o grande sistematizador do positivismo e aquele que nitidamente se preocupou com a

³⁰ Op. cit p. 271.

³¹ HEGEL, op. cit. p. 270.

³² PADOVANI E CASTAGNOLA, op. cit, p. 375.

³³ Op. cit. p. 377.

questão ético-moral. Autor de *“Princípios de Moral”* (1.892) observou a existência de princípios morais, decorrentes da evolução do homem, que se impõem ao indivíduo e que não podem ser questionados quanto à sua utilidade prática. Para Spencer, a ética vigente é reflexo de um longo processo evolucionista, onde as regras refletem um processo de adaptação com o ambiente.

IV.4 – O Surgimento da Moralidade Administrativa

Se até aqui foi possível traçar uma idéia geral sobre os estudos da ética e da moral, considerando-se as várias etapas de evolução do pensamento, deve-se reconhecer que, nos tempos atuais, esse estudo, pela complexidade das relações sociais, mostra-se como um grande desafio. É o momento, pois, de se direcionar a presente análise a uma abordagem mais específica. Para tanto, partir-se-á do surgimento da chamada moralidade administrativa, evento de marcante influência e que mudou para sempre o modo de atuação do Poder Público.

O reconhecimento do Estado como fenômeno político, como um inevitável instrumento para a obtenção do aprimoramento social teve no século XX um período de grandes mudanças. Se até então, poder e moral eram dependentes da personalidade do soberano, o surgimento do Estado Constitucional, pautado em um documento de força absoluta, significou grande avanço³⁴.

Tal modelo, contudo, mostrou-se mais conveniente à contenção do poder, conquanto tenha centrado suas preocupações na forma como as decisões seriam tomadas. Quanto ao aspecto moral, supôs-se, erroneamente, que este estaria satisfeito com o respeito às previsões constitucionais. É que, por se tratar de um documento sócio-político, cuja elaboração estava sujeita às mais variadas influências, seus dispositivos, e as interpretações sobre eles, foram utilizados como fundamento para a defesa de interesses privados. É a constatação dessas

³⁴ Vale, contudo, trazer a advertência de Diogo Freitas do AMARAL, dos problemas gerados pela amplitude dessa noção. Para ele “falar em Estado constitucional do século XX é, pois, uma maneira de abarcar todas as modalidades ou variantes do Estado no nosso tempo. O que equivale a confessar que se trata de uma designação meramente nominal, que encobre um antagonismo insanável e irreduzível à unidade: entre as democracias pluralistas, as ditaduras fascistas, os socialismos autoritários do Terceiro Mundo e o totalitarismo nazi ou comunista, nada ou quase nada há em comum, de um ponto de vista jurídico-constitucional”. In “Curso de Direito Administrativo”, vol. I, p. 82.

lacunas, contudo, que germinará a idéia da necessidade de um controle moral dos atos administrativos.

O Princípio da Legalidade visto até então como inegável avanço, passa a mostrar-se falho no controle da moralidade, ante a impossibilidade de a lei prever todas as vicissitudes da sociedade. Como salienta Carlos Ari SUNDFELD *“ao Estado de Direito não basta a submissão das autoridades públicas à lei – senão, é evidente, a superioridade da lei seria um fim em si. Fundamental que o sistema sirva à preservação da liberdade. Por isso a lei não pode tudo”*³⁵.

Surge o clamor pelo controle da moralidade entre aqueles que detinham o poder. José Guilherme GIACOMUZZI, lembra que *“a busca de um conteúdo autônomo à moralidade administrativa passa por uma abordagem da história do controle da legalidade do ato administrativo, por um motivo elementar: foi na tentativa de evitar os abusos cometidos pelos administradores públicos e ampliar a abrangência do controle da legalidade administrativa que se perfectibilizou, na doutrina e na jurisprudência francesas ao final dos novecentos e, mormente, ao início do século XX, a idéia de moralidade administrativa, elaborada e desenvolvida fundamentalmente a partir do instituto do desvio de poder”*³⁶.

Acrescente-se, ainda, que o período do pós-guerra engendrou o modelo do Estado onipresente, que a tudo deveria prover e fornecer. O resultado do chamado Estado-Providência foi a criação de uma estrutura burocrática gigantesca, o cenário ideal para violações de ordem moral no seio da Administração. A lição de Diogo Freitas do AMARAL bem ilustra as características desse cenário:

“A intervenção e o dirigismo econômico traduzem-se na proliferação de organismos autônomos ligados à Administração Central mas não integrados nos Ministérios – os institutos públicos; e as nacionalizações dão origem a numerosas empresas públicas. Os primeiros constituem a chamada Administração indireta do Estado, que juntamente

³⁵ *“Direito Administrativo Ordenador”*, p. 68.

³⁶ *“A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública”*, p. 39.

com os Ministérios ou Administração direta compõe o sector público administrativo; as empresas públicas formam o sector público empresarial ou sector empresarial do Estado.

Não é, aliás, apenas o intervencionismo económico que caracteriza a Administração Pública dos nossos dias – é também a acção cultural e social do Estado. Acção cultural, na medida em que lhe cabe garantir a todos o direito à educação e promover a cultura, a ciência, a educação física o desporto; e acção social, na medida em que incumbe ao Estado assegurar aos cidadãos o direito à saúde, o direito à segurança social, o direito à habitação, o direito ao trabalho, e ainda a protecção na infância, no desemprego, na terceira idade, o apoio à família, a defesa do ambiente, da natureza e da qualidade de vida, etc., etc. Por isso alguns falam no Estado-Providência, um Estado que se sente na obrigação de derramar sobre os seu membros todos os benefícios do progresso, colocando-se ao serviço da construção de uma sociedade mais justa, especialmente para os mais desfavorecidos”³⁷.

Nesse cenário do Estado onipresente onde a complexidade das relações envolvendo a Administração Pública contribuía para o cometimento de abusos³⁸. Percebeu-se a necessidade de se desenvolver mecanismos de controle da atuação pública.

É do Conselho de Estado Francês a primeira manifestação efetiva de preocupação quanto ao controle dos atos administrativos. Como nos ensina José Guilherme GIACOMUZZI “o Conseil, enquanto órgão de jurisdição, pode tão-somente apreciar a legalidade do ato administrativo, em respeito ao princípio constitucional da separação absoluta de Poderes”³⁹. René CHAPUS, contudo, observa que o “recours pour excès de pouvoir” também é direcionado ao

³⁷ Op. cit. p. 83.

³⁸ Vale observar a curiosa expressão adotada por Jaime Rodriguez-ARAÑA MUÑOZ que se refere à fragilidade do modelo assentado pelo Estado de Bem-Estar de o “Colosso com Pés de Barro”. Op. cit. p. 13.

³⁹ “A Moralidade Administrativa...”, p. 46.

controle do vício de forma, ao questionamento da competência e à alegação de violação à lei⁴⁰. Neste cenário, Marcel WALINE “*escrevia que o desvio de poder era a parte mais curiosa e mais original da jurisprudência do Conseil sobre o excesso de poder*”⁴¹.

Coube a Maurice HAURIUO a percepção de que esse controle dos atos administrativos executado pelo Conselho de Estado deveria se aprofundar no exame dos motivos do ato. Foi em seu “*Précis*” que se mencionou pela primeira vez a expressão “moralidade administrativa”, fato esse reverenciado pela doutrina⁴² e que possibilitou o desenvolvimento de novas formas de controle do ato administrativo. Em lição marcante observou que:

*“[...] o desvio de poder marca a subordinação do poder administrativo ao bem do serviço, noção que excede àquela de legalidade e que permite restringir o poder naquilo que ele tem de mais discricionário: os motivos que o fazem agir. A legalidade cujas regras gerais são rígidas não pode penetrar na região dos motivos sem destruir a espontaneidade do poder discricionário; ao contrário, a moralidade administrativa, descendo com o juiz ao caso concreto, pode penetrar nessa região sem destruir tal espontaneidade”*⁴³.

Foi sobre esse raciocínio que se desenvolveu toda a teoria da moralidade no cenário da Administração Pública⁴⁴ e que chega até os dias atuais demonstrando um grau de especialização crescente. É inserida nessa realidade que a presente dissertação pretende mostrar a possibilidade de serem aplicados dois institutos de alguma forma decorrentes do exame moral dos atos jurídicos: a ética pública e o princípio da boa-fé. Possibilidade essa voltada, essencialmente ao estudo do mérito do ato administrativo, auxiliando na empreitada de expor a intenção do agente quando operando em sua faixa de discricionariedade.

⁴⁰ “*Droit Administratif...*”, p. 937.

⁴¹ Cf. José Guilherme GIACOMUZZI, op. cit. p. 47.

⁴² GIACOMUZZI observa que as palavras de Hauriou marcam a ligação entre moralidade administrativa e o instituto do desvio de poder. Op. cit. p. 49.

⁴³ GIACOMUZZI, p. 49.

⁴⁴ Cabe registrar aqui a nítida influência que HAURIUO sofreu das teorias alemãs da vontade no direito civil (*Erklärungstheorie*) em especial de Rudolf STAMMLER, neokantista da chamada “Escola de Marburgo” (Cf. GIACOMUZZI, op. cit. p. 70).

Adiante-se que a boa-fé, ao contrário dos conceitos de ética pública que são direcionados àquele que desempenha função pública, é noção que independe da condição da parte. Ou seja, tanto a conduta do servidor ou autoridade pública quanto a do particular que trava relação com o Poder Público podem ser apreciados sob as lentes da boa-fé.

2

Ética Pública

“En el ámbito político se debe constatar que la veracidad en las relaciones entre gobernantes y gobernados; la transparencia en la administración pública; la imparcialidad en el servicio de la cosa pública; ... el uso justo y honesto del dinero público; el rechazo de medios equívocos o ilícitos para conquistar, mantener o aumentar a cualquier costa el poder, son principios que tienen su base fundamental – así como su urgencia particular – en el valor trascendente de la persona y en las exigencias morales objetivas del funcionamiento de los Estados”.

(Encíclica Veritatis Splendor)

II.1 – Conceito

O conceito de ética pública envolve a conjugação de dois elementos: um de carácter pessoal, ligado às virtudes da personalidade e outro envolvendo o desempenho de uma função pública. A ética pública se mostra como aquele conjunto de predicados morais que devem guiar o modo de atuação de todos aqueles que, de alguma forma, venham a desempenhar uma função pública.

O fato de envolver a transposição de conhecimentos ligados às ciências psico-sociais ou humanistas (psicologia, sociologia, filosofia) para uma parte importante do Direito Administrativo (aquela que aborda a conduta dos agentes públicos) explica, em parte, a dificuldade de se definir ética pública. A dificuldade se acentua por envolver uma série de conceitos juridicamente indeterminados e que assumem diversos significados dependendo do local onde sejam analisados.

Como bem observa Manuel VILLORIA MENDIETA ⁴⁵ *“para poder hablar de la ética para los empleados públicos es conveniente precisar de que hablamos cuando hablamos de ética”*.

Para VARGAS MACHUCA ⁴⁶ a ética seria *“el conjunto de intuiciones y concepciones de las que se valen los distintos grupos humanos e individuos para identificar lo que está bien y lo que está mal, lo que se debe hacer y lo que se debe evitar”*. Jaime Rodríguez-ARAÑA MUÑOZ considera a ética da função pública *“la ciencia del servicio público en orden a la consecución del bien común, del bien de todos, haciendo o facilitando el bien de cada uno de los miembros de la sociedad”* ⁴⁷.

Parte-se, portanto, do conceito de ética limitada ao seu sentido particular e pessoal, de qualidade do indivíduo para, em seguida, analisa-la, sob o aspecto público. Enfim, a regra conceitual para a ética pública é a adoção de todas aquelas virtudes que o indivíduo deve ter para relacionar-se em sociedade e direcioná-las àqueles que, por dever de ofício, gerenciam e representam os

⁴⁵ *“Ética Pública y Corrupción: Curso de Ética Administrativa”*. p.17.

⁴⁶ *“Diccionario de Sociología”*, p. 505.

⁴⁷ *“Ética, Poder y Estado”*, p. 31.

interesses públicos. Na pena de GONZÁLEZ PÉREZ ⁴⁸ *“la ejemplaridad y honradez son virtudes que deben presidir la actuación de los servidores públicos”*. Já a Lei Espanhola para o Funcionalismo Civil ⁴⁹ estabelece como dever do servidor *“observar una conducta de máximo decoro”*.

Mas, como advertimos anteriormente, a complexidade do tema encontra seu núcleo no fato de envolver noções puramente subjetivas, que variam não só entre determinados grupos sociais, como também, de indivíduo para indivíduo. Essa conclusão não surpreende se atentarmos – tal como advertido acima – que o estudo da ética pública envolve essencialmente valores e características psicológicas de personalidade e de comportamento, as quais assumem as mais variadas nuances interpretativas.

II – 2. A Questão das duas Éticas

Por envolver a apreciação de elementos subjetivos do servidor público no desempenho de suas atividades, o tema da ética pública suscitou discussões a respeito da possibilidade de existência de duas éticas para a mesma pessoa ⁵⁰. A ética pública ficaria restrita a reger os atos do ocupante de cargo público, enquanto no desempenho de suas funções profissionais e; a ética privada seria aquela regente dos demais atos do indivíduo.

Esse ponto de vista foi veementemente combatido por publicistas espanhóis. Para GONZÁLEZ PÉREZ *“no existen dos morales, una pública – cuyo ámbito sería la vida en sociedad – y otra privada – destinada a dirigir la vida personal e individual”* ⁵¹. De modo enfático Maria FERIA ROMERO ⁵² observou que *“lo que se produce son manifestaciones distintas de una misma realidad; dos manifestaciones diferentes de um mismo fenómeno, como es el comportamiento ético; dos expresiones intimamente vinculadas de un mismo acontecimiento: el desarrollo vital”*.

⁴⁸ *“La Ética en la Administración Pública”*, p. 42.

⁴⁹ Texto de 7 de Fevereiro de 1.964, em seu art. 80.

⁵⁰ Nesse sentido ver GONZÁLEZ PÉREZ que traz o posicionamento de Gregório PECES-BARBA que defende a existência de uma ética pública e uma ética privada. *“La Ética...”* p. 27.

⁵¹ Op. cit., p. 29.

⁵² *“Aplicabilidad de las Normas Éticas”*, p. 74.

Outra não é a conclusão de Jaime RODRÍGUEZ ARAÑA MUÑOZ ⁵³ ao observar com notória precisão que *“la ética pública no es distinta de la ética privada, sino que es la proyección en el ámbito público de los principios éticos comunes”*.

Significativa, neste ponto, a maneira como a Encíclica Veritatis Splendor abordou o assunto, observando que *“no hay ninguna diferencia entre ser el dueño del mundo o el último de los miserables de la tierra; ante las exigencias morales somos todos absolutamente iguales”* ⁵⁴.

Filiamo-nos, portanto, à corrente majoritária que entende existir apenas uma forma de ética a reger os todos os atos do indivíduo, sejam eles restritos à esfera íntima, como parte do todo social, seja como exercente de determinada função pública.

Nessa discussão, as palavras de Maria FERIA ROMERO mostram-se irretocáveis ao mostrar que *“la ética pública, que presumiblemente va sacar a la sociedad del atolladero de corrupción y deterioro moral en que está inmersa no se sostiene sin la privada. No es posible vivir conforme a unos valores en el ámbito de la vida social, actuar de acuerdo con una jerarquía, predicar unos preceptos éticos que rijan la vida pública, si no se potencia su observancia en el ámbito privado, si esos valores no se viven en la esfera de la vida individual, porque carecen de base y de la nota de permanencia, que es lo que permite actuar conforme a ellos en todas las circunstancias, públicas y privadas”* ⁵⁵.

Adotamos, portanto, nesse trabalho, o entendimento unitário no qual a ética é um conceito absoluto, admitindo variações de enfoque tão somente como forma de ditar maior especialidade na área do conhecimento ⁵⁶.

II – 3 O Tratamento Legal da Ética

Uma vez adotado esse ponto de vista, – de que a ética é um valor único que se projeta em grau de especialidade no âmbito público, sob o nome de ética pública – vale reforçar que a realidade brasileira vem se mostrando

⁵³ “Princípios de Ética Pública...”, p. 24.

⁵⁴ Apud GONZÁLEZ PÉREZ, op. cit. p. 28.

⁵⁵ Op. cit., p. 107.

⁵⁶ É visando maior grau de especialização no enfoque desejado que comumente nos deparamos com várias “éticas”, sem que isso signifique independência e incomunicabilidade entre elas. Fala-se, portanto, em ética empresarial, ética profissional, ética política, ética parlamentar, etc.

vulnerável nesse confronto entre ética pública e corrupção, sinalizando que vivemos um momento crucial em que a moralidade vem sendo posta em cheque diante dos diários e intermináveis escândalos de corrupção.

Tal situação justifica a necessidade urgente de se imprimir novo rumo ao estudo da ética aplicada ao setor público. Isso não significa que o atual estágio das relações na sociedade brasileira dispense o aprimoramento de sua parte ética. Muito pelo contrário. O país em que vivemos vem pagando e pagará ainda o preço decorrente de uma enorme dívida social, em grande parte proveniente de um sistema que dá as costas aos valores éticos e prestigia a impunidade. O risco que se corre com a maneira como a ética vem sendo tratada na realidade brasileira é a banalização de suas transgressões, tornando o cidadão mero espectador inerte e impotente diante dos descabros que assolam a dignidade de toda uma nação. Parte-se, portanto, da parte que tem a possibilidade de ditar regras de conduta e vincular a ética como objetivo de governo.

O estudo da ética pública expõe, já em um primeiro momento, algumas conclusões facilmente constatáveis. A primeira de que os países mais desenvolvidos vêm demonstrando maior interesse ao assunto, legislando e tratando da ética pública de modo incansável e sem estigmatizações⁵⁷. Tal fato, por sua vez, não significa que outros países menos desenvolvidos não tenham tomado medidas nessa área⁵⁸. A segunda, de que no Brasil a ética pública ainda está por merecer maiores estudos e uma divulgação mais engajada. A parca bibliografia e o reduzido debate lançam sobre a ética uma impressão de algo desnecessário e inatingível, mantendo a grande maioria da população absolutamente afastada e indiferente ante uma crise de moralidade que já vem cobrando o seu preço. Dotar a ética de uma força legal pode significar um avanço e um antídoto em um cenário tão árido às questões dessa ordem.

Nesse sentido, não há como deixar de reconhecer o avanço que significou a previsão do art. 37, da Constituição Federal Brasileira ao exigir que *“a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União,*

⁵⁷ Veja-se nesse sentido, o que significou o “Informe Nolan”, documento elaborado por Comitê especialmente nomeado pelo Primeiro Ministro da Inglaterra e presidido pelo Juiz Lord Nolan que aprovado pelo Parlamento em 16 de maio de 1.995, passou a ser a referência no trato da ética na esfera pública com influências na esfera privada. Vale informar que esse estatuto ético configurou uma reação imediata do Governo Britânico ante a percepção de aumento dos atos considerados contrários aos fundamentos éticos da sociedade britânica.

⁵⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, por exemplo, mostra que a Costa Rica vem fazendo grande esforço no sentido de combater a “grave crise de valores morais” percebida nos últimos anos. Op. cit. p.30.

dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência” (grifo nosso). Irretocável, BACELLAR FILHO⁵⁹ foi categórico ao observar que “a afirmação da moralidade administrativa como princípio da Administração Pública juridiciza a ética na atividade administrativa”. Vale lembrar que o texto da Carta Federal serviu de parâmetro para que as Constituições dos Estados-Membros também vinculassem a atividade administrativa naquela esfera ao princípio da moralidade⁶⁰.

A lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal – lei nº 9.784/99 – prevê a obediência ao princípio da moralidade (art. 2º) e uma “*atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé*” (art. 2º, IV).

Com especial interesse para o tema aqui tratado, a lei nº 8666/93, lei esta que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, prevê que a licitação será processada e julgada em estrita conformidade com vários princípios entre os quais o da moralidade⁶¹.

Seguindo linha semelhante, a lei nº 8.429/92 que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na Administração Direta e Indireta, nas três esferas de governo, traz a seguinte previsão: “*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**...*” (art. 11) (grifo nosso). Ainda que essa importante lei não traga menção expressa, resta evidente que as noções de honestidade e lealdade às instituições, guardam estrita relação com a ética pública e a moralidade.

⁵⁹ Processo Administrativo Disciplinar, p. 192.

⁶⁰ No caso da Constituição do Estado do Paraná, por exemplo, o princípio da moralidade vem elencado no art. 27.

⁶¹ Diz o art. 3º, caput, da lei nº 8.666/93: “*a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos*”.

A lei federal nº 1.079/50, que trata dos crimes de responsabilidade do Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores, Secretários de Estado e outras altas autoridades dedica um capítulo aos “*crimes contra a probidade na administração*”, merecendo destaque a previsão de punir o agente que “*proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro*” (art. 9º).

O Decreto-Lei nº 201/67, que dispõe sobre os crimes de responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, também pune o agente que “*proceder de modo incompatível com a dignidade e o decoro do cargo*” (art. 4º, X).

Questão interessante e raramente citada envolve a lei nº 9.790/99. Esse documento “*dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público*”. Prevê que toda aquela entidade que pretenda assumir a condição de organização de interesse público deverá ter por finalidade pelo menos uma das doze previstas em seu art. 3º. Entre elas, que a pretendente tenha suas atividades voltadas à “*promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais*” (art. 3º XI) (grifado). Exige, ainda, referida lei que, uma vez atendido o requisito de sua finalidade, tenha a pessoa jurídica pretendente sua atuação regida por estatuto cujas normas expressamente disponham sobre “*a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência*” (art. 4º, I) (grifo nosso).

Como se percebe, várias e importantes leis acompanharam uma fase iniciada com a Constituição de 1.988 e incorporaram um elemento moralizador em seus dispositivos. Assim, caberá agora ao Poder Judiciário uma maior sensibilidade no trato do tema, passando a utilizar os parâmetros éticos vigentes no julgamento dos atos emanados dos agentes públicos e dos particulares que mantenham alguma relação com o Poder Público.

