

A ética pública como imperativo constitucional

Eduardo Muylaert¹

“Não basta que o agir seja juridicamente correto; deve, antes, ser também eticamente inatacável.” (ministro Gilmar Mendes)²

“Talvez quando se fale de moralidade administrativa mais se pense em sua face inversa, na perversão de seus elementos, em seu descumprimento, que é a corrupção administrativa.” (ministra Carmen Lúcia)³

A perigosa distância que separa o mandamento constitucional de nossa prática político-administrativa, desde a carta imperial de 1824, sempre foi motivo de preocupação. No regime da Constituição de 1988, entretanto, inúmeras iniciativas vêm sendo tomadas a fim de dar eficácia ao artigo 37, que submete a administração pública direta e indireta aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

No momento em que a Procuradoria Geral do Estado toma a feliz iniciativa de homenagear a saudosa Dra. Maria Teresa Ghirardi Mascarenhas Neves, o tema que me vem imediatamente à mente é o da ética e da moralidade, à luz da Constituição.

Nas voltas que a vida sabiamente dá, tive a ventura de ter Teresa, ainda estudante, como estagiária, e, mais tarde, como Chefe, na Procuradoria Administrativa. Nas duas posições, sempre reconheci a mesma integridade, dedicação, refinada cultura e inteligência.

1 Advogado criminal e integrante da Comissão Geral de Ética do Estado de São Paulo. É Procurador do Estado aposentado, foi Secretário da Justiça e da Segurança Pública no Governo Montoro, presidiu o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e foi juiz efetivo do TRE/SP.

2 Curso de Direito Constitucional, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, Saraiva/IDP, 2007, pág. 787.

3 *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Carmen Lúcia Antunes Rocha, DelRey, 1994, pág. 195

Sempre me encantou sua liderança tranquila, prestigiando os comandados – mesmo os mais jovens e inexperientes – com profundo respeito ao modo de pensar e opinar de cada um.

Teresa representa inegavelmente um ideal a ser seguido na área de Consultoria. Envolvia-se com entusiasmo nas questões que lhe eram submetidas e as examinava por todos os ângulos possíveis, sempre imbuída de elevado espírito ético e respeito humano. Não só admitia a divergência, como estimulava o registro das opiniões dissidentes, submetendo-as aos altos escalões da Administração.

Diante de teses, algumas vezes discordamos; noutras, meu parecer contou com sua aprovação, mas acabou não prevalecendo. Mais importante do que qualquer solução adotada, porém, era esse respeito ao debate, ao contraditório, à autonomia do parecerista, e a busca permanente da mais correta aplicação das normas legais e dos princípios constitucionais, sempre à luz do interesse público.

Mais do que um enunciado com pretensões científicas, assim, essas simples anotações constituem gesto de respeito, admiração, gratidão e amizade. Teresa foi combatente incansável a favor da ética pública, podendo-se mencionar, a título de exemplo, entre tantas iniciativas, o apoio que deu à elaboração do projeto da lei da via rápida, visando eliminar as barreiras que impediam a punição dos maus funcionários e que se revelavam foco de perturbadora impunidade. E o empenho e cuidado com que dava andamento na Procuradoria Administrativa à análise dos processos administrativo-disciplinares que ali tramitavam.

Teresa não está mais aqui para ver a aplicação ampla da Lei da Ficha Limpa, o julgamento do Mensalão e a condenação das práticas nele apontadas, a criação da Comissão Geral de Ética e o decreto que aprimorou a apuração de enriquecimento ilícito de agentes públicos. Mas seu espírito continua a nos animar e seu exemplo é um alento para todos nós. Sua luta continua, Teresa.

O imperativo constitucional de moralidade

O artigo 37 da Constituição de 1988, por seu ineditismo, ao submeter a administração pública direta e indireta aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, tem sido

alvo de estudos aprofundados, entre os quais podemos destacar *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, da ministra Carmen Lúcia⁴ e, num panorama mais amplo, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, da professora Maria Sylvia Zanella di Pietro⁵.

A novidade do estabelecimento de uma “princiologia do regime jurídico administrativo brasileiro” foi assinalada por Gilmar Mendes⁶, embora já de há muito se fale em moralidade no âmbito do direito administrativo. Entre nós, Hely Lopes Meirelles, que situa a moralidade administrativa como pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública, foi reconhecidamente o primeiro a abordar o tema.

