

**CONSTITUIÇÃO E ÉTICA: Controles aplicáveis para análise e invalidação, com base no ordenamento constitucional, dos atos antiéticos originários do Poder Público**

**CONSTITUTION AND ETHICS: Applicable controls for analysis and invalidation, based on constitutional order, of unethical acts originating from the Public Power**

**José Tarcízio de Almeida Melo\***

**Resumo**

A Constituição Política do Estado tem por conteúdo organizá-lo e declarar os direitos fundamentais, adotados como conceitos universais ou especificamente incorporados pelo Direito Positivo. A engrenagem, destinada a produzir o Bem Comum, com suporte na liberdade e na igualdade, defende, protege e recupera a dignidade da pessoa humana e produz a justiça social. Os atos políticos que a movimentam devem pautar-se em escolhas dentro dos padrões da Ética Social. Tendo a Constituição brasileira de 1988 introduzido padrões éticos, como princípios e regras, seu caráter fundamental, no ordenamento do Estado, está a determinar providências de autocontrole ou de controle externo destinadas a evitar atentados à Ética ou lhes extirpar os efeitos. O controle ético equipara-se ao controle constitucional pelo fato de que o núcleo ético é norma da Constituição. O controle ético é distinto do controle do mérito, porque terá por objetivo verificar a existência de requisitos, sem pretensão relativa aos critérios da conveniência e da oportunidade. É dever do Estado reconhecer a invalidade absoluta das omissões e dos atos contrários à Ética por serem também contrários à Constituição Democrática de 1988.

**Palavras-chave:** Moralidade. Igualdade. Monocrática. Poder. Controle.

**Abstract**

The Political Constitution of the State has the content of organizing the State itself and declaring fundamental rights, adopted as universal concepts or specifically incorporated by Positive Law. The gear, designed to produce the Common Good, based on freedom and equality, defends, protects and recovers the dignity of the human person and produces social justice. The political acts that move it must be guided by choices within the standards of Social Ethics. Since the Brazilian Constitution of 1988 introduced ethical standards, such as principles and rules, its fundamental character, in the order of the State, is determining measures of self-

---

Artigo submetido em 19 de agosto de 2020 e aprovado em 19 de setembro de 2020.

\* Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Email: [e.almeidamelo@gmail.com](mailto:e.almeidamelo@gmail.com).

control or external control aimed at avoiding attacks on Ethics or removing their effects. Ethical control is equivalent to constitutional control because the ethical core is the norm of the Constitution. Ethical control is distinct from the control of merit, because it will aim to verify the existence of requirements, without relative pretension to the criteria of convenience and opportunity. It is the duty of the State to recognize the absolute invalidity of omissions and acts contrary to Ethics, for they are as well against the Democratic Constitution of 1988.

**Keywords:** Morality. Equality. Monocratic. Power. Control.

## INTRODUÇÃO

A Constituição, em seu conteúdo material, contém, tradicionalmente, dois setores típicos: declaração de direitos (conteúdo e razão de ser da Constituição escrita) e definição das atribuições dos órgãos do Estado, que pressupõe a organização deste.

A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, considerou como matéria constitucional, somente o que dissesse respeito aos limites e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos<sup>1</sup>. Houve manifesto apreço pelos direitos políticos, colocados, com iniciais maiúsculas, ao lado dos direitos individuais.

Eis aí o apelo da primeira Constituição do Brasil, em sua condição de *Lex Fundamentalis*, conforme a preocupação da Escola Clássica do Direito Natural: dotar o Estado de normas para o convívio político social, com limitações à conduta do Soberano.

No caso do Brasil, a transformação fora mais forte com a opção pela forma republicana de governo, embora sua causa não tenha sido o abuso do Imperador, mas as necessidades da forma federativa e da libertação dos escravos.

Com a ampliação das atividades do Estado, já no século XIX e a tendência para o socialismo e sua forma hegemônica, o comunismo, o porte das Constituições foi ampliado não só para conter a declaração dos direitos sociais e econômicos como também para disciplinar a atuação do Estado nas ordens econômica e social.

A envergadura dos direitos sociais foi valorizada ao ponto de a Constituição brasileira de 1988 ter emancipado a Ordem Social da Ordem Econômica, construído quarenta artigos densos sobre o tema (arts. 193 a 232) e erigido o Título VIII, primeiro grau da divisão constitucional (título, capítulo, seção e subseção), exclusivo para a Ordem Social.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Senado Federal. **Constituições do Brasil (de 1824, 1891, 1934, 1937 e 1946 e suas alterações)**, I. Brasília. 1986. p. 32.

A formação heterogênea da Assembleia Nacional Constituinte, reunida em 1º de fevereiro de 1987, determinou a pletora de normas programáticas no texto constitucional. Raul Machado Horta<sup>2</sup> encontrou-as concentradas nos campos constitucionais dos Direitos e Garantias Fundamentais, no Sistema Tributário Nacional, na Ordem Econômica e Financeira e na Ordem Social. Di-las como projeção da Constituição no futuro, que não imobiliza a norma constitucional no tempo e propõe movimento constante de renovação que converte a Constituição rígida em Constituição prospectiva.

Os constituintes, em vez de evitar os temas polêmicos, projetaram-nos para o futuro, muitas vezes destinados ao trabalho do legislador complementar ou ordinário. Substituíram a Constituição, geralmente privilegiada por normas-regras, dotadas de eficácia completa, por Constituição dotada de grande quantidade de normas-princípios. Consagrar e defender princípios é salutar para que o ordenamento jurídico tenha raiz e coerência, mas não é possível desprezar o caráter fundamental da Constituição, por isso, dotado de coerção e de sanção.

Sem pretender discutir a aptidão jurídica da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, matéria que cabe, perfeitamente, em outro propósito, não há empecilho para que se critique a opção constituinte.

O silêncio quanto aos temas polêmicos, desde que não fossem essenciais do ponto-de-vista formal, teria sido mais adequado que aproveitar a autoridade da norma para torná-la mensageira de missão impossível.

A opção do constituinte brasileiro acarretou frustração popular diante da reiterada omissão legislativa. Prazos fixados foram ultrapassados sem a ação legislativa determinada, o que importa em desestima da Constituição, gerando demandas judiciais e o ativismo de que os Tribunais são acusados.

A primeira razão do aumento das demandas judiciais não foi a melhor consideração da cidadania, a qual pode ser exercida, civilizadamente, em tempo de paz e sem necessidade de conflito.

A Constituição não instituiu a garantia fundamental de que nenhuma lesão ou ameaça de direito será excluída da apreciação do Judiciário (art. 5º, XXXV) para tornar o Judiciário

---

<sup>2</sup> HORTA, Raul Machado **Direito Constitucional**, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p 195-196.

um tipo de via expressa para a obtenção dos direitos constitucionais, notadamente os sociais, que são constituídos de prestações positivas e onerosas devidas pelo Estado.

Referida garantia destina-se a evitar a supressão do acesso ao Judiciário nas infrações cometidas pelo Governo autoritário do regime militar, a contar do art. 11 do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968<sup>3</sup>.

Tendo optado pelo padrão intervencionista do Estado, a Constituição houve por ditar comportamentos consoantes com a Moral, a Ética e os bons costumes na execução do serviço estatal.

Esses comportamentos, mais do que princípios, em sua concretude, perfazem consistente resumo nas disposições gerais da Administração Pública em que são trazidos, para o bordo do Governo, além da legalidade, a impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37)<sup>4</sup>.

## 2 A ÉTICA SOCIAL

O juízo de valor, quando apressado, poderá encontrar aqui pleonasmos ou truísmos. Não se trata disso. Pretende-se dotar o tópos da Ética de virtude (*aretéia*); de práxis individual e de agir consciente e coletivo chegando-se à lei justa (*politéia*) que se destina à ação habitual (*héxis*) destinada ao Bem e à Igualdade.

A universalização da *práxis* ocorre, abstratamente, na lei justa que deve ser o *ethos normativo*. A Ética é a praxe, o ninho produtivo da Igualdade. Tem por pressuposto a outra base da democracia, que é a liberdade, envolvendo sempre conhecimento e escolha que parte do indivíduo para se ajustar ao histórico e social e incluir-se no *topos* universal<sup>5</sup>.

O **ethos** é valor cultural em constante mutação. Parte da liberdade individual em direção à existência cultural ou social, baseada na **tradição**, que estabiliza os padrões sociais, porém não inibe totalmente os **conflitos** no contexto dos quais a **razão** julga a **tradição** e a aperfeiçoa através do **método dialético** que somente não ocorre quando há o **niilismo** ético, a crise ética, no contexto da qual a produção se torna o único fim da ação humana. O **hedonismo** e o **consumismo** são as metas dos niilistas éticos.

<sup>3</sup> BRASIL Senado Federal. **Constituições do Brasil (de 1824, 1891, 1934, 1937 e 1946 e suas alterações)**, 1. Brasília, 1986, p. 405.

<sup>4</sup> BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2020. p. 31.

<sup>5</sup> VAZ, Henrique Claudio de Lima. **Ética e Direito**. São Paulo: Loyola, 2002. p. 65-67.

A Ética, como Ciência, surgiu com Sócrates, no quinto século antes de Cristo, quando a tradição perdeu força na transmissão de valores e o dever ser decorrente do poder retórico e persuasivo dos oradores da época passou a formar o consenso, a opinião do povo. Sócrates, o Pai da Ética, organizou-a objetivamente com a finalidade do **Bem** que é praticado no hábito da **Virtude**.

