

IDP - BIBLIOTECA

**A Concretização do Princípio da Moralidade Administrativa à Luz
do Utilitarismo**

Por César Cardoso

Orientador: Inocêncio Mártires Coelho

2006

BM
341.31
C268c

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	3
2. O PRINCÍPIO DA MORALIDADE	8
3. ÉTICA E MORAL, POLÍTICA E DIREITO.....	17
4. UTILITARISMO	26
5. CONCRETIZANDO O PRINCÍPIO DA MORALIDADE SEGUNDO CRITÉRIOS UTILITARISTAS.....	40
6. CONCLUSÃO	45
BIBLIOGRAFIA	48

1. Introdução

A Constituição de 1988, refletindo a tendência de moralização do Direito indicada por Antônio José Brandão¹, não só institui um Estado Democrático de Direito como também um Estado Moral à medida que relaciona entre os fundamentos da República Federativa do Brasil “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III) e, entre os objetivos fundamentais desta República, o de “promover o bem de todos” (art. 3º, IV). Com efeito, “dignidade” e “bem” são expressões de conteúdo eminentemente moral e, se o Estado brasileiro agir em desrespeito à dignidade humana ou em desconsideração ao bem comum, estará portando-se como um Estado imoral e indo de encontro à vontade popular manifesta na Carta Política.

Sempre ocorreu, como processo natural de produção do Direito, a atribuição de juridicidade à Moral, positivando-se valores havidos pela comunidade como moralmente adequados, em um determinado momento histórico, e de acordo com um certo desenvolvimento cultural, como forma de protegê-los, ampliando-se o alcance das normas morais e as consequências de sua inobservância, antes restritas a eventual censura de foro íntimo ou do círculo de relação do agente, de eficácia duvidosa quanto à coibição. Mas agora, em um Estado Moral, vai-se além, procurando-se eliminar o paralelismo entre normas morais e normas jurídicas, sintetizado na máxima segundo a qual nem tudo o que é direito é honesto, para estabelecer-se que só é direito o que é honesto.

¹ “Designou-se por ‘moralização do Direito’, com aquele gosto pelos letreiros ousados e pouco rigorosos tão característicos de nossa época, o desejo de submeter a atividade jurídica a preocupações de natureza moral...Mas contrariando os vaticínios dos sábios, o desejo persistiu, veio a transformar-se lentamente em uma das tendências mais características do pensamento jurídico contemporâneo”. BRANDÃO, Antônio José, *Moralidade Administrativa*. Revista de Direito Administrativo, São Paulo, nº 25, 1951, p. 454.

Coerentemente com essa espécie de Estado, o ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Constituição da República e por meio de diversas normas infraconstitucionais, dedica particular atenção à moralidade dos agentes públicos, o que desvela a especial preocupação das forças políticas e sociais do Brasil com a conduta daquelas pessoas que exercem funções como prepostos do Estado.

A moralidade, erigida a princípio constitucional pelo art. 37, *caput*, da Constituição de 1988, deve informar a conduta do agente público², seja ele agente político, seja ele servidor público, e a sua inobservância deve acarretar a nulidade de ato imoral e a punição do agente, conforme previsto em vários estatutos jurídicos. O art. 85, V, da Constituição, aponta como crime de responsabilidade praticado pelo Presidente da República a ação ou omissão contra a probidade na administração – indicada pela doutrina como moralidade administrativa qualificada³. A Lei 1.079, de 10 de abril de 1950, que define os crimes de responsabilidade do Presidente da República, de Ministros de Estado, de Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Procurador-Geral da República, inclui, entre os crimes, aqueles contra a probidade administrativa (arts. 4º, V, e 9º), e estabelece como sanções a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer função pública durante período determinado. O Decreto-lei 201, de 27 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a responsabilidade de prefeitos e vereadores, assinala como infrações político-administrativas, dentre outras, o proceder de modo incompatível com a dignidade e o decoro do cargo, e prevê a cassação do mandato como sanção. A Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, aponta como dever do servidor a manutenção de conduta compatível com a moralidade administrativa (art. 116, IX) e como pena a demissão em caso de improbidade administrativa (art.132, IV). A Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que institui normas para licitações e contratos administrativos, dispõe que a licitação deve ser processada e julgada

² Entendemos que a imposição, por parte da Constituição da República, de uma conduta moral no trato da coisa pública não se restringe ao administrador público, razão pela qual preferimos usar, em regra, a expressão “agente público”.

³ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 649.

segundo, dentre outros, o princípio de moralidade. A Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, fixa como obrigação do agente público de qualquer nível ou hierarquia velar pela estrita observância do princípio de moralidade e dispõe sobre sanções aplicáveis a esses agentes nos casos de improbidade administrativa, descrevendo detalhadamente várias hipóteses de conduta ímproba e prevendo sanções severas como a perda da função pública e a suspensão de direitos políticos. São exemplos que revelam a importância do tema moralidade.

Tal cuidado justifica-se em face da lesão que o patrimônio público vem sofrendo desde os tempos da formação da nação brasileira mediante a ação desonesta de quem deveria proporcionar a justa distribuição dos bens da coletividade depositados nas mãos do administrador público para guarda e boa administração, lesão esta que contribui decisivamente para a crônica escassez de recursos destinados a políticas públicas de erradicação da pobreza e de redução das escandalosas desigualdades sociais ainda existentes no país. Estudos econômicos demonstram que a corrupção, por exemplo, afeta os fatores de produção e a sua acumulação, porque espanta investimentos, ou reduz a sua efetividade, e cria incertezas jurídicas, o que prejudica o crescimento econômico e o desenvolvimento social.⁴

Chama a atenção, contudo, o fato de que, apesar de todo esse conjunto de leis destinadas a tutelar o bem público mediante o combate à ação imoral do agente público e de quem com os Poderes públicos se relaciona, em que há, inclusive, lei com mais de cinqüenta anos de existência, segue a história e a coibição de comportamentos que atentam contra a moralidade administrativa mostra-se pouco eficaz. Ora, como anota Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, já Rui Barbosa, nos prelúdios da República, denunciava “as condições precárias da ética

⁴ SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da, e Outros, *How does corruption hurt growth?*, www.transparéncia.org.br, 22.02.2006.

no exercício do Poder no Brasil, com prevalência de interesses de pessoas e grupos, e não da coletividade.”⁵ Em 1992, o Professor Diogo Figueiredo Moreira Neto escreveu:

“Neste fim de século e milênio não basta às conscientes e exigentes sociedades contemporâneas saberem que o Estado se submete à vontade da maioria, mas, ainda, que os governantes se submetem às exigências da moral.

A moralidade é cada vez mais cobrada dos parlamentares, dos juízes e dos administradores, na medida em que aumentam as decepções populares com a conduta dos seus dirigentes. O descrédito dos políticos, como não poderia deixar de ocorrer, se tem comunicado às próprias instituições, abalando-as profundamente nos seus alicerces, muitas vezes tão laboriosamente plantados pelos povos.

Em nosso país, essa crise é grande e necessita ser superada, até como condição fundamental para a retomada da governabilidade e do desenvolvimento”⁶

Essas observações poderiam ter sido escritas hoje, já no novo século e milênio, e permaneceriam fiéis à realidade brasileira. As crises, decorrentes da agressão à moralidade praticada por parlamentares, juízes e administradores, renovam-se sem que se obtenha da sociedade civil uma reação que não se limite ao escândalo, e do Estado uma ação que reduza substancialmente comportamento tão lesivo ao bem comum.

Várias são, certamente, as questões provocadas pela nossa incapacidade para avançar na direção de padrões escandinavos de conduta moral do agente público, dentre elas o porquê da ineficiência do aparato legal disponível em nosso sistema jurídico de combate à imoralidade administrativa. Neste trabalho, partiremos do pressuposto de que uma das causas dessa ineficiência é a de que o mandamento nuclear que alicerça o sistema jurídico que disciplina a moralidade administrativa, isto é, o princípio da moralidade, carece de adequada concretização para que sirva de critério claro à exata inteligência e aplicação das normas que integram aquele sistema. Com efeito, a ausência de critério moral torna de tal modo vago o conceito de bom e mal, de honesto e desonesto, de justo e injusto, e subjetiva a conformação do comportamento a

⁵ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante, *A Ética no Serviço Público*, RDA, 220: 183-194.

⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Moralidade administrativa: Do Conceito à Efetivação*, RDA, 190:1-44

esse conceito, que beira a anomia. Poderíamos afirmar, parafraseando Dostoievski: sem norma moral tudo é permitido. O problema que então se apresenta consiste em como concretizar o princípio para que ele cumpra a sua finalidade. A experiência revela, como se verá, que doutrina e jurisprudência se limitam a equiparar moralidade com honestidade e boa administração, o que é insuficiente para solucionar o problema, uma vez que honestidade e boa administração são expressões de conteúdo tão vago quanto o da moralidade. Entendemos ser necessário irmos à Ética para obtermos os instrumentos que nos permitem preencher esse conteúdo. Pretendemos utilizar como marco teórico o Utilitarismo, dialogando principalmente com os utilitaristas clássicos Jeremy Bentham, John Stuart Mill e Henry Sidgwick e com o utilitarista contemporâneo Peter Singer. A opção por esta corrente filosófica deriva da observação de que a teoria moral por ela formulada gira em torno do princípio segundo o qual a conduta correta é aquela que busca a maximização da felicidade e a minimização do sofrimento de todos os afetados pela conduta, e de que, em última instância, a felicidade das pessoas é a principal razão do Estado brasileiro estampada na Constituição – promover o bem de todos - e, por conseguinte, da Administração pública. Não pretendemos, aqui, apontar as respostas filosóficas trazidas pelo Utilitarismo como as únicas capazes de satisfazer à necessidade de concretização do princípio da moralidade, nem desconhecemos que essa corrente possui limitações, como de resto, todas as linhas de pensamento. Intentamos, sim, demonstrar que o critério oferecido pela teoria moral construída pelos utilitaristas merece, no mínimo, ser considerada, quando da interpretação e aplicação das normas administrativas, pelos agentes públicos e pelos que controlam os atos desses agentes, tendo em mente que a aplicação do princípio da moralidade administrativa, sem o apoio em critério ético, resulta no seu esvaziamento e em insegurança jurídica que tende não apenas a favorecer aqueles que atuam em detrimento do bem da coletividade, mas também a injuriar os que se conduzem de forma inteiramente compatível com os ideais republicanos.

2. Princípio da moralidade

O art. 37 da Constituição, nunca é demais repetir, estabelece que a Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerão aos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência. Institui os alicerces daquilo que Celso Antônio Bandeira de Mello denomina regime administrativo, isto é, um complexo lógico formado por princípios e regras interligados vertical e horizontalmente⁷. A explicitação de vários princípios pela Constituição expõe a crescente importância atribuída pela consciência jurídica aos princípios de direito, antes relegados pelo Positivismo, empregados apenas para fins diretivos em caso de omissão e, ainda assim, se infrutífero o uso da analogia e, em seguida, o dos preceitos fixados pelos costumes, conforme determinação do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Igualmente a evolução da teoria dos princípios denuncia a relevância desses institutos, apontados pelos Pós-positivistas não mais como meros balizamentos hermenêuticos mas como verdadeiras normas ao lado das regras.

