

O Princípio da Moralidade na Administração Pública e a Liceidade do Limite Etário para Acesso aos Cargos Públicos

Demócrito Ramos Reinaldo

Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça

Muitos são os que têm se debruçado no estudo da “moral”, no exercício da atividade administrativa, e as inúmeras “monografias” sobre o tema se postam em lugar de destaque no Direito Administrativo, em cujos limites didáticos se insere.

A dinâmica dos fatos sociais, a transmutação permanente das questões políticas e econômicas, embora caminhando **pari passu** com o desenvolvimento da tecnologia, das ciências e da cultura do direito, longe de minimizar o interesse dos estudiosos pela temática, têm-na erigido, nos últimos lustros, sobretudo, em verdadeiro dogma do moderno Estado de Direito.

A crise da sociedade hodierna, para usar expressão em voga na imprensa, está jungida à noção deturpada de progresso: “ser mais é ter mais” – não importam os meios para a aquisição. O individualismo exacerbado conduz a que os bens materiais – que levam à satisfação de todas as necessidades e prazeres do indivíduo – constituam o objetivo exclusivo do homem, sempre ávido na concentração de riquezas. A convivência social se torna insuportável: a violência do Estado, da empresa e do indivíduo, a miséria crescente, o desprezo pela vida humana em todos os estamentos sociais – do individual ao coletivo.

A corrupção – mazela maior dos nossos tempos – introjetada nos órgãos do poder público, fomenta, em cada um, a crença num Estado falido, e a impunidade consecutória traduz a certeza de impotência do Judiciário para solver as querelas entre os cidadãos.

Os atos de improbidade na Administração, na multiplicidade de seus órgãos, os escândalos redimensionados pela publicidade repetida e permanente e a inação do governo no refreamento da violência diuturna resultam numa situação de insegurança generalizada e a inquietação social, a ponto de criar um estado pré-revolucionário.

Em tempos como os de agora, torna-se cada vez mais evidente o interesse pelo estudo do fenômeno “moral”, em virtude de sua íntima ligação com a ética do Estado e da Administração Pública e de suas implicações psicossociais

e jurídicas. A moralidade é, hoje, inseparável do jurídico e, conseqüentemente do “justo”. Explicável, pois, nos dias de hoje, não só a relevância, como a atualidade da tese sobre a moralidade, em qualquer área do serviço público, compreendendo-se esta na exata medida em que o ato administrativo corresponda adequada e estritamente ao fim que lhe é inerente e ao interesse público – que é, em essência, a consecução do bem coletivo.

A legalidade – e nisso estão consones os juristas – a começar dos albores da doutrina francesa do “abuso de poder”, de **Hauriou**, não basta para justificar, em abrangência, a totalidade das ações do poder administrativo. Na esteira da moderna conceituação, não se pode afirmar, numa posição sobremaneira, ser a administração uma cumpridora da lei. A parêmia prevalecente durante algumas décadas, de que “administrar é aplicar a lei de ofício”, da lavra de **Seabra Fagundes**, ou definições como a de autoria de **Cirne Lima**, de que a “atividade administrativa jaz debaixo da lei que assinala uma atividade a cumprir”, ou que, a “relação de administração somente se nos depara no plano das relações jurídicas quando a atividade a que ela se propõe encontra-se defendida, não apenas contra terceiros, mas, também, contra o próprio administrador”, perderam, pelo menos no Brasil de hoje, a valia de concepção doutrinária de aceitação indiscutível. A atividade administrativa não é somente “infralegal, sublegal”.

Afiançavam os juristas, que a “legalidade” é a forma sacramental de proteger a igualdade, porque a lei, sendo geral, impessoal e abstrata impedia os desvios de conduta, estimulando o administrador a pautar os seus atos no visio de alcançar a todos e favorecer à coletividade. O abuso de poder “caracterizar-se-ia por toda violação da ‘legalidade’, extrínseca ou intrínseca, na prática dos atos administrativos pela qual se romperia o equilíbrio ditado pela ordem jurídica. Nesse sentido, constituiriam abuso de poder os vícios de legalidade externa, tais como a incompetência (onde se pode incluir a usurpação de poder), o vício de forma e da ilicitude do objeto. Os vícios da legalidade interna do ato administrativo, como a inexistência material ou jurídica dos seus motivos e a imoralidade desses motivos caracterizariam o desvio de poder” (Revista de Direito, p. 261). Resultariam, com base nesse enfoque, dois tipos de abuso de poder: o excesso e o desvio. No primeiro, estão incursos os casos de violação da “legalidade” administrativa, quer externa, quer interna, com exceção do “desvio” de poder, que se reserva a uma forma de ilegalidade “intrínseca” demarcada pela ilicitude moral dos motivos que conduzem o administrador público ao cometimento do ato.