Os valores éticos são universais em sua substancia e decorrem dos determinismos da natureza. São contingentes e circunstanciais quando assimilam a realidade histórico-cultural e a singularidade dos fenômenos sociais

A ciência do **ethos** é contemporânea ao aparecimento e desenvolvimento da sociedade política. Matriz fundamental da lei da sociedade (**nómos**).

A Ética constrói a correspondência entre a lei ou medida (**métron**) interior e a **práxis** do indivíduo da cidade, que é propriamente o **nómos**, para assegurar a participação equitativa (**eunomia**) no bem comum. A Ética é referência ao fórum interno da pessoa, problema da consciência. Faz sempre o Bem; evita o mal e ressarce o mal cometido.

A Política ou ciência da **politéia** é a **Ética** vocacionada para a normatização da **práxis** comunitária. Ocorre pelo livre consenso e aceitação de existir e agir em comum, baseado na lei justa.

A razão explicitada no livre consenso e na lei é o Direito que está para a comunidade como a razão correta (**orthos lógos**) está para o indivíduo.

Henrique Cláudio de Lima Vaz<sup>6</sup> indica que a Ética não se origina do sentimento moral ou da conjunção das vontades destinadas à composição dos interesses comunitários. Intersubjetivo o conceito ou objetiva a norma ética da comunidade, provém da natureza e da dignidade humana. Direito ao Bem na extensão que cada pessoa o deseje para si. O reconhecimento recíproco da dignidade, na comunidade é indispensável para elevá-la ao nível da equidade e da igualdade.

Identifica existir, contemporaneamente, tendência positivista que afasta a influência da Metafísica na Lei, com o abandono da teleologia do Bem Comum na comunidade política. Inverte-se a primazia do Ser e do Bem, própria da Ética Clássica, em favor do primado do sujeito e do útil. Sucede o desaparecimento da Justiça (elemento subjetivo do Direito) como Virtude, ou seja, como perfeição da relação interindividual, dando margem à preponderância

---

<sup>6</sup> VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Ética e Direito**. São Paulo: Loyola, 200. p. 315 e segs.

aos interesses individuais sobre a Ética e levando à hipertrofia da justiça legal, ao legalismo abstrato e muitas vezes injusto.

Henrique Vaz assevera que a norma ética tem como suporte o dever enquanto a norma jurídica provém de fatores externos que a condicionam. A norma jurídica vale pela coerção que a impõe enquanto a norma ética obriga pelo respeito que lhe é prestado. A Corte Suprema dos Estados Unidos da América evita contraditar as leis aprovadas pelo Congresso. Procura produzir decisões firmes e coerentes. A máxima autoridade da Corte Suprema foi adquirida graças à moderação com que evita conflitos políticos, à firmeza e coerência em suas decisões. O apoio que a Corte Suprema tem conquistado não se encontra na posição que a Constituição lhe dá, porque o Congresso e o Presidente da República têm mais força. Encontra-se na reputação que o povo lhe reconhece por sua independência, integridade e bom senso. Quando seu prestígio tende a cair, na opinião pública, a Corte Suprema reforma a jurisprudência para atender as exigências públicas <sup>7</sup>.

Não ocorre apenas a Justiça Legal quando o Judiciário, ao pretexto da lacuna ou da omissão, produz lei imprópria ou atípica - a lei dos juízes que visa atender a reclamos pontuais e pode também trabalhar em interesses, em utilidades, sem Justiça. Essa atipicidade revela-se perigosa quando referidos interesses são de governantes e pessoas poderosas. O Juiz, voltado, como deve ser, para o caso particular, não é preparado para criar leis gerais e que se destinem ao Bem Comum.

Os constituintes procuraram compensar a imensidão e incompletude da Constituição de 1988 com instrumentos que tornassem reais as leis e os atos administrativos que o texto constitucional consagrou.

Juristas imaginaram o mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão para tornar acessíveis os direitos constitucionais, especialmente os que demandam gasto público, serviços ou benefícios pelo Estado. Equívoco, pois, como disse Nelson Hungria<sup>8</sup>, onde não há, até rei perde.

Outro entrave, tão ou mais importante, é o da falta de vontade política. Quando os legisladores não se submetem a sanção e a norma constitucional é imperfeita, simplesmente não há qualquer efeito da providência judicial que seja requerida.

O prejuízo ainda é maior quando o Supremo Tribunal Federal estabelece movimento pendular na solução dos mandados de injunção. Ora, por razões preambulares de processo,

<sup>7</sup> SCHWARTZ, Bernard. **Direito constitucional americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 186.

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pedido de Intervenção Federal n 20 - Minas Gerais. Relator: Ministro Nelson Hungria, Acórdão de 03 mai. 1954. Publicação no DJ de 15 jul. 1954.

ora no mérito. Nega o pedido em alguns casos. Pouco depois evolui para construir lei com efeitos concretos, o que bate contra a natureza do ato legislativo. Também é possível ver o Tribunal estabelecendo lei ilegítima com efeitos gerais. Numa quarta posição o Tribunal limita-se a declarar a demora do legislador, abrindo-lhe, ou não, prazo para implementar a conduta determinada pela Constituição. Sem poder impor sanção em caso de inadimplemento.

O limite de espaço para este artigo doutrinário não permite incursão analítica das idas e vindas do STF o que se procurou fazer, até o ano de 2006, no estudo das garantias políticas e, especificamente, do mandado de injunção<sup>9</sup>. Mas, é possível registrar a crítica do Ministro Marco Aurélio<sup>10</sup> aos precedentes que se limitaram a uma certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar os direitos e liberdades, deixando de efetivar a prestação jurisdicional que afaste as consequências da inércia do legislador. Conclamou, por isso, o Supremo, em sua composição contemporânea, a rever a jurisprudência que ainda assim ficaria aquém da atuação dos tribunais do trabalho que, nos dissídios coletivos, exercem atuação legisferante, consoante prevê o art. 114, § 2º, da Constituição.

A hipertrofia do Estado-Administrador e a submissão circunstancial do Legislativo ao Administrador determinam o ingresso do Judiciário na execução das políticas públicas. Compreensivelmente, para não frustrar a jurisdição. Em fase sucessiva e perigosa, na formatação indesculpável de leis, constituindo essa ação em ativismo nocivo ao equilíbrio democrático, como aconteceu na admissão do casamento homossexual e na fixação de conceito novo para o aviso prévio, como Ives Gandra Martins<sup>11</sup>, reiteradamente, tem denunciado

A partir da distinção e da relação entre as duas legislações, a ideia do Direito pode ser desenvolvida como capacidade social para três objetivos.

O primeiro é o reconhecimento universal da liberdade de ação, mediante condições, no compartilhamento do espaço comunitário.

O segundo objetivo do Direito é estabelecer contrato produzido pela vontade geral para empreender a universalização no plano jurídico-estatal. O legislador deve indagar se cada cidadão pode ser coautor da lei em questão, sendo inadmissíveis as leis que tratam iguais de

---

<sup>9</sup> ALMEIDA MELO, José Tarcizio de. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte, Del Rey Editora, 2008. p. 412-421.

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 721-7. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão de 30 ago. 2007. DJ, 30 nov. 2

<sup>11</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Supremo Tribunal Federal e o consequencialismo jurídico**. In: Estado de S. Paulo, caderno I, p A2, 17 jul. 2020.

modo desigual e que conduzem a uma distribuição diferente de direitos e deveres aos que são iguais. O contrato qualifica o direito humano e universal como direito formado pela vontade geral.

O terceiro objetivo do Direito é a paz e a justiça mediante a submissão dos Estados à razão normativa. A globalização liberal, no final do Século XX, aprofundou as injustiças sociais e econômicas e as sedimentou no âmbito internacional. A ação dos indivíduos e dos Estados passou a ser indutora de paradigmas mundiais e o desejo da paz universal, elevado a um direito da humanidade. A paz torna-se imperativo ou exigência categórica para eliminar o perigo do estado de natureza, a guerra, a ausência de lei especialmente quando crescem e os instrumentos bélicos de precisão e de enorme espectro tornam-se mais ameaçadores.

A ordem jurídica somente se completará quando a liberdade externa dos homens e as relações internacionais estiverem submetidas à razão normativa. Ideal difícil de ser conquistado, dado o contraste e o conflito de interesses, pode ser atingido mediante o progresso de etapas de compatibilização.

Dom Walmor Oliveira de Azevedo<sup>12</sup> ensina que toda administração, pública ou privada, assenta-se nos pilares da exigência da promoção da dignidade da pessoa humana, da renovação cultural permanente e na efetiva participação de uma sociedade solidária, construção essa que carece de ganhar lastro maior nos horizontes da Antropologia, que determina os rumos da administração dos grupos e pessoas, reconhecendo como exemplar a leitura que o Judaísmo elabora para si e passa como herança para o Cristianismo.

A construção de instâncias éticas nas instituições governamentais e nas empresas corresponde ao esforço para que, na sociedade em que grassa a especulação, o egoísmo, a falta de solidariedade, o lucro e o consumismo exagerados, se reduza a corrupção e se reconsiderem os valores da vida e da dignidade do ser humano.

O sentido ético da Administração encontra-se na vontade de servir. Na renovação cultural da comunidade e na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (Constituição, art. 3º, I).

À medida que se reduz a legislação e se ampliam as ações do Governo e os julgamentos do Judiciário, a indagação sobre os conteúdos éticos torna-se mais instigante.

---

<sup>12</sup> AZEVEDO, Dom Walmor Oliveira de. **Ética em diálogo**. Ética e administração. São Paulo: Paulinas, 2012. p. 13-15.