Indaga-se: o que é um princípio? Paulo Bonavides apresenta investigação feita por Riccardo Guastini a respeito dos conceitos de princípio formulados pela doutrina e pela jurisprudência, agrupados em seis sínteses: 1) normas providas de alto grau de generalidade; 2) normas providas de alto grau de indeterminação, carentes de concretização pela via interpretativa para que possam ser aplicadas ao caso concreto; 3) normas de caráter programático; 4) normas superiores na hierarquia das fontes de Direito; 5) normas que desempenham papel fundamental no sistema jurídico; e 6) normas dirigidas aos órgãos de aplicação para a escolha dos dispositivos

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 1999, pp. 50-51.

aplicáveis nos diversos casos. E, acentuando a normatividade deles, conclui: os princípios são a chave do sistema.⁸ Humberto Ávila define

“princípios como deveres de otimização aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando dos fatos”⁹.

Magistral definição de princípios, não sem razão citada e recitada, é a de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“3. Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.”¹⁰

O eminentíssimo administrativista apresenta os princípios como normas e vai além: destaca-os como normas que trazem em seu bojo valores fundamentais que sustentam o sistema na condição de estrutura mestra. Os princípios, portanto, não só mantêm em pé o edifício jurídico construído por uma nação segundo o seu estágio civilizatório como traçam a direção e os limites a serem observados de modo a preservar o edifício e a nação e a acolher os que clamam pela tutela do Direito. O agente público, ao elaborar regras de natureza administrativa, ao aplicá-las de ofício, ou ao dizer do direito quando provocada a prestação jurisdicional, deve guiar-se pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sob pena de atentar gravemente contra o regime administrativo e de desviar a Administração de sua missão precípua. Entretanto, como visto, os princípios possuem alto grau de generalidade e de

⁸ BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros Editores, 1997, pp. 230-231.

⁹ ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros Editores, , 2005, p. 29.

¹⁰ op. cit. pp. 747-748.

indeterminação, e necessitam de concretização por meio de interpretação para que possam ser adequadamente aplicados. Este aspecto é evidente no caso do princípio da moralidade, certo que moralidade é um conceito indeterminado, vago, na linguagem de Eros Grau, fluido, na de Celso Antônio Bandeira de Mello, o que requer do agente público o preenchimento do conteúdo do princípio diante do caso concreto. O que se percebe, no entanto, relativamente ao princípio da moralidade, é que não há critério para a sua concretização, não tendo sido a doutrina nem a jurisprudência capazes de dar-lhe maior densidade. Os conceitos de princípio da moralidade ensinados pelos constitucionalistas e administrativistas comprovam a dificuldade em fixar os seus contornos.

A doutrina é unânime em apontar Maurice Hauriou como o primeiro a tratar do princípio da moralidade, na obra *Précis de Droit Administratif et Droit Public*¹¹, ao apreciar o desvio de poder, definindo-o assim: “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”¹². Esse conceito é adotado, entre nós, por José Afonso da Silva¹³ e Hely Lopes Meirelles¹⁴. Este último, mencionando as lições de Hauriou e de Henri Welter, assinala que a moral administrativa se distingue da moral comum, sugerindo a existência de leis éticas da própria Administração, vinculadas à boa administração, isto é, à idéia geral de administração e à de função administrativa. Mais nebuloso é impossível. Com efeito, uma tal definição leva a crer que a Administração possui uma moral própria, peculiar, estabelecida por uma disciplina interna, que pode inclusive ir de encontro à moral comum. E quem estabelece essa disciplina, o superior hierárquico como pretende Lacharrière?¹⁵ É perigosa uma moral formada *interna corporis* porque descompromissada com o que está fora, com o que não integra a Administração. Pode-se argumentar que não há esse perigo, indicando a existência de limites impostos pela função

¹¹ FIGUEIREDO, Marcelo, *O Controle da Moralidade na Constituição*, São Paulo, 1999, p.84

¹² apud Antônio José Brandão, op. cit., p.457

¹³ op. cit. p.648

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo:Malheiros Editores, 2000, p. 83-84

¹⁵ apud Antônio José Brandão, op. cit., p.459

administrativa e por prescrições técnicas. Cabe recordar, entretanto, que a História conheceu, em diversos momentos, uma tecnocracia auto-proclamada asséptica e mesmo amoral, colaboracionista com regimes autoritários e imorais, nazi-fascistas ou comunistas. Antônio José Brandão esclarece, contudo, que a moral administrativa, segundo classificação de Bergson, é fechada, porque surge do esforço da Administração de ajustar-se à sua finalidade, como defesa do sistema, mas também se comunica com a moral comum da sociedade.¹⁶ Diz o jurista português:

"...a Moral, - a lei da interferência subjetiva das ações humanas – funciona como pressuposto do Direito – a lei da interferência subjetiva das condutas do homem convivente. A atividade dos administradores, se for exclusivamente norteada por rígido critério pragmático, pelo exclusivo intuito de obter o máximo de eficiência administrativa pode ser administrativamente imoral, apesar de juridicamente válida. Por outras palavras: a atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa terá de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de a cada um dar o que lhe pertence – princípios de direito natural já lapidarmente formulados pelos jurisconsultos romanos."¹⁷

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, nos passos de Antônio José Brandão, procura, a partir do conceito delineado por Hauriou, e conjugando as lições de Bérgson com as de Weber, classificar a moral administrativa como fechada e de resultados, isto é, como uma deontologia própria do agente público no exercício profissional da administração pública, do qual se exige “absoluta fidelidade à produção de resultados que sejam adequados à satisfação dos interesses públicos,...” identificando-a com o dever da boa administração. Leciona que haverá vício da moralidade administrativa se o ato praticado fundar-se em motivo inexistente, insuficiente, inadequado, incompatível ou desproporcional, ou visando objeto impossível, desconforme ou ineficiente¹⁸. Também José Augusto Delgado distingue a moral administrativa da moral comum

¹⁶ *op. cit.*, p.460

¹⁷ idem

¹⁸ *op. cit.*, pp. 6-16

pela presença, naquela, da boa administração como referencial. O eminentíssimo Ministro do Superior Tribunal de Justiça ensina:

“A extensão do princípio da moralidade conduz ao entendimento de que a administração pública tem o dever de melhor administrar, o que ultrapassa o conceito de bem administrar. Isso representa que, em face de quatro ou cinco hipóteses boas, o administrador público, ao contrário do particular, não tem o direito de escolher qualquer uma delas. Se não o fizer, como está posto na Constituição Federal o princípio da moralidade administrativa, o juiz tem mais do que o poder jurisdicional, tem o dever de, no exercício do controle da referida atividade administrativa, de desfazer a decisão, por ser reflexo de uma ação que infringiu a obrigação de melhor administrar.”¹⁹

Essas definições, que identificam a moralidade administrativa pela finalidade da Administração pública e pela exigência de boa administração, acabam por preencher o princípio da moralidade administrativa com conteúdo próprio dos princípios da finalidade e da eficiência, e, em última instância, conduzem à ausência de distinção entre aquele princípio e o princípio da legalidade, porque, é lição antiga, o interesse público, cuja satisfação é a finalidade da Administração pública, é definido, em um Estado de Direito, pela lei. A finalidade da Administração, portanto, é fixada normativamente. Ao desatender o interesse fixado pela lei, implícita ou explicitamente, por má administração ou por desvio de finalidade, viola-se a legalidade. Se assim é, por que a Constituição destaca, ao lado do princípio da legalidade, o princípio da moralidade administrativa? Não seria suficiente especificar apenas aquele princípio? A Carta Política não tratou o princípio da moralidade como um sub-princípio; antes elevou-o ao mesmo patamar do da legalidade, pelo menos no âmbito da Administração pública, para dizer que não basta ser legal, é necessário também ser moral. Por esta razão, há de se avançar além do direito para se alcançar o conteúdo da moralidade, há de se ir até a ética. Por isso, é mais

¹⁹ DELGADO, José Augusto, *O Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição Federal de 1988*, RT-680, 1992, pp. 34 e segs.

apropriado apresentar moralidade como sinônima de honestidade²⁰, ou de dignidade²¹, vocábulos cujos conceitos são encontrados na ética e não na lei.

A jurisprudência, por sua vez, também faz menção a princípios administrativos indiscriminadamente e não elucida o que é moralidade administrativa: em geral limita-se a declarar que determinada conduta é, ou não é, contrária ao princípio, sem esclarecer o porquê, sob a aparência de que a resposta é óbvia ao senso comum. A título de exemplo, o Supremo Tribunal Federal, no MS 23.780-5- MA, tratando de nepotismo, disse: “A proibição do preenchimento de cargos em comissão por cônjuges e parentes de servidores públicos é medida que homenageia e concretiza o princípio da moralidade administrativa, o qual deve nortear toda a Administração Pública, em qualquer esfera do poder.”²² Realmente, parece ser fora de dúvida para a maioria das pessoas que não é correto o agente público valer-se da sua condição de autoridade pública para preencher cargos ditos de confiança com cônjuges, filhos e outros parentes. Mas por quê, perguntarão padrinhos e apadrinhados, se a própria denominação do cargo indica que ele é destinado a pessoas da confiança do agente que tem o poder de nomeação? Eles têm o direito a uma motivação melhor elaborada, pois são os fundamentos da decisão que a legitimam, ao se apresentarem como um discurso convincente aos interessados de boa-fé. Nem uma criança conforma-se com um simples “porque sim” ou “porque não”. Consoante observa Inocêncio Mártires Coelho, “num autêntico Estado de Direito, as decisões dos agentes públicos, para se reputarem legítimas, devem convencer aqueles a quem tenham a pretensão de obrigar.”²³

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p.18; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella , *Direito Administrativo*, São Paulo, 2004, p. 306

²¹ FERREIRA, Sérgio de Andréa, *A moralidade na Principlologia da Atuação Governamental*, RDA-220:

²² Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 03.03.2006

²³ *Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional, in Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais.*, Brasília: Brasília Jurídica, 2002. pp. 69-70.