II – 4. Ética Pública e Corrupção

Não se pode negar que a ética pública vem sendo elevada a uma posição de destaque na mobilização (de nível mundial, reconheça-se) contra

a corrupção. Esta, nas palavras de GONZÁLEZ PÉREZ “*consiste, precisamente, en la utilización de potestades públicas para intereses particulares, cualquiera que sea la forma de manifestarse, sea en beneficio propio o de un tercero o del partido político; sea por razón de amistad o por dinero o por otras prestaciones*”⁶².

Manuel VILLORIA MENDIETA chama a atenção para o fato de que “*la corrupción se puede definir desde diferentes perspectivas – económica, jurídica, sociológica -, no obstante, desde una perspectiva politológica, há sido mayoritariamente definida con un fuerte componente valorativo, pues en general se refiere al incumplimiento de deberes derivados del ejercicio de cargo público y a un abuso de confianza*”⁶³.

Assim, considerando que a corrupção implica na distorção da maneira de utilização do dinheiro público, configura ela um gravíssimo atentado contra a dignidade dos cidadãos. Resta, portanto, o desenvolvimento e aperfeiçoamento da ética pública como forma de reação social contra os atentados que se verificam aos padrões morais de conduta. Este é, sem dúvida, o grande desafio que se põe não só ao direito público, mas a toda sociedade. Esta participação cidadã, o chamado controle social dos atos governamentais, que na expressão de Carlos APESTEGUÍA⁶⁴ assume o papel “*ariete contra la corrupción*”, não pode ser olvidada ante a inegável incapacidade de o Estado, isoladamente, controlar a moralidade de seus atos e agentes. Afinal, como bem lembra Agustín GORDILLO, “*los habitantes de un país son los que resultan más directamente perjudicados por aquella lamentable práctica y los que más pueden hacer por combatirla*”⁶⁵.

Ressalte-se, nesse momento, que a imprensa assume papel relevante como colaboradora da sociedade no controle da ética pública, devendo o jornalismo assumir a parte que se lhe espera, denunciando a corrupção e enaltecendo a aplicação de medidas preventivas e repressivas. Tal fato não passou despercebido por Manuel VILLORIA MENDIETA⁶⁶ ao observar que “*hoy son los medios de comunicación quienes desde la sociedad civil ejercitan la labor de*

⁶² Op. cit., p. 64.

⁶³ Op. cit. p. 25.

⁶⁴ “Sumários Administrativos”... p. 83.

⁶⁵ Prefaciando a obra “La Ética Pública” de Maria Claudia CAPUTI, p. XI.

⁶⁶ Op. cit., p. 158.

control y vigilancia de los poderes públicos más extensa e influyente. En las sociedades de la información, el poder es, ante todo, cultural; las batallas culturales son las batallas de poder en la Era de la Información, y dichas batallas se libran primordialmente en los medios de comunicación y por los medios de comunicación”.

Ao lado dessa conscientização social, outro elemento deve ser desenvolvido: um regramento especialmente desenvolvido para o trato da ética pública, no qual se arrole as condutas que, além de evitadas devem ser combatidas e penalizadas. Esses documentos, na verdade, assumem um perfil de código de condutas no qual se arrolam as ações que devem ser evitadas pelos profissionais do setor público. É que, como bem ponderou a administrativista argentina Maria Claudia CAPUTI, os servidores públicos devem ajustar suas condutas a certos mandados éticos ⁶⁷. Para esta autora o tratamento do assunto vem obedecendo a um padrão internacional fruto da globalização dos problemas envolvendo a ética pública ⁶⁸.

Antes de comentar os modelos adotados pelos países que se encontram em fase adiantada no controle da ética governamental, vale, dedicar certa atenção a um documento que tem servido de referencial no trato do assunto. Trata-se da Convenção Interamericana Contra a Corrupção – CICC -, aprovada na terceira sessão plenária da Organização dos Estados Americanos, celebrada em Caracas, em 29 de março de 1.996. De seu preâmbulo, vale reproduzir as seguintes passagens, como forma de dimensionar a importância que o tema assumiu nas Américas e, principalmente, o de demonstrar a corrupção como agente nocivo ao desenvolvimento democrático dos povos:

*“Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos,
Convencidos de la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos;*

⁶⁷ La Ética Pública, p. 26.

⁶⁸ Op. cit., p. 44.

Considerando que la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio;

Persuadidos de que el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social;

[...]

Convencidos de la importancia de generar conciencia entre la población de los países de la región sobre la existencia y gravedad de este problema, así como de la necesidad de fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción;

[...]”.

Segue-se, então, o texto da CICC composto de vinte e oito longos artigos dentre os quais se encontram recomendações a serem adotadas no âmbito das compras governamentais e que, por se enquadrarem diretamente ao tema das licitações serão tratados em apartado na seqüência.

O principal sistema – e que serviu de modelo para os demais países – é o adotado nos Estados Unidos da América. Como informa Maria Claudia CAPUTI⁶⁹, além de possuir um bem elaborado plano de controle da ética governamental, os funcionários norte americanos que desempenham suas funções nessa área tiveram ativa participação na elaboração da CICC. Na verdade, o modo como esse país trata o assunto reflete uma preocupação fundada na certeza de que em um Estado que queira manter as sólidas instituições democráticas não pode correr riscos de quebra de seus padrões éticos.

A história do controle da ética pública nos Estados Unidos demonstra que as compras governamentais sempre foram um ponto delicado da

⁶⁹ Op. cit. p. 45.

atuação governamental quando o assunto é a obediência aos padrões morais vigentes. Durante a Guerra Civil norte americana, o Congresso detectou a ocorrência de muitas fraudes vinculadas às contratações militares, quando se percebeu o risco que aquelas operações poderiam significar para a União. Ciente dessa realidade, o presidente Abraham Lincoln advogou a aprovação de medidas preventivas e repressivas, o que se concretizou com a aprovação do chamado False Claims Act. Em tal ato pode ser vista a origem dos documentos que atualmente dispõem sobre as licitações e contratos administrativos. É que, tido inicialmente como documento apto a regular os contratos administrativos da área militar, teve logo a sua aplicação ampliada, passando a ser utilizada em todo setor público ⁷⁰.

O sistema de controle vigente atualmente nos Estados Unidos dispõe de uma ampla rede de órgãos vinculados às três esferas de governo. Há, contudo, o Office of Government Ethics – OGE – órgão estabelecido através da Ethics in Government Act – que coordena as principais ações voltadas ao controle da moralidade na atuação estatal. Seu Programa de Ética se assenta sobre catorze princípios gerais e se baseiam em duas idéias fundamentais: que os servidores públicos não podem utilizar os seus cargos para obterem vantagens pessoais e que devem atuar imparcialmente sem dedicar tratamento diferenciado a qualquer pessoa seja física ou jurídica.

Seguindo uma linha que evidencia a importância do controle da ética governamental na cultura anglo-saxã, o modelo inglês também vem servindo de paradigma para os demais países que pretendem enfrentar o problema ético em suas administrações. Se o fator desencadeador para que os Estados Unidos passasse a controlar mais rigorosamente a questão ética nos meandros de sua Administração foram constatações envolvendo algo que poderíamos chamar hoje de licitação, a história administrativa da Grã-Bretanha teve nos fatos envolvendo um contrato administrativo o seu ponto de inflexão no enfrentamento do assunto. Foi com o caso “Dimes vs Proprietors of the Grand Junction Canal” que a Câmara dos Lordes decidiu em 1.852 questão envolvendo a quebra de imparcialidade de servidores do Governo em benefício de empresa que detinha licença para explorar a navegação no rio Tâmis.

⁷⁰ CAPUTI, p. 57 e segs.

A constante preocupação com o assunto resultou na elaboração de um documento que viria a ser adotado como referência por vários países em especial no cenário europeu. Trata-se do Primeiro Informe da Comissão Nolan editada em maio de 1.995 e que é a responsável por emitir documentos (Informes) voltados à adoção de medidas capazes de manter o nível ético da atuação administrativa. A base desse documento são os padrões de conduta direcionados àqueles que venham a atuar na vida pública, resumidos em sete amplos princípios que estimulem: a adoção do interesse público, a integridade, a objetividade, a responsabilidade, a transparência, a honestidade e a capacidade de decisão ou liderança ⁷¹.

A forma como a Espanha vem lidando com o assunto também merece destaque. Não tanto pelos resultados, mas pela conscientização e tomada de providências. Tal fato se deve em grande parte ao fato de a realidade espanhola se assemelhar, em algumas passagens, com o caso brasileiro. A forma de transposição do princípio da boa-fé do direito civil para o direito administrativo, a menção da moralidade pública na Constituição Federal, a constatação de perigosos avanços da corrupção ⁷² e a indignação de setores da sociedade civil, são realidades que, descontadas as imposições das realidades vigentes naquele país ibérico, também são verificadas no cenário brasileiro. Mas é na edição de importantes leis que o caso espanhol ganha notoriedade. Tal fato, embora visto com indisfarçável ceticismo por parte da doutrina ⁷³, não deixa de ser um importante sinalizador para a sociedade e um significativo instrumento posto à disposição do Judiciário para julgar ações envolvendo a moralidade dos

⁷¹ Conforme CAPUTI, p.64.

⁷² Observou Alejandro NIETO: *“Los españoles sentimos que la corrupción nos rodea, que la política y la Administración, como la economía y la sociedad, están corrompidas hasta la médula; pero vivimos desconcertados sin lograr asumir lo que está pasando”*, in *“Corrupción en la España democrática”*, p. 8. Para Maria FERIA ROMERO, *“se há superado en parte la tradicional idea de corrupción como un acuerdo secreto entre un particular y un funcionario público que pactam una determinada contraprestación singular al margen de la Ley y de sus deberes, para pasar a considerarla como un elemento más del sistema”*. In *“Aplicabilidad de las Normas Éticas...”* p. 32.

⁷³ Nítido é o descontentamento expressado por Jesus GONZÁLEZ PÉREZ ao observar que *“en Españã se vieron obligados a hacer algo. Y no se les ocurrió nada mejor que crear una Fiscalía especial contra la corrupción y elaborar dos leyes: una, la Ley 11/1995, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados; otra, la Ley 12/1995, de igual fecha, sobre Incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración del Estado. Há de agradecerse, al menos, que esta última hable de la “Nación” – con mayúscula – en vez del Estado español. Publicadas ambas en el BOE de 12 de mayo de 1995, la realidad se encargará de demostrar si seguirán el destino de tantas otras análogas, promulgadas con los mismos propósitos.”* *“La Ética...”*, p. 83.

ocupantes de cargos públicos. Nesse sentido merece destaque a Ley 12/1.995, que trata de Incompatibilidades dos Membros do Governo e Altos Cargos, a Lei dos Funcionários Cíveis e a Lei Geral Orçamentária.

Vale trazer aqui, ainda, breves comentários sobre o modelo argentino. Nos narra Maria Claudia CAPUTI que, apesar de já se detectarem esforços no combate à corrupção, foi com a reforma constitucional de 1.994 que se constatou um importante avanço no trato da ética pública. Observou que *“lo cierto es que mediante el art. 36 los constituyentes no solo catalogaron como ‘atentado al sistema democrático’ el enriquecimiento ilícito, calificándolo como delito contra el Estado sino que además impusieron al Congreso el deber de sancionar ‘una ley de ética pública para el ejercicio de la función’”*⁷⁴. Seguiu-se à adesão aos termos propostos pela Convenção Interamericana contra a Corrupção e a criação da “Oficina Nacional de Ética Pública”⁷⁵. Esta última deu lugar, em 1.999, à “Oficina Anticorrupción”. No mesmo ano aprovou-se o “Código de Ética de la Función Pública” e a “Ley de Ética de la Función Pública”.

O caso do país vizinho reflete, portanto, o esforço em controlar a questão moral em sua esfera administrativa, mostrando-se atualizada e propiciando ao Poder Judiciário a aplicação de regras modernas de combate à corrupção. Em suma, um modelo exemplar - não pelos resultados, pois esses serão colhidos com o tempo – mas pela mobilização e qualidade dos documentos produzidos. Endossamos, por isso, as palavras da Professora Maria Claudia CAPUTI ao enfatizar que se há algo a agradecer pela aprovação desses textos legais *“es haber indicado la dirección y camino a seguir para favorecer la transparencia y la recta gestión administrativas”*⁷⁶.

II – 5. Ética Pública e Licitação

Dentre as mais variadas formas de atuação estatal, o momento em que o estado busca no mercado a satisfação de seus interesses mediante a

⁷⁴ Do longo art. 36 da Constituição Argentina extraímos a seguinte passagem: *“Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”*.

⁷⁵ Criada em fevereiro de 1.997.

⁷⁶ La Ética Pública, p. 162.

aquisição de bens e contratação de serviços, configura uma etapa delicada, quando se analisa a questão ética. Estudo publicado pela Transparência Internacional ⁷⁷ concluiu “*que entre las áreas de gobierno más afectadas por la corrupción están: los servicios públicos, las licitaciones y adquisiciones públicas, la recaudación de ingresos públicos y la designación de funcionarios*” (grifo nosso).

A preocupação com os abusos verificados, a nível mundial, nas licitações e contratos administrativos, não foi ignorada pelas instituições financeiras de fomento como o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento que passaram a condicionar a aprovação de projetos à adoção de normas de licitação e contratos.

A estreita relação entre os institutos da ética pública e da licitação fica evidente ante a constatação de que a maioria dos documentos legais que tratam do assunto sejam sob a forma de lei, de regulamentos, códigos de conduta ou qualquer outra forma de compilação, trazem, em seu corpo, alguma menção às compras e contratações do setor público.

A confirmação cabal da importância assumida pelas compras governamentais no campo da ética pública é dada pelo Texto da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, aprovado em dezembro de 2.003 em Mérida no México, cujo art. 9º demonstra especial preocupação com as licitações e contratos administrativos ⁷⁸. Texto esse adotado pelo Brasil somente agora por meio do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2.006.

⁷⁷ CAPUTI, “la Ética Pública”, p. 132.

⁷⁸ “Art. 9º:

1. Cada Estado Participante, em conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, adotará as medidas necessárias para estabelecer sistemas apropriados de contratação pública, baseados na transparência, na competência e em critérios objetivos de adoção de decisões, que sejam eficazes, entre outras coisas, para prevenir a corrupção. Esses sistemas, em cuja aplicação se poderá ter em conta valores mínimos apropriados, deverão abordar, entre outras coisas:
 1. A difusão pública de informação relativa a procedimentos de contratação pública e contratos, incluída informação sobre licitações e informação pertinente ou oportuna sobre a adjudicação de contratos, a fim de que os licitadores potenciais disponham de tempo suficiente para preparar e apresentar suas ofertas;
 2. A formulação prévia das condições de participação, incluídos critérios de seleção e adjudicação e regras de licitação, assim como sua publicação;
 3. A aplicação de critérios objetivos e predeterminados para a adoção de decisões sobre a contratação pública a fim de facilitar a posterior verificação da aplicação correta das regras ou procedimentos;

Percebe-se, do mesmo modo, que esses documentos trazem ou diretrizes amplas, meras sinalizações de procedimento, ou um rol de atitudes consideradas atentatórias à ética pública.

Esse mecanismo tem uma razão de ser. As sinalizações amplas voltadas ao controle da ética governamental servem como diretriz de ações que serão tomadas pelas autoridades. Servem elas para apontar às autoridades o sentido a ser tomado no combate a práticas nocivas à moralidade do Estado. Exemplo típico dessa técnica é o artigo 3º, da Convenção Interamericana Contra a Corrupção que exorta os Estados-Partes a adotarem medidas, dentro de seus próprios sistemas institucionais, destinados a criar, manter e fortalecer “*sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas.*”

Outra constatação fornecida pelo exame dos documentos voltados à proteção da ética pública é que a técnica utilizada é a de definir a ação reprovável e jamais de arrolar as práticas consideradas de acordo com os princípios éticos. Manuel VILLORIA MENDIETA indagou o porquê dessa prática e concluiu que ela é decorrência da maior dificuldade em se definir aquilo que é moralmente correto. Para ele “*definir el mal es una opción más modesta o de menos riesgo que identificar y promover el bien*”⁷⁹.

Percebe-se, portanto que a metodologia adotada traça uma linha demarcatória pela qual o servidor público não poderá ultrapassar sob pena de ingressar em uma zona de conduta eticamente reprovável.

Assim, ao lado de prescrições vetando o recebimento de propinas e agrados financeiros, de utilização do cargo para obter vantagens pessoais, de atuar parcialmente e demais formas de comportamento; os documentos que tratam de ética pública e controle da corrupção vêm, de modo

4. Um mecanismo eficaz de exame interno, incluindo um sistema eficaz de apelação, para garantir recursos e soluções legais no caso de não se respeitarem as regras ou os procedimentos estabelecidos conforme o presente parágrafo; Quando proceda, a adoção de medidas para regulamentar as questões relativas ao pessoal encarregado da contratação pública, em particular declarações de interesse relativo de determinadas contratações públicas, procedimentos de pré-seleção e requisitos de capacitação.

⁷⁹ Op. cit. p. 23. Vale, contudo, observar que o professor da Universidade Rei Juan Carlos e do Instituto Universitário Ortega Y Gasset não exclui a necessidade de os governos se esforçarem para identificar e promover o bem.

progressivo expressando sua preocupação com os fatos verificados quando das aquisições governamentais ⁸⁰. Deste modo, é imprescindível que se analise de que modo a corrupção se utiliza das lacunas das legislações e, principalmente, daquela zona cinzenta representada pelo poder discricionário das autoridades e servidores que, de alguma forma, atuam no certame licitatório.

Esta realidade não passou despercebida pelas considerações de Jesús GONZALÉZ PÉREZ. Para ele, a absorção pela Administração de atividades até há pouco inimagináveis, cujo compromisso com a celeridade e a eficiência, se mostrou incompatível com os excessivos controles do Direito Administrativo, criou uma fuga para a aplicação das cláusulas mais brandas do Direito Privado. Assim, continua o mestre espanhol *“comprobadas las facilidades que el sistema prestaba para mejor satisfacer los intereses propios o del partido, para colocar los adictos en los cargos públicos, para adjudicar la ejecución de obras y servicios al que mejor se portaba, para proceder, en fin, a utilizar a su capricho el aparato administrativo, no solo se há huido del Derecho administrativo, sino que, dentro de este, se han atenuado de tal forma las formalidades y controles, que quedan amplios márgenes para que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad”* ⁸¹.

⁸⁰ Nesse sentido, a lei argentina que trata do Regime Jurídico Básico da Função Pública, ley 22.140/80 impõe a proibição de *“dirigir, administrar, asesorar, etc, a quienes gestionen o exploten concesiones o privilegios públicos o sean contratistas públicos” e de recibir beneficios por contratos, concesiones o franquias públicos*” (art. 28).

⁸¹ La Ética en la Administración Pública, p. 82.

3

A Boa Fé

“Sendo, então, os fins aquilo que desejamos, e os meios aquilo sobre o que deliberamos e que escolhemos, as ações relativas aos meios devem concordar com a escolha e ser voluntárias. Ora, o exercício da virtude relaciona-se com os meios; portanto a virtude também está ao nosso alcance, da mesma forma que o vício. Com efeito, quando depende de nós agir, igualmente depende o não agir e vice-versa, ou seja, assim como está em nossas mãos agir quando isso é nobre, assim também temos o poder de não agir quando isso é vil; e temos o poder de não agir quando isso é nobre, do mesmo modo que temos o poder de agir quando isso é vil. Por conseguinte, depende de nós praticar atos nobres ou vis, e se é isso que significa ser bom ou mau, então depende de nós sermos virtuosos ou viciosos”.

(Aristóteles, in “Ética a Nicômaco)

III. 1 – Conceito

Por se tratar de um conceito ligado à moral, a noção de boa-fé guarda natural dificuldade de definição. Envolve ela percepções que podem variar de pessoa para pessoa, assumindo, por isso mesmo, uma ampla graduação.

Antes que se aborde a boa-fé sob o prisma do direito público, vale ressaltar que esse é um instituto surgido no âmbito das relações entre particulares para, na seqüência, espreadar-se para as relações envolvendo o Poder Público.

O jusfilósofo Miguel REALE ⁸² ressaltou que *“a boa-fé não constitui um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas conseqüências”*. Prosseguiu o mestre dizendo resultar daí *“a necessidade de ser ela analisada como conditio sine qua non da realização da justiça ao longo da aplicação dos dispositivos emanados das fontes do direito, legislativa, consuetudinária, jurisdicional e negocial”*.

Para Manuel BATLLE VELÁSQUEZ ⁸³ *“la buena fé supone una regla de conducta o comportamiento civiliter, una conducta normal, recta y honesta, la conduta de un hombre corriente, de un hombre médio”*.

No entendimento de Roberto DROMI ⁸⁴, *“la buena fe significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismo efectos que ordinaria y normalmente há producido en casos iguales”*.

A investigação conceitual da boa-fé revela, contudo, a presença de um elemento presente na maioria das vezes. Tal fato não passou despercebido por alguns administrativistas, tendo GONZÁLEZ PÉREZ ⁸⁵ observado que *“la buena fe incorpora el valor ético de la confianza”*. Na mesma linha de definição Fernando SAINZ MORENO ⁸⁶ fez constar que *“el principio jurídico de la buena fe protege un bien, el valor ético social de la confianza jurídicamente válida*

⁸² “A boa-fé no Código Civil”, jornal O Estado de São Paulo, 16/08/2.003, p. A-2.

⁸³ Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, vol. I, p. 117.

⁸⁴ “Instituciones de Derecho administrativo”, p. 475.

⁸⁵ Op. cit. p. 96.

⁸⁶ “Buena Fe em las relaciones de la Administración con los Administrados”, p. 314.

frente a cualquier lesión objetiva que pueda sufrir, haya sido o no maliciosamente causada. Un acto es contrario a la buena fe cuando produce una lesión, cualquiera que se ala intención del causante”.