### 3 A ÉTICA NA LEGISLAÇÃO, ADMINISTRAÇÃO E JUSTIÇA

Aristóteles<sup>13</sup> ensinou que o homem dotado de sabedoria prática é capaz de deliberar sobre o que é bom e conveniente para si, não do ponto de vista particular, mas dos que estão a contribuir para sua qualidade de vida.

Um dos grandes déficits do povo brasileiro, neste século, é o da segurança. A saúde, o vigor, são anseios prioritários do indivíduo humano. Só serão reais quando forem plurais e abrangentes para serem agradavelmente fruídos e gozados em comunidade. São ilusoriamente poderosos os que vivem encastelados ou jogados ao exílio pela insegurança da Terra Natal.

Aristóteles<sup>14</sup> mencionou que a felicidade é a melhor, a mais nobre e mais aprazível coisa do mundo. Consegue-se felicidade com a justiça (atributo mais nobre), a saúde (o melhor atributo) e o amor (atributo mais doce).

Como está na obra de Michael J. Sandel<sup>15</sup>, baseada em Aristóteles, a virtude moral resulta do hábito, da prática, do exercício tal como acontece em relação às artes. A excelência moral não consiste em agregar prazeres e sofrimentos, mas em usufruir das coisas nobres e sofrer com as coisas reles. É uma atividade do espírito em sintonia com a virtude.

Na Constituição do Estado de Minas Gerais, de 21 de setembro de 1989, encontra-se comando, forte de impregnação ética, que determina o controle e a invalidação dos atos do Poder Público mediante a apuração de sua moralidade em face de dados objetivos de cada caso<sup>16</sup>.

Outro artigo da Constituição mineira dispõe que a sociedade tem direito a um governo honesto, obediente à lei e eficaz<sup>17</sup>.

Está embutido neste preceito que os atos públicos sejam dotados de razões bem fundamentadas na moralidade.

A norma não é reduzida para o ato administrativo, pois remete-se a atos do Poder Público. A interpretação há de ser ampla em benefício do Estado que é a sociedade organizada.

---

<sup>13</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 132

<sup>14</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 30.

<sup>15</sup> SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p.244.

<sup>16</sup> MINAS GERAIS. Constituição do Estado. Organização de Gianmarco Loures Ferreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 7.

<sup>17</sup> MINAS GERAIS. Constituição do Estado. Organização de Gianmarco Loures Ferreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.36.

Nem se descartará esse rico conteúdo com o mandatório de verificação caso a caso. O texto é plenamente compatível e igualmente solicitado pelos atos legislativos e judiciais, por não lhes ser reconhecida razão plausível de ressalva ou de exclusão.

A moralidade é requerida como apanágio de todo ato do Poder Público e não só do ato administrativo. Aristóteles ensinou que a sabedoria legislativa é que exerce o papel controlador na sabedoria prática e, se irá exigir, pelo controle, o ajuste ético, terá de se conduzir com o conteúdo ético que irá controlar e exigir.

Sustenta-se sempre que os legisladores se abstenham nos assuntos em que tenham interesse pessoal envolvido. É dever indeclinável de consciência a abstenção do voto e outro comportamento assinalaria nítida situação de quebra de decoro. É respeitável que um Deputado apresente projetos de interesse de sua classe e os defenda. Mas, não será possível que decida, em nome do Estado, quando haja conflito de interesses ou interesse individual pelos efeitos concretos da lei. Estas colocações são igualmente válidas para o administrador público.

Júlio César dos Santos Esteves<sup>18</sup> sustenta a quebra do princípio da igualdade e a ocorrência do desvio de finalidade como hipótese comum em que se evidencia a responsabilidade patrimonial do Estado por lei inconstitucional. O dano moral coexistirá com o dano material com direito de ressarcimento contra o Estado.

A contribuição da Legística é fundamental para o aprimoramento das leis, tendo sido oportuna a introdução de um protocolo a seguir, na elaboração dos projetos de lei de maior importância, como os de iniciativa do Poder Executivo, com a substancial justificativa de Jandyr Maia Faillace Neto<sup>19</sup>. Este protocolo é de plausível imitação, pelas Casas Legislativas, para que exista maior frequência e oportunidade de controle preventivo.

A interpretação do art. 37 da Constituição da República<sup>20</sup>, com viés restritivo, é precária. A deliberação e a ação ocorrentes no Legislativo e no Judiciário são atos que requerem tantas ou maiores exigências que o ato administrativo em sentido estrito. O cumprimento do ato administrativo é feito com individualidade. A lei é ato geral. A sentença aplica-se individualmente na modalidade contenciosa da relação jurídica<sup>21</sup>. Ambas são atos do

---

<sup>18</sup> ESTEVES, Júlio César dos Santos. **Responsabilidade civil do Estado por Ato Legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 249

<sup>19</sup> ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **LEGÍSTICA. Qualidade da lei e desenvolvimento**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa, 2009. p. 203-218.

<sup>20</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2020. p. 31.

<sup>21</sup> LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915. p.1.

Estado, atos do Poder Público. A amplitude da lei e a execução desta, pelo Judiciário, em casos conflituosos, exigem solidez ética igual à do ato administrativo puro.

A opção pela Ética registra-se na escolha de nomes para o auxílio do mandatário político. Será ato impensável, do ponto de vista ético, que sejam escolhidos para o Governo empresários privados com interesses conflitantes com aqueles constantes do planejamento governamental. Por exemplo, se a privatização ou desestatização encontra-se na pauta das prioridades, não se assimila que pessoa, direta ou indiretamente, interessada na aquisição, pelo particular, assuma os cuidados com essa prioridade. Também não é eticamente correto que o empresário privado, gozando de incentivos fiscais ou de favores do Estado, tenha interferência nas ações do Estado ligadas a essas matérias. A falta ética, nesses casos, está na culpa *in eligendo* do mandatário político e na culpa *in acceptando* de quem é escolhido. Basta a verificação do fato objetivamente considerado e o nexo de causalidade para ser presente a frustração na moralidade administrativa.

Pode-se dizer que a escolha fica então mais difícil. Sim, nas causas do povo as escolhas exigem mais. Acrescenta-se também que é reduzido campo para a colheita de experiências vitoriosas na iniciativa privada. Mas, trata-se de limitação saudável e que recomenda maior compromisso público com escolas de formação de empreendedores públicos. Também é pobre a opção por empresário privado que não possua tradição política, disposição paciente para o diálogo como precisam ter Tribunais e Parlamentos.

Tratando da relação entre a Ética e as eleições Dom Walmor Oliveira de Azevedo<sup>22</sup> propõe que o ato de votar é um rito de nobreza, praticado comunitariamente, pela realização da liberdade de escolha, pela dinâmica da participação e pelo exercício da responsabilidade de entregar os destinos da sociedade às mãos que tenham condição real de conduzi-la. O rito de nobreza investiga a história da vida do escolhido, sua capacitação, honestidade e qualidade de relacionamento.

Estes requisitos do rito nobre estão presentes também nas escolhas, pelos governantes, de auxiliares e de projetos. Quanto às pessoas, seu passado há de garantir compromisso com a vida, certeza de sua ação voltada para a dignidade da pessoa humana. A Ética é o luzeiro de critérios para escolhas de pessoas e avaliação de propostas, com a exclusão dos que, por vis

---

<sup>22</sup> AZEVEDO, Dom Walmor Oliveira de. **Ética em diálogo**. Ética e eleições. São Paulo: Paulinas Editora, 2012. p. 61-63.

interesses, são tentados pela corrupção e estão distantes da justiça social que deve ser o móvel das engrenagens da Democracia.

A independência e harmonia dos Poderes têm dificuldade de prestigiar a entrada do mérito do ato administrativo pelo Judiciário. Estes comandos fundamentais não são absolutos, pois o ordenamento prevê freios e contrapesos bem como a extensão do trabalho do Estado passou a exigir passagem pelo mérito como instrumento sem o qual não é possível compor conflitos. Quando se trata de Ética não está em causa matéria de mérito do ato administrativo, mas verificação do respeito à dignidade humana que é exigência universal da natureza e se acha construída como fundamento constitucional do Estado (Constituição de 1988, art. 1, III)<sup>23</sup>.

A titularidade do povo, ou das associações comunitárias, sem necessidade de intervenção do Ministério Público foi contemplada pela Constituição de 1988 ao tratar da ação popular, quando, em seu art. 5º, LXXII<sup>24</sup>, deferiu a qualquer cidadão propor a anulação de qualquer ato lesivo à moralidade administrativa.

O art. 129, III<sup>25</sup> atribuiu ao Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio social. Ao lado do patrimônio público, compreende-se o patrimônio social como conjunto de valores imateriais e morais.

A Constituição do Estado de Minas Gerais consagra o direito da sociedade de manter-se informada de ato, fato ou omissão, imputáveis a agente político, servidor ou empregado público de que possam resultar ofensa à moralidade administrativa (art. 73, §2º)<sup>26</sup>.

Referida Constituição Estadual<sup>27</sup> reserva ao cidadão e às associações representativas da comunidade o controle direto dos atos das unidades administrativas dos Poderes do Estado e de entidade da administração indireta mediante amplo e irrestrito direito de petição e de representação.

Afasta-se a possibilidade de que o sentimento subjetivo do que é moral se torne a lei do Estado. A pauta da moralidade será aquela aceita pela comunidade. A noção parte para o campo histórico e não permite tabelas ou julgamentos apriorísticos. Cada caso será novo caso.