De conseqüência, nas hipóteses em que a competência é vinculada, o motivo do ato administrativo estará regrado e definido na lei e estabelecida a diretriz

a ser seguida, sem margem ao desvio de poder, pela via dos deslizes de ordem moral. Todavia, quando se tratar de atividade “discricionária”, em que se possibilita ao administrador valorar no pertinente ao motivo e ao conteúdo do ato – sobressai à necessidade da presença do elemento “moral”. O ato discricionário seria sempre inatacável do ponto de vista da “legalidade”, mas, a sua anulação será mera consequência da relevância da “moralidade” administrativa.

Prevalente essa concepção placitada pela doutrina com, apenas, diferenciações irrelevantes na teorização dos tratadistas, promulgou-se a Constituição Federal de 1988, que “juridicizou a moralidade” administrativa, convertendo-a, ainda, em “princípio” de direito (constitucional) positivo (art. 37), sob cuja égide se passou a nortear toda a atividade administrativa. O princípio da “moralidade” é, assim explicitado, pela primeira vez, em textos constitucionais, cominando-se, os atos de improbidade administrativa, com a suspensão dos direitos políticos, perda da função pública e o ressarcimento ao erário (art. 37, § 4º).

As Constituições modernas, advertem os juristas, ao acolherem as normas – “princípios”, ou simplesmente “princípios”, ao lado das normas regras tradicionais, ou simplesmente regras, como prefere **Canotilho**, ou normas, *tout court*, como em maioria se tem preferido, ou, ainda, preceitos, dão a flexibilidade necessária para atender à diversidade dos graus de abstração, de generalidade, de endereçamento e de exequibilidade demandada pelo ordenamento constitucional¹. Quanto à exequibilidade, porque, os princípios serão sempre aplicáveis, ainda que o sejam em suas funções inibidora e desconstitutiva de atos que os infrinjam, sejam estes normativos ou concretos, diferentemente dos preceitos, que podem ter toda a sua exequibilidade diferida². E, no conteúdo dos princípios se identificam, dentre outras, duas funções essenciais: a função “sistêmica” que permite ligar ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional, com uma identidade irradiante e que se dirige a todos, indistintamente, legisladores, administradores e juizes, pois é por ela que se expressa a opção moral do legislador constituinte; a função “inibidora”, com eficácia impeditiva de prática de qualquer ato que contrarie o princípio adotado. Dirige-se, igualmente, a todos, sem exceção³.

A Constituição Federal, como se afirmou, alhures, elevou de forma explícita, a “moralidade” administrativa ao primado de princípio, cognado ao da

1. **Carlos Roberto de Siqueira Caio**, Rev. de Direito, p. 261.

2. **Diogo de Figueiredo Moreira Neto** – Constituição e Revisão, p. 129.

3. **Diogo de Figueiredo Moreira Neto** – Moralidade Administrativa: Do Conceito à Efetivação, pp. 20 e 21.