Ainda para reforçar o vínculo entre a boa-fé e a confiança, vale trazer as palavras de CABALLERO SIERRA ⁸⁷ que observou que *“la buena fe tiene un amplio sentido de corrección en el comportamiento humano, de conformidad con las ideas de creencia y de confianza, y precisamente ello indica lo que es honesto y correcto, y fija los criterios que deben seguirse en las relaciones sociales: implica el deber ser de los actos a través de la moralidad del cumplimiento”.*

Prezando a noção de boa-fé pautada na confiança, BACELLAR FILHO, em breve excerto, chama a atenção para o comportamento que a Administração Pública deve assumir:

“O cidadão, ao dar início às solenidades que antecedem o exercício de uma atividade lícita e ao empenhar-se moral e financeiramente com o projeto dela decorrente, tem, de acordo com o princípio da juridicidade, a certeza de um direito. A certeza do direito representa, pois, para o cidadão, uma visão confiante e antecipada do acolhimento de seu desejo ou de sua pretensão, uma vez cumpridos os requisitos exigidos, mercê do conjunto de regras estatuídas no ordenamento jurídico posto. Em se tratando de Administração Pública, mostra-se inconcebível o desacolhimento a um pleito devidamente amparado em regra legal, não só pela frustração desse vínculo de confiança no império da lei estabelecida, mas, sobretudo, porque ao Estado não se permite inobservar o conjunto de regras por ele mesmo estabelecido” ⁸⁸.

⁸⁷ Citado por GONZÁLEZ PÉREZ, op. cit. p. 99.

⁸⁸ “*Proceso Administrativo Disciplinar*”, p. 195. Seguindo a mesma linha Juarez FREITAS, em passagem que merece ser transcrita, demonstra a importância da segurança pautada na confiança depositada na Administração Pública, observa o mestre que *“uma das tantas lições trazidas por sucessivas crises na área de infra-estrutura reside no papel inestimável da confiabilidade para viabilizar projetos improprietários. A perversa instabilidade e a sucessão de planos econômicos, culminando no sinistro bloqueio monetário, assemelham-se, no plano imaginário social, a golpes truculentos de Estado, ainda que em miniatura. A depreciação da confiança acarreta, entre outros efeitos, uma fantástica dificuldade para encontrar fontes de custeio da dívida pública e para*

Em visão semelhante, o professor português João CAUPERS assevera que pelo princípio da boa-fé “*a Administração não deve atraiçoar a confiança que os particulares interessados puseram num certo comportamento seu*”⁸⁹.

Vista como requisito de atuação do Poder Público, o princípio da boa fé implica na presença dos valores de lealdade, honestidade e moralidade o que segundo GONZÁLEZ PÉREZ⁹⁰ é especialmente necessário nas relações entre as Administrações Públicas e entre estas e os administrados⁹¹.

Em termos bem resumidos, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO⁹² coloca que “*segundo os cânones da lealdade e boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, evitado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos*”.

III. 2 – A Boa-Fé no Direito Privado

A boa-fé é um instituto que teve sua origem no direito civil. Na antiguidade, os indivíduos se relacionavam com base na boa-fé, prezando a confiança no comportamento da outra parte. A boa-fé das partes seria aquele

reduzir juros e entusiasmar investimentos menos voláteis, que demandam prazos maiores para a devida amortização. Em cenário distinto, havendo fidúcia, dívidas públicas imensas podem ser contornadas ou, ao menos, razoavelmente postergadas, mesmo sem lastro algum, exatamente como sucede no caso exemplar do dólar, sem conversibilidade garantida e, no entanto, com tranqüilo curso internacional”, op. cit. p. 60.

⁸⁹ “Introdução ao Direito Administrativo”, p. 83.

⁹⁰ Op. cit. p. 53.

⁹¹ Embora discordando do uso da palavra “administrado” como referência a cidadão, no que nos juntamos a BACELLAR FILHO que vê aqui uma expressão que traz consigo uma idéia de submissão e de desigualdade, vale a observação de que este termo é comumente utilizado pelos administrativistas estrangeiros como sinônimo de cidadão, particular, indivíduo, etc. Mencione-se, contudo, que, em determinada passagem de “La ética pública en la Administración pública”, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, reforça o entendimento do mestre curitibano ao estabelecer, na seguinte passagem de sua obra, uma nítida graduação qualitativa entre os termos: “*La aparición de esta normativa [o autor se refere a um regulamento disciplinar dos servidores públicos] fue presentada, como tantas otras posteriores muy recientes, como el final de una era en las relaciones con los ciudadanos y el comienzo de otra inspirada en el espíritu de confianza, comprensión y colaboración. Ya no sé cuántas veces hemos asistido al final de una era de tinieblas y pasado a otra de luminosa libertad, de una época en que se era administrado a otra en que ya se es ciudadano*” (p. 55).

⁹² Curso de Direito Administrativo, p. 90.

elemento psicológico que manteria as condições pactuadas, evitando que a palavra dada fosse mudada e constituindo, por isso mesmo, um importante fator de paz social. A boa-fé remonta, portanto, ao período pré-formal do direito, no qual a palavra dada era a única garantia de cumprimento das promessas pactuadas.

O processo de codificação do direito submeteu a boa-fé a uma outra perspectiva, passando ela a assumir um papel apenas referencial e complementar diante da nova ordem imposta pelo direito escrito. É que, como lembrou Miguel REALE “o *pandectismo*, assim denominado por seu apego às diretrizes do Direito Romano codificado pelo imperador Justiniano, se caracterizou pelo propósito de resolver as questões jurídicas de preferência mediante conceitos e categorias da própria Ciência do Direito”⁹³. Esta era a realidade imperante quando da elaboração do Código Civil Brasileiro de 1.916 que “se baseou no anteprojeto escrito por Clóvis Beviláqua, na última década do século 19, tendo esse insigne juriconsulto se baseado, além de no Código de Napoleão e na legislação luso-brasileira anterior, nos ensinamentos da escola alemã dos *pandectistas*, entre os quais figuravam os elaboradores do Código Civil alemão, o BGB que entrou em vigor em 1.900”.⁹⁴ Esta corrente perdeu fôlego somente nas últimas décadas, ante a percepção de que os elementos postos para a solução de conflitos estavam se mostrando insuficientes para acompanhar o constante processo de mutação social⁹⁵.

Assim é que o Código Civil de 2.002⁹⁶ trouxe novo enfoque para a matéria. Como observou Miguel REALE⁹⁷ “é a boa-fé o cerne em torno do qual girou a alteração de nossa Lei civil”.

A clareza e o alcance de dois dispositivos dão idéia da importância que o tema recebeu do legislador. O artigo 113 dispõe que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar

⁹³ In “A boa-fé no Código Civil”.

⁹⁴ Conforme op. cit.

⁹⁵ Em seu artigo, Miguel Reale pondera: “É claro que nenhum jurista pode ser contrário à elaboração de “categorias jurídicas” destinadas à disciplina dos fatos sociais, atendendo às exigências da igualdade entre *fatos da mesma espécie*, mas o que é criticável é pretender que tal solução seja obtida tão-somente graças a fórmulas de natureza jurídica, sem levar em conta os fins éticos e econômicos, por aqueles reclamados. O que aqui se critica é o *exclusivismo jurídico* dominante na visão positivista do Direito, que se contenta com princípios e regras de caráter empírico ou factual. A vida do Direito não se reduz a uma sucessão de fatos desvinculados dos valores que lhes dão sentido e significado, de cuja correlação dialética emerge a *regula iuris*”.

⁹⁶ O novo Código Civil Brasileiro foi instituído pela lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2.002.

⁹⁷ In “A boa-fé no Código Civil”.

de sua celebração”. Já o artigo 422 prevê: “*os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”.

Como se percebe, o legislador resgatou um conceito calcado na moralidade para reger os contratos em geral, concedendo ao Poder Judiciário um instrumento poderoso de apreciação das condutas das partes e de julgamento de lides. O cenário jurídico brasileiro experimentou, portanto, reconhecido avanço. Esse, diga-se desde já, não se limitou à esfera do direito privado. Tal como veremos na seqüência, o princípio da boa-fé, apesar de já ser considerado auto aplicável, independente de sua previsão escrita, passou a irradiar seus efeitos de modo mais enfático no cenário jurídico brasileiro, fato esse que se refletiu no direito público, principalmente no exame dos contratos administrativos e seus institutos próximos.

III. 3 – Aplicação do Princípio da Boa-Fé no Direito Público

A operação de transposição da aplicabilidade da boa-fé para o Direito Público deve em muito às conclusões da escola espanhola de Direito Administrativo. A acuidade dos estudos, a contundência das críticas e a ênfase dada à luta contra a corrupção colocaram os juristas espanhóis no epicentro das discussões envolvendo o princípio da boa-fé.

Mas, não só por esse motivo o presente estudo vê-se forçado a aprofundar-se na experiência ibérica. As semelhanças verificadas entre as duas realidades facilitam a tarefa de advogar a aplicação do princípio da boa-fé ao Direito Administrativo Brasileiro.

Veja-se, nesse sentido, que, assim como os citados artigos 113 e 422, do Código Civil brasileiro, o Código Civil Espanhol traz a previsão da boa-fé em seu artigo 7.1⁹⁸: “*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*”.

Quanto a essa mudança de enfoque, GONZÁLEZ PÉREZ observou que “*no se dudó al ver en todas estas innovaciones del Título preliminar del código una superación del positivismo legalista, un congruente*

⁹⁸ Esse artigo foi introduzido pela Reforma de 1.974.

*corolário del proceso de crisis de la legalidad que hoy vivimos en sus aspectos más agudos y sobresalientes”*⁹⁹ .

Essa crise da legalidade serviu para criar um ambiente propício ao avanço do princípio da boa-fé, uma vez que, com a absorção de normas éticas pelo Direito, referido processo passou a ser utilizado com eficiência na proteção dos direitos difusos¹⁰⁰ .

Antevendo a inevitável aplicação da boa-fé no direito público, Karl LARENZ¹⁰¹ previu que *“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 esto, el principio no puede limitarse a las relaciones obligatorias, sino 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 Derecho procesal y el Derecho público”*.

Esse processo também encontrou a receptividade dos Tribunais Superiores Espanhóis¹⁰² que, gradativamente, passaram a fazer menção ao princípio da boa-fé em suas decisões.

No Brasil, esse processo foi significativamente facilitado com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1.988 que, em seu artigo 37, caput, passou a arrolar o princípio da moralidade como um dos princípios da Administração Pública.

Para BACELLAR FILHO esta previsão *“introduce o conceito de boa administração, da moral administrativa especializada em face da moral comum”*¹⁰³ .

Baseando-se nas observações do mestre curitibano, GONZÁLEZ PÉREZ sintetizou: *“La Constitución de Brasil, en su artículo 37, establece explícitamente el principio de moralidad pública como regla de observación*

⁹⁹ El Principio General de la Buena Fe, p. 25.

¹⁰⁰ Observando o fenômeno da transferência de regras eminentemente éticas para o campo jurídico, GONZÁLEZ PÉREZ concluiu que, *“en esta conversión de la ética en Derecho, há sido decisiva una corriente legislativa de protección a los más débiles, de la que son claros exponentes las legislaciones sobre protección de los consumidores y usuarios, y sobre condiciones generales de la contratación”*, op. cit. p. 23.

¹⁰¹ Derecho de obligaciones, p. 144.

¹⁰² GONZÁLEZ PÉREZ arrola inúmeras decisões do contencioso-administrativo. “El principio general de la buena fe”p. 50 e segs.

¹⁰³ “Proceso Administrativo Disciplinar”, p. 192.

obligatoria para la Administración pública, considerando-se una proyección del mismo el de la buena fe” ¹⁰⁴.

Com essa previsão, o direito brasileiro assumiu de vez a incidência de conceitos éticos à atuação administrativa do Poder Público, afastando as objeções que pairavam sobre a aplicação do princípio da boa-fé ao setor público, uma vez que *“os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema”* ¹⁰⁵.

O Princípio da Moralidade, conforme bem observa Eros GRAU apoiado em CANOTILHO, foi alçado à classe dos princípios jurídicos fundamentais entendidos esses como aqueles *“princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica geral e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”* ¹⁰⁶.

Fernando SAINZ MORENO ¹⁰⁷ resumiu as posições contrárias a uma construção unitária do seguinte modo: a) a existência de uma diferença qualitativa das partes envolvidas na relação jurídico-administrativa; b) o obstáculo representado pelo princípio da legalidade, e c) a distinta natureza dos interesses em jogo. Afastou-as, contudo, por entender que, a posição institucional diferente da Administração decorre de *“una necesidad impuesta por el servicio que presta a los intereses generales”* e que o princípio da boa-fé *“constituye uno de los máspreciados criterios a tener en cuenta al enjuiciar las actuaciones discrecionales, y tendrá en ellas su más amplio campo de aplicación. Pero jugará también un decisivo papel cuando la Administración realice actividades regladas”*. E, por último, arremata que *“los intereses públicos y los intereses privados están implicados entre sí hasta tal punto que cualquier interés público es, también, interes privado”*.

Ademais, a aplicação do princípio da boa-fé no Direito Administrativo deve ser admitida como consequência natural do constante avanço do Direito Público em espaços anteriormente preenchidos somente pelo Direito Privado. Esse fenômeno não passou despercebido por GARRIDO FALLA, PALOMAR OLMEDA e LOSADA GONZÁLEZ, ao observarem que *“los límites*

¹⁰⁴ Op. cit. p. 32.

¹⁰⁵ Cf. Luis Alberto BARROSO *“Interpretação e Aplicação da Constituição”*, p. 149.

¹⁰⁶ *“A Ordem Econômica na Constituição de 1.988”*, p. 138.

¹⁰⁷ Op. cit. p. 310.

que separan el Derecho público del privado no son fijos ni apriorísticos, el conjunto de circunstancias históricas operantes en cada momento determinado pueden dar indudablemente un carácter dinámico a la clásica distinción entre ambos campos del Derecho. Por lo que toca al momento presente, resulta fácilmente perceptible este movimiento de progresiva incorporación al Derecho público de sectores antes abandonados por el Estado a la libre disponibilidad de los particulares”.

III. 4 – As Funções do Princípio da Boa-Fé

Após tratar da definição e de sua extensão ao Direito Público, importa saber como o princípio da boa-fé atua na ordem jurídica. De que forma é ele empregado e recebido na ordem jurídica.

Inicialmente, vale salientar com GONZÁLEZ PÉREZ ¹⁰⁸ que por ser um princípio geral do direito, sua existência independe de qualquer forma de previsão legal. *“Es un principio general del Derecho, no un principio lógico”.* Observa o mestre espanhol que *“los principios científicos son los principios lógicos de la ciencia; ayudan a conocer la realidad jurídica; tienen valor instrumental y entidad lógica; constituyen el fundamento de la ciencia. Los principios jurídicos, por el contrario, tienen en si valor normativo; constituyen la propia realidad jurídica”.*

Assim, como princípio jurídico que é serve de base e fundamento a todo ordenamento jurídico, constituindo uma importante diretriz hermenêutica.

A condição de peça essencial na coordenação do sistema jurídico fez com que se apontasse o princípio da boa-fé como detentor de três funções: a de servir de base do ordenamento, a de interpretar as normas e a integrativa.

Como fundamento da ordem jurídica, o princípio da boa-fé pode e deve ser aplicado independente de previsão legal. É que, como observa GARCIA DE ENTERRÍA ¹⁰⁹, *“en sentido ontológico, no sólo lógico, como*

¹⁰⁸ Conforme, op. cit. p. 100 e segs.

¹⁰⁹ “Curso de Derecho administrativo”, p. 67. No mesmo sentido, CASSAGNE, “Derecho administrativo”, p. 198.

soporte primário estructural del sistema entero, al que, por ello, presta todo su sentido”.

A posição do princípio da boa-fé é, portanto, uma posição de destaque no cenário jurídico e, por fazer parte da formação de todo Ordenamento “*no es concebible una norma legal que lo contravenga*”¹¹⁰.

A outra função assumida pelo princípio ora analisado é a integrativa, uma qualidade típica da teoria geral do Direito, que teve origem no direito civil e que passou a incidir no direito público com plena eficiência. A integração de normas consiste, basicamente, no preenchimento de lacunas, de vazios decorrentes da natural impossibilidade de o legislador prever todas as situações jurídicas no momento de conceber um texto legal.

Observa Fábio Ulhoa COELHO¹¹¹ que “*enquanto a filosofia do direito – em particular, seu capítulo voltado à lógica jurídica – discute se existem ou não lacunas no ordenamento, a tecnologia jurídica as admite sem grandes indagações...*”. Assim, considerando-se que, já há algum tempo, o princípio da boa-fé vem executando com sucesso essa função no direito privado, a sua utilização na colmatação de lacunas do direito administrativo mostra-se, não só como um desafio, mas como um vasto campo a ser explorado ante as inesgotáveis situações produzidas pela atuação da Administração Pública.

Essa operação encontra reforço na redação do artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro¹¹², que abre a seguinte possibilidade: “*quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito*”. Por se tratar de uma lei aplicável ao Ordenamento como um todo, essa previsão reforça o papel do princípio da boa-fé como elemento atuante na integração de normas.

O preenchimento de lacunas, portanto, não pode significar mera operação de solucionar casos não previstos em lei. A integração baseada no princípio da boa-fé deve fazer mais, deve prezar todo aquele rol de valores que incidem sobre a moralidade da atuação das partes envolvidas. Não é outro o entendimento de GONZÁLEZ PÉREZ ao enaltecer que “*el principio general de*

¹¹⁰ Jesus GONZÁLEZ PÉREZ, op. cit. p. 105.

¹¹¹ Curso de Direito Civil, p. 74.

¹¹² Para Fábio Ulhoa COELHO, “*por sua sobreposição com o objeto da teoria geral do direito, o direito civil é considerado também o direito comum – condição que justifica, inclusive, a denominação do diploma legislativo disciplinador das leis como “Lei de Introdução ao Código Civil”* (op. cit p. 21).

*la buena fe há prestado una inestimable función de integración del Ordenamiento jurídico privado. Y puede prestarla en Derecho administrativo, no ya como norma limitadora del ejercicio de actividades discrecionales, sino para llenar los vacíos de las normas legales, y completar los supuestos, ciertamente numerosos en que, tanto en la regulación del nacimiento de las relaciones, como en la del ejercicio de los derechos o cumplimiento de las obligaciones en que la norma olvida las exigencias de la buena fe”*¹¹³.

Guardando relação com a função integrativa, o princípio da boa-fé, desempenha papel fundamental quando incide como elemento de interpretação. É que *“si los principios constituyen la base misma del Ordenamiento, nada más lógico que acudir a ellos en la labor de interpretación de cada una de las normas que integran el Ordenamiento”*¹¹⁴. Essa missão hermenêutica guarda maior relevância para o trato do tema quando se sabe que a boa-fé está encartada no Princípio Constitucional da Moralidade¹¹⁵. É que como bem observa Emerson GABARDO¹¹⁶, apoiado em lição de Bacellar Filho, *“os princípios constitucionais são aqueles positivados (o que não significa que precisem estar expressos no texto, pois podem ser implícitos) na Carta Magna, como objetivo de conferir uma identidade a ela, através do estabelecimento de critérios supremos de decisão, mantendo o caráter sistemático e aberto do ordenamento”*.

Vale aqui a observação lúcida do inesquecível Manuel de Oliveira FRANCO SOBRINHO¹¹⁷ de que:

“qualquer que seja o ato, para sua validade, há de vir fundado numa idônea manifestação de vontade, ou melhor, legitimado pelos seus elementos essenciais. E a certeza de que foi exercitado com lisura, dentro da moralidade administrativa, com

¹¹³ “Princípio general...”, p. 112.

¹¹⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, p. 106.

¹¹⁵ Vale a observação de Carlos MAXIMILIANO de que *“o Direito Constitucional, o Administrativo e o Processual oferecem margem para todos os métodos, recursos e efeitos de Hermenêutica. As leis especiais, limitadoras da liberdade, e do domínio sobre as coisas, isto é, as de impostos, higiene, polícia e segurança, e as punitivas bem como as disposições de Direito Privado, porém de ordem pública e imperativas ou proibitivas, interpretam-se estritamente”* in *“Hermenêutica e Aplicação do Direito”*, p. 224.

¹¹⁶ “Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa”, p. 78.

¹¹⁷ “O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa”, p. 120.

possibilidade e licitude, ad substantiam, se diga, dá ao intérprete condições de apreciação nos seus efeitos de eficácia”.

“Quando a Administração já é por si discricionária, quando o poder administrativo possui uma tendência inata a desviar-se dos seus limites legais para fins emergentes e até necessários, as cautelas de interpretação quanto à certeza e ao valor do ato conduzem ao verdadeiro sentido da decisão e à extensão ou alcance da norma. Não vale só o arbítrio, pois a lei, para adquirir outro conteúdo, não pode prejudicar a norma. Tudo é, no momento da prática do ato uma questão de moralidade administrativa”.

O quadro proposto pelo mestre curitibano guarda relação com o que Paulo BONAVIDES ¹¹⁸ chama de a *“moderna interpretação da Constituição” derivada “de um estado de inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-formal, que tanto prosperou na época do Estado liberal”.*

O emprego do princípio da boa-fé abre, deste modo, uma nova maneira de interpretar o Direito público, trazendo considerações ligadas à eticidade dos agentes públicos e daqueles que se relacionam com a Administração sem prejudicar a incidência do princípio da legalidade¹¹⁹.

A professora Maria Sylvia Zanella DI PIETRO ¹²⁰ alerta para os riscos de uma interpretação fundada em métodos desvinculados da letra da lei, pois há o risco de o intérprete chegar a um resultado que a lei não possui. *“Nesses*

¹¹⁸ Curso de Direito Constitucional, p. 434. Observa o autor que *“ao se exaurirem, porém, as potencialidades sociais, políticas e econômicas contidas naquele rígido quadro de separação entre o Estado e a Sociedade, típico da idade do liberalismo, o constitucionalismo ingressou numa fase de todo distinta, em que Estado e Sociedade se interpenetram numa conciliação de conceitos e realidades, com alta dose de politização ou estatização (essa ocorre em casos mais extremos) das relações sociais básicas, cujo eixo de gravitação já não se contém como dantes em esfera inteiramente privatista. A prevalência daqui oriunda, do social sobre o jurídico, em razão do colapso das estruturas liberais, determinou em larga parte o observado declínio do Direito Constitucional, do mesmo passo que fez avultar o Direito Administrativo, um sucedâneo provisório, que, perdura a crise, se mostra mais apto e flexível a oferecer soluções pragmáticas, imediatas, concretas”.*

¹¹⁹ Sob esse aspecto, o princípio da boa-fé enquadra-se na proposta de Lênio Luiz STRECK de introduzir a semiótica jurídica na construção de uma hermenêutica jurídica crítica. Para ele a semiótica jurídica consiste em uma ciência empírica do Direito *“que vai estudar as relações entre os enunciados jurídicos e os seres humanos que os criam, interpretam e os aplicam”.* Dessa forma *“o Direito é visto como Direito em ação, como fenômeno social”.* In *“Hermenêutica Jurídica em Crise”*, p. 160.