Em outro acórdão, proferido na ADI 2.661-5 – MA, desta feita debatendo-se a constitucionalidade de lei estadual autorizadora do depósito de disponibilidades de caixa dos estados-membros em instituições financeiras não oficiais, em face do art. 164, § 3º, da Constituição, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, a par do estado-membro não possuir competência para editar lei com essa finalidade, as normas que permitem o depósito de disponibilidades de caixa dos estados-membros em instituições financeiras não oficiais podem ofender o princípio da moralidade, “transgredindo, desse modo, valor constitucional impregnado de substrato ético e erigido à condição de valor fundamental que rege as atividades do Poder Público” quando não impedirem “desvios ético-jurídicos” da parte do administrador ímparo dos quais resulte privilégio e favorecimento, destituídos de causa legítima, a determinadas instituições financeiras de caráter privado.²⁴ Este acórdão menciona precedente no qual se assinala que a regra de depósitos em bancos oficiais é saneadora e vai ao encontro do princípio da moralidade porque evita, na esfera municipal, que prefeito faça, como seu, saldo médio com depósitos da Prefeitura, para obter empréstimo pessoal.²⁵

Na ADI 3.324-7 DF, o Supremo, fazendo uma interpretação conforme a Constituição, entendeu que a lei autoriza a transferência de alunos de universidades por força de remoção de militar desde que observada a congeneridade das instituições envolvidas, não podendo ocorrer a transposição de uma particular para uma pública, à luz dos princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade, porque, do contrário, ocorreria privilégio em relação aos servidores civis.²⁶

²⁴ Pleno, Rel Min. Celso de Mello, DJ de 23.08.2003

²⁵ ADI 2.600 – ES, Pleno, Rel^a. Min^a Ellen Gracie,

²⁶ Pleno, Rel Min. Marco Aurélio, j. 16.12.2004

Também o Superior Tribunal de Justiça, na grande maioria dos casos julgados por aquela corte em torno da questão, considera a conduta do agente público atentatória ao princípio da moralidade quando ocorre favorecimento pessoal, em hipóteses de licitação e concurso, e quando há locupletamento sem causa por parte da Administração.²⁷

Como se vê, é, em regra, em hipóteses de favorecimento pessoal por parte do agente do Estado, que as decisões judiciais têm apontado desrespeito ao princípio da moralidade como fundamento para condená-lo. Entretanto, tal favorecimento, conceitualmente, fere mais diretamente outros princípios básicos do Direito Administrativo, o da supremacia do interesse público sobre o privado e, especialmente, o da impessoalidade, como bem percebeu o Ministro Néri da Silveira, no MS 1.748 – 1, ao apreciar pedido de anulação de ato de nomeação de Juiz Togado de Tribunal Regional do Trabalho. Tratava-se de caso em que, na deliberação da escolha dos nomes da lista tríplice a ser encaminhada pelo Tribunal Regional ao presidente da República para nomeação do juiz, participou o pai do nomeado. O nomeado fora incluído na lista graças a um voto de diferença em relação ao quarto colocado. Disse então S.Ex^a a propósito da conduta do agente público dotada de parcialidade – no caso concreto um ato administrativo praticado por um juiz:

“32. Não é, porém, apenas contra o princípio da MORALIDADE – conceito que tem forte carga de subjetividade e que varia, no tempo e no espaço --, que atenta o ato impetrado.

33. O pecado capital que cometeu o ato guerreado está, muito mais, em ter desafiado o princípio constitucional da ‘IMPESSOALIDADE’, este, sim, de OBJETIVA noção, pois independente de critérios temporais ou espaciais e, ao contrário, jungido, unicamente à ocorrência de pressupostos situados no mundo dos FATOS”²⁸

²⁷ Resp 545.471, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 19.09.2005; RMS 18.022, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 05.09.2005

²⁸ Pleno, DJ. de 10.06.1994

Merece destaque a observação do eminente Ministro a respeito do conceito de moralidade: “que tem forte carga de subjetividade e que varia, no tempo e no espaço”. Percebe-se, dos exemplos aqui extraídos da doutrina e da jurisprudência, a grande dificuldade dos profissionais que lidam com o Direito em preencherem este conceito para objetivá-lo, o que acaba por forçá-los a tomar emprestado a definição de expressões menos subjetivas para definir o que é moralidade. Contudo, este empréstimo não é o meio mais apropriado para fixar conceitos, porque a Ciência do Direito, como qualquer ciência, requer precisão conceitual, exige expressões desprovidas de ambigüidade, se possível unívocas, a fim de que possa anunciar com maior fidelidade o fenômeno observado, atribuir-lhe o valor justo e aplicar-lhe a norma pertinente.

Não se deseja afirmar que um princípio seja necessariamente excludente de outro, que um comportamento que viola a moralidade não possa violar também a legalidade, por exemplo, e vice-versa. Compreende-se que, em regra, os princípios estão de tal forma interligados, uns revelando-se desdobramentos de outros, que afronta a um representa, não raro, a afronta a vários, especialmente quando o agredido diretamente é menos genérico e abstrato. Desrespeitar o princípio da competitividade na licitação, v.g., negando a mesma oportunidade a todos os eventuais interessados na concorrência, que possuam as condições necessárias para dela participar, significa também desconsiderar o princípio da imparcialidade, que rejeita qualquer discriminação impertinente em relação aos administrados, e, ainda, o da isonomia, segundo o qual todos são iguais perante a lei, bem como o da legalidade, porque, se a lei não distingue o administrador não pode fazê-lo, e assim por diante. Surge, porém, esta questão: o que distingue o da moralidade dos demais princípios relacionados no art. 37 da Constituição? O que é moralidade? A resposta a esta questão há de ser buscada na Ética.

3. Ética e Moral, Política e Direito

A palavra Ética pode adquirir duas conotações: a primeira refere-se à ciência, também denominada Filosofia Moral, que possui como objeto o estudo do comportamento humano segundo uma ordem que considera determinada ação boa ou má, correta ou errada; a, segunda, sinônima de moral ou moralidade, diz respeito ao próprio objeto de estudo da Ética, isto é, um sistema de valores e normas que estabelece como deve ser o comportamento humano.

Há autores, como Nelson Gomes e outros, Peter Singer e Milton Meira do Nascimento, que utilizam indiscriminadamente as expressões “ética” e “moral”²⁹. De fato, sob o aspecto etimológico, elas possuem o mesmo significado, **habito**, embora tenham origens diversas: a primeira vem do grego *éthos* e a segunda do latim *mos*.³⁰ Outros, como Adolfo Sánchez Vázquez e Henry Sidgwick, preferem ser mais precisos no uso das palavras.³¹ Vázquez faz a seguinte consideração, a respeito:

“...não se podem confundir a ética e a moral. A ética não cria a moral. Conquanto seja certo que toda moral supõe determinados princípios, normas ou regras de comportamento, não é a ética que os estabelece numa determinada comunidade. A ética depara com uma experiência histórico-social no terreno da moral, ou seja, com uma série de práticas morais já em vigor e, partindo delas, procura determinar a essência da moral, sua origem, as condições objetivas e subjetivas do ato moral, as fontes da

²⁹.GOMES, Nelson Gonçalves e Outros, *Ética no Serviço Público*, Brasília, 1998, www.enap.gov.br, 19.04.2006; SINGER, Peter, *Ética Prática*, São Paulo: Martins Fontes, 2002; NASCIMENTO, Milton Meira do, *Ética*, in: *Primeira Filosofia*, SP, 1985, p. 259.

³⁰ GOMES, Nelson Gonçalves e Outros, op. cit.

³¹ VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez, *Ética*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005; SIDGWICK, Henry, *The Methods of Ethics*, Hackett, USA, 1982.

avaliação moral, a natureza e a função dos juízos morais, os critérios de justificação destes juízos e o princípio que rege a mudança e a sucessão de diferentes sistemas morais.”

E formula estas definições:

“a ética é a teoria ou a ciência do comportamento moral dos homens em sociedade.”

“...a moral é um conjunto de normas, aceitas livre e conscientemente, que regulam o comportamento individual e social dos homens.”³²

Adotaremos, neste trabalho, a diferenciação entre ética e moral para deixar claro quando nos referimos à ciência e quando tratamos do conjunto de valores e normas por essa ciência investigados.

A Ética, pelo que se extrai das lições de Vázquez, possui uma função investigativa, isto é, ela busca conhecer e revelar a realidade do comportamento moral de uma determinada sociedade em um determinado momento histórico, examinando desde a origem desse comportamento até os critérios pelos quais são demonstrados o acerto ou o erro de uma conduta. Ela verifica, por exemplo, que a contratação de parentes por gestores da coisa pública, para o exercício de cargo ou função pública, é habitual em uma dada coletividade. Aprecia, então, se essa conduta é racionalmente justificável. Para o professor espanhol, esse é o limite da Ética. Pensamos, contudo, que o âmbito da Ética é mais amplo. O filósofo da Ética não é um mero espectador, com um saco de pipocas na mão, diante de imagens de televisão mostrando crianças famélicas, habitantes de um lugar tão longe que parece ficção, espantando moscas e comendo piolhos cultivados nos cabelos de umas e de outras. A Ética possui função eminentemente prática, pois não só apresenta como nos comportamos moralmente mas também oferece métodos e critérios

³²op. cit, pp. 22-23 e 63

racionais para identificarmos como deveríamos nos comportar, recomendando o abandono do conforto da poltrona. R. H. Hare ensina que “a ética, ou filosofia moral, é o ponto no qual os filósofos chegam mais perto de questões práticas de moral e política. Desse modo, ela fornece grande parte da justificativa prática para fazer filosofia.”³³ Sidgwick afirma, acertadamente, que o moralista tem um objetivo prático, conhecer a conduta reta para agir retamente.³⁴ O agente público, como aquele que o fiscaliza, ou o que com ele lida, deve ser um moralista no trato com a coisa pública, porque, como visto, o Estado brasileiro é um Estado Moral. Deve, consequentemente, identificar qual é a conduta moralmente correta a ser seguida e não pode se furtar a segui-la. É uma imposição constitucional. Retornando ao nosso exemplo, deve, assim, o administrador refletir se a contratação de parentes é moralmente justificável à luz dos conhecimentos fornecidos pela Ética, e atuar em conformidade com a conclusão a que chegar a respeito do que é certo, sendo-lhe vedado agir diferentemente.

O papel da Ética é de tal modo fundamental para a sociedade que Aristóteles chega a identificá-la com a ciência política, num dos sentidos da expressão, a qual ele chama de arte mestra, por ser a que investiga o bem, ou antes, o sumo bem, fim último almejado pelo indivíduo e pelo Estado, e a que oferece ao legislador, mediante seleção estratégica das ciências a serem estudas e do saber por elas fornecido, os meios para que ele exerça sua função diretiva, estabelecendo o que se deve e o que não se deve fazer, visando o bem humano:

“Ora, como a política utiliza as demais ciências e, por outro lado, legisla sobre o que devemos e o que não devemos fazer, a finalidade dessa ciência deve abranger as das outras, de modo que essa finalidade será o bem humano. Com efeito, ainda que tal fim seja o mesmo tanto para o indivíduo como para o Estado, o deste último parece ser algo maior e mais

³³ HARE, Richard Mervyn, *Ética, problemas e propostas*, São Paulo, 2003, p.7

³⁴ op. cit. p.5

completo, quer a atingir, quer a preservar. Embora valha bem a pena atingir esse fim para um indivíduo só, é mais belo e mais divino alcançá-lo para uma nação ou para as cidades-Estados.”³⁵

A intimidade existente entre Ética e Política, indicada por Aristóteles e por filósofos da moral, parece ser fato esquecido ou desprezado contemporaneamente, especialmente por quem faz política, consequência talvez de uma visão embasada no realismo político, segundo o qual há uma autonomia total da Política em relação à Ética e à moral, cujo domínio se restringiria à vida privada. Para a política realista é legítima a busca, a qualquer preço, da consecução do fim desejado, o que tem custado caro a muitas sociedades³⁶. Acatamos, aqui, o ensinamento de Vázquez de que são elas ciências distintas: a Ética cuida das relações entre indivíduos e entre esses e a coletividade, e a Política trata das relações entre grupos (classes, povos etc). Mas o próprio Vázquez, corroborando o pensamento aristotélico, admite que a moral efetiva é um fato social e não pode ser separada da política, porque a primeira regula relações entre pessoas e, com isso, cumpre uma função social:

“Num sentido ou outro, a política afirma ou nega certa moral, cria condições para o seu desenvolvimento e, na realidade, não pode subtraír-se a uma certa avaliação moral. Mas, de outro lado, a política, para ser eficaz, necessita assegurar o consenso mais profundo dos cidadãos, e, nesse sentido, necessita lançar mão da moral.