“legalidade”, erigindo-a em interesse social relevante e juridicamente protegida, ao mesmo tempo em que legitimou o cidadão brasileiro a postular a declaração de nulidade de qualquer ato administrativo violador do princípio ético tutelado. O constituinte, portanto, estabeleceu nítida distinção: juridicizou a “moralidade”, definindo-a como “princípio”, para viger, paralelamente, com o da “legalidade”. A distinção é evidente e necessária. A moralidade administrativa integra o direito (constitucional) como elemento de observância indeclinável (irretorquível), mas não está ínsita na legalidade, nem desta constitui corolário. O legislador constituinte, ao instituir o princípio, não cuidou do mero “reenvio” da norma legal à norma moral, mas, atribuiu à moralidade administrativa relevância jurídica, de eficácia plena e mandamental autônoma – e de vida própria. Nessa linha de raciocínio, há que se distinguir a ordem jurídica positiva, que caracteriza a legalidade, da ordem jurídica positiva, que caracteriza a moralidade – ambas compondo a mesma ordem jurídica integral – porque nem tudo que é “legal é moral”⁴. Decorre, daí, que não basta que o administrador se atenha ao estrito cumprimento da legalidade, devendo a sua atividade ser balizada e informada pelo princípio ético, porquanto a declaração de nulidade constitui sanção constitucional à moralidade administrativa (art. 5º, XIX). Cabe, pois, ao administrador, ao firmar o ato, atender a ambos os princípios. Não importa, ainda, que o ato administrativo seja “vinculado” (ou regrado), e que tenha preenchido todas as solenidades exigidas na lei. A moralidade alcança os atos da administração de qualquer natureza, sejam “regrados ou discricionários”. O ato pode ser legal e, ao mesmo tempo, imoral, incidindo na eiva de inconstitucionalidade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, discorrendo sobre a moral administrativa e, diante da inserção da moral no direito positivo, já que, para absorver o desvio de poder “o direito ampliou o seu círculo para abranger matéria que antes dizia respeito apenas à moral”, (a autora paulista) faz a indagação teórica: “será então que se pode identificar o princípio da legalidade com o da moralidade administrativa? Respondendo pela negativa, mostra a autonomia da regra moral no ordenamento jurídico brasileiro, capaz de ser aplicada mesmo quando inexista qualquer sombra de ilegalidade e prossegue, com abertura ainda maior: mesmo os comportamentos ofensivos da moral comum implicam ofensa ao princípio da moralidade administrativa. Além disso, o princípio deve ser observado não apenas pelo administrador, mas, também, pelo particular que se relaciona com a administração pública. E arremata: embora não se identifique com a legalidade (porque a lei pode ser imoral e a moral pode ultrapassar o âmbito da lei), a

4. **Diogo Figueiredo Moreira Neto**, ob. citada, p. 21.

imoralidade administrativa produz efeitos jurídicos, porque acarreta a invalidade do ato, que pode ser decretada pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário”⁵.

O uso pensar que, com o advento da nova ordem constitucional, as teorias sobre o “abuso de poder” perderam, em substância. O que importa, agora, é que a ação do Administrador se componha nos limites da “lei” e da “moral”, em cumulação. Não importa indagar, ainda, se o ato é “vinculado ou discricionário”, ou, se, em relação ao último, existiu ou não, desvio de finalidade (ou outros quaisquer vícios). Havendo afronta à moralidade, o ato se inquina de “nulo”, **ipso facto**, por contrariar princípio constitucional. Não há, aí, de perquirir se houve dano à Administração (ou maltrato ao interesse público) porque este é presumido **juris et de jure**. A nulidade independe de verificação do resultado, porque o ato “imoral” é ato “inconstitucional”, nulo, ineficaz.

O princípio da moralidade administrativa, na sua dicção, ampla (art. 37), tampouco poderia depender de lei que explicitasse o que é ou não moral. A precisão que se exige da legalidade não tem cabimento quando se trata da moralidade, pois, de outra forma, se estaria subsumindo um ao outro princípio, tornando-se ocioso falar-se em moral administrativa. Sob esse critério, têm eficácia desconstitutiva sobre os atos, contratos e atos administrativos complexos praticados com violação da moralidade administrativa, os preceitos do art. 5º, LXVIII, LXIX e LXXIII e o princípio do art. 37. Serão nulos de pleno direito, ainda que legais, abrangendo a desconstituição, todos os efeitos deles esperado⁶.

José Afonso da Silva, ao sustentar que a imoralidade administrativa constitui, em si, fundamento da nulidade do ato, esclarece. “Pode-se pensar na dificuldade que será desfazer um ato, produzido conforme a lei, sob fundamento de vício de imoralidade. Mas isso é possível porque a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da administração”⁷.

Conclusão

O reconhecimento do fato moral (atos administrativos), na inteligência do princípio constitucional (art. 37), não se faz, somente, sob a ótica da inten-

5. **Maria Sylvia Zanella de Pietro**, Direito Administrativo, pp. 66 a 68.

6. **Diogo de Figueiredo Moreira Neto** – Moralidade Administrativa: do Conceito à Efetivação.

7. **José Afonso da Silva** – Curso de Direito Constitucional, p. 563.