¹²⁰ *“Discricionariiedade Administrativa”*, p. 158.

casos, a interpretação é utilizada como instrumento ou como artifício para escapar ao comando da lei. Este tipo de comportamento amesquinha o trabalho de interpretação, por ofensa aos preceitos éticos da Administração Pública, que lhe atribuem o papel de defesa e garantia da legalidade, da moralidade administrativa e do interesse público”.

Não há como negar que o caráter moralizador do princípio da boa-fé vai se irradiar no âmbito do controle dos atos, coibindo abusos e a utilização indevida da legalidade que deve reger a conduta do gestor público. O princípio da boa fé cumpre uma função de coibição de práticas abusivas. O jurista espanhol Jaime GUASP examinou essa prática distorcida e observou que:

“[...] en el abuso, el derecho, por supuesto, existe: si no, no se podría abusar de él; pero este derecho se ejercita, en realidad, no hacia los fines aparentes que la finalística del mismo le reconoce, sino hacia otros fines distintos y, como tales, no reconocidos. En vez de mover el derecho hacia su meta normal exacta y correcta, es decir, de usar de él, se le emplea o utiliza para algo diferente, o sea, literalmente, se abusa de él, con lo cual su fundamento aparente se desvanece” ¹²¹.

III. 5 – O Poder Discricionário nas Licitações e Contratos

Como enfatizou Norberto BOBBIO¹²² *“toda a história do pensamento político pode ser considerada como uma longa, ininterrupta e apaixonada discussão em torno dos vários modos de limitar o poder”*. Nessa equação o princípio da legalidade vem cumprindo um satisfatório meio de controle. Sua limitação é plenamente justificada na impossibilidade de o legislador prever todas as situações do mundo do ser.

Nos casos em que a atuação do agente público se dá ante uma legalidade estrita, ou seja, sua atuação possui uma única via, inexistindo margem de escolha, o emprego do princípio da boa-fé assume nítido caráter subsidiário.

Em outras situações, quando há maior liberdade de atuação, o agente adentra numa zona de liberdade aparente, pois se trata de uma liberdade

¹²¹ Apud GONZÁLEZ PÉREZ, “El principio general de la buena fe...”, p. 34.

¹²² “Estado, Governo e Sociedade”, p. 146.

dentro da lei¹²³. Como observa Jean RIVERO ¹²⁴ “a lei, ao criar uma competência, deixa ao agente a quem a confia liberdade de apreciar, em face das circunstâncias, se e como deve utilizá-la”. David DUARTE observa que “a compreensão da discricionariedade está intimamente ligada, como é natural, ao princípio da legalidade e de uma certa forma, numa primeira fase, acaba por ser o seu reverso ou contraponto” ¹²⁵.

Pode-se, então afirmar com, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO que a discricionariedade é aquela “*margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal*” ¹²⁶.

Importante ressaltar, ainda, que a discricionariedade é instituto que decorre naturalmente no exercício da atividade administrativa, uma vez reconhecida a impossibilidade de o legislador prever em norma todas as vicissitudes decorrentes das relações plurisubjetivas. Assim, bem observam GARRIDO FALLA, PALOMAR OLMEDA e LOSADA GONZÁLEZ ao destacar que “*tan falso es decir que hay una actividad administrativa discrecional por su naturaleza, como negar en absoluto la existência de discrecionalidad*” ¹²⁷. Isso porque é a lei que confere à Administração a faculdade de, em determinadas situações, eleger uma dentre as que se mostram possíveis.

¹²³ Para Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás RAMÓN-FERNÁNDEZ, “a discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, ou, se se prefere, entre indiferentes jurídicos, porque a decisão se fundamenta em critérios extra-jurídicos (de oportunidade, econômicos, etc.), não incluídos na lei e remetidos ao julgamento subjetivo da Administração” (Curso de Direito Administrativo, p. 394).

¹²⁴ “Direito Administrativo”, p. 94

¹²⁵ “Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório”, p. 34. Observa, ainda, o professor da Universidade de Lisboa que “a aglutinação normativa da discricionariedade tem repercussões também na categorização das decisões administrativas. Se, numa primeira fase, se distinguia entre actos discricionários e atos vinculados, a conformidade vem demonstrar, depois, que todos os atos são simultaneamente vinculados e discricionários, variando apenas a determinação dos momentos discricionários de acordo com a estrutura normativa de apoio”. P. 343.

¹²⁶ “Curso de Direito Administrativo”, p. 385.

¹²⁷ “Tratado de Derecho Administrativo”, p. 209.

É que, tal como argutamente observa Angela COSTALDELLO¹²⁸ *“a aceitação da boa-fé no âmbito da Administração Pública está no cumprimento ao princípio da legalidade o maior óbice. Inicialmente, pela impossibilidade de o administrador agir fora dos contornos da legalidade e, além disso, pela flexibilidade e grau de indeterminação que o conceito da boa-fé traz”*.

E é justamente nessa atuação discricionária, nessa fase de escolha com que se depara o gestor público, que o princípio da boa-fé desempenha um papel de extrema importância. É ele que vai pautar o limite do ato, impedindo que haja desvio de poder, direcionando os atos emanados para fins diversos daqueles legalmente permitidos. A boa-fé assumirá aqui o limite ético-moral do ato, restringindo a conduta daquele que se desviou, por algum motivo, daquela zona de discricionariedade prevista em lei.

O acompanhamento das licitações evidencia o quanto esse instituto é vulnerável ao chamado desvio de poder¹²⁹ *“supone el ejercicio de una potestad para un fin distinto al fijado por el Ordenamiento jurídico”*¹³⁰.

Tal como veremos na sequência, os relatos sobre irregularidades nas licitações, invariavelmente, demonstram que essa ocorrência se dá naqueles momentos em que a autoridade ou o servidor competente atua com uma certa margem de liberdade. Da mesma forma, veremos que esses vícios maculam a essência da licitação, ferindo os dois pilares sobre os quais todo o regime licitacional está construído. Trata-se da preservação da isonomia entre os concorrentes e da escolha da proposta que melhor satisfaça as pretensões da Administração pública.

Irretocáveis, portanto, as palavras de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO ao destacar que *“é principalmente no âmbito dos atos discricionários que se encontra campo mais fértil para a prática de atos imorais, pois é neles que*

¹²⁸ *“A invalidade dos atos administrativos – uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé”*, p. 136.

¹²⁹ Observe-se, contudo, que não só as licitações e contratos estão em situação de vulnerabilidade ante o exercício do poder discricionário. Essa é uma característica típica do Direito Administrativo que desenvolveu institutos aptos a conter abusos e excessos no momento em que o agente público atua com discricionariedade. O que se percebe, isso sim, é que nas licitações e contratos, cuja execução está invariavelmente acompanhada de desembolso por parte da Administração Pública, o exercício dos atos ditos discricionários, com frequência alarmante, acompanhado de desvios não só legais, mas desvios de moralidade. Tal constatação será mais detalhadamente tratada na sequência mas, convém que se frise, desde já, essa vulnerabilidade que tão nociva tem se mostrado ao implemento das decisões administrativas.

¹³⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, op.cit.,p. 87.

*a Administração Pública tem liberdade de opção entre várias alternativas; todas elas válidas perante o direito. Ora, pode perfeitamente ocorrer que a solução escolhida pela autoridade, embora permitida pela lei, em sentido formal, contrarie valores éticos não protegidos diretamente pela regra jurídica, mas passíveis de proteção por estarem subjacentes em determinada coletividade”*¹³¹.

Assim, além dos limites legais impostos pelo próprio princípio da legalidade, a tecnologia jurídica atual não dispensa o exame de elementos morais para apurar a perfeição do ato.

III – 6. O Princípio da Confiança Legítima e Licitação

O princípio da confiança legítima ou, da proteção da confiança, vem recebendo, nos últimos anos, uma crescente investigação por parte dos juristas¹³². Tal fato se deve, em parte, a sua recente difusão no âmbito da Comunidade Européia, passando a irradiar seus efeitos em países nos quais o seu conteúdo era desconhecido.

Informa o professor Hartmut MAURER que esse princípio resultou de constante e longo trabalho desenvolvido pela jurisprudência dos Tribunais, tendo encontrado forte apoio da doutrina. Trata-se de uma limitação de atuação para que os Poderes Executivo e Legislativo não desconsiderem a confiança que o cidadão depositou na estabilidade de uma situação jurídica. Observa o professor da Universidade de Konstanz que *“a proteção à confiança parte da perspectiva do cidadão”*¹³³. Uma espécie de reforço da posição daquele que confiou em uma forma de comportamento do Poder Público e vê essa conduta alterar-se repentina e inexplicavelmente.

Ciente do avanço do princípio da confiança legítima, Fernando GARRIDO FALLA¹³⁴ observou que *“hay que añadir que, en la continua marcha*

¹³¹ Op. cit., p. 161.

¹³² Nesse sentido, vale observar que tanto Hartmut MAURER (op. cit. p. 67) falando da realidade alemã, quanto Odete MEDAUAR (op. cit. p. 247) tratando do caso francês, apoiada em René CHAPUS e Jean-Pierre PUISSOCHET, admitem se tratar de um princípio em fase de afirmação.

¹³³ *“Elementos de Direito Administrativo Alemão”*, p. 68.

¹³⁴ *“Tratado de Derecho Administrativo”*, p. 211. Observou, ainda, o falecido catedrático da Universidade Complutense que *“la jurisprudencia posterior há ido ponderando los limites para la aplicación del principio de confianza legitima, refiriéndose, fundamentalmente, a que “la confianza del ciudadano esté fundada en signos o actos externos que la Administración manifiestamente realiza...” (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1.996) y que la situación a proteger sea “legítima” (Sentencia del Tribunal Superior de 20 de marzo de 1.996)”*.

por alcanzar nuevas metas en el perfeccionamiento del Estado del Derecho, nuestra jurisprudência comienza a introducir conceptos acuñados por los Tribunales europeos: es el caso del principio de la confianza legítima.”

Por prezar, essencialmente, a confiança daqueles que vislumbraram a lisura da atuação administrativa, vedando que esta use de subterfúgios, inclusive sob a forma legal, para quebrar uma relação de estabilidade jurídica, este princípio é tido como um desdobramento do princípio da boa-fé.

É o que considera a administrativista Odete MEDAUAR¹³⁵, para quem *“a proteção da confiança diz respeito à continuidade das leis, à confiança dos indivíduos na subsistência das normas. Isso não protege os cidadãos genericamente de toda alteração legal, pois cada situação terá a peculiaridade para detectar ou não a confiança suscitada. Apresenta-se mais ampla que a preservação dos direitos adquiridos, porque abrange direitos que não são ainda adquiridos, mas se encontram em vias de constituição ou suscetíveis de se constituir; também se refere à realização de promessas ou compromissos da Administração que geraram, no cidadão, esperanças fundadas; visa, ainda, a proteger os particulares contra alterações normativas que, mesmo legais, são de tal modo abruptas ou radicais que suas conseqüências revelam-se chocantes”*.

O princípio da confiança legítima ou da proteção da confiança tem nas licitações e contratos administrativos um campo promissor. Tal como veremos na seqüência, várias são as situações de tensão provocadas por uma mudança repentina das regras, seja no momento da seleção do licitante vitorioso, seja já na fase de execução contratual, notadamente nos casos de concessões.

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ ressalta a vinculação desse princípio ao da segurança jurídica, sendo que o princípio da confiança legítima incide sobre as mudanças repentinas da legislação que não sejam acompanhadas de medidas de transitoriedade e previsibilidade que minimizem os transtornos e prejuízos que possam pesar sobre o particular¹³⁶. Cita MARÍN RIAÑO para quem referido princípio deve *“mantener los efectos de determinadas situaciones ilegales, mantenimiento que se justifica por la protección que merece el particular que*

¹³⁵ *“O Direito Administrativo em Evolução”*, p. 247.

¹³⁶ *“El [principio] de seguridad jurídica es un principio de muy amplia producción, entre la qual puede entenderse incluidos el principio de la buena fe y el de confianza legítima”*. Op. cit., p. 65.

*confió legítimamente en la estabilidad de la situación creada por la Administración”*¹³⁷.

Em completa pesquisa sobre o assunto, o juiz do Contencioso Administrativo Argentino, Pedro COVIELLO¹³⁸ observa que *“a idéia da confiança legítima compõe-se de dois elementos indispensáveis: um elemento subjetivo, que é a confiança do particular no atuar de boa-fé por parte da Administração e na crença da legitimidade da conduta do administrado e; um elemento objetivo, baseado na conduta intempestiva da Administração que, atuando em um sentido contrário, desconhece aqueles atos que havia feito presumir que manteria”*.

De observar, contudo, que tais características dão idéia da proximidade existente entre os princípios da proteção da confiança e o da boa-fé, a ponto de Jesús GONZÁLEZ PÉREZ observar: *“realmente, no existe una clara diferencia entre el principio de confianza legítima y el de la buena fe”*... *“en el ámbito del Derecho administrativo, el principio de buena fe há permitido otorgar al administrado una protección similar a la que há otorgado fuera de nuestro Ordenamiento jurídico el principio de confianza legítima”*¹³⁹. Juntando farta jurisprudência, o Catedrático Espanhol observa, ainda, inexistir um rigorismo no trato das expressões. Talvez por isso Federico CASTILLO BLANCO¹⁴⁰ exorta *“la necesidad de superar el estado de confusión existente en la actualidad, donde la jurisprudencia de nuestros Tribunales se mueve entre ambos principios sin la exigible e pedagógica claridad en cuanto al campo de acción de uno y outro”*.

O capítulo seguinte tratará dessa questão que, em verdade, consiste em considerável desafio. Assim, sem a pretensão de apresentar um modelo exato de classificação entre os princípios aqui tratados, as linhas a seguir mostrarão que, apesar da íntima relação existente entre eles, é possível perceber uma diferença de especificidades, sendo alguns de aplicação mais ampla que outros.

¹³⁷ *“El principio general de la buena fe”*, p. 64.

¹³⁸ *“La protección de la confianza del administrado”*, p. 58.

¹³⁹ *Op. cit.* p. 69.

¹⁴⁰ *“La protección de la confianza legítima en el derecho administrativo”*, p. 275.

4

A Moralidade como Gênero

“Chegou, portanto, o Estado ao nosso tempo, para garantir a coexistência dos homens. Assegurando-lhes proteção (segurança), liberdade (individualidade subjetiva) e direitos (ações humanas).

Não se fale, contudo, em Estado moderno, desmerecendo-se as teorias éticas. Não como uma virtude total, mas como uma forma de moralidade, de pública ação consciente, ou então, de bem comum geral.

Não há polêmica que não encontre solução maior senão no princípio intrínseco da moralidade. Uma vez que o problema, no tocante à autoridade de governar, dentro de uma idéia de unidade social, radica-se na autolimitação estatal como ponto de partida para o exercício dos direitos”.

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho

IV. 1 – Introdução

Como visto no primeiro capítulo, a questão moral sempre acompanhou o pensamento do homem. Trata-se de uma empreitada que surgiu com a própria filosofia e que segue sua jornada de acompanhar o desenvolvimento do homem em sua complexa teia de relações intersubjetivas.

A exaustão de um sistema pautado exclusivamente no direito positivado, na legalidade estrita, vem sendo, já de um tempo, denunciado por nomes de peso do pensamento jurídico. Jurgen HABERMAS, nesse sentido, observa que uma *“ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais”*. Segue ressaltando que *“através dos componentes de legitimidade e validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral. Entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas. A idéia de que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do direito. A moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa relação de complementação recíproca”*¹⁴¹.

O alerta para a questão moral começou a fortalecer-se com a constatação de que o direito, isoladamente, poderia servir de instrumento para práticas abusivas que, sob o manto da positivação esconderia a verdadeira busca da justiça. Na vertente das relações jurídicas envolvendo a Administração Pública, do mesmo modo, percebeu-se a insuficiência do modelo pautado exclusivamente no direito escrito. Era necessário algo mais. Algo que permitisse uma incursão na análise da intenção das partes envolvidas. Lançam-se, então, os elementos que comporão a estrutura do princípio da moralidade.

Atento a esse processo de mudanças, o saudoso na memória e vanguardista no pensamento Manuel de Oliveira FRANCO SOBRINHO lançou as bases para a implantação definitiva do princípio da moralidade. Aquele a quem devemos mais do que ninguém o fato de a moralidade constar como princípio constitucional da Administração pública brasileira, observou:

¹⁴¹ *“Direito e Democracia entre facticidade e validade...”*, p. 141.

“A legalidade, pelo que a lei diga de mais claro, não prescinde da tutela no seu significado de controle da atividade administrativa. Boas ou más intenções figuram algo além da legalidade, pedem critérios que protejam direitos ou evitem lesões nas maneiras de exercício das funções.

O conteúdo moral de um ato integra a competência de fazer, o jus dicere na sua expressão ética, freando a ação administrativa de modo a não possibilitar reclamos que pedem a proteção da moralidade de um tratamento equânime, de uma postura imparcial. Para tanto, não se observa apenas o lado legítimo dos atos, o lado legal das decisões.

...

Do Estado (Administração) partem as obrigações morais, as legítimas, as legais. Nele se contém as potestades que impõem soluções administrativas, prerrogativas para gestão de negócios públicos, o primado de um comportamento, visando a igualdade isonômica na prestação de serviços nos diferentes e variados planos de atividade estatal” ¹⁴².

IV. 2 – A Moralidade Administrativa

Dando notícia que essa preocupação não é recente e que remonta à própria origem do direito, Hely Lopes MEIRELLES ¹⁴³ nos ensinou que “[...] por considerações de direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: - non omne quod licet honestum est”.

A percepção, contudo, da necessidade de a administração pública contemporânea se adaptar aos parâmetros ético-morais tem em Maurice HAURIUO o seu grande e primeiro idealizador. Em seu Précis de Droit

¹⁴² “Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa”, p. 15.

¹⁴³ “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 61.

Administratif define a moralidade administrativa como o “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”¹⁴⁴.

Essa noção implicaria não só em distinguir 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.

Nesse sentido e dando ênfase ao fato de que atos maculados por vícios de moralidade podem ser envolvidos em previsão legal, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO ressalta que “sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio constitucional da moralidade”¹⁴⁵.

A moralidade pública passa a configurar a condição para que o ato administrativo se complete. Engloba a intenção do agente, os meios utilizados e o cumprimento da finalidade pública.

Com ênfase, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO mostra o campo de incidência da moralidade pública e apresenta o desafio de sua aplicação prática. Para ele “o referencial da moralidade administrativa é a finalidade pública e entendido que esta é um elemento do ato administrativo, assim como o é do contrato administrativo e também do ato administrativo complexo, cinge-se o problema da caracterização da moralidade administrativa, ou seja, da vulneração infligida à regra moral interna do governo da coisa pública, à tarefa de demonstrar como isso ocorre e como pode ser diagnosticada”¹⁴⁶.

De modo semelhante, Ruy Cirne LIMA observa que “o Estado não é uma entidade amoral, nem utiliza para seu governo uma moral distinta da dos indivíduos. Ao funcionário, enquanto agente do Estado, incumbe realizar, nos limites da sua função, os fins morais daquele. De outra parte, o próprio funcionário, está pessoalmente adstrito a deveres jurídicos, que lhe supõem uma consciência moral esclarecida”¹⁴⁷. Na mesma esteira e frisando o alcance da expressão, Marcus Vinícius BITTENCOURT alerta que a definição de moralidade

¹⁴⁴ Cf. Antônio José BRANDÃO, “Moralidade Administrativa”, RDA. 25/454-667.

¹⁴⁵ “Direito Administrativo”, p. 71.

¹⁴⁶ “Mutações do Direito Administrativo”, p. 62.

¹⁴⁷ “Princípios de Direito Administrativo”, p. 176.

administrativa “vai além da noção de uma moral comum, de uma mera distinção entre o certo e o errado, mas representa uma moral institucional, específica, jurídica, em que o administrador público não deve contentar-se em apenas verificar a adequação do seu agir com a hipótese legal, mas deve atuar concomitantemente com a noção do que deve ser moralmente bom em sua atividade e ainda buscar realizar o máximo de eficiência com os instrumentos legais colocados pelo Poder Legislativo à sua disposição, sempre, contudo, imbuído da noção do *honestum* no trato da coisa pública”¹⁴⁸.

IV. 3 - O Advento do Princípio da Moralidade

A promulgação da Constituição Federal de 1.988 significou inegável avanço no trato da moralidade pública no Brasil. Como bem percebeu Otto MAYER¹⁴⁹ “*el derecho constitucional contiene la reglamentación básica del vínculo existente, em lo administrativo, entre el poder público y el súbdito*”. Assim, ao ser elencado ao lado dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, como princípio vetor da Administração Pública brasileira, o princípio da moralidade atingiu a posição compatível com a sua importância.

A questão ética no âmbito administrativo que, até então era conferida apenas em análise realizada a posteriori com o enquadramento em crimes de responsabilidade¹⁵⁰, passa a incidir em todos os momentos do ato administrativo. Abriu-se, desse modo, um vasto campo para o desenvolvimento de estudos envolvendo a ética pública. Tal fato não passou despercebido por Romeu BACELLAR FILHO que celebrou a mudança ao observar com perfeição que “a

¹⁴⁸ “*Moralidade Administrativa: Evolução e Conteúdo*”, in “*Direito Administrativo Contemporâneo*”, BACELLAR FILHO (Coord. Geral), p. 230.

¹⁴⁹ “*Derecho Administrativo Alemán*”, p. 161.