Precisamente porque o homem é um ser social, obrigado a se desenvolver sempre individual e socialmente, com seu interesse pessoal e coletivo, não pode deixar de atuar, ao mesmo tempo, moral e politicamente.”³⁷

De fato, não deve o legislador elaborar leis que agridam a moralidade, isto é, contrárias ao que a sociedade concorda como correto e atentatórias ao bem comum, porque, ainda que formalmente imaculadas, estas leis se revelarão ilegítimas e

³⁵ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, São Paulo: Nova Cultural, 1987, p.10

³⁶ VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 95

³⁷ VÁZQUEZ, *op. cit.* p. 96

inconstitucionais – por traírem a vontade do legítimo dono do poder, e por serem incompatíveis com o Estado Moral instituído pela Constituição de 1988. Leis dessa espécie só serão cumpridas pela força e não pela adesão voluntária, como observa Eduardo Bittar.³⁸ Em uma sociedade na qual a liberdade é uma conquista fundamental e a lei é, antes de tudo, uma limitação a essa liberdade, uma vez que alguém só é obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo em virtude de lei, abre-se mão de parte da liberdade somente pela compreensão de que tal limitação é indispensável para a manutenção da própria liberdade, para preservação da paz social e para a realização da justiça. Do contrário, o que se tem é revolta, ainda que reprimida, porque inaceitável a lei que não se coaduna com a moral prevalecente. Como alerta Henry Sidgwick, “De um lado, é perigoso, em legislação, avançar além da Moralidade Positiva, proibindo ações ou omissões geralmente aprovadas ou toleradas.”³⁹ Com efeito, ninguém deve ser obrigado por lei a fazer aquilo que moralmente não deve fazer e tampouco a se abster daquilo que deve fazer. Vale lembrar, como exemplo, a lei seca que vigorou, nos Estados Unidos, de 1920 a 1933, cujos efeitos nefastos são notórios. De iniciativa de alguns grupos puritanos e imposta sem considerar a vontade da maioria dos membros da sociedade norte-americana à época, a lei que proibia a fabricação, venda e consumo de bebidas alcoólicas não correspondia à moral dominante, razão pela qual, antes de coibir as atividades ligadas ao consumo de álcool, ela favoreceu o desenvolvimento de organizações criminosas voltadas para o tráfico da bebida proibida e para atividades paralelas, como a prostituição.

O legislador, portanto, deve estar atento à moral do seu tempo, o que, reconhecemos, não é tarefa fácil em uma era marcada pelo pluralismo e pelo relativismo. Para tanto, faz-se imprescindível que ele se valha de critérios racionais oferecidos pelas

³⁸ BITTAR, Eduardo C. B., *Curso de Filosofia do Direito*, São Paulo: Atlas, 2002, pp. 438-439.

³⁹ op. cit., p. 458.

teorias morais para enfrentar aquelas questões éticas, especialmente em relação àquelas cujas soluções escapem ao consenso, como aborto, eutanásia, casamento de homossexuais, ações afirmativas, entre outras, e para que ele possa fazer escolhas justificáveis.

Também não deve o juiz interpretar e aplicar a lei de modo ofensivo à moral, sob pena de desmoralizar o Poder Judiciário diante da coletividade, levando à descrença dos jurisdicionados em relação à capacidade do Estado de fazer justiça e ao direito estatal de monopolizar a violência, estimulando a nem sempre consequente busca de soluções dos conflitos mediante a justiça privada. Mais do que isso, o juiz, em seu papel criativo de transformar princípios e regras genéricas e abstratas em normas do caso concreto, perscrutando o significado e alcance do enunciado legislativo para aplicá-lo na solução de uma lide, há de atentar para o fato de que, na realidade, ele, como intérprete-aplicador, não é neutro ou imparcial. Ele carrega em si uma concepção de vida e de mundo elaborada ao longo de sua existência, a partir do ambiente familiar em que nasceu e cresceu, e influenciada por vários fatores, dentre os quais o meio em que exercita a sua capacidade de se relacionar consigo e com as coisas do mundo e de Deus. O que experimentou e o que deixou de experimentar refletirá no seu entendimento da experiência do outro. Suas crenças e descrenças, obtidas na busca do saber ou impostas pela ignorância, demarcarão o rigor ou a flexibilidade com que julgará a conduta alheia, inclusive e principalmente sob o aspecto moral. Ele poderá ser um provinciano, embora viva entre Nova York, Londres e Paris, ou um cosmopolita, apesar de jamais ter saído de Königsberg. Ele traz consigo uma pré-compreensão do objeto examinado, conforme leciona Inocêncio Mártires Coelho⁴⁰, que precisa ser superada para que se alcance a compreensão, isto é, a apreensão mais próxima possível da realidade. Para tanto, há de se

⁴⁰ op. cit. pp. 15-22

valer dos instrumentos oferecidos pela razão e pelo estado da arte, e, no que tange às questões morais, às teorias formuladas no âmbito da Ética. Ensina o Professor Inocêncio Mártires Coelho:

“...toda pré-compreensão possui algo de irracional porque, entre outros fatores que a determinam, ela resulta de pré-juízos, pré-suposições ou pré-conceitos – idéias-crenças ou evidências não refletidas, no sentido em que Ortega y Gasset as distingua das idéias propriamente ditas, que resultam de nossa atividade intelectual -, torna-se necessário racionalizar, de alguma forma, essa pré-compreensão, o que se obterá pela reflexão crítica...”⁴¹

O chefe do Executivo e seus auxiliares, por sua vez, e a exemplo do que ocorre com o legislador e com o juiz, não devem desconsiderar a moral quando traçarem as diretrizes para as políticas públicas. Não podem levar em conta, tão-somente, um projeto de conquista e manutenção do poder. Hão de balizar suas opções políticas não só pelos interesses individuais e partidários mas primordialmente pelo bem da nação, como observado por Aristóteles. O componente moral deve ter peso decisivo na hora de o chefe do Executivo ou de a autoridade competente escolher, em face da escassez de recursos, entre construir prédios hospitalares e comprar ambulâncias, entre pagar melhor professores e burocratas, entre construir pontes e equipamentos de saneamento básico, entre gastar com publicidade e com segurança pública, entre investir em infra-estrutura e pagar a dívida externa e interna. A responsabilidade moral do chefe de Estado e de Governo apresenta-se ainda maior do que a dos demais agentes políticos pelo simbolismo que envolve a sua figura. Ele é visto como o representante maior da nação perante as nações, por isso chamado o mais alto dignitário do País, aquele que deve possuir a honra necessária para ocupar um cargo tão digno e elevado e para exercer a função de liderança do povo que o escolheu. As suas virtudes devem, evidentemente, superar os seus vícios, e

⁴¹ *op. cit.* pp. 25-26.

a condução do país deve ser virtuosa. César, e não só a esposa dele, deve ser e parecer honesto. Do contrário, ele deve ser afastado do governo pelos governados, pelos meios legítimos, porque mantê-lo significará que os seus vícios são os vícios da nação, e a sua desonra, a desonra de todos.

Não por outra razão insistimos em usar a expressão agente público em vez de administrador público quando nos referimos ao que deve observar o princípio da moralidade, para abranger todo o que exerce função pública, inclusive o chefe do Executivo e seus auxiliares diretos, o legislador e o juiz.

Neste ponto, cabe abordar a relação entre moral e direito. Permanece o relevo do tema, porque é necessário afastar preconceito advindo da cultura jurídica formada sob a influência do positivismo, que pretende eliminar qualquer ponto de contato entre moral e direito. A matéria é tratada já nas primeiras lições oferecidas ao aluno da faculdade de Direito, em que se procura grifar a distinção entre normas morais e normas jurídicas. A Moral estaria relacionada apenas com o foro interno, o Direito, com o externo, sendo a coercibilidade a marca distintiva deste último. Eduardo Bittar observa que o Direito possui como características a heteronomia, a coercibilidade e a bilateralidade, enquanto a Moral, ao contrário, a unilateralidade, a incoercibilidade e a autonomia;

"Heteronomia, coercibilidade e bilateralidade seriam as notas essenciais do Direito, porque as obrigações jurídicas formulam-se da comunidade para o indivíduo, e não o contrário, porque o descumprimento de comandos jurídicos pode ter como modo a aplicação de sanções, e mesmo o exercício do comando jurídico sob a força física, uma vez que o Estado monopoliza a violência, e, por fim, porque as relações jurídicas pressupõem ao menos a interação de dois sujeitos para existir e serem cumpridas. Unilateralidade, incoercibilidade e autonomia seriam as notas

essenciais da moral, significando exatamente o oposto do indicado anteriormente como características do Direito.”⁴²

Porém, uma análise mais aprofundada revela que as diferenças são menores que as semelhanças. Tanto o Direito quanto a Moral estabelecem normas de caráter imperativo, regulamentando as relações humanas – tendendo também a regular a relação do ser humano com outras espécies –, em dado momento histórico e em dado território, visando à paz social. As obrigações morais também são, em grande medida, formuladas pela comunidade e não pelo indivíduo, envolvem relações intersubjetivas, e o seu descumprimento não raramente resulta em uma reprevação, por parte dessa mesma comunidade, mais severa do que a prevista em lei. A dívida de jogo não obriga o pagamento, dispõe o art. 814 do Código Civil. Entretanto, o jogador que deixar de pagá-la certamente será proscrito do ambiente de apostas, o que pode representar pena capital para quem não consegue viver sem jogar. Um e outra estão relacionados com o universo de valores e normas⁴³, estabelecidos a partir da experiência dessa comunidade, de modo a permitir que ela exista e se desenvolva. Direito e Moral proíbem matar – a não ser em hipóteses excepcionais - porque, obviamente, se permitido, a espécie humana já teria sido extinta.

A proximidade é tal que, consoante ensina Franco Montoro, o Direito pode ser considerado uma ciência normativa ética ou moral em sentido amplo, porque procura orientar a conduta humana indicando “como agir”, reunindo duas características de uma ciência dessa natureza: tem por objeto material a atividade humana e por objeto formal o

⁴² *op. cit.* pp.438-439

⁴³ GOMES, Nelson Gonçalves e Outros, *op. cit.* pp. 5-7

bem, que, no caso do Direito, é a justiça.⁴⁴ Para Del Vecchio o Direito constitui a ética objetiva e a moral a ética subjetiva.⁴⁵

Percebe-se que, o que efetivamente separa o Direito da Moral é a escolha de certos valores feita pelo Estado, para tutelá-los, acolhendo determinada regra ou determinado princípio como seus, e, consequentemente, usando todo o peso de sua força para assegurar o cumprimento da norma ou o restabelecimento do *statu quo ante* na hipótese de violação.