<sup>23</sup> BRASIL **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2020. p. 10.

<sup>24</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2020. p. 14.

<sup>25</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2020. p. 72

<sup>26</sup> MINAS GERAIS. **Constituição do Estado**. Organização de Gianmarco Loures Ferreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 36.

<sup>27</sup> MINAS GERAIS. **Constituição do Estado**. Org. de Gianmarco Loures Ferreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.36.

A norma não deverá ser inócua. Será acompanhada de controle. Sua ofensa causará invalidação.

A Constituinte mineira<sup>28</sup> determinou que os atos administrativos deverão explicitar o fundamento legal, o fático e a finalidade.

A motivação não será pura e simples, a partir de elementos evasivos, genéricos, plurissignificativos. Será posto o fundamento legal em que o ato administrativo se baseia, o fato que pretende resolver e a finalidade que, se não for compatível com o fim do Estado, será desvio de poder, será improbidade. Este é o germen da doutrina<sup>29</sup> segundo a qual não se procura a intenção do administrador público. Basta existir o desvio de finalidade porque seria ingênuo tentar descobrir os rastros da intenção do mau administrador que sempre terá ardil para esconder a verdade e não se autodenunciar.

As Comissões de Ética têm sido presentes nos arcabouços da Administração Pública. São auspiciosas promessas para o aprimoramento das leis e dos atos administrativos quando são integradas por componentes de nomeada que não tenham compromisso com os titulares a serem controlados.

A Constituição<sup>30</sup> pautou comandos fundamentais, destinados à lei federal, para a defesa da pessoa e da família (arts. 220, § 3º, II e 221, IV). Não se trata de censura, expressamente proibida (art. 220, § 2º), uma vez que não se encontra em causa restrição aos valores políticos, ideológicos ou artísticos. Diferentemente, é a exigência de que se cumpram e respeitem valores constitucionalmente preservados.

Os veículos da Comunicação Social, de maior eficácia, que são as emissoras de sons (rádio) e de sons e imagens (televisão) são serviços públicos concedidos (Constituição, art. 223). Sua condição de Serviço Público determina absoluta fidelidade aos comandos constitucionais da Comunicação Social.

Ariosvaldo de Campos Pires<sup>31</sup> denunciou a libertinagem sem limites da televisão. Com autoridade de criminalista consagrado questionou o fato de ser crime induzir menor a presenciar ato de libidinagem e não ter crime aquele que induz milhares de menores pelo

---

<sup>28</sup> MINAS GERAIS. **Constituição do Estado**. Org. de Gianmarco Loures Ferreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.10.

<sup>29</sup> MARTINS, FERNANDO RODRIGUES. **Controle do patrimônio público. Comerntários à Lei de Improbidade administrativa**, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 252-261.

<sup>30</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2020, p. 114-115.

<sup>31</sup> PIRES, Ariosvaldo de Campos. A libertinagem sem limites. Belo Horizonte. In: Estado de Minas, p. 7. 12 ago. 2002.

veículo da televisão. Propôs que as empresas de televisão adotassem códigos de Ética além de boicotes contra as empresas que patrocinassem programas com apologia criminosa.

Códigos de Ética, dotados de normas sem sanção, não superam a opção pelo faturamento elevado. É necessário que o Governo abra mão de seu fundamentalismo de liberdade imoral, ainda que ao pretexto de evitar que ocorra a devolução dos tempos de censura reprovável, para saber separar desta a exigência de prática ética.

Luciana Raso Sardinha <sup>32</sup> trata da interpretação teleológica das normas constitucionais da Comunicação Social, com abono de opinião autorizada de Luís Roberto Barroso para concluir que os princípios potencialmente conflitantes do documento dialético da Constituição devem ser interpretados levando-se em conta a repulsa da Assembleia Nacional Constituintes de 1987 ao controle social e político da censura que deve ser considerada conjuntamente com os direitos e os princípios que a Constituição adota e protege.

O Grupo Globo <sup>33</sup> elaborou Código de Ética e Conduta muito bem estruturado e que trata das responsabilidades de suas empresas e das relações que passavam por suas atividades. Em matéria de Ética, versou sobre combate à corrupção e tratamento dos conflitos de interesses. Dispõe sobre as relações com pessoas, parceiros, clientes, fornecedores e concorrentes. Não se encontra presente, no Código, a sociedade brasileira, destinatária e usuária de seus produtos de telecomunicação. Classificados como clientes ou usuários, deviam os telespectadores e assinantes ser destinatários de compromissos e garantias não só de qualidade como de honestidade em matéria de transmissões. O Código de Ética não é, pois, suficiente para evitar abusos a corrosão moral da sociedade.

#### **4 PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

A competência dos órgãos estatais segundo a expressa previsão da lei prevaleceu na democracia clássica. Distintamente da capacidade civil, a competência foi definida com o que a lei diz.

---

<sup>32</sup> PINTO, Luciana Sardinha. **Rádiodifusão. O controle estatal e social sobre suas outorgas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 242-243

<sup>33</sup> Código de Ética e Conduta. Grupo Globo, 2. ed. Disponível em: <https://portaldofornecedor.tvglobo.com.br/Documentos%20Compartilhados/Codigo%20de%20C3%89tica%20e%20Conduta.pdf> Acesso em 18.08. 2020.

A qualidade intervencionista do Estado contemporâneo foi apurada juridicamente por Miguel Reale<sup>34</sup> que reescreveu o instituto da competência para efeito de verificação da higidez do ato administrativa. Propôs o controle da adequação ao ordenamento jurídico, em vez de controle de sua legalidade, pois, muitas vezes, o Governo é chamado a agir e, por mais profusa que seja a legislação, não encontra lei para disciplinar sua ação.

Quando se apresentam diversas opções de conduta, sempre existirá a mais adequada, a melhor. Havendo conflito de interesse entre o Governo e o indivíduo ocorre a necessidade de que um órgão do Estado faça a identificação e colação da melhor alternativa. Essa aferição não considerará apenas a legalidade, mas o não conflito com a Constituição e a adequação aos princípios constitucionais e ao ordenamento jurídico. A composição não deverá conflitar com a ordem normativa do Estado.

O controle do ato administrativo varia de extensão, conforme seja vinculado ou discricionário. Edimur Ferreira de Faria<sup>35</sup>, a partir da teorização dos conceitos indeterminados, aceita que o elemento valorativo não concorre no estabelecimento de seu núcleo senão em casos excepcionalíssimos.

As escolhas podem ser árduas e penosas, porém a identificação delas há de ser controlada. Coloca-se, por exemplo, a questão das prioridades. Direitos fundamentais e indisponíveis têm idêntica prioridade. Não se escusa o Estado neste caso com a colocação de preferência em função da limitação de meios.

Gustavo Amaral<sup>36</sup> invoca a lição de Alexy, bem aplicada ao ordenamento constitucional de 1988. Constituição repleta de princípios, há espaço maior para a escolha como otimização. Neste caso aumenta o espaço para a ponderação e a contribuição da Ética.

A falta da consciência ética da comunidade enseja a anomia e a tirania. Não existindo razões éticas, a coação estatal torna-se vazia, não projeta repercussão prática e torna-se causa ocasional para as tiranias, por prevalecer o subjetivismo.

Neste início do Século XXI a humanidade avançou em direção a uma cidade global. O desenvolvimento científico-tecnológico possibilitou distâncias mais curtas e comunicação mais rápida. A integração internacional passou a ter interesses vitais da humanidade expondo a maior parte da população a condições subumanas bem como relegada à pobreza e à

---

<sup>34</sup> REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 21-22.

<sup>35</sup> FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 196.

<sup>36</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. São Paulo: Renovar, 2001, p. 123.

marginalidade. Esta constatação tornou impossível deixar-se ao direito do poder a solução dos conflitos humanos e determinou que se encontrassem meios para a autodeterminação mediante a construção da ética da solidariedade que prestigia o primado da igualdade e da dignidade. Tornou-se necessária a descoberta de princípios universais em que se apoiassem indivíduos, sociedades e estados que, pelo processo da legitimação, se justificassem pela Ética, pela Justiça e pelo Direito. Trata-se da legitimação das normas necessárias à civilização global

O controle ético, como forma de limitação ao subjetivismo, torna-se indispensável para se obstar a arbitrariedade e a tirania favorecendo os direitos e garantias fundamentais.

APEL<sup>37</sup> sinalizou que toda a ação humana dotada de sentido deve antecipar contrafaticamente a comunidade ideal de comunicação com a emancipação do homem em relação às assimetrias do diálogo interpessoal produzidas na sociedade. Tendo em vista a pujança da Ciência e Tecnologia, as atividades humanas têm macroconsequências que põem em risco a sobrevivência não só do gênero humano, mas de toda a biosfera.

Distintamente da legislação jurídica, que depende da coerção estatal e é desejável, no plano internacional (fato improvável, mas possível), a legislação e o controle ético têm extensão universal.

O homem da atualidade não suporta mais o maltrato, a escravidão. Contra estes ficará sempre a resistir e a lutar.

A proporcionalidade e a razoabilidade têm sido colocadas como parâmetros éticos. Na falta de lei, o Juiz apela para esses dois critérios na sustentação de suas decisões.

Trata-se de critérios muito batidos na literatura jurídica e na jurisprudência. Foram lançados e tomados como válidos, tendo sido disseminados na cultura do Direito brasileiro.