¹⁵⁰ Nesse sentido vale a lição de Hely Lopes MEIRELLES que, em momento anterior à Carta de 1.988, analisando, portanto, o tema à luz da Constituição de 1.967 observou que “*o dever de probidade está constitucionalmente integrado na conduta do administrador público como elemento necessário à legitimidade de seus atos. O velho e esquecido conceito romano do probus e do improbus administrador foi reimplantado na nossa Administração pela legislação pós-revolucionária, que, preocupada com os desmandos governamentais que a antecederam, apressou-se em restabelecer a probidade administrativa, considerando no texto constitucional a sua infringência como crime de responsabilidade (art. 82, V) e punindo a corrupção até mesmo com sanções políticas contra o administrador corrupto (arts. 15, § 3º e 154), além do seqüestro e confisco dos bens havidos ilicitamente no exercício do cargo, função ou emprego na Administração pública direta ou indireta (art. 153, § 11)*”. Op. cit. p. 69.

*afirmação da moralidade administrativa como princípio da Administração Pública juridiciza a ética na atividade administrativa”*¹⁵¹.

Como conseqüência, os atos administrativos passaram a receber exame mais aprofundado sob todos os aspectos. É que, como bem considera Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁵² “*o caráter normativo da Constituição não impõe somente sua prevalência na chamada interpretação declaratória, impõe também na chamada interpretação integradora, que acumula insuficiências dos textos legais a aplicar*”. O poder discricionário do administrador viu-se diante de um elemento limitador considerável e a interpretação de leis e atos normativos passou a considerar com mais empenho o lado ético-moral.

Experiente no exame dos atos e das contas públicas, o professor João FÉDER ressaltou que “*é fácil depreender que a mais profunda alteração introduzida com a elevação da moralidade a mandamento constitucional, foi aquela de autorizar o sistema de controle a proceder ao exame eidético do ato administrativo*”. Continuou destacando que “*só se pode considerar se determinado ato é moral ou não, pela análise de sua essência. Em sendo assim, aquilo que até então não era admissível na competência do controle passou a ser atribuição expressa: o exame do mérito do ato de governo*”¹⁵³.

Tal como veremos nos capítulos seguintes, foram marcantes os efeitos trazidos pelo princípio constitucional da moralidade no campo das licitações e contratos administrativos. A começar pela inserção, no Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, do princípio da moralidade como um de seus princípios básicos.

Na moralidade, Jessé Torres PEREIRA JUNIOR¹⁵⁴ vê um mandamento que “*ordena à Administração que o único interesse a prevalecer é o público e que a única vantagem a ser buscada é a da proposta que melhor atenda ao interesse público*”.

Para Marçal JUSTEN FILHO “*na licitação, a conduta moralmente reprovável acarreta a nulidade do ato ou do procedimento. Existindo*

¹⁵¹ “*Processo Administrativo Disciplinar*”, p. 192.

¹⁵² “*Curso de Direito Administrativo*”, p. 144.

¹⁵³ “*O Estado e a sobrevivência da corrupção*”, p. 157.

¹⁵⁴ “*Comentários...*”, p. 31.

imoralidade, afasta-se a aparência de cumprimento à lei ou ao ato convocatório”

155

IV. 4 – Sistematização ou Sinonímia?

Embora a presente pesquisa esteja voltada ao exame da ética pública e do princípio da boa-fé, a incursão pela moralidade faz-se necessária. A razão disso está no fato de a literatura, de um modo geral, não fazer distinções entre algumas expressões, usando-as, em várias passagens, como sinônimos.

Assim é que quase como um corolário desprezioso decorrente da simples curiosidade – surgida desde o começo dos trabalhos, reconheça-se - buscou-se definir a existência – ou não – de uma classificação a ser empregada entre a moralidade, a ética, a ética pública, a probidade, a confiança e a boa-fé e demais palavras que representem e qualifiquem a intenção do agente. Existiria uma diferenciação conceitual significativa entre essas noções a ponto de justificar uma classificação?

A resposta a essa pergunta é ambígua. De um lado, verificou-se uma notável força aglutinadora fundada na idéia de algo bom e justo. Logo o que seria ético seria bom, o moral seria justo, etc. De modo geral, esse é o modelo adotado pelos autores. Um modelo despreocupado com o rigorismo conceitual, pautado em um emprego das palavras como se fossem sinônimas. Por outro lado, pôde-se perceber que o uso dessas expressões de cunho comportamental do indivíduo, dependendo do assunto, ocupava um maior destaque.

Percebeu-se que a moral e a moralidade ocupam a posição que poderia ser considerada de gênero. Tal fato é decorrência da amplitude com que essas palavras são utilizadas. Moral e moralidade são citadas como um grande ramo, sob o qual seguirão os demais conceitos, aí sim separados por assuntos, mas sem um notório diferencial hierárquico¹⁵⁶.

¹⁵⁵ “Comentários à Lei de Licitações...”, p. 59.

¹⁵⁶ Marçal JUSTEN FILHO, por exemplo, ressalta que “ainda quando as expressões não tenham significação precisa, a “moralidade” abarcaria a “probidade”. A utilização cumulativa das expressões não representa conceitos diversos”. Op. cit. p. 53.

Entendendo que a noção de moralidade comporta princípios éticos Juarez FREITAS¹⁵⁷ frisa que pelo princípio da moralidade “*estão vedadas condutas eticamente inaceitáveis e transgressoras do senso moral médio superior da sociedade, a ponto de não comportarem condescendência*”. Tratando do princípio da probidade, considerado associado ao princípio da moralidade, entende o mestre que aquele “consiste na proibição de atos inequivocadamente desonestos ou desleais para com o Poder Público, praticados por agentes seus ou terceiros, concretizado por tipificações e mecanismos sancionatórios inscritos na Lei nº 8.429/92, que exigem aplicação cercada das devidas cautelas para não transpor os limites finalísticos traçados pelo próprio princípio”¹⁵⁸.

Percebeu-se que a ética é mencionada quando da análise do comportamento do cidadão enquanto membro da estrutura social. Quando essa análise parte para o âmbito da Administração Pública, mais especificamente para o servidor, menciona-se a ética pública. A boa-fé, por sua vez, surge relacionada à percepção da confiança. Mas a confiança vista sob a ótica dialética da relação entre o servidor e o particular que mantém alguma forma de vínculo com o Poder Público. Seguindo um aprofundamento em grau de especificidade, temos a idéia de proteção da confiança ou da confiança legítima, que alçado a princípio, aborda unilateralmente a confiança depositada pelo particular na Administração.

Tais observações, repita-se, são meras constatações e carecem de maior nitidez para justificar uma sistematização hierárquica. Podem, contudo, mostrar utilidade na apreciação sempre complexa dos atos administrativos que envolvam várias situações e interesses, nada raro na realidade do direito administrativo brasileiro.

¹⁵⁷ “*O Controle dos Atos Administrativos*”, p. 53. Utilizando o emprego da confiança como equivalente da à boa-fé, observou que “*quanto ao princípio da confiança ou da boa-fé recíproca nas relações da administração, apresenta tal relevo que merece tratamento à parte, não obstante ser o manifesto resultado da junção dos princípios da moralidade e da segurança das relações jurídicas*”, p. 59.

¹⁵⁸ “*O Princípio Jurídico da Moralidade e a Lei de Improbidade Administrativa*”, in “*Direito Administrativo Contemporâneo*”, BACELLAR FILHO (Coord. Geral), p. 142.

5

Ética Pública e Boa-Fé nas Licitações

“Designou-se por “moralização do Direito”, com aquele gosto pelos letrados ousados e pouco rigorosos tão característicos da nossa época, o desejo de submeter à jurídica atividade a preocupações de ordem moral. O nosso século iniciava perturbado curso quando ele começou a manifestar-se. Como sempre acontece às elevadas aspirações, às verdades recém-descobertas, de início produziu o efeito de uma terrível blasfêmia, de um erro crasso. Como sempre, também, não faltou a dar-lhe boas-vindas o sorriso desdenhoso e descrente dos sábios: para sensacional artigo de revista, era tema insinuante; quanto a valor científico, irremediavelmente nulo; e curta seria decerto a sua carreira, destinada de ante mão a durar, como as novidades da moda feminina, o lapso efêmero de uma estação.

Mas, contrariando os vaticínios dos sábios, o desejo persistiu, veio a transforma-se lentamente em uma das tendências mais características do pensamento jurídico contemporâneo...o homem de leis, que venera o estável, foi bruscamente surpreendido pelo florescimento de doutrinas inovadoras...”.

(Antônio José Brandão, in RDA nº 25/454).

V. 1 - Introdução

A licitação já é por si só, um instituto ético do Direito. A sua simples implantação é motivo suficiente para carregar forte dose de moralidade para a atuação administrativa. Isto se deve a sua própria definição, que pressupõe a defesa da isonomia entre participantes, no que materializa preceito elementar que abre o Capítulo “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, da Carta Magna: “*Todos são iguais perante a lei...*” (art. 5º, caput). Mas o conceito de licitação pressupõe um segundo elemento: a defesa do patrimônio público. Com efeito, na medida em que se trata de uma seqüência de atos voltados à busca da melhor proposta para a Administração Pública, a licitação se coloca como elemento moralizador, pois, sinaliza à opinião pública que o Poder Público preza pelo bom uso das verbas públicas. Assim, a racionalização dos gastos públicos permite que se busque sempre um gradual avanço na qualidade de vida da população, não sendo exagero, por isso, afirmar que a licitação desempenha papel essencial na busca de melhores condições de vida da população.

Não raro o administrador se depara, em seu labor diário, com situações inusitadas, mas que, em seu contexto, é possível extrair a pressão que a Administração Pública sofre constantemente para transgredir os limites da moralidade administrativa. Citamos, por brevidade, a freqüência com que interlocutores do setor público denunciam – ainda que informalmente - o assédio que sofrem por parte de uma parcela da iniciativa privada, para o fornecimento de produtos ou serviços com a condicionante promessa de que, sem a realização de licitação, o preço cobrado pode ser reduzido. São casos que revelam torpeza por estarem, na maioria das vezes, envolvidos com produtos de qualidade duvidosa, desacompanhados da necessária garantia ou mesmo fruto de crime fiscal como, por exemplo, os contrabandeados. São produtos que, na maioria das vezes, não possuem os documentos necessários a comprovar idoneidade.

Nada mais evidente, portanto, em afirmar que a licitação é sim um elemento moralizador e que sua atuação na estrutura administrativa brasileira visa garantir, não só a melhor compra ou contratação e o princípio da isonomia, mas também contribui para fincar os valores éticos na dimensão governamental. Em suma, a licitação é necessária por si, pelo que ela significa, não podendo

jamais ser aceita a alegação de que a mesma não foi realizada ante a possibilidade de se obter preços menores. Não pode, portanto, como bem adverte Luiz Alberto BLANCHET, “*ser utilizada para trazer vantagens estranhas à sua finalidade e em detrimento desta*”¹⁵⁹.

A estreita relação existente entre corrupção e o abalo no desenvolvimento econômico e social é idéia que não pode jamais ser olvidada, devendo-se adiantar aqui que a licitação pode assumir, por todos os motivos acima, uma posição de destaque quando se fala em elevar o Índice de Desenvolvimento Humano da população. A abordagem dessa perspectiva da licitação, como afirmamos, virá em momento oportuno, quando tratarmos mais proximamente do flagelo da corrupção.

No presente capítulo será tratada a questão da vulnerabilidade de alguns dispositivos da lei de licitações e contratos administrativos. Vulnerabilidade essa consistente na possibilidade de servir de fundamento legal para atos maculados de vício moral. Para tanto, adotar-se-á uma metodologia de análise pontual, casuística mesmo, sobre os dispositivos não só da lei federal nº 8.666/93, como também, da legislação incidente sobre a modalidade pregão e sobre as concessões.

A escolha desse procedimento tem uma razão de ser. Inicialmente, deve-se dizer que é decorrência constatação profissional de já algum tempo, forjada no acompanhamento diário das aquisições e contratações públicas desde os tempos do Decreto-lei nº 2.300/86. Decorre, ainda, da possibilidade de se apontar senão a totalidade, pelo menos a maior parte dos dispositivos que vêm sendo alvo de uma utilização deturpada e operada, especialmente, em momentos de discricionariedade, conforme já apontado anteriormente.

V. 2 – A Fase Interna

A fase interna é aquela marcada por atos decisórios realizados no âmbito interno da Administração. De um modo geral, esta fase se desenrola sem a preocupação de publicidade dos atos e sobre ela incide toda uma série de estudos e percepções sobre a realidade; trata-se de uma fase onde o gestor público,

¹⁵⁹ “*Licitação: o edital à luz da nova lei*”, p. 89.

contando com sua equipe de colaboradores, toma uma série de decisões tendo ao fundo a bússola apontada para a satisfação do interesse público¹⁶⁰.

Não é correto, contudo, afirmar que nessa fase o administrador trafega na mais pura liberdade, guiado exclusivamente pelo seu dom de governar. Sem contar com as imposições de ordem moral – que devem imperar em todos os momentos de sua atuação – vale ressaltar a incidência das chamadas leis orçamentárias, cuja função primordial é a de planejamento e continuidade das políticas públicas¹⁶¹. Nesse sentido, o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual mostram-se instrumentos de planejamento. Referidos estatutos configuram uma espécie de garantia à coletividade de que as verbas públicas não serão empregadas em projetos estanques, desprovidos de planejamentos e, por isso mesmo, ofensivo à economicidade, à efetividade e à eficiência.

A fase interna também é uma fase de pesquisa de mercado. Não ainda, uma pesquisa de preços, mas uma pesquisa efetuada sobre as disponibilidades que o mercado oferece em termos de tecnologia, materiais, serviços e demais produtos que se enquadrem na execução dos projetos previamente definidos nas leis orçamentárias. É visível nesse momento a colaboração existente entre o particular e o Poder Público: o primeiro fornecendo aquilo que o Estado pretende adquirir e o segundo cumprindo a contrapartida através do pagamento. A conjugação de interesses é nítida: o particular fornece as opções para a Administração e esta fomenta a economia com os elevados desembolsos exigidos pela manutenção da estrutura administrativa e pela execução de sua política pública.

¹⁶⁰ Como bem apontou Jean RIVERO “*O homem , ser social, não pode bastar-se a si mesmo; o livre jogo das iniciativas privadas permitem-lhe prover a algumas das suas necessidades, graças à divisão do trabalho e às trocas, mas há outras, e mais essenciais, que não podem receber satisfação por esta via, seja porque, comuns a todos os membros da coletividade, excedem pela sua amplitude as possibilidades de qualquer particular – é o caso das necessidades de segurança nacional – seja porque sua satisfação é por natureza isenta de qualquer lucro, de modo que ninguém se oferecerá para a assegurar. Estas necessidades a que a iniciativa privada não pode responder e que são vitais para a comunidade como um todo e para cada um dos seus membros constituem o domínio próprio da Administração; é a esfera do interesse público” (grifado no original). Op. cit. p. 14.*

¹⁶¹ Como observa Carlos Valder do NASCIMENTO “*a Carta Magna confere singular importância aos instrumentos orçamentários que envolvem o planejamento da ação governamental em todos os seus aspectos fundamentais voltados para a atividade financeira desenvolvida em cada exercício*”. In Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal, organizadores Ives Gandra da Silva Martins e Carlos Valder do Nascimento, p. 39.

Essa complementariedade, porém, não é pacífica. Insere-se ela em uma situação de natural conflito típico do convívio intersubjetivo. Mas, por pressupor um intercâmbio de informações e interesses, a fase interna tem servido de palco para o surgimento de atos de corrupção. O corolário dessa situação é o surgimento de uma nova forma de afronta aos mandamentos éticos. A corrupção deixa de surgir somente no transcorrer do processo licitatório para posicionar-se já antes da própria redação do edital ou escolha do objeto. Não seria, portanto, absurdo concluir com Jesús GONZÁLEZ PÉREZ e Maria FERIA ROMERO ¹⁶² que a licitação, nesses casos, passa a configurar uma peça da chamada “corrupção sistemática” servindo como mera fachada formal de um acerto previamente traçado e que serviu como fator desencadeador da própria licitação.

A fase interna compreende todos aqueles atos realizados até a publicação do aviso da abertura da licitação que vem acompanhada da divulgação do edital. A importância dessa fase fica ainda maior se percebermos que ela, dependendo do objeto a ser licitado, pode compreender a abertura de outra licitação. É o caso, por exemplo, das grandes obras, cujos projetos básico e executivo - pela sua complexidade e exigência de serviços sofisticados de alto grau de especialização - são, com frequência, licitados. Tal fato reforça a afirmação de que a fase interna é uma etapa moralmente vulnerável seja por envolver uma série de atos complexos seja por envolver uma considerável carga discricionária.

Trata-se da etapa onde está incluída também os procedimentos relativos à constituição da comissão de licitação tema esse cuja abordagem vem na seqüência.

¹⁶² Abordando a realidade espanhola Jesús GONZÁLEZ PÉREZ observou: “*Estamos ante una corrupción que se há calificado de “sistemática”, e a seguir reproduz o entendimento de Maria FERIA ROMERO de que “se há superado en parte la tradicional idea de corrupción como un acuerdo secreto entre un particular y un funcionario público que pactan una determinada contraprestación singular al margen de la Ley y de su deberes, para pasar a considerarla como un elemento a más del sistema”*”. In “*La ética en la Administración pública*”, p. 21.

Deve-se afirmar, contudo, que esse não é um fenômeno restrito ao caso espanhol. A comprovar que a lei de licitações vem sendo usada como respaldo para atos de corrupção dita “sistemática” vale como exemplo o caso que ficou conhecido como a atuação da “máfia dos sanguessugas”, no qual toda uma rede de corrupção foi arquitetada muito antes de qualquer ato licitatório. Muito pelo contrário, a licitação, ou melhor a sua inexigibilidade, assumiu apenas um caráter formal, utilizada por corruptos da iniciativa privada e das mais variadas posições que de alguma maneira detinham poder decisório. Nesse episódio, pelas deturpações verificadas, poderíamos dizer que a fase interna inexistiu, tendo sido trocada por um “pacote completo” oferecido para inúmeras Prefeituras municipais. O assunto voltará ao debate quando do exame das questões envolvendo a dispensa e a inexigibilidade como instrumentos de práticas de corrupção.

Na seqüência e acompanhando uma certa ordem de acordo com as etapas do certame licitatório, será apreciada a questão ética e da boa-fé envolvendo as comissões de licitação.

V.3 - Ética Pública nas Comissões de Licitação

Não necessita maiores comentários a afirmação de que o gestor público deve se cercar de uma equipe capaz e preparada para cumprir as suas funções devidamente. Por sua vez, o volume das compras e demais contratações do setor público é elemento suficiente para justificar a formação de uma comissão de licitação profissionalmente capaz e moralmente confiável. Mas não é só isso. A escolha de fornecedores e contratantes com a Administração é tarefa árdua que envolve uma série desgastante de atos. Para enfrentá-la a comissão precisa estar composta de pessoas isentas de interesses e vínculos particulares.

Por trabalhar, em sua grande parte, com medidas preventivas, a ética pública exige a adoção de algumas providências anteriores ao desempenho dos atos administrativos. Assim é que, antes da realização de uma licitação a comissão que encaminhará os serviços e se encarregará de apontar o vencedor deve estar devidamente constituída.

A lei de licitações em seu artigo 51 prevê que as comissões permanentes ou especiais serão formadas *“de, no mínimo 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsável pela licitação”*. Não se pode negar que o dispositivo tenha forte conteúdo emprestado dos mandamentos da ética pública, na medida em que, exige maioria pertencente ao quadro estável de funcionários. Evita-se assim, que servidores comissionados¹⁶³, embora considerados responsáveis pela legislação penal¹⁶⁴, detenham posição de influência decisiva no comando das licitações.

¹⁶³ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO define cargos em comissão como sendo *“aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual também pode exonerar ad nutum, isto é, livremente, quem os esteja titularizando”*. Op. cit. p. 276.

¹⁶⁴ Diz o art. 327, do Código Penal: *“Considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”*.
§ “1º. Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”.

Como afirmamos, a ética pública atua com garantias e precauções não significando em hipótese alguma que um servidor estável seja mais honesto que um ocupante de cargo em comissão, pois como afirma Maria Claudia CAPUTI apoiada em lição de Benjamin VILLEGAS BASAVILBASO “*la relación de empleo público no es una mera prestación de servicios: es, verdaderamente una relación ética*”¹⁶⁵. Há, portanto, uma suposição de que ao servidor efetivo os obstáculos de ordem moral sejam mais influentes na tomada de decisões regidas pelo poder discricionário.

A questão que surge na prática diz respeito à possibilidade de o único servidor não estável ocupar a presidência da comissão constituída por três membros. Diante-se que essa dúvida não vem solucionada pela legislação, motivo pelo qual se propõe aqui uma solução pautada em mandamentos da ética pública. Assim é que, se a lei prevê tão somente que a maioria dos membros da comissão pertença ao quadro de servidores concursados, reduzindo o poder de influência nas decisões daqueles que circunstancialmente e precariamente desempenham funções públicas, não pareceria sensato sob a égide dos mandamentos da ética pública advogar a possibilidade de a presidência de uma comissão de licitação ser ocupada por servidor ocupante de cargo em comissão.

A conjugação dessas circunstâncias justifica a possibilidade de os ocupantes das comissões de licitação terem seus esforços recompensados financeiramente pelo fazendo jus à percepção de uma parcela a ser percebida pelo prazo em que o mesmo for ocupante de referida comissão. Tal proposta encontra respaldo nas observações da administrativista argentina Maria Claudia CAPUTI para quem “*otra cuestión que se halla ligada constantemente a los sistemas para garantizar un accionar administrativo ético, es la relativa a la remuneración equitativa*”¹⁶⁶. Assim, não há como entender afrontosa a atitude da autoridade que, visando estimular e recompensar seus servidores que ocupem funções em comissões de licitação, acrescente uma parcela aos vencimentos daqueles.

¹⁶⁵ “*La ética pública*”, p. 101.

¹⁶⁶ “*La ética pública*”, p. 120. Afirma, ainda, a autora que a percepção de uma remuneração compatível com o grau de responsabilidade do servidor foi inclusive objeto previsão no art. 12 do texto final da Convenção Interamericana contra a corrupção. Comenta que “*conforme a esta cláusula, se obligará a prestar la debida atención a este aspecto del vínculo entre la Administración y sus agentes, máxime porque, en general, siempre se há entendido que una remuneración adecuada ayudará a que estos se sientan más consustanciados con la causa pública*”.