Atualmente, no Direito brasileiro, a distinção perde sentido prático, por causa da positivação da moral mediante a elevação do seu *status* a constitucional. Direito e moral aqui se confundem.

4. Utilitarismo

As teorias morais podem ser agrupadas em duas escolas principais: a deontológica e a teleológica ou consequencialista. Para a primeira, a obrigação moral deriva do dever em si, independente das consequências que possam advir da ação ou omissão (déon, do grego, significa dever). Para a outra, a obrigação moral decorre exclusivamente das consequências da conduta, sendo irrelevante a intenção do agente (télos, do grego, significa fim).⁴⁶

⁴⁴ FRANCO MONTORO, André, *Introdução à Ciência do Direito*, São Paulo: 1991, pp. 94-96.

⁴⁵ Apud FRANCO MONTORO, *op. cit.* p. 97.

⁴⁶ VAZQUEZ, *op. cit.* pp. 189-204.

A teoria deontológica pode ser subdividida em “do ato” e “da norma”. A deontológica do ato enfatiza o ato em particular; o da norma, a regra geral. A teoria consequencialista pode ser dividida em “egoísmo ético” e em “utilitarismo de ato” e “utilitarismo de regra”. A teoria consequencialista do egoísmo ético considera a obrigação moral relacionada com as consequências trazidas para o agente. A teoria utilitarista atenta para as consequências que abranjam um maior número de beneficiários sem necessariamente excluir o agente. Martin Diego Farrel explica a diferença estrutural entre essa teorias:

“A distinção entre as teorias éticas deontológicas e as consequencialistas é fácil de precisar se prestarmos atenção às suas diferentes estruturas. Todas as teorias morais fazem distinção entre dois componentes: o bom e o correto. As teorias consequencialistas sustentam a prioridade do bom sobre o correto: definir primeiro o bom, o correto consiste – naturalmente – em realizar aquelas ações que promovam o bom. Os deontologistas, ao contrário, não acreditam que o bom tenha prioridade sobre o correto, nem que o correto se defina em termos daquilo que promove o bom”⁴⁷

Para o deontologista, o correto e o bom correspondem a “não matar” nada importando se a morte de um possa resultar na salvação de cinco, por exemplo. Já para o consequencialista, o correto é “não matar” a não ser que essa conduta em vez de provocar um bem cause um mal maior do que o matar.

O pensador paradigmático da teoria deontológica é Immanuel Kant (1734-1804).

Para Kant, o único móbil da vontade humana deve ser a lei moral. A ação que não ocorrer por força exclusiva do amor a esta lei terá caráter legal, mas não moral. Qualquer ação movida por outro impulso, como o do interesse, e ainda que paralelo à lei moral, é, segundo ele, “pura hipocrisia”. ⁴⁸ A lei fundamental da razão prática pura é a seguinte

⁴⁷ FARREL, Martin Diego, *Os utilitarismos possíveis e a máquina da felicidade*, in *Ética e Utilitarismo*, Campinas, SP: Ed. Alínea, 1998. p. 190

⁴⁸ KANT, Immanuel, *Critica da Razão Prática*, São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 82-83

(imperativo categórico kantiano): “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer sempre como princípio de uma legislação universal”⁴⁹. Para Kant, a lei moral “não mentir”, por exemplo, é absoluta, porque, como decorrência da exigência de universalização estabelecida pelo imperativo categórico, seriam inadmissíveis exceções porque a regra deixaria de ser universal.⁵⁰ Diante dessa regra moral, aquele alemão que residisse na Berlim governada pelo nazismo deveria, ao ser indagado por um agente da SS, informar a existência de judeus na vizinhança, ainda que, conhecedor das consequências dessa informação, estivesse ciente que a mentira protegeria os vizinhos.

O contraponto a Kant, no que concerne à Filosofia Moral, seria o filosofo inglês Jeremy Bentham (1748-1832), um dos principais representantes do Utilitarismo. Contrariamente a Kant, Bentham atribui primazia não à lei moral em si, não ao dever, mas à consequência boa ou má da conduta, e vincula o acerto ou erro da conduta aos seus efeitos. Segundo Bentham, as ações da espécie humana são governadas eminentemente por dois sentimentos: a dor e o prazer. E não só o que fazemos, mas também o que pensamos e dizemos são comandados pelo prazer ou pela dor. A partir desta constatação, Bentham fixa inicialmente o princípio em torno do qual girará toda a sua teoria e servirá como pedra fundamental do Utilitarismo: *o princípio da utilidade*, segundo o qual uma ação é moralmente aprovada ou desaprovada conforme a sua tendência para aumentar ou diminuir a felicidade dos alcançados pelos efeitos dessa ação. *Utilidade*, diz Bentham, é a propriedade de todo e qualquer objeto que tende a produzir benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade e a prevenir dor, mal ou infelicidade para aqueles cujos interesses devem ser considerados.⁵¹ Posteriormente, Bentham acresce a este princípio, se não o substitui, o *princípio da maior felicidade* que estabelece que a maior felicidade de todos

⁴⁹ KANT, *op. cit.* p. 40.

⁵⁰ VAZQUEZ, *op. cit.* p. 197.

⁵¹ BENTHAM, Jeremy, *Principles of Morals and Legislation, The Classical Utilitarians: Bentham and Mill*, EUA: Hackett Publishing Co., 2003, pp. 8-9.

aqueles interessados na questão é a única, correta, apropriada e universalmente desejada finalidade da ação humana.⁵² Eis o “imperativo categórico” benthamiano: “age de forma a contribuir com a maximização da tua felicidade e da felicidade do maior número.”⁵³

Conforme já assinalado, pretendemos examinar se o Utilitarismo oferece critério moral capaz de permitir ao intérprete-aplicador do Direito a concretização do princípio da moralidade administrativa. Pensamos que, para o intuito deste trabalho, não se faz necessário o aprofundamento na comparação entre a Deontologia e o Utilitarismo. Requer-se, sim, um exame mais profundo acerca do que é o Utilitarismo.

O Utilitarismo é também chamado, por alguns, hedonismo universalista, porque, em oposição ao hedonismo egoísta, para o qual o fim da ação é somente a felicidade individual somente, busca a maximização da felicidade e a minimização do sofrimento em relação ao maior número de interessados. Eis como Henry Sidgwick, também um utilitarista clássico, o define:

“Por Utilitarismo é aqui entendido a teoria moral para a qual cada conduta, sob quaisquer circunstâncias, é objetivamente correta quando produz uma maior quantidade de felicidade para o todo; isto é, leva em conta todos cuja felicidade é afetada pela conduta.”⁵⁴

John Stuart Mill, discípulo de Jeremy Bentham, e o primeiro a usar a expressão “Utilitarismo” para definir a escola filosófica ora apreciada, assim a identifica:

“O credo que aceita a utilidade ou o princípio da maior felicidade como a fundação da moral sustenta que as ações são corretas na medida em que tendem a promover a felicidade e erradas conforme tendam a produzir o

⁵² *op. cit.* p. 62.

⁵³ cf. CAILLÉ, Alain, e outros, *História Argumentada da Filosofia Moral e da Política*. São Leopoldo, RS: Ed. Unisinos, 2004, p.43.

⁵⁴ *op. cit.* p.411.

contrário da felicidade. Por felicidade se entende prazer e ausência de dor; por infelicidade, dor e privação de prazer.”⁵⁵

Vê-se que o Utilitarismo iguala o sumo bem à felicidade, ou seja, é a felicidade que toda a ação humana almeja alcançar. Mas isto não foi uma novidade introduzida pelo Utilitarismo. Já Aristóteles reconhecia haver um consenso entre os homens, cultos ou não, acerca de ser a felicidade o fim mais alto da ação. Porém, ele verificava também que a concordância limita-se a isto, pois, quanto ao que seja a felicidade diferem as opiniões de homens comuns e de sábios.⁵⁶

De fato, a observação acurada percebe que todo o ser humano busca, como fim último, ser feliz, apesar da dificuldade em se definir o que é felicidade. A caçada insaciável ao poder, ao dinheiro, à fama, é a luta pela conquista de meios presumivelmente capazes de obter felicidade. E quão trágica pode ser a descoberta de que poder, dinheiro e fama não trazem, necessariamente, a felicidade. Mesmo quando se opta pela ascética renúncia aos prazeres do mundo, ou pelo sacrifício da própria vida em uma guerra santa, o que se deseja é a felicidade, própria, embora na Cidade de Deus, ou dos outros simbolizados pela pátria. Mesmo quando se lança em rituais de dor própria ou do outro, o que se deseja é o prazer.

Para os utilitaristas clássicos, a felicidade está no prazer e a infelicidade na dor, sendo que prazer inclui todos os sentimentos agradáveis e a dor, todos os desagradáveis⁵⁷. Prazer é o deliciar dos sentidos e a satisfação dos desejos, dor é a agressão aos sentidos e a frustração dos desejos. Mill, em resposta à hipocrisia daqueles que consideram vil uma vida cuja finalidade seja exclusivamente o prazer, esclarece que tal prazer não se

⁵⁵ MILL, John Stuart, *Utilitarismo*, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.187.

⁵⁶ *ob. cit.* p.11.

⁵⁷ SIDGWICK, *op. cit.* pp 120-121.

restringe aos corpóreos nem a sua avaliação se limita à quantidade. Afirma que os prazeres corpóreos são inferiores aos prazeres mentais por serem estes últimos, segundo os cálculos utilitaristas, mais permanentes, mais seguros, menos custosos etc. E vai além, afirmando de forma lapidar: “É melhor ser uma criatura humana insatisfeita do que um porco satisfeito; é melhor ser Sócrates insatisfeito do que um tolo satisfeito.”

Tendo em vista o fim apontado pelo Utilitarismo, isto é, a maximização da felicidade e a minimização do sofrimento, e levando-se em conta que, como teoria moral, ele deve oferecer critérios de decisão a respeito da conduta correta para se alcançar aquele fim, o Utilitarismo indica alguns meios, cálculos até, para se avaliar o prazer e a dor.

Jeremy Bentham ensina que para se verificar se um ato tende a maximizar a felicidade e, portanto, é bom, ou se tende a maximizar a dor, e, assim, é mal, é preciso fazer um balanço entre prazer e dor, levando em conta o número de pessoas afetadas e o valor de todo prazer e de toda dor causados. Para obter o valor do prazer e o valor da dor, ele entende que o prazer e a dor serão maiores ou menores conforme as seguintes circunstâncias: sua intensidade; sua duração; sua certeza ou incerteza; sua possibilidade próxima ou remota de acontecer; sua fecundidade; sua pureza e sua extensão.⁵⁸

Sidgwick leciona que a Maior Felicidade é o saldo do prazer sobre a dor. Ele assume que prazer e dor podem ser comparados quantitativamente; cada um desses sentimentos possui uma certa intensidade, positiva ou negativa, um peso em uma escala ideal. O resultado decorre do contraste entre a quantidade de um e de outro.⁵⁹

⁵⁸ op. cit. p.19-20.