A proporcionalidade pode ser bom apoio para a definição da capacidade contributiva em Direito Tributário. Caso a legislação adotasse esse critério para fins de arrecadação, o direito do Estado seria justo e a penúria fiscal não alarmaria os governos de populações pobres. A experiência mostra que, no Direito Tributário, onde a proporcionalidade seria bem recebida, por estar diante da capacidade de pagar em função do patrimônio, da renda, dos negócios ou da disponibilidade de cada um, na prática a proporcionalidade não funciona. A contribuição dos ricos, por serem poderosos para as decisões estatais, é significativamente menor. Aí existe problema ético.

---

<sup>37</sup> APEL, Karl-Otto. **La transformation de la filosofia**, tom o II. Madrid: Taurus Ediciones, 1985, apud COSTA, Reginaldo da. **Ética do discurso e verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 220-221.

Nos direitos indisponíveis que, em sua natureza e por definição, são direitos mais nobres e relevantes para a humanidade, a proporcionalidade não se aplica.

Quando se precisa de um tratamento médico, de procedimento hospitalar, não faz sentido dar-se atenção maior ou menor segundo ponto de referência como o patrimônio da pessoa. Todos os seres humanos merecem idênticos e completos cuidados nessa ordem das coisas. A proporcionalidade que pode existir é na dosagem medicamentosa, a qual não é, ontologicamente, direito, mas medida ou cálculo do elemento suficiente. Como regra os bens da vida que são fundamentais ou são integrais ou estão em falta.

O critério da razoabilidade, francamente utilizado pelos juízes, é bastante precário. Razoável é o que está conforme com a razão. Muito pouco para a ética da humanidade. O racional pode não ser justo. Em termos mais comuns razoável é o bom que não o melhor. O dever do Estado é procurar sempre o ótimo, o ideal.

O encontro do razoável dá a entender que, para ficar livre do pedido, o Estado não progride na procura e entrega logo, despacha o que estiver mais perto, acessível ou fácil.

Não se aprova a motivação definitiva no proporcional e no razoável, na maioria dos casos.

A Constituição brasileira de 1988, tão charmosa na promessa de direitos e no estabelecimento de princípios, não chegou às paragens da proporcionalidade e da razoabilidade. São criações doutrinárias e jurisprudenciais.

Será próprio e inclusivo que se compreenda proporcionalidade e razoabilidade no critério da igualdade que, juntamente com a liberdade, é baluarte da Ética, da Justiça e da Democracia.

A igualdade passou por anomalias que deixaram sequelas, na construção dos comunistas. Divisão do Estado em duas classes. A da nomenclatura, em que todos receberiam do Estado o maior conforto e o máximo de benefícios e da população, destinatária do mínimo dos direitos e da subjugação governamental. Essa equação não traduz igualdade, mas luta de duas classes onde uma delas domina à custa da força bruta.

A lembrança da igualdade comunista não isola os homens da igualdade ética, que é possível e praticável. Os atropelos que a igualdade sofreu não autorizam que se descreia dela e que seja exorcizada pela humanidade.

A igualdade, ao contrário, é a chave da porta da paz e da felicidade. Depende de muita luta para se desvencilhar dos grilhões do tempo antigo, que faz remanescerem incontáveis

privilégios. É sublime causa de uma luta justa e ética, a partir da premissa de que todos são semelhantes ao Criador.

APEL<sup>38</sup> sustenta que somente a autocompreensão reflexiva possibilita ao homem valorar responsabilmente cada situação e tomar uma decisão válida para o ideal de uma comunicação comunitária sustentável.

## 5 TRANSPARÊNCIA DO PODER PÚBLICO

O controle ético dos atos do Poder Público dá-se com a verificação de sua honestidade (*honeste vivere*), do benefício público, do desapego individual com renúncia a qualquer favorecimento pessoal proveniente do exercício da função pública.

Os procedimentos da Administração Pública, em geral, são bem organizados e suficientes para sua qualidade ótima. A falha encontra-se em seu automatismo, quando o agente público não tem consciência da razão de ser de cada ato administrativo e o controla, *a posteriori*, para apurar se é nulo ou anulável. Tem-se a tentação de dizer que a prática usual é de controle da sanidade do ato administrativo.

A licitação é exemplar instrumento de construção da igualdade na Administração Pública. Entretanto, seus incidentes rolam meses. Quando termina, muitas vezes está frustrada por que houve necessidade de se recorrer à dispensa, com o falso fundamento da urgência. Em verdade, no lugar da urgência, o que ocorre, nesses casos, é o mau planejamento se não é também o gerenciamento falho.

Há também a objeção preguiçosa de que os auditores não podem, em apreço a sua isenção e neutralidade, estar presentes às etapas do procedimento. Só deveriam entrar para perfazerem papel semelhante ao de um Juiz. Concluída a licitação, é chamado para bater o martelo ou depurá-la. Quantas vezes os auditores não se valeram de um erro ou da falta de algum requisito para proporem a anulação e a repetição do procedimento?

Ser auditor independente, externo ou interno, não é confinar-se na morada dos deuses e de lá baixar no momento culminante para enviar criaturas aos infernos. A participação zelosa do auditor, em todas as fases da licitação, é dever pelo qual o inviável não cresce.

A transparência não pode ser tendenciosa, desigual. O verdadeiro motivo da exposição de nomes e salários de servidores não é a falta de outros meios, mas sua propriedade escandalosa. A bem da igualdade, concessionários de serviços públicos, como os

---

<sup>38</sup> APEL, Karl-Otto. **La transformation de la filosofia**, tom o II. Madrid: Taurus Ediciones, 1985, apud COSTA, Reginaldo da. *Ética do discurso e verdade em Apel*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 222.

de rádio e televisão, e as empresas que se valem de recursos do Tesouro merecem tratamento idêntico. Os contratos de publicidade, celebrados pelo Estado, devem ter seus custos difundidos no veículo de sua própria circulação, por serem as torneiras mais largas pelas quais perpassam rios de dinheiro público. Neste é o método para evitar aditamentos ilegais e superfaturamentos que reduzem ou esvaziam as burras do povo,

A transparência que acontece é aquela em que as virgens expõem-se, pelo apreço ao nu estético e em que às prostitutas públicas são reservadas antigas roupas de freiras.

Dalmo Dallari<sup>39</sup> indica que a demasiada valorização da forma e a identificação do Estado Democrático com determinado tipo de organização leva a consequências indesejáveis como a ocultação do totalitarismo. Este esconde-se atrás da fachada democrática como para se infiltrar e perseguir a consecução de propósitos inconfessáveis e que, se descobertos, seriam inalcançáveis.

Lassale<sup>40</sup> divisou este problema ao bradar pelo “Obrigai o absolutismo a mostrar a cara!”. Constatou o pseudoconstitucionalismo, como mentira em que o absolutismo se esconde. Para ele a correção é bem simples e consiste em obrigar o Governo a baixar o véu da hipocrisia.

Fala-se muito de transparência. Que é ser transparente? É receber raios de luz sem a refração que prejudique a visão. Trata-se de outra forma de mencionar o dever de prestar contas. O Estado de governo democrático tem direito a contas exatas, a contas ditadas pela razão correta.

Transparência não é colocar a nu a intimidade ou privacidade das pessoas. Não é sítio para o assédio moral. Nem implica a hipocrisia de vedar ao homem que se apresente ao povo, se possível, de corpo inteiro, de pé, ereto como deve ser. A Transparência encontra-se dispersa em normas de nossa Constituição: art. 5º, XIV (acesso à informação), XXXIII e XXXIV, a (direito de petição), LXXII (habeas data); art. 70 (controle externo e interno e dever de prestação de contas); art. 165, § 3º (relatório da execução orçamentária).

O art. 37, § 1º, da Constituição, tem sido mal aplicado quanto ao regime da publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos. Atos de controle

---

<sup>39</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**, 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. ps. 302-303.

<sup>40</sup> LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001, p. 102.

Nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos não fazem parte da publicidade do Serviço Público.

Com a leitura sem reflexão do art. 37, os hermeneutas e executores proíbem colocar o nome ou a imagem, ou o símbolo do administrador público em qualquer documento oficial que seja difundido pela imprensa.

## **6 A ÉTICA POLÍTICA**

O pavor que está incutido na cabeça dos homens de bem os torna jejunos de publicidade. Não desejam correr ricos desnecessários. Alvo dos publicanos ou fariseus. Já os ousados, ou os corruptos, usam da publicidade para mostrar o lado positivo de seu trabalho ou para desviar as pessoas dos alvos que certamente pretenderiam desvendar. Com maior capacidade de driblar, permanecem impunes. Ora, a Constituição proíbe o anonimato, ao tratar da Comunicação Social (Constituição, art. 220, § 1º, combinado com o art. 5º, IV). Será admissível que o administrador público tenha de omitir o nome e a assinatura para que a prestação de contas se faça por terceira pessoa, como o editor responsável que substitui o autor do texto não assinado que se publica no jornal (Constituição, art. 222, § 2º)?

Há proibição de que o administrador público compare seus êxitos, iniciativas e correções com os de seus antecessores? Apontando para o povo como e quanto cumpriu seus compromissos eleitorais?

As demasias contrárias aos direitos fundamentais ou que transferem a moralidade administrativa para o fundamentalismo não se incorporam no ambiente saudável, tolerante e compreensivo da sociedade democrática.

A norma do art. 37 da Constituição existe para liberar o povo do abuso do poder econômico ou do uso indevido do poder político. Não foi posta para inibir o dever da prestação de contas nem tampouco para reduzir o controle social.

Por isso, recomenda-se ter muito cuidado com o abuso dessa norma constitucional que há ser aplicada, caso a caso. A abolição, pura e simples, é menor esforço sem qualquer contribuição ética.