Outra passagem do estatuto das licitações e contratos administrativos que merece destaque pela sua nítida inspiração moral buscada em documentos que tratam da ética pública vem assentada no parágrafo terceiro¹⁶⁷. É a possibilidade oferecida pelo legislador para que qualquer um dos membros da comissão de licitação se manifeste quando discordar de ato exarado pela comissão. A importância do dispositivo reside justamente na instituição de uma espécie de controle interno das comissões de licitação, um mecanismo de autocontrole a ser ativado pelo servidor que venha a perceber qualquer desvio seja de ordem legal seja de ordem moral. A natureza desse dispositivo segue a tendência sinalizada pela Convenção Interamericana contra a Corrupção¹⁶⁸, prestigiando informações colhidas dentre aqueles servidores que participam da formação dos atos administrativos.

Prova de reconhecimento de que as licitações configuram elemento-chave no controle de atos de corrupção é a previsão de alguns códigos de ética pública trazem fazendo menção específica à necessidade da declaração de bens daqueles servidores que ocupem as comissões de licitação¹⁶⁹. No Brasil, a lei nº 8.730/93 não faz esse destaque e adota a previsão de modo genérico direcionado a todos os servidores¹⁷⁰.

¹⁶⁷ “Art. 3º Os membros das Comissões de licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão”.

¹⁶⁸ O artigo 3.1 estabelece que os Estados-membros concordam em considerar a aplicabilidade de medidas dentro de seus próprios sistemas institucionais destinadas a criar, manter e fortalecer:

“1) normas de conduta para o correto, honrado e adequado cumprimento das funções públicas. Estas normas deverão estar orientadas a prevenir conflitos de interesses e assegurar a preservação e o uso adequado dos recursos confiados aos servidores públicos no desempenho de suas funções. Estabelecerão também as medidas e sistemas que exijam dos funcionários informar as autoridades competentes sobre os atos de corrupção na função pública que tenham conhecimento. Tais medidas ajudarão a preservar a confiança na integridade dos funcionários públicos e na gestão pública”.

¹⁶⁹ A Lei de Ética da Função Pública argentina, ley 25.188/99, prevê:

“Art. 4º Las personas referidas en el art. 5 de la presente ley, deberán presentar una declaración jurada patrimonial integral dentro de los treinta días hábiles desde la asunción de sus cargos”.

“Asimismo, deberán actualizar la información contenida en esa declaración, dentro de los treinta días hábiles desde la fecha de cesación en el cargo”.

“Art. 5º Quedan comprendidos en la obligación de presentar la declaración jurada:

t) todo funcionario o empleado público que integre comisiones de adjudicación de licitaciones, de compra o recepción de bienes, o participe en la toma de decisiones de licitaciones o compras”.

¹⁷⁰ Diz o art. 1º da lei federal nº 8.730/93:

“Art. 1º É obrigatória a apresentação de declaração de bens, com indicação das fontes de renda, no momento da posse ou, inexistindo esta, na entrada em exercício de cargo, emprego ou função,

V. 4 - Demais Profissionais Ligados à Licitação

A licitação vista como procedimento, ou seja, uma seqüência de atos pressupõe a intervenção de várias pessoas. Atuando, seja como servidor junto à Administração Pública, seja como pertencente à iniciativa privada na condição de participante interessada ou como terceiro sem interesse direto na licitação, o indivíduo deve respeitar regras éticas e atuar de boa-fé. Como já afirmado, esses conceitos também trabalham de modo preventivo estipulando condutas e vedações como forma de evitar, já em seu nascedouro, situações potencialmente aptas a lesar o interesse público.

O artigo 9º, da lei 8.666/93, é um exemplo dessa precaução quando veda a participação de certos profissionais na licitação. Trata-se, eminentemente, de um dispositivo pautado na ética pública, e que se utiliza de uma evidente precaução para evitar o surgimento de situações que possam comprometer ética e moralmente um determinado certame licitatório. Nesse sentido, observa Marçal JUSTEN FILHO que *“essa vedação reporta-se ao princípio da moralidade, sendo necessário pressuposto da lisura da licitação e contratação administrativa”*¹⁷¹.

bem como no final de cada exercício financeiro, no término da gestão ou mandato e nas hipóteses de exoneração, renúncia ou afastamento definitivo, por parte das autoridades e servidores públicos adiante indicados:

I - Presidente da República;

II - Vice-Presidente da República;

III - Ministros de Estado;

IV - membros do Congresso Nacional;

V - membros da Magistratura Federal;

VI - membros do Ministério Público da União;

VII - todos quantos exerçam cargos eletivos e cargos, empregos ou funções de confiança, na administração direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes da União”.

¹⁷¹ “Comentários à Lei de Licitações...”, p. 127.

Vale ressaltar que esse dispositivo trata da questão em sua generalidade, sem se aprofundar, até mesmo pela impossibilidade de prever todas as situações decorrentes das intervenções de todos aqueles que atuem no cenário de uma licitação. Ao afirmar que “*não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários*” ... “*o autor do projeto básico ou executivo, pessoa física ou jurídica*” (I e II) e o... “*servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação*” (III), o legislador delegou ao intérprete a solução dos demais casos apontando, em linhas gerais, o mínimo a ser observado no caso concreto. Assim é que, autoridades e membros de comissões de licitação deverão, além do princípio da razoabilidade, aplicar parâmetros de ordem moral, baseada na ética pública e boa-fé para delimitar o que seja participação direta e indireta no processo licitatório.

Da mesma forma, ao arrolar apenas algumas situações relativas à participação do elemento subjetivo (incisos I, II e III) o legislador delegou ao intérprete e à autoridade a tarefa a solucionar os impasses trazidos pelo caso concreto. A solução dos impasses envolvendo a definição de quem pode participar da licitação deverá, necessariamente passar pelo emprego de elementos de ética pública e pela aplicação do princípio da boa-fé.

Assim, a título meramente exemplificativo e para reforçar o entendimento exposto, tomemos o caso previsto no inciso I. Tal preceptivo veda a participação direta ou indireta na licitação ou execução da obra ou serviço ou fornecimento de bens do “*autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica*”. A indagação que se faz e que bem poderia refletir uma situação na prática é: como ficaria a situação do cônjuge do autor do projeto básico?

Aplicado tão só o princípio da legalidade, sua participação seria possível, uma vez que, a lei não veda sua participação. Questões morais e de ética pública, contudo, afastam essa possibilidade, apontado para o grau de proximidade existente entre as duas pessoas e indo mais a fundo nos motivos que levaram o legislador a impor certos limites. Se a questão a ser evitada é a utilização de prévio conhecimento técnico como fator de quebra da isonomia, não parece ético que se aceite a participação de uma pessoa que desfrute de alto grau de intimidade com o executor dos projetos que serão licitados. O exemplo ilustra a maneira como a ética pública se junta aos demais elementos componentes da

tecnologia jurídica para a obtenção de respostas, pois, como afirmamos acima, o legislador aponta a direção a ser seguida pelo intérprete, impossibilitado que está de prever a totalidade das soluções postas pelo caso concreto.

Carlos Ayres BRITTO ¹⁷² analisando o tema sob o enfoque das normas gerais observou devam elas “*retrabalhar os elementos com que certas regras da Constituição conferem identidade ou vida própria à licitação*”. Para ele “*se o princípio constitucional da moralidade tem entre seus conteúdos a lealdade administrativa, ganha sentido de norma geral o estabelecer-se a vinculação do órgão ou entidade estatal, instaurador da licitação, aos precisos termos do edital ou da carta de convocação dos interessados. Se outro desses conteúdos do princípio da moralidade é o decoro funcional, ou ainda a probidade administrativa, é de se prescrever, ao nível das normas gerais, que do certame licitatório não poderão participar servidores públicos e dirigentes daquele órgão ou entidade*”.

O que se pretendeu aqui foi demonstrar que, tal como ocorre no citado art. 9º, haverá situações em que as ferramentas postas pela ética pública e pelo princípio da boa-fé poderão solucionar ou, ao menos corroborar soluções, ao lado dos demais princípios do direito administrativo, reforçando a busca da melhor resposta aos desafios impostos pela realidade da Administração Pública.

V. 5 - O Ponto Crítico

Como afirmamos, já na introdução ao capítulo, a lei de licitações possui vários dispositivos que vêm sendo utilizados como forma de encobrir atos fraudulentos. A prática tem mostrado o aproveitamento de lacunas e discricionariedades, naturalmente contidas em textos de lei, para impor desvios de finalidade voltados essencialmente à obtenção de vantagens.

O que se percebe é a utilização de uma aparência de legalidade; o aproveitamento de uma lacuna legal para a realização de práticas reprováveis. Diante dessas possibilidades e sob o ângulo do princípio da boa-fé, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ enfatiza que “*se incurre en fraude siempre que se elude la norma realmente aplicable, adoptando la vestidura de una figura jurídica*

¹⁷² “O Perfil Constitucional da Licitação”, p. 31.

*regulada por norma que responde a finalidad distinta, con independencia de que sea o no la conducta que lógicamente cabría esperar de un comportamiento leal y honesto hacia las personas que con nosotros se relacionan”*¹⁷³.

Nesse contexto, a não realização de licitação, escorada em interpretação deturpada e maliciosa dos artigos que prevêm os casos de dispensa e inexigibilidade, vem se mostrando uma das práticas mais nocivas no interior da Administração. A isso alertou Adilson Abreu DALLARI¹⁷⁴, ao lembrar que *“é um princípio fundamental de hermenêutica que as exceções devem ser tratadas de maneira restrita. Quando houver alguma dúvida quanto à exigibilidade ou dispensa de licitação, é preciso não esquecer de que a regra geral é a exigibilidade, e de que a exceção é a dispensa”*.

Embora a realidade brasileira sugira o inverso, a contratação direta, sem a realização de licitação, é uma forma excepcional de aquisição e contratação. A regra é o estabelecimento da competição entre interessados, tal como prevê a Constituição Federal¹⁷⁵, em respeito ao princípio da isonomia.

Esclareça-se, em breve passagem, e para facilitar o entendimento a seguir, as diferenças entre os institutos da dispensa e da inexigibilidade. Na dispensa, a licitação é viável por admitir a competição, porém, o legislador aceita a sua não realização em determinadas hipóteses arroladas *numerus clausus*, por entender que o resultado poderia não ser satisfatório para o interesse da Administração¹⁷⁶. Na inexigibilidade, pelo contrário, a competição é inviável e a realização de licitação está vedada. Por impossibilidade de prever todos os casos de inviabilidade de competição o legislador deixou ao agente público, diante do caso concreto, a decretação da inexigibilidade. Assim, as hipóteses do artigo 25, da lei 8.666/93, compõem uma lista meramente exemplificativa. É que, como bem aduz Marçal JUSTEN FILHO, *“a inexigibilidade é uma imposição da realidade extranormativa, enquanto a dispensa é uma criação legislativa”*¹⁷⁷.

¹⁷³ “El principio general de la buena fe”, p. 36.

¹⁷⁴ “Aspectos Jurídicos da Licitação”, Op. cit. p. 45.

¹⁷⁵ Em seu art. 37, XXI, a Carta Magna prevê: *“ressalvado os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes...”*.

¹⁷⁶ Como bem observa Joel de Menezes NIEBUHR, *“as hipóteses de dispensa devem ser interpretadas pelos agentes administrativos mediante aporte restritivo, que se depreende do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, cujo teor leva a concluir que sempre que possível realizar licitação pública sem sacrificio ou prejuízo de interesse público, deve-se realizá-la”*. Op. cit. p. 153.

¹⁷⁷ “Comentários...” op. cit., p. 272.

Dentre as situações previstas na legislação e que comportam casos de dispensa, escolhemos duas situações que vêm sendo objeto de nociva deturpação interpretativa, ambas elencadas no art. 24, da lei nº 8.666/93. São as hipóteses dos incisos IV¹⁷⁸ e XIII¹⁷⁹.

A primeira trata dos casos de emergência ou de calamidade pública que, uma vez presentes as situações de fato, justificariam a dispensa de licitação e a contratação direta. Esclareça-se, inicialmente, que este é um dispositivo necessário, voltado a auxiliar, não só o administrador, mas toda a coletividade, em casos imprevistos ou imprevisíveis. O que se pretende aqui, contudo, é denunciar a sua aplicação indevida como forma de servir de respaldo a atos imorais. A forma como a fraude se opera, envolve a inércia do administrador que, de má-fé, faz surgir uma situação calamitosa. Na seqüência, respaldado pela premência da tomada de providências deixa de realizar o processo licitatório, contratando diretamente os profissionais que bem entender, em nítida afronta aos padrões éticos de probidade administrativa¹⁸⁰.

Na hipótese do inciso XIII, utiliza-se uma entidade previamente constituída ou mesmo constituída especialmente com o intuito de fraudar. Assim, organizações travestidas de aparente seriedade tiram proveito da amplitude da redação do dispositivo, não encontrando maiores problemas em se protegerem na indeterminação, por exemplo, da expressão “*desenvolvimento institucional*”.¹⁸¹ A

¹⁷⁸ “Art. 24. É dispensável a licitação:

IV – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos”.

¹⁷⁹ “Art 24. É dispensável a licitação:

XIII – na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos”.

¹⁸⁰ Dentre os vários textos de lei que tratam de ética pública, alguns sob a denominação de “Código de Ética”, outros tão só como leis específicas, ao presente caso de transgressão do art. 24, IV, poderíamos contrapor a medida prevista no artigo 2º, “d”, da lei argentina de ética da função pública:

“Art. 2º: Los sujetos comprendidos en esta ley se encuentran obligados a cumplir con los siguientes deberes y pautas de comportamiento ético”:

“d) no recibir ningún beneficio personal indebido vinculado a la realización, retardo u omisión de un acto inherente a sus funciones, ni imponer condiciones especiales que deriven en ello.”

¹⁸¹ O professor português David DUARTE faz interessante estudo sobre a utilização de conceitos indeterminados e de expressões que permitem ampla interpretação como forma de deturpar a idéia

questão acresce de gravidade se considerarmos que em algumas Administrações um montante considerável de verbas públicas tem sido canalizado para essas práticas imorais e atentatórias da ética pública, na medida em que, a totalidade dos códigos de ética pública condenam a utilização da atividade pública para a obtenção de interesses particulares¹⁸².

Esse processo nocivo de desembolso vem ferindo, inclusive, a imagem e a reputação das Organizações não Governamentais que, concebidas para prestar alguns serviços públicos em parceria com o Poder Público, vêm sendo utilizadas como instrumentos de práticas desonestas. Ressalte-se aqui, contudo, que os problemas não atingem a totalidade dessas entidades, não sendo difícil exemplificar casos de ONGs que prestam seus serviços com louvor.

V.6 – Ética Pública e Boa-Fé em Casos de Inexigibilidade

Por fim, o caso de inexigibilidade previsto no art. 25, III. A redação posta é: “*art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: [...]III – para contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação*”. Reconheça-se, desde já, que o rol de atividades, consideradas como serviços técnicos especializados, é amplo possibilitando, sem muito esforço interpretativo, que os mais variados serviços sejam tidos por especializados¹⁸³.

Esse dispositivo de lei vem merecendo equivocadas interpretações em dois momentos. O primeiro e mais grave, relativo à atividade

da discricionariedade, possibilitando a adoção de atos maculados de desvio de finalidade. Op. cit. p. 310 e segs.

¹⁸² A Ordem Executiva nº 12.674, de 12 de abril de 1.989, um documento equivalente a um código de ética, encomendado pelo então presidente George Bush prevê, em um de seus catorze princípios que os empregados não devem manter interesses financeiros que estejam em conflito com o desempenho consciente de seus deveres. Apud. Manuel VILLORIA MENDIETA, op cit. p. 177.

¹⁸³ Diz o art. 13, da lei 8.666/93: “*Para fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:*

- I – estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;*
- II – pareceres, perícias e avaliações em geral;*
- III – assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;*
- IV – fiscalização, supervisão, ou gerenciamento de obras ou serviços;*
- V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;*
- VI – treinamento e aperfeiçoamento de pessoal...”.*

que, nos termos da lei, deve ser de natureza singular. O segundo, na delimitação do que venha a ser um profissional de notória especialização.

Afaste-se, desde já, por pura incoerência diante da redação do dispositivo, a contratação direta de um profissional que não tenha sequer um curso de especialização em seu currículo. Esse seria um caso de flagrante transgressão que, felizmente, não ocorre com frequência.

O que se propõe aqui é a aplicação de valores de ética pública para afastar uma interpretação maldosamente direcionada a sufragar uma contratação direta para serviços que não exigiriam um grande especialista da área.

A lei fala de em atividade de natureza singular. Assim, deve primeiramente o intérprete buscar a recepção do caso prático às hipóteses do art. 13. Na seqüência, perquirir se a atividade em questão pode ser realizada normalmente por todos ou por uma parcela considerável do mercado. Se isso ocorrer, por óbvio, o serviço não será tido como especializado. Isso porque o grau de singularidade é inversamente proporcional ao número de profissionais capazes de realizar dita atividade¹⁸⁴.

A constatação dessa questão na prática, contudo, tem se mostrado atentatória à ética pública. Isso, porque o dispositivo vem sendo utilizado para encobrir contratações diretas para a realização de atividades que poderiam ser desempenhadas por uma quantidade considerável de profissionais sem que se comprometa a qualidade das mesmas. O mecanismo tem consistido na aplicação de uma interpretação propositadamente extensiva a um artigo que já possui característica genérica de modo a incluir em manto de legalidade um ato de improbidade e atentatório à ética pública e ao princípio da boa-fé.

Quanto à incidência do princípio da boa-fé na atividade interpretativa, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ é enfático:

“Aun cuando las normas estén redactadas con palabras claras y precisas, se impondrá la interpretación crítica o correctiva, a fin

¹⁸⁴ Jorge Ulisses Jacoby FERNANDES salienta que “*poderão ocorrer peculiaridades nos casos concretos que recomendem a adoção de concurso público, em que o contratante seja escolhido por meio dessa modalidade de licitação para a realização de serviço futuro. Se, contudo, o objeto do serviço pretendido guarda correlação com as tarefas dos cargos constantes, por exemplo, do plano de Cargos e Carreira, como regra, a prática deverá ser coibida, exceto em se tratando de preenchimento provisório, enquanto se aguarda a conclusão do processo seletivo, ou se o cargo estiver em extinção*” In “*Contratação Direta sem Licitação*”, p. 119.

*de que concuerde con el principio: la interpretación será extensiva si la disposición se expresa en términos excesivamente restringidos y há de ampliarse la letra de la ley hasta que comprenda todos los supuestos que el principio exige; la interpretación será restrictiva si la disposición se expresa en términos excesivamente amplios y es necesario reducir el alcance de la letra del texto hasta que comprenda solo los que sean congruentes con el principio”*¹⁸⁵.

Assim, a interpretação extensiva de dispositivos legais tem sido utilizada como uma das formas mais comuns de atentado ao princípio da boa-fé e aos cânones da ética pública.

V. 7 – O Edital sob o Enfoque da Ética Pública e da Boa-Fé

Também incluída nos preparativos que vão resultar no lançamento de uma licitação, a elaboração do edital deve se pautar em padrões éticos e que zelem pela boa-fé das partes. E nem poderia ser de outra forma, pois, tal como observa Luiz Alberto BLANCHET¹⁸⁶, “*o instrumento convocatório é, portanto, a norma orientadora da correta consecução da finalidade no que tange ao seu aspecto substancial e, não menos, quanto ao seu aspecto procedimental*”.

Também aqui a análise do caso prático tem mostrado várias hipóteses de transgressão dos padrões da moralidade governamental. Escolhemos, então, algumas passagens coletadas no dia-a-dia da administração pública brasileira, que passaremos a comentar na seqüência.

Inicialmente, cabe discorrer que sobre a modalidade a ser licitada não cabe a incidência de qualquer discricionariedade por parte da autoridade competente¹⁸⁷. Ou seja, coube ao legislador delimitar todo o mecanismo de escolha das modalidades a serem aplicadas ao caso concreto. Tal processo, geralmente, considerando o valor da compra ou contratação não deixa margem de

¹⁸⁵ “*El principio general de la buena fe*”, p. 111.

¹⁸⁶ “*Licitação: o edital à luz da nova lei*”, p. 133.

¹⁸⁷ Pode, contudo, o gestor optar, se assim entender mais adequado, pela adoção da modalidade mais complexa.

escolha ao gestor público. A imersão no estudo de casos práticos, contudo, tem mostrado a adoção de práticas que contornam a rigidez legal, pela utilização de uma modalidade mais célere e simplificada no lugar daquela devida nos termos da lei. É a prática do fracionamento que, ressalte-se só pode ser considerada reprovável quando ao agente era possível prever uma compra ou contratação maior e, deliberadamente, opta pelo fracionamento. Assim, considerando que a concorrência é a modalidade mais aberta e, por isso mesmo, a mais isonômica cuja participação é aberta a todos os interessados que cumprirem os requisitos necessários, independentemente de um pronunciamento por parte da Administração como ocorre no convite. Assim, optando por uma modalidade mais simplificada, o agente, além de contrariar dispositivo de lei – artigo 23, § 2º, da lei nº 8.666/93 - estará atentando contra a ética pública na medida em que atinge o princípio da isonomia e a confiança daquele que poderia participar de uma concorrência, mas que não o fez por decorrência das artimanhas levadas a efeito pela autoridade competente.

Outra questão que não raro exige decisão do gestor é saber quando e sob que condições a licitação será internacional. Quando deverá ele abrir o certame a concorrentes estrangeiros. Embora a lei não estipule parâmetros e nem seja esse o tema da presente pesquisa, vale ressaltar que essa é uma decisão escorada pelo poder discricionário do qual normalmente são dotados os administradores públicos. E aí está o ponto sensível na medida em que essa qualidade vem sendo utilizada para fins outros que a da melhor contratação para o poder público.