⁵⁹ op. cit. p. 413.

O cálculo utilitarista não se apresenta simples, é de se reconhecer, porque não é simples mensurar dor e prazer. Porém, a complexidade do método não é razão para ele ser descartado. Vale lembrar que os Tribunais já dimensionam rotineiramente a dor sofrida por vítimas de danos morais e estabelecem um valor econômico para compensar o sofrimento, embora a novidade trazida pela Carta de 1988 tenha sido muito questionada sob o argumento de que a dor não pode ser medida e muito menos avaliada em dinheiro.

Deve-se levar em conta que utilitaristas admitem que cálculos dessa espécie são feitos em circunstâncias excepcionais, isto é, quando a moral comum não oferece uma solução para o dilema comportamental. Reconhecem que seria difícil viver se, para toda decisão envolvendo o acerto ou o erro de uma ação, fosse necessário proceder a tais cálculos. Por esse motivo R. M. Hare, um utilitarista contemporâneo, propõe dois níveis de raciocínio moral: o intuitivo e o crítico. O crítico é aquele por meio do qual se procura examinar todas as consequências prováveis de uma ação, calculando-se, a partir dessa análise, quanto de prazer e quanto de dor essa ação causará e qual o saldo final, vale dizer, se resulta ou não na maximização da felicidade. Trata-se, portanto, de raciocínio complexo e pouco prático para ser adotado cotidianamente. O intuitivo, por outro lado, é o que deve ser seguido no dia a dia, aquele orientado pelas regras morais fixadas pela experiência das civilizações, adquirida ao longo da história, a qual certifica a tendência de as condutas que seguirem essas regras produzirem boas consequências, como, por exemplo, não matar, não furtar, não mentir etc⁶⁰. A moral do senso comum, explica Sidgwick, não raramente está em consonância com a moral utilitarista. Ele chega mesmo a afirmar que aquela seria, ao menos inconscientemente, utilitarista.⁶¹

⁶⁰ apud. SINGER, Peter, op. cit. pp. 103-104

⁶¹ op. cit. pp. 423 e segs.

É necessário, neste ponto, assinalar que existem várias formas de Utilitarismo, sendo a classificação mais acolhida aquela que o subdivide em utilitarismo de ato e em utilitarismo de regra. O primeiro considera correta ou incorreta cada ação individual por suas consequências particulares; o segundo, considera como correta ou incorreta a adoção de um tipo de ação, tendo em vista as consequências que tendem a ocorrer na hipótese, ou melhor, que em regra ocorrem. Farrell lembra, como exemplo de uma regra geral, “o respeito às promessas”.⁶² Farrell acrescenta a esta classificação a generalização utilitarista, segundo a qual uma ação é correta se, adotada por todo mundo, suas consequências são desejáveis.⁶³ Sócrates, atento à regra geral de que todos devem cumprir as promessas e respeitar leis e às consequências do descumprimento dessa regra, parece adotar uma atitude utilitarista, diante da oferta de Críton de subornar a vigilância e ajudá-lo a fugir da prisão e a escapar à condenação imputada ao filósofo pelo Estado ateniense. Mesmo considerando injusta a sentença e conhecendo a opinião pública favorável à compra da sua salvação, Sócrates recusa a proposta, sob o argumento de que ele prometera cumprir as leis de Atenas - leis que, inclusive, o favoreceram em outras circunstâncias, permitindo-lhe, por exemplo, uma boa educação -, e a quebra dessa promessa implicaria aniquilamento das leis da República. “Acreditas que um Estado pode subsistir se as suas sentenças legais não têm poder e, o que é mais grave, se os indivíduos as desprezam e aniquilam?”, indaga o sábio, conhecedor da repercussão do seu exemplo.⁶⁴ É certo que o não cumprimento de promessas tende a levar à insegurança nas relações intersubjetivas, o que provoca sofrimento, e a não observância das leis, instabilidade coletiva, com severas consequências para o Estado e para a sociedade se a conduta se torna generalizada, causando maior sofrimento ainda.

⁶² op .cit. p 31

⁶³ op. cit. p.34

⁶⁴ PLATÃO, Críton, in *Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2000. pp. 101-114

Há, ainda, a distinção entre o Utilitarismo Clássico, de Bentham, Mill e Sidgwick, e o Preferencial, de Peter Singer. Enquanto o clássico considera correta a ação que maximiza o prazer e minimiza o sofrimento, o preferencial entende por correta a ação cujas consequências correspondam à preferência de quaisquer seres afetados pela ação.⁶⁵

O Utilitarismo tem sido objeto de questionamentos emitidos por diversos críticos. Bentham, em especial, sofreu ataques pessoais por pensadores como Goethe, Nietzsche, Marx, Keynes, entre outros, críticas estas, segundo Luis Alberto Peluso, recheadas de adjetivos - como estúpido, medíocre, sem talento e sem caráter-, e carecedoras de argumentos.⁶⁶ Talvez o grande equívoco dessa teoria moral seja a sua denominação, por atrair a ira puritana dos que consideram pautar uma ação pela sua utilidade algo mesquinho, algo que vai de encontro à nobreza da ação desinteressada. Condenam-na, como o fazia Antonio, que, embora mercador, desprezava Shylock por emprestar visando o lucro, mas tomou o empréstimo para agradar Bassanio que desejava impressionar Portia.

Dizem, também, que é a ética para a qual os fins justificam os meios, por mais repugnantes que estes sejam, ou, ainda, a que autoriza a coletividade a causar dor a um grupo ou a um indivíduo se, tudo balanceado, ao final resultar superavit de prazer. A escravidão ou o extermínio de um determinado grupo de pessoas seria moralmente justificável se isso produzisse um saldo positivo de felicidade para o conjunto.

Na atualidade, John Rawls⁶⁷, a partir de uma leitura do Utilitarismo clássico sintetizado por Sidgwick, é o crítico desta teoria de maior repercussão. Rawls afirma que

⁶⁵ SINGER, op. cit. p.104

⁶⁶ Jeremy Bentham e seus críticos, in *Ética e Utilitarismo*, Campinas, SP: Ed. Alínea, 1988. pp. 204-205

⁶⁷ cf. *Uma Teoria da Justiça*, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002. pp. 24 e segs.

os dois conceitos principais da ética são os de justo e de bem e que a estrutura de uma teoria ética é em grande parte determinada pela forma como ela define e interliga esses conceitos. Comparando a sua teoria da justiça como eqüidade com a visão utilitarista de justiça, ele observa que esta última desconsidera o justo e preocupa-se tão-somente em maximizar o bem enquanto aquela prioriza o justo em relação ao bem. O Utilitarismo não se importa com a forma como são distribuídos os bens. O que interessa para essa teoria é que a distribuição satisfaça ao máximo a soma dos desejos racionais dos indivíduos. Tampouco, diz, ela atenta para as diferenças entre as pessoas. Ele declara:

“Nesta concepção de sociedade os indivíduos isolados são vistos como um número correspondente de linhas ao longo das quais direitos e deveres devem ser atribuídos e os parcós meios de satisfação distribuídos de acordo com certas regras, de modo a permitir o preenchimento máximo de carências. A natureza da decisão tomada pelo legislador ideal não é, portanto, substancialmente diferente da de um empreendedor que decide como maximizar seus lucros por meio da produção desta ou daquela mercadoria, ou da de um consumidor que decide como maximizar sua satisfação mediante a compra deste ou daquele conjunto de bens.”⁶⁸

Para Rawls, o Utilitarismo só considera as liberdades básicas de modo secundário, priorizando o aumento do bem-estar agregado, quando a prioridade absoluta, numa sociedade justa, deve ser dada às exigências da liberdade e do direito, sendo inadmissível a sujeição dos direitos assegurados pela justiça “à negociação política ou ao cálculo dos interesses sociais.”

Como se verá mais adiante, o Utilitarismo não deixa de considerar direitos fundamentais como a liberdade e a igualdade nem os interesses de todos os afetados pela ação. Há, ao contrário, uma preocupação especial em conciliar a exigência da maximização da felicidade geral com a dos direitos fundamentais. O Utilitarismo percebe

⁶⁸ op. cit. p. 29.

a estreita ligação entre a felicidade individual e a geral. Uma depende da outra. Com efeito, a supressão ou a ameaça à liberdade individual, se não legitimada por autorização legal democraticamente aprovada e precedida do devido processo legal, impinge sofrimento não só à vítima mas a toda a coletividade pela insegurança que provoca. Hoje foi com o meu vizinho, amanhã poderá ser comigo. Depois, segundo John C. Harsanyi, a benevolência por todo ser humano é base do Utilitarismo.⁶⁹

Esta teoria ética, em seus diversos matizes, é perfeitamente compatível com a idéia do Estado Moral instituído pela Constituição brasileira de 1988. É irrefutável que o Estado, para agir corretamente, deve atuar sempre visando o bem comum, que, em última instância, equivale à felicidade geral. Desde a vitória do Iluminismo, mesmo aqueles governantes pouco simpáticos ao pensamento liberal e mais afeitos a performances autoritárias, justificam as suas ações com o argumento de que elas beneficiam a todos. Ilustra a necessidade de o governante contentar os seus governados, ainda que apenas com a retórica, a conhecidíssima frase de Dom Pedro I, no Dia do Fico (9.1.1822): "Se é para o bem de todos e felicidade geral da Nação. Estou pronto! Digam ao povo que fico".

Também é incontestável que o balizamento do ato administrativo deve ser, sempre e sempre, o interesse público, que há de prevalecer sobre o interesse privado, egoístico, sob pena de o ato ser nulo. E o que é o interesse público senão o interesse de todos aqueles que são afetados pelo ato, direta ou indiretamente? Bentham, ao tratar do interesse da comunidade, observa que a comunidade nada mais é do que um corpo fictício, composto por indivíduos, e que, portanto, o interesse da comunidade é a soma dos interesses dos diversos membros que compõem essa comunidade⁷⁰. Dalmo de Abreu

⁶⁹ apud GUISÁN, Esperanza, *Utilitarismo, Justiça e Felicidade, in Utilitarismo e Ética*, Campinas, SP: Ed. Alínea, 1998, p.132.

⁷⁰ op. cit. p. 9.