ção do administrador, ou mediante a investigação se tenha obrado de boa ou de má-fé. Não são válidos, no processo de avaliação, o resultado, as conseqüências do ato (o dano à administração). A moralidade, portanto, é a condizente à moral comum, a do homem médio, a que está em consonância com a cultura, costumes e hábitos sociais. Ato morais são os acatados pela sociedade, porque se fundam em regras comuns e iguais a todos, são de interesse geral e se afinam com o respeito à ordem natural das coisas. A sociedade repudia, sempre, os provimentos administrativos personalizados, individualizados, que se sabe, **prima facie**, protecionistas de pessoas ou grupos e não isonômicos. A motivação do ato, o desvio de finalidade e o dano do interesse público constituem, todavia, elementos informadores e adjutórios na aferição da moralidade administrativa.

A liceidade do limite etário para acesso aos cargos públicos

Questão tormentosa, ainda, dentre os doutrinadores e objeto de dissenso na jurisprudência, é da “liceidade do limite etário” para acesso aos cargos públicos. Essa matéria foi disciplinada na Constituição Federal com sensíveis diferenças em relação à legislação anterior razão por que não se chegou, entre os administrativistas, a uma interpretação una e definitiva. O cerne da **quaestio** e sua razão de ser não decorre de um elemento arbitrário, mas o que se visa, efetivamente, e este propósito inspirou o legislador constituinte, é minorar os efeitos de envelhecimento nos quadros do funcionalismo público que, inegavelmente, são danosos e prejudiciais, na consecução dos seus fins essenciais ou à prestação do **munus**, para o bem coletivo.

A Constituição Federal, no § 2º do art. 39, fazendo remissão ao inciso XXX do art. 7º, aparentemente proíbe as instituições públicas de usar o critério da “admissão” de pessoal, “por motivo de idade”. Essas disposições, entretanto, não podem ser interpretadas isoladamente, mas em sintonia com outras regras consignadas na Carta Política. A par dos preceitos mencionados, o art. 37, inciso I, “condiciona o acesso aos cargos públicos ao preenchimento dos ‘requisitos’ estabelecidos em lei”. Do sentido emanado da interpretação desses dispositivos, em conjugação, estão, no dizer de **Hely Lopes Meirelles**, “as Administrações autorizadas a prescrever exigências quanto à capacidade física, moral, técnica, científica e profissional como condição de eficiência e aperfeiçoamento do serviço público”.

A Constituição Federal de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, inseriu, em seu contexto, dispositivo (art. 97) com redação igual à do art. 37, I, da vigente Carta, estabelecendo, “como condição de acessibilidade aos cargos públicos, o preenchimento dos requisitos previstos em lei”. Durante a vigência daquela

Constituição, os Tribunais do País, de forma uníssoma, firmaram o entendimento de que consoava com a norma da Lei Máxima “a limitação de idade para ingresso no serviço público”.

Adilson Abreu Dallari, ao examinar essa questão à luz da Constituição vigente, enfatizou: “É possível a limitação, para inscrição em concurso público, em razão de sexo ou idade, por lei, desde que atendido o princípio da correlação lógica entre o elemento discriminador e o *discrimen* estabelecido” (Regime Constitucional dos Servidores Públicos, p. 32).

Na mesma linha de raciocínio, **Diogo de Figueiredo Moreira Neto** entende que cabe à lei “estabelecer os limites máximos e mínimos, considerando as características profissionais das funções a serem desempenhadas, criando, entretanto, faixa de idade em vez de uma idade precisa deixando a critério do regulamento a especificação dos limites, nos casos concretos (Curso de Direito Administrativo, p. 233).

Defendendo o mesmo ponto de vista, em face do princípio da isonomia consignado na Lei Magna, justificou **Hely Lopes Meirelles**: “a lei veda as exigências meramente discriminatórias, como as relativas ao lugar de nascimento, condições pessoais de fortuna, família, privilégios de classe ou qualquer outra qualificação social. E assim é, porque os requisitos a que se refere o texto constitucional (art. 37) hão de ser apenas os que, objetivamente considerados, se mostrem necessários ao cabal desempenho da função pública. Daí por que a jurisprudência tem admitido como válidas exigências que, à primeira vista, pareceriam atentatórias ao princípio da isonomia, tais como as que limitam a acessibilidade a certos cargos em razão da idade, sexo, categoria profissional, condições mínimas de capacidade física e mental e outros requisitos de adequação ao cargo” (Direito Administrativo Brasileiro, p. 373).