É preciso entender-se que, quando o Judiciário, deslinda controvérsias e dá cumprimento à Constituição, não está a fazer mais que o exercício de seu dever constitucional. O Judiciário não existe para resolver somente pendências entre pessoas privadas quando o seu grande cliente, de 90% das causas, geralmente na ponta de devedor, é o

Estado Administrador. Não há qualquer linha, na Constituição, que impeça ao Juiz condenar o Estado inadimplente.

Num País em que a corrupção tem sido quase-regra, sem transparência nas provisões governamentais, se requer fonte visível e escassa de dinheiro para prevenir, manter e restabelecer a saúde pública.

O princípio de proibição de retrocesso social tem sido adotado pela doutrina e pela jurisprudência, embora não se encontre instalado nos textos constitucionais escritos, com o de Portugal, lugar em que obteve profusão. Considerando os argumentos favoráveis e contrários ao princípio, bem examinados por Luisa Cristina Pinto e Netto<sup>41</sup>, impressionam os que dizem respeito à máxima efetividade que se deve atribuir à Constituição e os valores fundamentais neles contidos, como o direito constitucional à saúde.

A teoria da reserva do possível é artifício criado para justificar a omissão ou a deficiência do Estado. Apresenta-se a recusa do pagamento de dívidas com a saúde do povo, porque o orçamento não contém verbas suficientes ou por que não seria justo atender uma só pessoa e não saciar milhares de necessitados. Existe ainda o sofisma de que o Judiciário estaria a ofender a separação de poderes ou a tomar do Executivo a tarefa de definir as políticas públicas.

São, em princípio, miseráveis argumentos. Pois, a política pública da saúde não depende de lei nem de orçamento. Consta da Constituição. É norma de direito fundamental de primeira geração. Uma empresa, por falta de previsão em seu orçamento, não pode deixar de pagar impostos, A insuficiência de recursos orçados não dispensa ou escusa o Estado de pagar remédio ou hospital a quem deles necessitar. Também agride escutar que a impossibilidade de atendimento a todos os que pedirem bens para a saúde autoriza a recusa aos que já demandaram socorro médico-hospitalar.

## **7 CONTROLE ÉTICO DO ATO DE PODER**

Controle não é ciência nem aplicação fáceis. Controlar aquele que tem consciência do dever e não possui margem para decidir ou atender é fazer o fácil. Controlar o que se esconde em peripécias, fechado nas impenetráveis salas de palácios, é a verdadeira causa de exigir-se padrão de transparência. Trata-se de abrir as portas, devassar os segredos escondidos pelo

---

<sup>41</sup> NETTO, Luisa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 227-233.

subterfúgio da alegação de interesse público ou pelo pretexto da segurança do Estado. Estas duas causas têm se tornado habituais para exageros e abusos, porque palatáveis e sensibilizadoras para discursos sem correspondência nas práticas.

O controlador tem para si a escolha das amostragens. É critério inadequado. As amostras precisam ser ditadas pela rotina do direito objetivo, mas, principalmente, pelo clamor da opinião pública, dos grupos de pressão, de segmentos que deliberam, porém não executam o controle. Não se deve perder com números pobres, mas com o que intriga, com o que sugere aliança espúria ou não forma convicção.

Há procedimentos juridicamente lícitos e que não são eticamente corretos. Admita que, como deve ser, exista mandato temporário para atuar no organismo de ética. O direito assegura que não se reconduza o conselheiro. Justifica-se, porém, que, na cultura da renovação dos mandatos, se excepcione exatamente aquele que contrariara interesses de governantes, por ter levantado suspeitas e começado apurações comprometedoras? Certamente, esse não seria o caminho certo.

Os levantamentos de controle não podem ser tendenciosos ou incompletos. É suficiente, por exemplo, que se descubram corruptores e não se levantem corrompidos? Na mercancia a que se referiu Rui Barbosa, não há corrupção sem corrompidos.

Dom Walmor Oliveira de Azevedo<sup>42</sup> afirma que a construção de instâncias éticas para explicitar direitos, deveres ou perspectivas de valoração afasta o risco de dinâmicas perversas e arbitrárias. Sustenta a autonomia e a liberdade como marcas da subjetividade humana. Qualquer tipo de controle, desde o âmbito familiar, é objeto de rejeição, abrindo-se ocasião propícia à tirania e à arbitrariedade. O controle impõe limites e resgata valores essenciais à promoção da justiça, com a regulação ética que remove a corrupção e reconsidera os direitos alheios, razão de ser das sociedades e instituições que se destinam à promoção da dignidade humana.

## 8 ÉTICA, NEOCONSTITUCIONALISMO E DIREITO ALTERNATIVO

A transformação do comunismo soviético em capitalismo russo é interessante respaldo histórico para a realidade brasileira. Na Rússia o processo foi lento. Durou o tempo necessário para que o capitalismo do Estado desabrochasse, como forma de acesso da massa aos bens da vida e evoluísse para o comunismo que desintegrou a família e marginalizou a

---

<sup>42</sup> AZEVEDO, Dom Walmor Oliveira de. **Ética em diálogo**. Ética e controle. São Paulo: Paulinas, 2012. p. 37-39.

população nas condições mínimas de sobrevivência. Destruiu a religião, o Deus divino, para transformá-lo no Deus humano do tirano emergente do partido único, sem alternativas e escolhas.

A Constituição brasileira de 1988, que seguiu à tecnoburocracia dos governos militares, embora eclética em seu conteúdo liberal e social, resultante das forças antagônicas que a elaboraram, teve forte apelo das inovações sociais.

Com a ruína do Muro de Berlim e a derrocada do modelo soviético, o espaço do poder político foi transferido para a desestatização, a privatização e o capitalismo liberal.

A resposta do Brasil ocorreu com as reformas econômicas de 1995 que disseram respeito à abertura para o capital estrangeiro; o acesso das empresas privadas às atividades de petróleo e minerais nucleares bem como a facilitação da atividade econômica para a exploração de minerais, potenciais de energia hidráulica, transporte e a Comunicação Social, com a aceitação de investimentos externos. A desestatização e a privatização ocorreram em plantas industriais prósperas e ricas que foram levadas ao domínio privado, a preços bem reduzidos, sem acarretar o reflexo fiscal desejado e para aumentar ainda mais grupos empresariais que sorvem tradicionalmente recursos públicos.

O neoliberalismo brasileiro é questionável quanto ao conteúdo das privatizações e, não, à oportunidade delas. Esse conteúdo contestável vai desde os preços com que foram praticadas, aos grupos que, mediante elas, cresceram na dominação dos mercados e os recursos públicos que foram dispendidos para viabilizá-las, sob forma de financiamentos e de investimentos minoritários do Estado. Privatizações medíocres em que pequena é a contribuição do capital privado.

O fenômeno brasileiro foi semelhante ao soviético que conduziu a economia para o capitalismo russo, com a transferência da propriedade do Estado para o mercado privado e a instituição do neocapitalismo.

A China, no meado do século passado, professava comunismo delinquente e perverso. Ingressou no mercado internacional e, com sua demanda de matéria prima, estabilizou a economia global.

A liberdade econômica transmitida pelos dois fenômenos dos países comunistas extravasou para a redução do domínio da lei, ao pretexto da necessidade de ações prontas que afirmem o novo modelo capitalista.

Esta tendência faz mitigar o princípio da legalidade, a separação e harmonia dos Poderes voltando ao tempo da subjetividade racional do governante. O neoconstitucionalismo é consequência direta, com negação da subsunção e do positivismo do direito, traduzido pela lei.

Ao argumento da inocuidade da lei, propõe-se agir segundo a razão prática e a proporcionalidade.

Passa-se à leitura do Direito baseado na Moral, na Ética e na Justiça. O rompimento com a separação de poderes e com a doutrina de Montesquieu abre espaço para o ativismo judicial. Este instala-se com a invocação de princípios e coloca a lei em segundo plano. O subjetivismo predomina e o Direito volta a ser direito alternativo.

O direito alternativo instalou-se, aqui no Brasil, na década de 80 do século passado e no final da década seguinte estava desmascarado pois ensejava a perda do Juiz imparcial e a política entre amigos para a aplicação do Direito. Os juízes e tribunais que praticaram o direito alternativo converteram-se em *justiça de cádi*, a que se referiram MAX WEBER e EROS GRAU<sup>43</sup>.

Esse processo histórico somente findará no tempo em que sua influência sobre o mercado, já existente, comprometer ou travar a circulação econômica, por impossibilidade de cálculo e de previsão das decisões dos Tribunais. Idêntico comportamento será sentido na administração do Estado, com a aplicação não-contenciosa do Direito. Até o futuro e incerto retorno à normalidade, o Brasil será mantido como pária do Mundo, com a fuga de investimentos estrangeiros e a falta de apetite aos investidores internacionais.

Quando houver a retificação do estado atual, Juízes e Tribunais voltarão à prudência, à *phroenesis* aristotélica, ao exercício prudente do Direito, nas palavras de GRAU, que não se compatibiliza com sentimentos pessoais de vaidade e orgulho.

## **9 JURISPRUDÊNCIA E CONSEQUENCIALISMO**

A falta de jurisprudência determina que o progresso de um País fique reduzido. A estabilidade política, econômica e social exige leis estáveis que assegurem futuro previsível. O Estado que possibilita leis flutuantes e movediças e, mais que isso, interpretação oscilante ou pendular da lei não concorre com aquele dotado de estrutura normativa, de Justiça firme, segura e coerente.