Dallari, que não é utilitarista, concorda, no entanto, com o pensamento de Bentham, ao afirmar que a vida do Estado é uma série ininterrupta de ações humanas, sempre determinadas por um fim, razão pela qual as ações do Estado deverão ser a síntese dos fins individuais.⁷¹ Bentham, outrossim, cônscio de que a teoria moral que elaborava não se destinava a ser aplicada apenas pelos indivíduos, afirmava expressamente que ela devia orientar a ação do governo:

“Uma medida de governo (que é apenas uma forma particular de ação, realizada por peculiar pessoa ou pessoas) deve ser considerada em conformidade com o princípio da utilidade ou ditada por ele, quando em certa maneira a tendência que ela tem para aumentar a felicidade da comunidade é maior do que a para diminuí-la.”⁷²

Igualmente, a visão utilitarista é harmônica com a noção de um Estado Democrático, isto é, com um Estado em que a soberania popular é exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos (art. 14, da CF), prevalecendo o desejo da maioria, respeitados os direitos individuais. Ela valoriza, em especial, o princípio da igualdade, conforme fórmula benthamiana: “cada um conta por um, e ninguém por mais de um.”⁷³ De acordo com Adam Smith, em uma monarquia prevalece o princípio da autoridade, em uma democracia, o da utilidade.⁷⁴

Dalmo Dallari declara que as teorias “utilitárias” e “éticas” propõem fins expansivos para o Estado o que levaria ao embasamento de Estados totalitários: as primeiras porque indicariam como bem supremo o máximo de desenvolvimento material, mesmo que obtido em detrimento da liberdade e de outros valores fundamentais da pessoa humana; as segundas, porque preconizariam a supremacia absoluta dos fins éticos, cuja fonte seria o Estado, e conduziriam à não tolerância em relação a comportamentos

⁷¹ *Elementos de Teoria Geral do Estado*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 89.

⁷² *op. cit.* pp. 9-10

⁷³ *apud*. Sidgwick, *op. Cit.* p.417

⁷⁴ *apud* Farrell, *op. Cit.* p. 19

em descordo com o moralismo oficial.⁷⁵ A desconfiança quanto à viabilidade de o Utilitarismo oferecer elementos para a construção de sociedades autoritárias é justificável pela ênfase por ele dada à felicidade da comunidade, o que pode parecer desprezo pela felicidade individual. Tal suspeição é ampliada pelo fato de Bentham ter feito crítica às declarações francesas de direitos humanos.⁷⁶ Cabe recordar, contudo, que Bentham considera o interesse da comunidade a soma dos interesses individuais, e que, por conseguinte, os interesses individuais devem ser considerados quando da definição daquele interesse, e mais, sem discriminação dos interessados, em face do princípio da isonomia enunciado na fórmula acima mencionada. Cumpre lembrar, também, que a chamada ditadura da maioria é um risco presente em qualquer regime democrático e, ainda que indesejável como qualquer ditadura, é preferível à ditadura da minoria. Valores como a liberdade e direitos das minorias não foram, contudo, menosprezados pelos utilitaristas. Pelo contrário. John Stuart Mill, em sua obra clássica sobre a liberdade, mostra clara preocupação a respeito:

“Além disso, a vontade do povo significa, em sentido prático, a vontade da parte mais numerosa ou mais ativa do povo – a maioria, ou os que logram se fazer aceitos como a maioria. Por consequência, o povo pode desejar oprimir uma parte de sua totalidade e contra isso não são necessárias menores precauções do que contra qualquer abuso de poder. Portanto, não deixa de ser importante a limitação do poder do governo sobre os indivíduos, mesmo quando os detentores do poder prestam regularmente contas à comunidade, isto é, a seu partido mais forte.”⁷⁷

Mill alerta quanto à necessidade de proteção contra a “tirania da maioria” que não se manifesta apenas pela ação do soberano mas igualmente pela da opinião pública, que tende a impor as próprias ideais nem sempre de forma legítima. Mill enuncia o princípio da autoproteção, segundo o qual somente para o fim de defenderem-se podem a

⁷⁵ *op.cit.* p. 89.

⁷⁶ MONTOYA, J., *Bentham e os Direitos Humanos*, in *Ética e Utilitarismo*, Campinas, SP: Ed. Alínea, 1998, pp. 96-109.

⁷⁷ *A Liberdade*, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 9.

coletividade e os indivíduos interferir na liberdade de ação de qualquer um. Somente aquelas ações cujos efeitos alcancem terceiros ou a coletividade, com a possibilidade de causar-lhes danos, poderão ser objeto de legítimo controle por parte do Estado ou da comunidade. No que concerne àquelas condutas que dizem respeito exclusivamente ao indivíduo, ao seu corpo e à sua mente, ele, indivíduo é soberano e a sua liberdade é absoluta. Daí o destaque dado por Mill às liberdades de consciência, de pensamento, de expressão e de publicação de opinião, de gosto e de atividade, e de associação.⁷⁸

Existe, também, um outro princípio utilitarista que serve para afastar o risco de atitudes autoritárias, o da igual consideração dos interesses. De acordo com este princípio, não devemos dar maior peso aos nossos interesses, ou ao dos que são do nosso grupo, do que o dado aos interesses de todos os afetados por nossa conduta.⁷⁹ Cuida-se, portanto, de princípio do qual se extrai a exigência moral de que iguais devem ser tratados com igualdade. Ninguém pode, e muito menos o Estado, agir sem levar em conta todos os interesses envolvidos, sejam os interessados quem forem, independentemente de origem, raça, credo, sexo, idade, espécie, sem fazer distinção quando não houver razão para fazer distinção, o que, aliás, está em consonância com o art. 3º, IV, da Constituição brasileira. Diz Peter Singer:

“Todas [caracterizações do ético] concordam que a justificação de um princípio ético não se pode dar em termos de qualquer grupo parcial ou local. A ética se fundamenta num ponto de vista universal, o que não significa que um juízo ético particular deva ser universalmente aplicável. Como vimos, as circunstâncias alteram as causas. Significa, isto sim, que, ao emitirmos juízos éticos, extrapolamos as nossas preferências e aversões. De um ponto de vista ético, é irrelevante o fato de que eu sou o beneficiário de, digamos, uma distribuição mais equitativa da renda, e você o que perde com ela. A ética exige que extrapolemos o ‘eu’ e o ‘você’ e cheguemos à lei universal, ao juízo universalizável, ao ponto de

⁷⁸ ob. cit. pp. 17-22.

⁷⁹ SINGER, Peter, *Ética Prática*, São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 30-35.

vista do espectador imparcial, ao observador ideal, ou qualquer outro nome que lhe dermos.”⁸⁰

5. Concretizando o princípio da moralidade segundo critérios utilitaristas.

Pelo visto, até aqui, o Utilitarismo oferece um critério de moralidade que está de acordo com o Estado Moral e Democrático de Direito estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil. Cabe, agora, examinar se esse critério é capaz de, realmente, orientar o agente público no sentido de ele praticar um ato que, sob o aspecto moral, é correto e bom, e, por conseguinte, atende ao princípio da moralidade, concretizando este princípio.

Pelo que se extrai, em síntese, da teoria utilitarista, o agente pode, no seu cotidiano, conduzir-se segundo o utilitarismo de regra e adotar uma postura intuitiva, vale dizer, agir segundo aquelas regras morais consagradas pela experiência coletiva e que tendem a ir ao encontro do princípio da maior felicidade. É regra que integra a moral comum, por exemplo, não mentir, o que, no âmbito da Administração pública, equivale a ser transparente. O agente público, portanto, não pode, em geral, agir de forma sorrateira, ou divulgar meias verdades sem atentar contra a moral. Excepcionalmente pode e deve guardar sigilo, em oposição ao princípio da publicidade, quando assim o exigir a segurança nacional ou a intimidade do administrado, mas, nesses casos, também deverá

⁸⁰ *op.cit.* pp.19-20.

considerar o que pode causar maior felicidade ou maior sofrimento, o segredo ou a divulgação dos dados.

Haverá, porém, diversas ocasiões em que a moral comum não oferecerá uma solução para o dilema do agente, quando então ele, acolhendo a visão utilitarista, deverá fazer um juízo crítico, valendo-se da razão. Antes de tudo, deverá situar-se como um observador imparcial e, nesta condição, identificar as possíveis consequências deste ato em relação a todos aqueles que são por elas alcançados, sem discriminação, dando igual consideração a todos os interesses ou preferências envolvidos. Se o ato tender a maximizar a felicidade e a minimizar o sofrimento desses interessados, isto é, a ampliar na maior medida a satisfação dos desejos deles e a diminuir em ampla escala a frustração dos mesmos, ele será moralmente adequado. Não raro, um ato provoca prazer e também dor, especialmente quando este ato implica uma escolha, porque optar é sacrificar uma das alternativas. O agente utilitarista deverá, nessas circunstâncias, fazer um balanço, contrapondo um e outro, considerando a intensidade, a duração, a certeza ou incerteza; a possibilidade próxima ou remota de acontecer; a fecundidade; a pureza e a extensão, das sensações provocadas. E, ao final, procurará constatar se o resultado do cálculo é o superávit ou o déficit de prazer.

Ao avaliar, v.g., se o ato de distribuição gratuita de camisinhas, durante o Carnaval, está de acordo com o princípio da moralidade, o administrador deverá, com base em dados confiáveis e imparciais, levar em conta que consequências tendem a surgir em decorrência deste ato: promiscuidade ou prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, ou ambas, e nesta hipótese, o que prevalecerá, a promiscuidade ou a prevenção, o prazer ou a dor. O acesso mais fácil à camisinha, a exemplo do que ocorreu com o aparecimento dos contraceptivos que impulsionaram a revolução sexual na

segunda metade do século passado, é de se presumir, tende a estimular a troca de parceiros. Isto pode causar prazer intenso mas imediato e de pouca duração para os beneficiados pela doação. Pode também provocar sofrimento aos membros de uma coletividade tradicional, avessa a encontros fugazes e a desencontros perenes, que preferem as relações estáveis solidificadas pelo casamento e realizadas no âmbito da família, e não está interessada em gastar dinheiro público para satisfazer essa espécie de prazer. Por outro lado, sabe-se que uma troca maior de parceiros no período de Carnaval é fato que não está relacionado diretamente com a distribuição de camisinha. É percebido como quase inerente ao comportamento carnavalesco. Este comportamento, entretanto, oferece grande risco à saúde pública, por tender a disseminar doenças sexualmente transmissíveis, dentre as quais a mais destacada é a SIDA, que certamente causam grande sofrimento a todos os afetados e à coletividade, dor esta intensa, duradoura e certa, com custos bem maiores para os cofres públicos do que os decorrentes da distribuição de camisinhas que contribui para diminuir aquele risco. Nestas circunstâncias, penso que, numa visão utilitarista, o ato de distribuição de camisinhas seria moralmente correto. Vê-se, assim, que o critério utilitarista permite ao agente público encontrar uma resposta ao dilema moral criado em torno de um tema polêmico como o de distribuição gratuita de camisinhas pelo poder público.

Uma outra questão polêmica que pode nos servir para avaliar a aplicação do critério utilitarista é a relativa ao nepotismo, a respeito da qual já mencionamos decisão do Supremo Tribunal Federal (MS 23.780-5- MA). É interessante verificar se esta decisão sustenta-se à luz do Utilitarismo.