Assim, por exemplo, deixar o administrador de realizar uma concorrência internacional sob a alegação de que tal medida defende da indústria nacional desembolsando por isso valor superior ao praticado no mercado internacional é prática que lesa a moralidade pública por se mostrar demagógica e contrária ao interesse público. Embora em um primeiro exame o ato possa parecer louvável, de aparência patriótica, ele não pode ser aceito, não só por comprometer as finanças públicas, mas, por demonstrar a utilização da estrutura administrativa para fins pessoais e, portanto, contrários aos mandamentos da ética pública. Vale lembrar que a Convenção Internacional Contra a Corrupção, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 4.410/02, dando ênfase ao vínculo existente entre desenvolvimento econômico e a dignidade da pessoa humana, observa em seu

preâmbulo que o combate contra a corrupção fortalece as instituições democráticas, evita distorções da economia, vícios na gestão pública e a deterioração da moral social.

Outra questão envolvendo a elaboração do edital diz respeito ao uso da habilitação como instrumento de manipulação de resultados, onde a prática mais comum seria adaptar as exigências editalícias ao perfil da empresa que se pretende beneficiar. Nessa questão, o princípio da boa-fé conta com os parâmetros fornecidos pelo princípio da proporcionalidade enquadrando as medidas exaradas pelo administrador em um termo médio de acordo com o exigido para o caso. Nem mais, nem menos. Apenas o necessário. Defensor que a proporcionalidade do ato é requisito do atuar inspirado no princípio da boa-fé, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ observa que:

“Podría entenderse que una actuación desproporcionada es contraria a las exigências de la buena fe, en cuanto el sujeto adopta una conducta que no es la conducta normal y reta que podría esperarse de una persona asimismo normal. No es normal exigir algo más de lo que es necesario exigir para cumplir el fin perseguido. 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”¹⁸⁸.

Reconheça-se, no entanto que esta passagem não reflete um caso isolado. Os comentários desenvolvidos enquadram-se no cotidiano da atividade administrativa que exigem, a todo momento, uma atuação equilibrada e proporcional do gestor público. Assim é que, a relação entre os princípios da proporcionalidade e da boa-fé não mantém essa ligação somente no momento da estipulação da documentação que será exigida na licitação. Ela é inerente ao instituto da licitação e deverá se irradiar por todo o seu transcorrer.

¹⁸⁸ “El principio general de la buena fe”, p. 92-93.

V.8 – A Fase Externa

A fase externa da licitação inicia-se pela publicação na imprensa do aviso da abertura de licitação. É um momento de forte simbolismo, pois retrata o instante em que o administrador submete aquele certame ao crivo do controle social¹⁸⁹.

A publicidade constitui não só um dos mais importantes princípios do Direito administrativo, como também, uma conquista social.

Retrata forte sentimento de transparência na Administração Pública e assume a postura de um dos pilares do Estado Democrático de Direitos. Vale ressaltar que o art. 4º da lei de licitações permite a *“qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos”*.

Tais motivos justificam a importância dada pela ética pública a toda medida que esteja voltada à divulgação dos atos administrativos¹⁹⁰. Por isso a publicação dos atos assume grande importância no trato da licitação. Na prática, mesmo com inúmeros dispositivos exigindo a publicação e outros punindo a sua ausência, o que se percebe é que a grande maioria dos crimes ligados à administração pública, em geral, e à licitação, em particular, traz transgressões na questão da publicidade. E nem poderia ser diferente, afinal, a prática delituosa não sobrevive em ambiente de total transparência administrativa. José Afonso da SILVA¹⁹¹ enfatiza que a publicidade *“é requisito de eficácia e moralidade”* do ato administrativo.

¹⁸⁹ Sobre o poder do controle social utilizando-se da publicidade, vale reproduzir aqui interessante passagem mencionada por A. CINTRA, A. GRINOVER e C. DINAMARCO: *“Foi pela Revolução Francesa que se reagiu contra os juizes secretos e de caráter inquisitivo do período anterior. Famosas as palavras de Mirabeau perante a Assembléia Constituinte: donnez-moi le juge que vous voudrez, partial, corrupt mon ennemi même, si vous voulez, peu m’import, pourvu qu’il ne puisse rien faire qu’a la face du public”*. Em tradução livre: “dê-me o juiz que você quiser; parcial, corrupto, até mesmo meu inimigo se você quiser, pouco importa, contanto que ele não possa fazer nada que não seja na frente do público”.

¹⁹⁰ *A lei de improbidade administrativa, lei nº 8.429/92, condena todo aquele que “negar publicidade aos atos oficiais”*.

O art. 20 do Código de Ética da Função Pública, da República Argentina prevê: “El funcionario público debe ajustar su conducta al derecho que tiene la sociedad de estar informada sobre la actividad de la Administración”.

¹⁹¹ *“Curso de Direito Constitucional Positivo”, p. 653.*

Mas, para efeitos da ética pública e do princípio da boa-fé a fase externa guarda um outro acontecimento de suma importância. Marca ela o momento em que a participação de terceiros, até então muito restrita, passa a assumir maior influência no certame. É na abertura da fase externa que a Administração sinaliza o início da competição; o momento em que as partes correrão contra o tempo na busca para apresentar a melhor documentação possível que demonstre ser a sua proposta a mais viável para o Poder Público.

Assim, além das condutas de administradores públicos, autoridades responsáveis pelo certame e servidores, a análise sob a perspectiva da ética e da boa fé passa a incidir, também, sobre particulares interessados. A isso vale o alerta de GONZÁLEZ PÉREZ para quem *“el principio de la buena fe en el ambito procesal impone algo más que una interdicción de cualquier actuación conducente a entorpecer la buena marcha del proceso. Impone a las partes una actitud de colaboración”*¹⁹². Embora essa exigência seja aplicável em todo decorrer da licitação e mesmo durante a execução do contrato, é nessa etapa de competição entre os participantes que a cooperação de todos se faz ainda mais necessária. Pertinentes, portanto, as palavras de Edgar GUIMARÃES¹⁹³ ao exortar que *“não apenas a Administração Pública licitadora, mas também os próprios licitantes devem agir com sinceridade e honestidade, não lhes sendo possível atuar com ardid, malícia ou qualquer intuito escuso, objetivando, por exemplo, conluio para afastar concorrentes, acordos para aumentos de preços, ações desleais etc”*.

¹⁹² Op. cit. p. 268.

¹⁹³ “Controle das Licitações Públicas”, p. 51.

6 Ética Pública e Boa-Fé nos Contratos Administrativos

“Pode-se pensar na dificuldade que será desfazer um ato, produzido conforme a lei, sob o fundamento de vício de imoralidade. Mas isso é possível porque a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente forma, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração. A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com o intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém por certo que se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa”.

José Afonso da Silva

VI.1 – Introdução

Como já afirmado anteriormente, a Administração Pública não dispõe de estrutura suficiente para prover as suas necessidades e para buscar a realização de sua finalidade coletiva. Assim, tal qual um indivíduo, o Poder Público recorre ao mercado para suprir essas carências celebrando contratos que podem assumir natureza privada ou pública.

Quando essa atuação pública visa o suprimento de necessidades da própria Administração, os contratos administrativos são ditos privados – Jean RIVERO cita os exemplos da locação predial para instalação de uma unidade da Administração Pública, e do contrato de seguro¹⁹⁴.

Quando a atuação administrativa está direcionada ao cumprimento de sua função provedora do bem comum, de satisfação do interesse coletivo, as contratações daí decorrentes assumem a denominação de contratos públicos. Aqui, como bem observou Caio TÁCITO¹⁹⁵ *“a tônica do contrato se desloca da simples harmonia de interesses para a consecução de um fim de interesse público”*.

Esses objetivos a serem buscados pelo Poder Público, quando de suas contratações, conduzem-no a uma posição de superioridade frente ao particular. Deveras, não seria lógico submeter aquela pessoa responsável pela satisfação do interesse público atuando, por isso, em nome da coletividade, a uma posição de igualdade frente ao particular.

Isso não exime, por outro lado, a Administração de cumprir as suas obrigações. Essas se resumem, basicamente, no pagamento do preço, incluído nele o lucro do empresário. Essa contrapartida do Poder Público não pode ser alvo de preconceitos. O lucro é o fator que move o mercado empresarial. Seria no mínimo inocência pleitear o melhor contrato para a Administração sem defender um lucro justo. Não respeitar os direitos do particular é condenar os

¹⁹⁴ “Direito Administrativo”, p. 128.

¹⁹⁵ “Direito Administrativo”, p. 292.

próprios interesses coletivos, na medida em que, simplesmente não acorreriam interessados em contratar com o ente público¹⁹⁶.

Vale, contudo, deixar frisado, desde já, que sobre a natureza jurídica dos contratos administrativos paira certa polêmica e que a adoção das chamadas cláusulas exorbitantes é motivo de grandes preocupações e contestações. Nesse sentido, é enriquecedor reproduzir aqui as palavras de Maria João ESTORNINHO que, em profunda incursão no assunto observou que “*a doutrina começou por reconhecer a dificuldade – ou mesmo a impossibilidade – de identificar em concreto as “exorbitâncias” do contrato administrativo, já não erigindo em elemento de qualificação do contrato um regime jurídico concreto, mas sim uma mera intuição acerca de um “clima” ou “ambiente” exorbitante*”¹⁹⁷. Nessa vertente, em interessante e completa abordagem, Romeu BACELLAR FILHO, traz o entendimento do espanhol J. BOQUERA OLIVER para quem “*o contrato o contrato administrativo é uma figura jurídica totalmente artificial ou, antes, inexistente, nascida da confusão da teoria jurídica com relação a realidades insuscetíveis de serem mescladas: o poder administrativo e o contrato*”¹⁹⁸.

Essa característica de complexidade que paira sobre a natureza jurídica dos contratos administrativos vai exigir o emprego de elementos novos de análise. Assim é que se propõe aqui o emprego de vetores de ordem moral, pautados principalmente na ética pública e na boa-fé das partes, como forma de superação das situações de impasse. Em passagem que se enquadra ao que aqui se pretende, Marcello CAETANO¹⁹⁹ assevera que “*o funcionário deve servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sempre no intuito de realizar os interesses públicos, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer*”. Para ele, o dever de probidade manifesta-se, especialmente, “*no dever*

¹⁹⁶ Nesse sentido, bem observou BANDEIRA DE MELLO: “*O chamado contrato administrativo de modo algum configura relação em que assistem vantagens e poderes apenas para uma das partes. Se assim fora, como é curial, jamais o Poder Público encontraria quem com ele travasse avenças*”. Foi, de resto, o que salientou Jean-Paul Benoit: “*Não é por isso que se deva menosprezar o interesse do particular contratante. Aliás, se se procedesse desta maneira, é perfeitamente evidente que a Administração não encontraria contratantes*”. Op. cit. p. 562.

¹⁹⁷ “*Réquiem pelo Contrato Administrativo*”, p. 115.

¹⁹⁸ “*Contrato Administrativo*”, in “*Direito Administrativo Contemporâneo – Estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*”, BACELLAR FILHO (Coord. Geral), p. 311.

¹⁹⁹ “*Manual de Direito Administrativo*”, p. 749.

de não tomar interesse, directamente ou por interposta pessoa, em contrato a celebrar com a entidade de que sejam serventuários ou em negócio que dela dependa, particularmente se em razão de suas funções puder influir nas decisões dessa entidade”.

VI. 2 – Características dos Contratos Administrativos

A diferença da natureza da contratação implica em uma série de prerrogativas assumidas pelo Poder Público como forma normal de obter, em uma relação contratual, o melhor resultado que seja compatível com sua finalidade.

São facilidades assumidas previamente à assinatura de um contrato e visam tão somente preservar os interesses de toda coletividade.

Nesse sentido, esclarecedora é a lição de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO:

“Em decorrência dos poderes que lhe assistem, a Administração fica autorizada – respeitado o objeto do contrato – a determinar modificações nas prestações devidas pelo contratante em função das necessidades públicas, a acompanhar e fiscalizar continuamente a execução dele, a impor as sanções estipuladas quando faltas do obrigado as ensejarem e a rescindir o contrato sponte propria se o interesse público o demandar”.

Grande parte dessa peculiaridade se manifesta através de prerrogativas reconhecidas legalmente. Contudo, a impossibilidade de o legislador prever a totalidade das situações evoca a utilização do poder discricionário como forma de adaptação da realidade administrativa aos termos propositadamente amplos da redação legal. É o que se verá na seqüência. Contudo, sob o espectro da ética pública e do princípio da boa-fé. Assim, seguindo a sistemática adotada anteriormente, passaremos à análise dos principais dispositivos de lei relacionados aos contratos administrativos levando em conta o grau de moralidade envolvido na relação jurídico-administrativa.

Endossa-se, nessa breve análise, a visão de André de LAUBADÈRE que, demonstrando grande poder de síntese, arrolou o “*princípio*

do equilíbrio honesto das prestações” como um dos princípios essenciais do regime jurídico imposto pelos contratos administrativos ²⁰⁰. Trata-se, em nosso entendimento, de expressão que bem sintetiza o elemento a ser preservado entre as partes, trazendo forte conotação de cunho ético-moral.

VI. 3 – A Fiscalização do Contrato

Saliente-se, de início, que, mais que um direito, a fiscalização do contrato é dever do administrador público. De nada valeria o zelo da comissão de licitação e dos demais servidores envolvidos em buscar o melhor contrato, se a sua execução não fosse controlada pelo Poder Público.

A constatação prática tem mostrado a existência de graves problemas que poderiam ser evitados com a adoção de práticas fiscalizatórias eficientes.

Inicialmente, reforce-se a importância de um edital bem elaborado, trazendo a definição do objeto de forma completa, com suas especificações necessárias que demonstrem preocupação por parte da Administração quanto à qualidade, evitando o recebimento de material cujas características comprometam os interesses coletivos. O que vem sendo adotado com certa eficiência, nas compras de certas prefeituras, é a constituição de uma equipe que dê a palavra final em termos de qualidade do material, conforme previsto pelo art. 73, da lei nº 8.666/93.

Para o presente estudo, contudo, e utilizando a sistemática de abordar o aspecto moral de condutas e dispositivos ligados às licitações e contratos, deve-se dizer que a entrega de material de qualidade inferior ao previsto em edital, ou nos projetos básicos e executivos, em se tratando de obras, não se resume a uma prática ilegal. Percebe-se, nitidamente, nessa conduta a afronta ao princípio da boa-fé, pois, se esse conceito opera a idéia de confiança recíproca das partes, parece evidente que a confiança depositada pela Administração no particular de que receberia um objeto de qualidade, foi quebrada.

Se a entrega do material devido, com especificações de qualidade, já se mostra problemática em uma compra de poucos itens, por

²⁰⁰ Citado por Maria João ESTORNINHO, op. cit. p. 116.

exemplo, materiais cirúrgicos, imagine-se numa grande obra de engenharia cujos componentes chegam aos milhares. Tal fato, além de exigir o devido preparo por parte do Poder Público, que deverá tomar medidas fiscalizatórias rígidas, cobra das partes o respeito ao princípio constitucional da moralidade, subjacente ao princípio da boa-fé. Dessa forma a entrega de material indevido, traido a confiança depositada, é ato nulo por faltar o quesito da moralidade do mesmo.

VI. 4 – A Alteração Contratual

A modificação da maneira de executar um contrato é um acontecimento anômalo. O esperado é que a convenção das partes seja mantida até a seu total implemento. Não é isso, contudo, o que se verifica na prática. Há aqui uma série de acontecimentos que poderão acarretar na impossibilidade de o contrato seguir os termos previstos anteriormente pela partes. Como observou PÉQUIGNOT “*o ato de modificação é um ato de poder público. A Administração não exerce uma prerrogativa contratual. Exerce um direito que lhe pertence enquanto Administração*”²⁰¹.

Quanto a isso, não se pode dizer que o legislador não fez a sua parte, uma vez que há no documento que rege as licitações e contratos dispositivos que visam contornar os efeitos de modificações que incidam sobre a execução do pacto. São medidas que visam, sobretudo, à preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, evitando que alguma forma de acontecimento venha a tornar a manutenção do contrato excessivamente onerosa ou mesmo de impossível consecução.

Nesse cenário jurídico-administrativo, duas práticas reprováveis vêm sendo constatadas. Em ambas, a questão moral é evidente e permitindo um exame de dispositivos sob o espectro adotado na presente dissertação. Na primeira o agente público utiliza-se da possibilidade legal de modificação unilateral do contrato; na segunda o administrador e o particular utilizam-se da previsão legal para procederem a modificação consensual.

Reconheça-se, inicialmente, a necessidade de tais previsões. Configuram elas garantias concretas que estimulam e garantem o interesse de o

²⁰¹ Cf. Maria João ESTORNINHO, op. cit. p. 146.

particular contratar com o Poder Público. Sem esses destaques dificilmente acorreriam interessados em travar pacto de fornecimento para a Administração, uma vez que esta, nas palavras de Georges VEDEL²⁰², “*pode, dentro de certos limites, modificar o peso das obrigações que, em um prato da balança, estão ao encargo de seu contratante, mas deve logo colocar no outro prato as compensações pecuniárias correspondentes*”.

O art. 65, I, da lei nº 8.666/93²⁰³, traz as hipóteses previstas para a alteração unilateral dos contratos. Embora uma primeira leitura dê a impressão da inexistência de qualquer discricionariedade, um exame mais apurado da literalidade do dispositivo revela a existência de clara intervenção por parte da autoridade.

Embora a previsão de que a alteração será pautada em estudos técnicos, a lei não estipula – e nem teria como – as condições para desencadear a alteração contratual. Fala em “devidas justificativas” o que, convenhamos, é condição facilmente superável pelo gestor público que atue de má-fé. Assim, o princípio da boa-fé pode ser aplicado como elemento de contenção da liberdade discricionária, evitando a adoção de decisões administrativas abruptas voltadas exclusivamente para prejudicar o particular. Pertinente neste momento trazer a observação de Jesús GONZÁLEZ PÉREZ para quem “*en general, pueden catalogarse entre los supuestos de infracción del principio general de buena fe todos aquellos en que, teniendo el sujeto activo la posibilidad de exigir optativamente diversas prestaciones del sujeto pasivo, opta por aquella que resulta contraria a la conducta leal que puede esperarse de un hombre normal, defraudando la confianza del sujeto pasivo*”²⁰⁴.

A segunda hipótese que merece breve análise sob a ótica da boa fé e dos mandamentos da ética pública envolve a modificação contratual decorrente de acordo das partes. São os casos previstos no art. 65, II²⁰⁵, da lei de

²⁰² “*Droit Administratif*”, p. 639.

²⁰³ “*Art. 65. Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:*

I – unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, pra melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta lei”.

²⁰⁴ “*El principio general de la buena fe...*”, p.177.

²⁰⁵ “*Art. 65. Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:*

licitações. A observação inicial é para os termos amplos da redação do dispositivo que, por isso mesmo, possibilita uma utilização indevida direcionada à obtenção de vantagens.

Reconheça-se, inicialmente, que a questão da alteração contratual é um dos pontos sensíveis desta lei.

O exame da realidade dos contratos administrativos tem confirmado a utilização desse dispositivo para que ambas as partes – gestor público e particular – se beneficiem de uma alteração contratual. Por deixar a questão em aberto, dependente apenas de algum material técnico – cuja obtenção não oferece maiores problemas – este tem sido o ponto um dos pontos mais vulneráveis, moralmente falando, da lei nº 8.666/93.

A rotina da Administração Pública brasileira tem mostrado a profusão de casos de manipulação do texto legal. Sob a alegação da preservação das condições existentes no momento da apresentação da proposta, adota-se a repactuação da obra ou serviço, alterando-se preços e condições executivas. A busca do equilíbrio econômico financeiro tem se mostrado mero pretexto para a obtenção de vantagens. O que se percebe é uma manipulação de resultados através de um mecanismo quase elementar: o particular dimensiona sua proposta em valor muito baixo com o intuito de sair-se vencedor do certame. Em uma segunda fase, utiliza-se o mecanismo de preservação do equilíbrio econômico-financeiro para fazer a compensação daquele valor do qual se abriu mão com o intuito de obter a adjudicação. O vício moral, como se percebe nesse caso, é em duplo sentido. Da autoridade que usa sua discricionariedade para forçar uma situação de reequilíbrio e do particular que usa de subterfúgios para conseguir o direito de executar o serviço ou proceder ao fornecimento de determinada mercadoria à Administração Pública. São hipóteses que, além de conjugarem uma atuação conjunta de representantes do Poder Público e da iniciativa privada, denotam a utilização de

...
II – por acordo das partes:

...
d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”.

informações privilegiadas desde a fase interna da licitação, cuja análise procedemos anteriormente²⁰⁶.

Embora se tratem de análises pontuais – considerando-se o universo das relações envolvendo a Administração Pública – é possível afirmar que os mesmos configuram casos exemplares de violação de ética governamental cuja demonstração ficará ainda evidente ao final desse trabalho quando apontarmos a relação entre licitação e corrupção de modo prático.

VI. 5 – A Extinção do Contrato Administrativo

Atento ao fato de que a rescisão contratual é a manifestação em grau mais elevado da própria prerrogativa de alteração contratual, André de LAUBADÉRE ressaltou que *“apesar de ser, sem dúvida, uma “originalidade notável” do contrato administrativo, o poder de rescisão acaba por se traduzir numa manifestação do próprio poder de modificação unilateral. Tendo ambos o mesmo fundamento, o poder de rescisão acabaria por não ser senão a manifestação do poder mais geral de provocar alterações no contrato, no decorrer de sua execução. Neste caso, tratar-se-ia de uma mera modificação da própria cláusula respeitante à duração dos contratos”*²⁰⁷.

Decorrente natural de falhas na execução provenientes dos mais variados fatores, a rescisão contratual é o mecanismo posto à disposição do administrador como forma de preservar os interesses coletivos. A lei nº 8.666/93 traz, em seu art. 78, dezoito hipóteses nas quais entende o legislador ser possível o rompimento do vínculo contratual. Na presente pesquisa, nos ateremos em apenas

²⁰⁶ O art. 11, da Convenção Interamericana Contra a Corrupção, em seu art. 11 condena *“o aproveitamento indevido em benefício próprio ou de terceiro, por parte de um funcionário público ou uma pessoa que exerce funções públicas, de qualquer tipo de informação reservada ou privilegiada da qual tenha conhecimento em razão ou com a ocasião da função desempenhada”*. Na mesma linha, a lei de ética da função pública da República Argentina mostra preocupação com a utilização de informações privilegiadas em seu art. 2º, “f”, ao estipular: *“Art. 2º. Los sujetos comprendidos en esta ley se encuentran obligados a cumplir con los siguientes deberes y pautas de comportamiento ético:*

...
f) proteger y conservar la propiedad del Estado y solo emplear sus bienes con los fines autorizados. Abstenerse de utilizar información adquirida en el cumplimiento de sus funciones para realizar actividades no relacionadas con sus tareas oficiales o de permitir su uso en beneficio de intereses privados”.