---

<sup>43</sup> GRAU, Eros Roberto. São Paulo. In: Estado de S Paulo, I, p. 2. 19 set. 2018.

Incoerência sugere falta de responsabilidade e de apreço pelo Bem Comum. O pretexto da evolução não a justifica senão em caso de direito novo ou de superação dos arestos pelo progresso da civilização. O respeito pela dignidade do jurisdicionado repele o tratamento diferenciado, discriminatório ou pérfido. Aí está o despreço ético cometido por órgão colegiado, de difícil reparo sem aranhões significativos à ordem pública. Por isso, os Juízes e os que a eles se equiparam devem os melhores esforços para evitá-la.

A Constituição de 10 de novembro de 1937, que leva o estigma do autoritarismo, conteve norma (art.96, parágrafo único) que permitia ao Presidente da República submeter novamente ao Parlamento lei que tenha sido declarada inconstitucional. O Presidente tomaria a iniciativa se considerasse que a lei era necessária ao bem-estar do povo ou à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta. O Parlamento, pelo voto de dois terços dos membros de cada uma das Câmaras, poderia tornar sem efeito a decisão do Tribunal.

A interferência do Parlamento, ainda que pela decisão da maioria qualificada dos membros das Casas Legislativas, é, atualmente, considerada incompatível com o Estado Democrático. Há de ser encontrada fórmula que não mantenha a insegurança causada por decisões contraditórias de dois altos Tribunais de um só Estado.

A objeção severa contra a Constituição de 1937, decorre de sua outorga e de seu ambiente ditatorial. Se o referido art. 96 afrontou o modelo norte-americano incorporado, no Brasil, pela República, atualmente pode ser considerado tímida alternativa ao Tribunal Constitucional, do tipo europeu, quanto à participação conjunta no controle constitucional.

Não existe elemento dogmático nessa matéria. A Câmara dos Lordes funcionou como tribunal para os derradeiros recursos sobre decisões judiciais até 2009, ano em que, por força do Ato da Reforma Constitucional de 2005, a Supreme Court of the United Kingdom (Corte Suprema do Reino Unido) assumiu atribuições da Câmara dos Lordes e iniciou suas atividades. Até 1966 nem a Câmara dos Lordes daria jurisdição final sem o respaldo do Parlamento<sup>44</sup>. O tipo de organização judicial adotado pela Inglaterra não a desclassificou na qualidade de democracia exemplar.

O neoconstitucionalismo pretende que a lei seja interpretada e aplicada levando em conta as consequências desejadas. Quando a execução se dá dentro da competência de cada Poder o eventual excesso ou desvio pode ser corrigido pelo Judiciário. Quando, entretanto,

---

<sup>44</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. **O Bill of Rights americano: reflexos no Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte, Del Rey, 2016. p. 68.

resta a este suprir a omissão ou o silêncio alheio, em casos litigiosos, os Tribunais avançam atribuições de de outro Poder e dão a última palavra, em matéria de execução legal, causando temor e insegurança jurídica. Com esse hábito, o Estado promete clima de incerteza e de temor para a comunidade jurídica.

Levando em conta este perigo e considerando que a jurisdição constitucional pode anular as leis, Kelsen<sup>45</sup> propõe que o Tribunal com essa competência seja considerado órgão do Poder Legislativo.

O fenômeno do avanço não leva ao absurdo quando se trata de Tribunais Constitucionais, do tipo europeu, em que existem representantes dos três Poderes na formação do colegiado. Mas, em caso de separação harmônica de funções e de Tribunal integrado ao Estado-Juiz, ocorre transferência indevida de atribuições, aumento excessivo do serviço judiciário e incômodo conflito político que perturba a vida normal do Estado.

Institutos importados do modelo europeu são incompatíveis com a opção brasileira, como a interpretação conforme a Constituição, a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto. Em ambos os casos pode ocorrer lei interpretativa que não é competência judiciária. A derradeira previsão constitucional de competência do STF para processar e julgar representação do Procurador-Geral da República, para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual ocorreu com a Emenda Constitucional n 1, de 1969, art. 119, I, n, parte final, revogado pela Constituição de 1988.

Adhemar Maciel destaca a mutação do papel da Corte Suprema que recuou de sua atitude intervencionista e revisora (judicial review) a bem do *laissez-faire* e do liberalismo clássico. A sabedoria dos Grandes Juízes tem estado em evitar conflito com o Congresso. Desde o meado do século passado deixou seu papel de construir lei para se tornar defensora dos direitos e das boas relações entre a União e os Estados, visando à incolumidade da Federação. Raro é que a Corte Suprema declare a inconstitucionalidade de lei federal. Opta por decidir pela preservação de algum direito fundamental ou por desfazer conflitos federativos.

Seu papel mutável, bastante responsável pela bem sucedida consolidação, equilíbrio e estabilidade das instituições, serve para a imitação do Brasil para que este fique defasado no modelo que adotou no final do século XIX.

---

<sup>45</sup> **KELSEN, Hans.** La garantía de la constitución. México: Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Anuário Jurídico, I, 1974. p. 491.

O problema ético, na Corte Suprema dos Estados Unidos, foi registrado por Adhemar Ferreira Maciel <sup>46</sup> pela questionável disposição do Juiz Marshall de, como magistrado, rever a decisão que tomara como administrador. Teria sido atitude contra a “ética de princípios”. Marshall superou o empecilho, ao reconhecer o direito aos impetrantes mas entendeu que a parte final da Seção 13 da Lei do Judiciário (Judiciary Act) de 1789 era inconstitucional quando permitiu à Corte Suprema decretar injunção ou deferir mandados contra Tribunais. Logo, ocorreu reconhecimento de direito sem consequência prática. Caso houvesse concedido a ordem o impeachment de Juízes da Corte Suprema seria inevitável, como consequência política do julgamento. A rigor, Marshall cometeu a impropriedade técnica de julgar o mérito antes da preliminar de incompetência, mas assentou ser atribuição da Corte Suprema o “judicial review”.

Marshall foi considerado expoente, gênio, que deu permanente e sistemático caráter às decisões Corte Suprema, tendo firmado grandes questões constitucionais em benefício da continuidade da Federação, como os grandes de seu tempo, entre eles John Quincy Adams e Joseph Story, deram testemunhos presenciais. Não teria sido preciso o artifício de aceitar a jurisdição e negar o direito, com a declaração da inconstitucionalidade da Seção 13, se houvesse meios de resolver a questão ética nos tribunais como matéria constitucional. Esta disponibilidade existe na Constituição brasileira de 1988.

A permissão de decisões monocráticas, pelos regimentos internos dos Tribunais, potencializa a insegurança. Nem a decisão a ser tomada segue a jurisprudência. A coexistência de decisões divergentes sobre fatos idênticos em seus elementos relevantes causa desprestígio ao Judiciário e perturbação da ordem democrática.

Embora decisões monocráticas sejam compreensíveis para julgamentos cautelares, no único caso do recesso do Tribunal, é fato corrente que regimentos internos tenham abusado em sua previsão. Trata-se de desvirtuamento da natureza coletiva do Tribunal, cujas finalidades precípuas julgar recursos por grupo mais experiente de juízes ou decidir, originariamente, graves controvérsias selecionadas pela Constituição.

O Código de Ética também não resolve essa anomalia. Serão necessárias contenções superiores aos regimentos para que não permaneçam nessas extravagâncias que normalizam o

---

<sup>46</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. **O Bill of Rights americano: reflexos no Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte, Del Rey, 2016. p. 77-78.

distúrbio da usurpação, absorvendo a responsabilidade ética do magistrado e elidindo direito à reclamação.

A Imprensa divulga análise sobre o trabalho do Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal. Em sua longa trajetória ficou isolado da minoria em 37% das ações diretas de inconstitucionalidade e esteve com a maioria 27% das vezes<sup>47</sup>. Sua contribuição concorre com informações importantes para a formação da jurisprudência. Quando decide monocraticamente, se o fizer segundo sua opinião e convencimento, poderá distanciar-se do Tribunal em 73% e, se sua decisão for rendida ao colegiado, terá sido, na mesma proporção, contrariado em sua consciência jurídica. Trata-se de disfunção insustentável na circunstância histórica de remotas decisões colegiadas. No esquema de decisão monocrática de execução imediata é impensável que seu Autor não seja obrigado a decidir conforme o Tribunal, quando este tem jurisprudência firmada.

## **10 NORMAS SANCIONATÓRIAS DO COMPORTAMENTO CONTRÁRIO À ÉTICA**

A Constituição brasileira disponibiliza garantias legislativas, como chamo as imunidades ou prerrogativas parlamentares. Reconhece casos graves em que ocorre a perda do mandato do Deputado ou Senador, dentre eles aquele do procedimento que for declarado incompatível com o decoro parlamentar (art. 55, II, da Constituição de 1988).

A fonte dessa norma constitucional está na Seção 5 do Artigo I da Constituição dos Estados Unidos da América, de 17 de setembro de 1787, que atribui a cada uma das Câmaras punir seus membros por conduta e irregular e, com o voto de dois terços, efetivar sua expulsão<sup>48</sup>.

Ao cuidar deste assunto, na Assembleia Constituinte que promulgou a Constituição de 1946, Milton Campos sustentou que o julgamento devia ser efetivado por Tribunal Especial. Pareceu-lhe tratar-se de texto de moralidade republicana e que o afrouxamento na sanção à conduta irregular esvaziaria o comando que ficaria como recomendação ou mera formalidade, sujeito aos movimentos de opinião, puramente partidários, que não se acham em condições de pronunciar tais julgamentos<sup>49</sup>. Prado Kelly endossou a opinião e descartou a ideia de se utilizar da Justiça Eleitoral, feita para a verificação de poderes.