A contratação de parentes (ou de apadrinhados) por agente público é uma praxe secular existente nos três Poderes e envolve um número razoável de beneficiados, o que,

por isso, é causa de felicidade de igual proporção de interessados. Sidgwick anota que o senso comum prescreve como obrigação servir àqueles das nossas relações domésticas, a nós ligados por consangüinidade e amizade. Observa, ainda, que a benevolência derivada da afeição entre os seres humanos é um importante meio para se chegar ao fim utilitarista, e merece aprovação. Entretanto, ressalta, que, de acordo com o Utilitarismo, deve-se aprovar não tanto a afeição por certos indivíduos, mas preferencialmente um sentimento mais universal de “entusiasmo de humanidade”.⁸¹ A felicidade, ainda que intensa, duradoura e certa, não deve ser restrita a um grupo eleito arbitrariamente. Conforme assinalado anteriormente, deve-se buscar a maximização da felicidade de **todos** os interessados e deve-se fazê-lo de modo imparcial, com igual consideração das preferências de todos os envolvidos. Aqueles interessados preteridos pelo critério de parentesco (ou apadrinhamento), em número certamente maior do que os beneficiados, sofrerão grandemente por essa discriminação, especialmente em um país em que o desemprego é alto e as maiores e melhores oportunidades de emprego são oferecidas pelo Estado. Também sofrerá a coletividade que não usufruirá de serviços públicos eficientes porque tal critério não privilegia a competência. Daí que resultará um déficit de prazer em relação à dor, o que leva à conclusão de que o nepotismo, de fato, fere o princípio da moralidade, restando a decisão do STF de acordo com o Utilitarismo.

Outro tema examinado pelo Supremo: o depósito de disponibilidade de caixa dos Estados em instituições financeiras não oficiais. Aquela Corte, recordemos, entendeu que tal conduta ofenderia o princípio da moralidade porque beneficiaria determinadas instituições financeiras privadas (ADI 2.661-5 – MA). Privilegiou, entretanto, instituições financeiras oficiais, e pelo simples fato de serem oficiais, deixando de dar igual consideração aos interesses de todos os afetados pela conduta. Portanto, no que

⁸¹ op. cit. pp. 433-434.

tange ao argumento da imoralidade da conduta, a decisão é frágil à míngua de critério. Sob o critério utilitarista, seria necessário verificar-se se a autorização para o depósito das disponibilidades de caixa do Estados em instituição financeira não-oficial ampliaria ou não a satisfação dos desejos de todos os interessados, isto é, se maximizaria a felicidade de todos os alcançados pelos efeitos da conduta, comparando as suas consequências com as resultantes da realização dos depósitos em instituições oficiais. Com efeito, a experiência tem demonstrado que o simples fato de uma entidade ser pública não assegura a satisfação do interesse público.

Uma última decisão do STF a ser criticada, a da ADI 3.324-7 DF, que considerou a transferência de alunos de universidade privada para pública em decorrência da movimentação de militar um privilégio inaceitável pela Constituição em face do princípio da moralidade, entre outros. Vale aqui o mesmo raciocínio adotado em relação à questão do nepotismo. Favorecer os militares em detrimento dos servidores civis revela-se uma discriminação que contraria o princípio de que todos os interesses envolvidos devem ser igualmente considerados. E mais, é notória a dificuldade de ingresso nas Universidades públicas diretamente proporcional à facilidade de ingresso nas particulares que oferecem até vestibulares agendados ou virtuais. É notório também o prazer provocado pela aprovação no vestibular público e a dor decorrente da reprovação. E, certamente, maior é a frustração daquele que fez pontos suficientes para freqüentar os melhores cursos mas não o pode por falta de vagas causada pela destinação aos beneficiados com tais transferências. E há as consequências duradouras e danosas para a sociedade como um todo, como a que leva à descrença no trabalho árduo e no valor do mérito. A proteção de determinado grupo, não pelos seus méritos mas pela mera condição de ser o grupo “tal”, fará felizes os integrantes deste grupo mas infelizes os que não o integram e que, por mais se que esforcem por legitimamente merecer a mesma proteção, não a alcançarão por

não poderem fazer parte do “clube”. Tende, portanto, a ir de encontro ao princípio da maior felicidade, a não ser que esse grupo seja majoritário, mas então não se tratará de privilégio. Porém, ainda que a curto prazo favoreça uma maioria, o que é pouco provável, a longo prazo a prejudicará por estimular o comodismo e a indolência. Assim, aqui o STF se posiciona outra vez em conformidade com o Utilitarismo.

Nota-se que, comumente, a jurisprudência tem condenado como imoral a conduta parcial e discriminatória do agente público, que busca tão-somente a satisfação dos próprios desejos ou dos desejos daqueles que lhe são próximos, decidindo, portanto, ainda que inconscientemente, de acordo com o Utilitarismo, que reconhece a máxima segundo a qual não é direito tratar duas pessoas diferentemente se os seus casos são similares em todas as circunstâncias materiais.⁸²

Fica evidente, pelos exemplos acima, que o Utilitarismo oferece critério satisfatório de concretização do princípio da moralidade. Além disso, disponibiliza a motivação indispensável tanto ao ato administrativo quanto ao ato judicial e legislativo, que se devem pautar pela moral.

6. Conclusão

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, instituiu não só um Estado Democrático e Social de Direito. Instalou, também, um Estado Moral, que tem por objetivo o bem de todos, sem discriminação de qualquer espécie. Os agentes

⁸² SIDGWICK, *op.cit.* pp. 441-442.

públicos, por meio dos quais o Estado age, devem, portanto, não só atuar de acordo com a lei mas também em conformidade com a moral, restando indubitavelmente afastada, por aquela carta política, a dicotomia entre Direito e Ética, expressada na máxima segundo a qual nem tudo o que é legal é honesto. Hoje, a máxima há de ser a seguinte: se não for honesto, será ilegal.

A partir do ordenamento jurídico desenhado pela Constituição de 1988, o agente público deve atuar como um observador imparcial, voltado para a satisfação dos desejos, interesses e preferências de todos os alcançados por suas ações. Deve ser, assim, consequente, importando menos a retórica repleta de boas intenções e mais os resultados de seus atos.

O agente público, seja ele legislador, integrante do Executivo, ou magistrado, não pode se furtar a observar o princípio da moralidade. Se contrariar esse princípio, praticará ato não só contrário à moral mas também à Constituição, com as consequências que vêm da nulidade do ato à responsabilidade do agente. Portanto, necessita de critério moral que o oriente na elaboração das leis, na prática de ato administrativo e no exercício da jurisdição. Em geral, o agente público tem à sua disposição a moral comum – e não uma moral formada no interior da burocracia estatal, como pretendem alguns administrativistas -, que lhe oferece regras aplicáveis às questões morais cotidianas, os critérios intuitivos. Há, contudo, situações em que a solução para o dilema moral é complexa e requer um critério moral mais sofisticado, crítico.

O Utilitarismo, a partir do modelo clássico com os aperfeiçoamentos que se seguiram, é uma teoria moral que oferece esse critério, mostrando-se uma base

doutrinária bastante satisfatória e adequada às necessidades desses agentes, uma vez que inteiramente compatível com o ordenamento jurídico construído pela Constituição.

Com efeito, de um lado, a Constituição estabelece como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana e como objetivos fundamentais dessa mesma República, dentre outros, a promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação, e a erradicação da pobreza, da marginalização e da desigualdade; de outro lado, o Utilitarismo prega que toda ação para ser moralmente aprovada deve tender à maximização da felicidade e à diminuição do sofrimento de todos os afetados por essa ação, levando-se em igual conta o interesse, o desejo e a preferência de todos eles.

A Constituição mesma, ao positivar os princípios da impessoalidade, da igualdade, da publicidade, da licitação e da eficiência, entre outros, acolhe critérios utilitaristas, e ousamos dizer, por essa razão, revela-se, mesmo que não tenha sido esta a vontade consciente do constituinte, uma carta política utilitarista. Tanto isto é verdade que, na maioria das decisões dos Tribunais Superiores pesquisadas, nas quais é mencionado o princípio da moralidade como uma das razões de decidir, os intérpretes-aplicadores da Constituição têm adotado, embora inconscientemente e nem sempre com fundamentação clara, uma posição utilitarista.

Em conclusão, o Utilitarismo põe à disposição do agente público instrumentos racionais que possibilitam a construção de um pensamento moral capaz de conduzi-lo em sua decisão quanto à correção de uma ação. Também oferta àqueles afetados pelo ato e àqueles aos quais cumpre fiscalizá-lo os parâmetros necessários à sua aprovação ou desaprovação. Permite, enfim, ao intérprete-aplicador do direito, a partir de uma teoria moral consentânea com o ordenamento jurídico brasileiro, concretizar o princípio da moralidade.

BIBLIOGRAFIA

- ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, São Paulo: Nova Cultural, 1987
- ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Melhoramentos, 2005
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Melhoramentos, 1999
- BENTHAM, Jeremy, *Principles of Morals and Legislation, The Classical Utilitarians: Bentham and Mill*, EUA:Hackett Publishing Co., 2003
- BITTAR, Eduardo C. B. , *Curso de Filosofia do Direito*, São Paulo: Atlas, 2002
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Melhoramentos, 1997
- BRANDÃO, Antônio José, *Moralidade Administrativa*, Revista de Direito Administrativo, São Paulo, nº 25, 1951
- CAILLÉ, Alain, e outros, *História Argumentada da Filosofia Moral e da Política*. São Leopoldo, RS: Ed. Unisinos, 2004
- CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005
- COELHO, Inocêncio Mártires, *Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional, in Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002
- DELGADO, José Augusto, *O Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição Federal de 1988*, RT- 680, 1999
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella , *Direito Administrativo*, São Paulo, 2004
- FARREL, Martin Diego, *Os utilitarismos possíveis e a máquina da felicidade, in Ética e Utilitarismo*, Campinas, SP: Ed. Alínea. 1998
- FERREIRA, Sérgio de Andréa, *A moralidade na Principiologia da Atuação Governamental*, RDA-220

- FIGUEIREDO, Marcelo, *O Controle da Moralidade na Constituição*, São Paulo, 1999
- FRANCO MONTORO, André, *Introdução à Ciência do Direito*, São Paulo: RT, 20 ed. 1991
- GOMES, Nelson Gonçalves e Outros, *Ética no Serviço Público*, Brasília, 1998
- HARE, Richard Mervyn, *Ética, problemas e propostas*, São Paulo, 2003
- KANT, Immanuel, *Crítica da Razão Prática*, São Paulo: Martin Claret. 2004
- KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante, *A Ética no Serviço Público*, RDA, 220
- MONTOYA, J., *Bentham e os Direitos Humanos*, in *Ética e Utilitarismo*, Campinas, SP: Ed. Alínea, 1998
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Moralidade administrativa: Do Conceito À Efetivação*, RDA, 190
- MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Melhoramentos, 2000
- MILL, John Stuart, *Utilitarismo*, São Paulo: Martins Fontes, 2000
A Liberdade, São Paulo: Martins Fontes, 2000
- NASCIMENTO, Milton Meira do, *Ética*, in: *Primeira Filosofia*, SP, 1985
- SIDGWICK, Henry, *The Methods of Ethics*, USA: Hackett, 1982.
- SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Melhoramentos, 2002
- SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da, e Outros, *How does corruption hurt growth?*, www.transparéncia.org.br, 22.02.2006.
- SINGER, Peter, *Ética Prática*, , São Paulo: Martins Fontes, 2002
- VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez, *Ética*, RJ: Civilização Brasileira, 2005;