De resto, a diferenciação em razão da idade limita, apenas, a admissão a certas categorias do serviço público, em razão da natureza, condições e especificidades das funções. Certos cargos que, segundo a nomenclatura moderna, compõem as carreiras típicas de Estado exigem dos seus ocupantes uma acumulação progressiva de experiência e a dilação do aprendizado prático de tal maneira que o maior de cinquenta (50), anos comprometeria a sua sistemática e organização funcional. Dentre elas se incluem as da magistratura, do Ministério Público e do Militar.

A função judicante, como tenho afirmado freqüentemente, difere das demais pela sua relevância. Por ela se atribui ao cidadão autoridade para julgar os seus pares, defender-lhes o patrimônio e a liberdade, propiciar-lhes a ordem e a tranqüilidade, sem o que seria impossível a vida em sociedade. Daí exigir-se do juiz, não somente o saber jurídico e o equilíbrio indispensáveis,

mas, sobretudo, a aptidão, ou, em suma, que seja um vocacionado para o exercício da função judicante.

Um homem com idade acima de cinquenta ou sessenta anos dificilmente será um vocacionado para exercer a judicatura. A vocação geralmente surge na juventude e, as mais das vezes, os estudantes manifestam a sua pretensão antes mesmo da conclusão dos seus cursos universitários. Na idade maturada, os que pretendem ingressar na Magistratura geralmente são egressos de outras profissões, nas quais não se sentiram realizados e delas saem com o sentimento da frustração. Se ingressam na Magistratura (após os 50 ou 60 anos) dificilmente conseguirão ser bons julgadores, porquanto é justamente após os 45 ou 50 anos, quando se ingressa ainda jovem na judicatura, que se tem adquirido a experiência, o equilíbrio, a vivência de julgador e a prática conquistada no exercício diuturno da função de julgar.

A norma do artigo 7º, XXX, da Lei Maior deve ser interpretada em sistema com outros dispositivos, como, por exemplo, o dos artigos 37, I, e 92 e seguintes, sobretudo, com estes últimos, que inserem disciplina peculiar aos integrantes do Poder Judiciário.

O limite de idade para o ingresso na carreira da magistratura é fixado tendo em vista o interesse público e com o visio de evitar-se a presença de candidatos às vésperas da inatividade e obedece ao critério de conveniência para o exercício da função judicante. “É ponderável, não obstante, a ressalva das hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar como imposição da natureza e das atribuições do cargo a preencher” (Ministro Sepúlveda Perence – RMS nº 21.046-0).

A proibição do limite de idade não se estende aos juizes, que são “membros de Poder” e ela vem inserida na Seção II, do Capítulo VII – artigo 39, § 2º – da Constituição, que cuida, especificamente – Dos Servidores Públicos Civis. O ingresso na carreira da magistratura é disciplinada em Capítulo próprio da Constituição (Capítulo III) – Do Poder Judiciário. O artigo 93 estabelece que “Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios”. Esses princípios vêm consignados nos incisos I a XI, que traçam todos os requisitos a serem observados, no provimento dos cargos de juiz. Se a Constituição pretendesse incluir, dentre esses princípios, aquele pertinente ao “limite de idade” (para o ingresso na carreira), o teria feito, de forma expressa, mediante remissão (ao artigo 7º, inciso XXX) como o fez no artigo 39, § 2º, em relação aos servidores públicos civis. Disciplinado, em Capítulo específico, o ingresso na carreira da magistratura nacional, pelo princípio hermenêutico da **sedes materiae**, ao Judiciário não se aplica o disposto no artigo 39, § 2º, da Consti-

tuição, que é regra de incidência estrita aos “servidores públicos civis”.

Quando a Constituição, ao tratar do Poder Judiciário, pretendeu estabelecer limite de idade, ela o fez, “explicitamente”, como, por exemplo, no Provisamento dos Cargos de Ministros do STF e dos Tribunais Superiores (artigos 101, 104, parágrafo único). Na formulação da carreira da magistratura, os Estados só terão de observar os princípios enumerados no artigo 93 e seus incisos. Entender-se de outro modo levaria ao absurdo de possibilitar o ingresso de um candidato, como juiz, com 69 anos de idade e, com apenas alguns meses de judicatura, “aposentar-se” compulsoriamente, com vencimentos integrais (artigo 93, inciso VI).