²⁰⁷ Cf. Maria João ESTORNINHO, op. cit. p. 139.

uma delas, a do inciso I, por entendermos ser aquela que vem sendo utilizada com maior frequência no desvio e abuso de poder.

Diz o dispositivo constituir motivo para rescisão do contrato “*o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos*”. Chamamos a atenção para o fato de que, em inúmeros casos, essa prerrogativa vem sendo utilizada, politicamente, como forma punir particulares contratados, por exemplo, em gestões anteriores, administradas por desafetos ou adversários políticos. Em outra forma de manifestação, o artigo é meio para romper um contrato e abrir a possibilidade de nova contratação, apenas para favorecer correligionários daquele que circunstancial e momentaneamente ocupa a chefia de Poder. Tais casos evidenciam nítida quebra de honestidade, pautada na preservação da confiança depositada pelo particular na manutenção do contrato devidamente executado. É que nessas ocasiões o que se percebe é uma interpretação muito rígida das cláusulas contratuais e uma aplicação deturpada do poder discricionário como forma de encontrar falhas na execução do contrato e, assim, proceder ao rompimento do vínculo. Como adverte, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ o princípio da boa-fé deve ser aplicado “*tanto en el momento del nacimiento de las relaciones jurídicas, como en el de su desenvolvimiento y en el de su extinción*”²⁰⁸.

Trata-se, de um oportunismo fraudulento, escorado em uma redação legal cuja amplitude não pode ser descartada pelo legislador. O uso político da rescisão contratual reflete um caso típico de transgressão ao princípio da confiança legítima, na medida em que o particular de boa-fé se vê surpreendido com o comportamento da Administração de romper um vínculo que se mostrava consistente. O abuso do poder discricionário torna-se evidente. Defende-se, portanto, com Agustín GORDILLO, a necessidade de se controlar a atuação administrativa. Como bem observou o professor argentino, “*os principais limites que freiam a discricionariez são as seguintes: a razoabilidade (a proibição de atuar arbitrariamente ou irracionalmente) o desvio de poder (proibição de atuar com uma finalidade imprópria) e a boa-fé*”²⁰⁹.

Tais ocorrências contribuem para enaltecer a pertinência de excerto extraído da lei espanhola nº 04/1.999, a lei que trouxe modificações e

²⁰⁸ “*El principio general de la buena fe...*”, op. cit. p. 219.

²⁰⁹ “*Princípios Gerais do Direito Público*”, p. 185.

atualizações a outro importante estatuto espanhol, a Lei do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum.

Diz a lei nº 04/1.999, em sua exposição de motivos: *“En primer lugar, en el Título preliminar se introducen dos principios de actuación de las Administraciones públicas, derivados del de seguridad jurídica. Por una parte, el principio de buena fe, aplicado por la jurisprudencia contencioso-administrativa incluso antes de su recepción por el Título preliminar del Código civil. Por otra, el principio bien conocido en el derecho procedimental administrativo europeo y también recogido por la jurisprudencia contencioso-administrativa, de la confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones públicas no puede ser alterada arbitrariamente”*.

Em suma, o que se buscou aqui em exame de alguns dispositivos de lei foi apenas demonstrar uma outra face de análise do ato administrativo. Uma análise que considere os aspectos morais utilizando para isso os parâmetros ditados pelo princípio da boa-fé e ensinamentos provenientes dos vários documentos que se preocupam em garantir a ética pública perante os atos ditados pelos agentes públicos. Trata-se, inegavelmente, de uma proposta desafiadora, afinal, como bem observou uma sentença do contencioso-administrativo espanhol *“la buena fe, concepto quizá más fácil de sentir que definir, en cuanto principio jurídico tiene muy distintas manifestaciones”*²¹⁰.

VI. 6 – Convalidação e Invalidação dos Atos de Licitação

Em não poucas vezes os atos realizados no processo²¹¹ licitatório são contestados pelas partes. Inicialmente, saliente-se a idéia de que todo ato proferido pela Administração vêm dotado de uma presunção de legitimidade²¹². O

²¹⁰ Apud GONZÁLEZ PÉREZ, *“El principio general...”*, p.94.

²¹¹ Dá-se ênfase nessa passagem à licitação como uma seqüência de atos tomados em defesa de interesses opostos, motivo pelo qual se utilizou o termo “processo”. De salientar, portanto, que a idéia de processo traz ínsita a existência de interesses contrapostos. Adotamos, por isso, o posicionamento de BACELLAR FILHO que, em passagem de leitura indispensável sobre o tema, observa que *“todo processo é procedimento”, porém a recíproca não é verdadeira: nem todo procedimento converte-se em processo*”. Com essa premissa, o mestre expõe a relação de gênero e espécie e deixa assentado que *“o processo não se encontra restrito ao exercício da função jurisdicional”*. In “Processo Administrativo Disciplinar”, p. 51.

²¹² A jurisprudência espanhola salienta não só a presunção de legalidade dos atos, como também, pressupõe que a Administração sempre busca os interesses coletivos. Cf. GONZÁLEZ PÉREZ (El Principio...p. 89).

que vai exigir a demonstração plena de que o ato está maculado em um de seus requisitos.

Angela COSTALDELLO leciona que “*a presunção de legitimidade dos atos administrativos é qualidade que os mesmos possuem de ser considerados legais e verdadeiros até que seja provado o contrário. Há presunção ‘juris tantum’ em relação aos mesmos*”²¹³. Essa característica não pode ser olvidada quando da análise dos atos administrativos, uma vez que, não basta ao particular a simples alegação de que o ato contém vícios ou falhas. Acolhemos aqui o princípio do *favor acti* defendido por GONZÁLEZ PÉREZ para quem “*la confianza derivada de la existencia del acto determina para todos los que intervieron en su nacimiento un deber de conservación, de tal modo que solo en último extremo se acuda a su anulación, procurando salvarles de su ineficacia mediante la interpretación correctora y la figura de la conversion*”²¹⁴.

Em lição memorável Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO observou que “*o poder de revogar total ou parcialmente, os atos administrativos, inconvenientes ou inoportunos, ou de reformá-los, substituindo-os por outros, bem como o poder de declarar a nulidade ou decretar a anulabilidade, total ou parcialmente, dos atos administrativos, por inválidos ou ilegítimos, ambos, estão implícitos na prerrogativa que compete à Administração Pública de autotutela dos atos administrativos. Correspondem ao reverso do privilégio que lhe cabe de execução prévia dos atos administrativos*”²¹⁵.

O que a análise prática das licitações e contratos tem mostrado é uma espécie de receio por parte da autoridade administrativa e das comissões de licitação que, diante de situações de contestação de alguns atos, preferem, não raro, a anulação de todo o certame. Esquecem-se, justamente dessa característica dos atos administrativos e que, como corolário, a falha apontada no ato deve ser de tal monta que o prejuízo seja irrecuperável. Caso contrário, falhas de caráter formal ou de menor complexidade, por exemplo, podem e devem ser corrigidas unilateralmente pela Administração. Essa convalidação dependerá inevitavelmente da análise do caso concreto. O que se propõe aqui é a utilização

²¹³ Op. cit. p. 133.

²¹⁴ “*El principio general de la buena fe...*”, p. 161.

²¹⁵ “*Princípios Gerais de Direito Administrativo*”, p. 627.

da boa-fé das partes como forma de superar obstáculos surgidos no decorrer do processo licitatório.

Necessária nesse ponto a intervenção de Weida ZANCANER para reforçar a idéia de que “*o princípio da boa-fé assume importância capital no Direito Administrativo, em razão da presunção da legitimidade dos atos administrativos, presunção esta que só cessa quando esses atos são contestados, o que coloca a Administração Pública em posição sobranceira com relação aos administrados*”²¹⁶.

Pretende-se, com isso, enfatizar que a conjugação desses dois elementos, a presunção da legitimidade e a boa-fé das partes, deve ser sopesada detalhadamente pelo gestor público quando da iminência de desfazer determinado ato. Evita-se, com isso, a revogação e a anulação precipitada de atos, prática esta que, além de aumentar custos, pode resultar em prejuízo a alguns participantes.

Tal passagem evidencia o elemento moral do ato administrativo. Essa faceta também deve atuar na preservação do ato – e não apenas na sua invalidação - quando presentes as condições para a sua convalidação. Assim, não havendo afronta aos direitos das partes e não contrariando a ordem jurídica, a convalidação deve ser buscada pela autoridade administrativa. É amplo, portanto, o exame da moralidade do ato a ponto de admitir-se, podendo-se afirmar que “*a tese da moralidade administrativa sustenta-se no elemento moral que deve integrar forçosamente o ato administrativo.. A moralidade aliada da eficácia, da conveniência e da equidade. Aparecendo, a moral, como elemento de mérito, de juízo, contra o erro, o dolo, a violência e a arbitrariedade*”²¹⁷.

²¹⁶ “*Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*”, p. 61.

²¹⁷ Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO, “*O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa*”, p. 71.

CONCLUSÃO

*“Jamile Silva, de 47 anos, improvisou um fogão a lenha em cima de um carrinho de mão, colocado na parte do fundo de seu barraco, construído num mangue com pedaços de madeira velha sobre palafitas. Quando cozinha, a fumaça toma o pequeno cômodo, irritando olhos e garganta. Pior é na cheia da maré, quando a casa é invadida pela água suja que se mistura com a do rio e obriga a desempregada a colocar seus poucos pertences num beliche...”.**

O avanço dos atos de corrupção utilizando as lacunas da legislação aplicável às licitações é alarmante. Os escândalos se sucedem e, cada vez mais, um elemento se destaca na apreciação jurídica desses desmandos: a utilização premeditada de dispositivos legais para criar uma aparência de legalidade a atos viciados.

Saliente-se para a existência de mais uma razão para essa forma de crime contra o patrimônio público. É que, além de abusarem da discricionariedade – e a lei de licitações é generosa nesse sentido –, essa prática é o reflexo de uma cultura excessivamente legalista que impera em nosso país. A consequência desse processo é a criação de um ambiente distorcido para a implantação do controle social dos atos administrativos. Equivocadamente, a preocupação tem incidido de modo desproporcional ao exame da forma do ato e sua legalidade e não sobre o seu teor.

A consequência dessa conjugação de omissões – pois, em última análise é disso que se trata – tanto da sociedade, quanto da própria Administração, vem se mostrando desastrosa para o interesse público. Os medidores sociais que

refletem a qualidade de vida da população estão estagnados. A situação precisa mudar.

Nesse cenário, apresenta-se a presente dissertação. Tal como afirmado na introdução, a sua pretensão é a de servir e colaborar na desafiadora tarefa de resgatar a ética pública e a moralidade na Administração Pública Brasileira. Trata-se de uma contribuição na busca de novos modelos de apreciação dos atos administrativos. Sem condenar ou contestar a observância do princípio da legalidade – e não cairíamos na irresponsabilidade de fazê-lo - propusemos, tão somente, uma maior atenção aos elementos decorrentes da intenção do agente no momento do ato.

Enfrentando uma série de dificuldades ante a complexidade do tema incursionamos em áreas ainda pouco investigadas, arriscando-nos a propor a aplicação de conclusões de autores estrangeiros à realidade brasileira, um método que, nem sempre, surtiu os efeitos esperados no Direito Brasileiro, independente de suas ramificações.

A presente pesquisa, portanto, tem um forte lado eclético, desenvolvido a partir da combinação de institutos diametralmente opostos: de um lado os institutos das licitações e contratos administrativos, modo natural e legal de a Administração satisfazer suas compras e serviços e; de outro, um elemento abstrato, uma noção de algo “*mais fácil de sentir que definir*”, conforme jurisprudência do contencioso-administrativo espanhol aqui citada.

O resultado dessa conjugação é a constatação de que os atos realizados durante o certame licitatório podem e devem sofrer um exame mais aprofundado sob o aspecto ético-moral, possibilitando, ante as peculiaridades do caso concreto, a decretação da nulidade do ato.

Do mesmo modo, percebeu-se que essa sistemática de análise pode ser empregada na manutenção dos atos, servindo para superar pequenos obstáculos surgidos no processo licitatório. Aqui, vislumbra-se a possibilidade de aplicar o princípio da boa-fé e os preceitos da ética pública para convalidar atos cuja mácula não chega a torná-lo irremediável.

Ainda quanto à ética pública, vale tornar pública a decepção em ver que este vastíssimo e, inegavelmente útil, campo para o controle da Administração Pública vem sendo mal aproveitado no controle da moralidade governamental. Embora participando da elaboração dos principais documentos de

combate à corrupção e, apesar de reconhecer a aplicabilidade dos textos elaborados por importantes Convenções sobre a matéria, a realidade brasileira tem mostrado a ausência de uma continuidade na regulamentação e na capilarização da ética pública. Em realidade, pouco se fez até agora para divulgá-la. Mais que nunca, faz-se mister a sua desmistificação e sua democratização para que finque, de vez, as suas estruturas nas três esferas de governo.

A presente pesquisa mostrou, da mesma forma, que, o maior interesse e as principais medidas para introduzir questões éticas no âmbito da atividade administrativa vêm sendo tarefa do governo federal. Lamentavelmente, Estados e Municípios, com raras exceções, relegam o tema a um plano secundário.

Enfim, procurou-se disseminar a análise do conteúdo moral da conduta do agente quando do exame e do controle dos atos administrativos. Da mesma forma, exorta-se a necessidade de maior divulgação e ensino da ética pública, fator esse que vem apresentando resultado, no mínimo satisfatório, em países que passaram a enfrentar com seriedade o problema da corrupção.

Certamente o esforço não se esgota aqui. A construção de uma nova realidade brasileira, mais justa e mais digna, é a chama que não pode se apagar, do mesmo modo como o otimismo e a labuta de Manuel de Oliveira Franco Sobrinho jamais esmoreceram. Não podemos decepcionar o mestre que, ao momento de ver o princípio da moralidade elevado a princípio constitucional vetor da Administração Pública - ideal que concebeu e perseguiu – comemorou:

“Minha alegria foi enorme quando, na Constituição de 1.988, acompanhei a votação do art. 37, dizendo ele que a administração pública, direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes, devia obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Vitoriava-se, assim, uma tese, a minha velha tese.

Sem dúvida, tenho agora quase certeza, tudo haverá de mudar. Ou melhor, tudo está mudando. Já temos aí as Comissões Parlamentares de Inquérito. Medidas duvidosas estão sendo examinadas. Atos administrativos estão sofrendo críticas jurídicas. O controle se ampliou e o Estado político ao que parece está ganhando prestígio constitucional.

Embora, muitas outras crises institucionais possam surgir, o controle da moralidade é hoje um fato de consciência pública, um imperativo da consciência jurídica. Deus me deu a oportunidade de escrever um livro para ficar, para marcar uma época de transtornos cruéis. Estou satisfeito. Um trabalho modesto faz germinar um preceito constitucional...”

Por fim, e para enfatizar que a democracia pressupõe a existência de condições materiais aceitáveis para a população, vale reproduzir aqui o preâmbulo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – “Pacto de San José da Costa Rica” recorda que *“de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento de temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como de seus direitos civis e políticos”*²¹⁸.

* Em tempo: Jamile Silva mora em São Francisco do Conde, pelos cálculos do IBGE, o município com a maior renda per capita do Brasil; pelos dados da Controladoria Geral da União, o campeão nacional da corrupção²¹⁹.

²¹⁸ Cf. Flávia PIOVESAN, op. cit. p. 467.

²¹⁹ Conforme matéria divulgada no jornal “O Estado de São Paulo”, de 28/05/2006, p. A-5.

Referências bibliográficas

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed., Coimbra: Almedina, 2.001.

ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1.994.

APESTEGUÍA, Carlos A. **Sumários Administrativos**. Buenos Aires: La Rocca, 1.998.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2.004.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2.006.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 2.003.

_____. (Coord. Geral) **Direito Administrativo Contemporâneo - Estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Fórum, 2.004.

BARROSO, Luis Alberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3. ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 1.999.

BATLLE VÁSQUEZ, Manuel. **Comentários al Código Civil y Compilaciones Forales**. Madrid: EDERSA, 1.978.

BLANCHET, Luiz Alberto. **O Edital à Luz da Nova Lei de Licitações**. 1ª. ed., Curitiba: Juruá, 1.993.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade – Para uma teoria geral da política**. 7. ed., São Paulo: Paz e Terra, 1.999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2.001.

BORGES, Alice Gonzalez. **Normas Gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: RT, 1.991.

BRANDÃO, Antônio José. **Moralidade Administrativa**. Revista de Direito Administrativo nº 25, p. 454-667.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Perfil Constitucional da Licitação**. Curitiba: Znt Editora, 1.997.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. 10. ed., Coimbra: Almedina, 1.999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4. ed., Coimbra: Almedina, 1987.

CAPUTI, Maria Claudia. **La Ética Pública**. Buenos Aires: Depalma, 2.000.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. 6.ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1.999.

CAUPERS, João. **Introdução ao Direito Administrativo**. Lisboa: Editora Âncora, 2.000.

CASTILLO BLANCO, Federico. **La protección de la confianza legítima em el derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 1.998.

CHAPUS, René. **Droit Administratif Général**. 12. ed., Paris: Montchrestien, 1.998.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2.003.

COSTALDELLO, Angela Cássia. **A invalidade dos atos administrativos – uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé**. Curitiba, 1.998. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

COVIELLO, Pedro José Jorge. **La Protección de la Confianza del Administrado**. Buenos Aires: Nexis Lexis Abeledo-Perrot, 2.004.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1.997.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. São Paulo: Editora Escala.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 10. ed., São Paulo: Editora Atlas, 1999.

_____. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1.988**. 2. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2.001.

DROMI, Jose Roberto. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Astra, 1.973.

DUARTE, David. **Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma concretização do princípio da**

imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1.996.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** 1. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1.999.

ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo Contrato Administrativo.** Coimbra: Almedina, 1.990.

FÉDER, João. **O Estado e a Sobrevida da Corrupção.** Curitiba: Tribunal de Contas do Estado do Paraná, 1.994.

FERIA ROMERO, Maria. **Aplicabilid de las Normas Éticas en la Administración Pública Gallega.** Santiago de Compostela: Xunta de Galicia, 1.999.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação.** 5., ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2.003.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Contratos Administrativos – Direito Administrativo na Constituição de 1.988.** São Paulo: RT, 1.991.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O Controle da Moralidade Administrativa.** São Paulo: Saraiva, 1.974.

_____. **O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa.** 1. ed., Curitiba: Gênese, 1.993.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e Princípios Fundamentais.** 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2.004.

GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa.** São Paulo: Dialética, 2.002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNANDEZ. **Curso De Direito Administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991

_____. **Curso de Derecho Administrativo,** 11. ed., Madrid: Civitas, 2.002.

GARRIDO FALLA, F.; PALOMAR OLMEDA, A; LOSADA GONZÁLEZ, H. **Tratado de Derecho Administrativo.** 14. ed, Madrid: Editorial Tecnos, 2.005.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública.** São Paulo: Malheiros, 2.002.

GINER, S.; LAMO DE ESPINOSA, S.; TORRES, C. **Diccionario de Sociologia.** Madrid: Alianza, 1.998.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesus. **El Principio General de la Buena Fé em el Derecho Administrativo**. 4. ed., Madrid: Civitas Ediciones, 2.004.

_____. **Administración Pública y Moral**. 1. ed., Madrid: Editorial Civitas, 1.995.

_____. **La Ética en la Administración Pública**. 2.ed., Madrid: Civitas Ediciones, 2.000.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 7. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2.003.

_____. **Princípios Gerais do Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.977.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1.988**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2.003.

GUIMARÃES, Edgar. **Controle das Licitações Públicas**. São Paulo: Dialética, 2.002.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1.997.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. 1.ed., 2. tir., São Paulo: Martins Fontes, 2.000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 10. ed., São Paulo: Dialética, 2.004.

_____. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 4. ed., São Paulo: Dialética, 2.005.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. 1. ed., São Paulo: Edipro, 2.003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1.998.

LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Ed. Esp. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1.958.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1.985.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 6. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.987.

MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2.000.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1.996.

MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1.949.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.984.

MELLO, Celso de Albuquerque [et al.]: Org: Ricardo Lobo Torres. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2.000.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1.979.

MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 5. ed., Curitiba: Zênite, 2.004.

MORE, Thomas. **Utopia**. São Paulo: Editora Escala, 2.000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2.001.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos Administrativos**. 9. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2.002.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública**. São Paulo: Dialética, 2.003.

NIETO, Alejandro. **Corrupción en la España Democrática**. 1. ed., Barcelona: Ariel, 1.997.

PADOVANI, Humberto; CASTAGNOLA Luís. **História da Filosofia**. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1.954.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1.994.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2.006.

PLATÃO. **Apologia de Sócrates – Banquete**. São Paulo: Martin Claret, 2.000.

- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 1.999.
- _____. **A boa-fé no Código Civil**. Jornal O Estado de São Paulo, 16/08/2.003, p.A-2.
- RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Versão portuguesa. Coimbra: Almedina, 1.981.
- RODRÍGUEZ ARAÑA MUÑOZ, Jaime. **Ética, Poder y Estado**. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2.004.
- _____. **Principios de Ética Pública – Corrupción o Servicio?**. Madrid: Montecorvo, 1.993.
- SAINZ MORENO, Fernando. **La Buena fe em las relaciones de la Administración pública con los administrados**. Revista de Administración Pública, nº 89.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed., São Paulo:Malheiros, 2.001.
- SILVA MARTINS, Ives Gandra; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Org.). **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Saraiva, 2.001.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1.999.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1.993.
- TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1.975.
- VEDEL, Georges. **Droit Administratif**. 3. ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1.964.
- VILLORIA MENDIETA, Manuel. **Ética Pública y Corrupción: Curso de Ética Administrativa**. Madrid: Editorial Tecnos, 2.002.
- ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1.996.