<sup>47</sup> SÃO PAULO, Estado de S. Paulo: E & N, p. B6. 28 jul. 2020

<sup>48</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Um Índice para a Constituição dos EUA com Glossário**. Compilado e editado por Ralph Mitchell. Kenosha, Wisconsin, 1980.

<sup>49</sup> DUARTE, José. **A Constituição Brasileira de 1946**, 1 volume. Rio de Janeiro, 1947. p. 67-68.

O Tribunal Especial para os crimes de responsabilidade foi incorporado no ordenamento constitucional pelo art. 58 da Constituição de 16 de julho de 1934. Era presidido pelo Presidente da Corte Suprema e composto por nove Juízes representando, paritariamente, a Corte Suprema, o Senado Federal e a Câmara dos Deputados, escolhidos mediante sorteio.

Em se tratando do Presidente da República, existe a configuração do crime de responsabilidade, com sanção da perda do mandato, nos atos atentatórios à probidade administrativa (Constituição, art. 85 V). A definição dos crimes ocorre em lei especial (parágrafo único).

A Lei n 1.079, de 1950, no art. 9, 7 considera crime de responsabilidade do Presidente da República proceder de modo incompatível com a honra, dignidade e decoro do cargo. No art. 39, 5 inclui os Ministros do Supremo Tribunal Federal em idêntica responsabilidade política. Configura como crime ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo (art. 39, 4).

A referência normativa da honra, dignidade e decoro é ao cargo e não ao titular. Pois, o cargo não prescinde de que seu ocupante exerça suas funções com autoridade. A pessoa que escandaliza a sociedade não é apta para tratar de suas conveniências nem destinatária de seu apreço e obediência.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A sociedade democraticamente organizada é naturalmente impregnada de conteúdos éticos, levando-se em conta que se destina ao Bem Comum e à Igualdade.

Os atos de poder, ou atos políticos, destinando-se à organização e à ação do Estado Democrático, são geneticamente dotados de teor ético, porque, não o contendo, não serão atos políticos, no conceito democrático.

Para que se possa descobrir se, no ambiente democrático, o ato é realmente ato de poder, pode-se indagar, em cada situação, se tem aptidão para a conquista do Bem Comum, ainda que mediatamente ou a longo prazo. Se não se registra inerência entre o ato de poder e os requisitos democráticos, o analista terá encontrado ato aparente, ilegítimo e vazio de autoridade.

O ato político é legítimo quando está, expressamente ou não, consentâneo com a vontade do grupo social e respeita os direitos fundamentais da minoria.

O ato é nominal ou aparentemente político quando provém do legítimo titular da coerção mas é insuficiente para sua finalidade declarada e se volta aos interesses dos governantes ou de terceiro, com a exclusão ou a insignificante contribuição aos direitos da comunidade.

A autoridade é elemento inato do ato de poder e não está presente quando a comunidade se acha a ele resistente e sua reação é mostrada com clareza e reiteração, através de movimentos inequívocos de contestação.

Para a Democracia Real é sempre preciso que o ato de poder seja, objetiva e subjetivamente ético.

A igualdade, objetivo da Ética, não exclui a liberdade, que é direito primário da pessoa humana e que lhe permite a ação que não estorve ou ofenda direitos alheios. Por isso é adequado dizer que a pessoa é livre quando todos forem efetivamente livres, porque, na comunidade dos homens a liberdade é valor de convivência.

O comportamento ético do agente público, apurado em seu elemento anímico, também faz parte da apuração não só da legalidade como da constitucionalidade do desempenho.

A Constituição de 1988, destinada a consolidar a Democracia no Brasil, define padrão ético para os atos políticos. Os agentes do Estado são vinculados às razões e qualidades éticas e devem pautar-se segundo o fim do Bem Comum.

Logo, o controle ético não é controle do mérito, ou seja, da oportunidade ou da conveniência do ato, mas de sua constitucionalidade conforme a Ética.

O método dos freios e contrapesos foi edificado para realidade que passou a adotar separação radical de funções a fim de serem possibilitadas resultantes que permitissem a segurança social.

O Século XXI é bem diferente do que se encontra naqueles em que o governo absoluto ou ditatorial, concentrador e unipessoal, demandava contenção e integração mediante distribuição e participação em procedimentos que deixaram de ser simples e passaram a ser complexos.

A Democracia Clássica adquiriu a racionalização do poder e a substituição do poder pessoal pelo poder legal. Como a lei demanda amadurecimento da decisão política e passaram a ser previstas para o Estado atividades interventivas de natureza econômica e social, além das típicas, o poder pela lei tornou-se insuficiente e, diante da necessidade de ações imediatas, afloraram construções que permitiram satisfação das exigências ao Estado pelos atores encarregados das atividades executivas do Estado, os quais se encontram, segundo a

linguagem de Montesquieu, no Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e no Executivo das coisas que dependem do direito civil (Judiciário)

Estas ações de prontidão e de eficiência têm-se alongado, diante não só das necessidades comuns como também da tendência do ser humano e, portanto, dos agentes públicos, de ampliar riqueza em seu conteúdo material e moral.

Os controles de constitucionalidade tendem a crescer e a invadir. O controle de constitucionalidade que, na Democracia Clássica, era bastante com a declaração da inconstitucionalidade da lei, pois só era possível o que estivesse na lei, passou a ter necessidades especiais, como interpretar construtivamente a lei ou supri-la. O Judiciário que, na tradição, ao declarar a inconstitucionalidade da lei, pelo controle objetivo, produzia lei negativa, atualmente assume função positiva não contingenciada.

Este avanço tem determinado frequentes rejeições e crises políticas por dizer respeito a uma tendência que diz respeito ao Poder que emite a opinião final do Estado sem ser formalmente controlado.

O controle de constitucionalidade do tipo norte-americano, adotado pelo Brasil, não deve ir além de afirmar o primado da Constituição, mas quando, por previsão legal ou autodeterminação, utiliza mecanismos do tipo europeu, passa pela necessidade de instrumento crítico dos Poderes em que interfere, sendo que os Tribunais Constitucionais da Europa e a revisão parlamentar (inviável no modelo de 1937) são freios e contrapesos justificáveis.

Adotado o autocontrole ou controle de constitucionalidade, coerente e eficaz, encontra-se no contexto destes apurar-se a conformidade ética da omissão ou do ato, cumprindo ao Estado reconhecer sua invalidade absoluta para evitar que cause qualquer perturbação à ordem constitucional.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA MELO, José Tarcizio de. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte, Del Rey, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. São Paulo: Renovar, 2001.

APEL, Karl-Otto. **La transformation de la philosophie**, tom o II. Madrid: Taurus Ediciones, 1985, apud COSTA, Reginaldo da. *Ética do discurso e verdade em Apel*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômano**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **LEGÍSTICA. Qualidade da lei e desenvolvimento**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa, 2009.

AZEVEDO, Dom Walmor Oliveira de. **Ética em diálogo**. São Paulo: Paulinas, 2012.

BRASIL. Senado Federal. **Constituições do Brasil (de 1824, 1891, 1934, 1937 e 1946 e suas alterações)**, 1. Brasília, 1986.

BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 721-7. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão de 30 ago. 2007. DJ, 30 nov. 2

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pedido de Intervenção Federal n 20 - Minas Gerais. Relator: Ministro Nelson Hungria, Acórdão de 03 mai. 1954. Publicação no DJ de 15 jul. 1954.

Código de Ética e Conduta. Grupo Globo, 2. ed. Disponível em: <https://portaldofornecedor.tvglobocom.br/Documentos%20Compartilhados/Codigo%20de%20%C3%89tica%20e%20Conduta.pdf> Acesso em 18.08. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**, 20 ed., atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998.

DUARTE, José. **A Constituição Brasileira de 1946**, 1 volume. Rio de Janeiro, 1947.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Um Índice para a Constituição dos EUA com Glossário**. Compilado e editado por Ralph Mitchell. Kenosha, Wiscosin, 1980.

ESTEVES, Júlio César dos Santos. **Responsabilidade civil do Estado por Ato Legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GRAU, Eros Roberto. São Paulo. In: Estado de S Paulo, I, p. 2. 19 set. 2018.  
HORTA, Raul Machado **Direito Constitucional**, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

KELSEN, Hans. **La garantía de la constitución**. México: Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Anuário Jurídico, I, 1974.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915,

MACIEL, Adhemar Ferreira. **O Bill of Rights americano: reflexos no Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte, Del Rey, 2016.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público. Comentários à Lei de Improbidade administrativa**, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Supremo Tribunal Federal e o consequencialismo jurídico**. In: Estado de S. Paulo, Caderno I, p A2, 17 jul. 2020.

MINAS GERAIS. **Constituição do Estado**. Organização de Gianmarco Loures Ferreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PINTO, Luciana Sardinha. **Rádiodifusão. O controle estatal e social sobre suas outorgas**. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004.

PIRES, Ariosvaldo de Campos. **A libertinagem sem limites**. Belo Horizonte. In: Estado de Minas, p. 7. 12 ago. 2002.

REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SÃO PAULO, Estado de S. Paulo: E & N, p. B6. 28 jul. 2020.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito constitucional americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

VAZ, Henrique Claudio de Lima. **Ética e Direito**. São Paulo: Loyola, 2002.