Hely filiava-se, conceitualmente, à corrente capitaneada por Maurice Hauriou que cogitava não da moral comum, mas de uma suposta moral jurídica, entendida como “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”.⁷ Não se pode esquecer, ainda, o trabalho pioneiro de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho sobre “O Controle da Moralidade Administrativa”.⁸

Notáveis administrativistas chegavam a resultado semelhante por outros caminhos, especialmente com as noções de interesse público e desvio de finalidade, ou desvio de poder. André de Laubadère situava a noção de interesse geral como elemento essencial na definição de serviço público e, entre as obrigações do funcionário, explicitava a de desinteresse: “É proibido ao funcionário ter, numa empresa que tenha relação com o seu serviço, interesses de molde a comprometer sua independência”.⁹

No aprendizado tradicional do direito, explorava-se sempre a dicotomia entre a norma jurídica, com sua potencial aplicação coercitiva, e a regra moral. A consagração constitucional, entretanto, coloca a nor-

4 *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Carmen Lúcia Antunes Rocha, DelRey, 1994, pág. 195

5 Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, Atlas, 1991.

6 Gilmar, op. cit., pág. 779

7 v. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª edição, Malheiros Editores, 2000, pág. 83.

8 Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *O Controle da Moralidade Administrativa*, Saraiva, 1974.

9 André de Laubadère, *Manuel de Droit Administratif*, 9ª edição, Paris, 1969, págs. 19 e 266.

ma moral de conduta no âmago do sistema jurídico, submetendo seu descumprimento a sanções que podem variar da órbita disciplinar à da responsabilidade civil e mesmo penal.

A importância da moral na interpretação e na integração da lei foi acentuada por Maria Sylvia Zanella di Pietro, para quem “o constituinte deixou abertas as portas para o controle e, portanto, para a invalidação de determinados tipos de atos imorais”.¹⁰ Segundo ela, “o princípio da *moralidade administrativa* adquire conteúdo novo, inconfundível com aquele idealizado por Hauriou, e que já foi em grande parte absorvido pela teoria do desvio de poder. Tal como hoje é visto, ele exige da Administração Pública comportamentos compatíveis com o interesse público que lhe cumpre tutelar, voltados para os ideais expressos, agora, de forma muito nítida, no preâmbulo da Constituição; a moralidade tem de estar não só na intenção do agente, mas também e principalmente no próprio *objeto* do ato e na *interpretação* que da lei faça o Administrador para aplicá-la aos casos concretos. Em muitos casos, confunde-se com o princípio da razoabilidade, pois a inobservância desta configura, em geral, uma imoralidade administrativa, já que não há ofensa direta à letra da lei”.¹¹

Mesma lição vem explicitada na versão atualizada da obra de Hely Lopes Meirelles: “O inegável é que a moralidade administrativa integra o Direito como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade, erigindo-se em fator de legalidade. Daí por que o TJSP decidiu, com inegável acerto, que ‘o controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo’. Com esse julgado pioneiro, a moralidade administrativa ficou consagrada pela Justiça como necessária à validade da conduta do administrador público”.¹²

Também Celso Antonio Bandeira de Mello ensina que, de acordo com o princípio da moralidade administrativa, “a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los im-

10 Maria Sylvia, op. cit., item 2.4, págs. 111/112.

11 Idem, pág. 172.

12 Hely, op. cit., pág. 85

plicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição.”¹³

Importante precedente da Suprema Corte é invocado por Gilmar Mendes: “Na ADI-MC 2.661, Rel. Celso de Mello, DJ de 23-8-2002, esta Corte deixou claro que ‘A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais’”.¹⁴

Outro importante precedente do Supremo Tribunal Federal¹⁵ é citado por Alexandre de Moraes, no seu Direito Constitucional: “Poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de administração pública (art. 37 da Constituição Federal). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral. (...) Os princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio. O agente público não

13 Celso Antonio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 26ª edição, Malheiros, 2009.

14 Gilmar, op. cit., pág. 780.

15 2ª T. – Rextr. Nº 160.381- SP, Rel. Min. Marco Aurélio, v.u.; RTJ 153/1.030

só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César.”¹⁶

Em sua monografia sobre A Moralidade Jurídica e sua Densificação, Emerson Garcia, Promotor de Justiça no Rio de Janeiro, se debruça sobre um elenco de hipóteses reconhecidas como de imoralidade administrativa pela jurisprudência:

- a) realização de gastos excessivos, a pretexto de outorga de títulos e honrarias, com bebidas, comestíveis, peças de vestuário, etc.;
- b) alienação de lotes de terrenos pertencentes à municipalidade, contíguos a outros de propriedade do Prefeito, e posteriormente por ele adquiridos pelo valor da avaliação, acarretando a valorização da área contínua quando agregada à primitiva;
- c) concessão de aposentadoria especial a vereadores, após o curto lapso de 8 (oito) anos de contribuição, com desvio de verba pública para cobrir déficit técnico;
- d) resolução de Câmara de Vereadores que fixou os subsídios destes, em época de congelamento de preços e salários instituído no plano federal, em quantia exorbitante;
- e) o custeio, pela municipalidade, das despesas de viagem ao exterior da esposa do Prefeito, em companhia dele, o que não representa nenhum benefício para o Município, ainda que ela dirigisse algum órgão público; sendo idêntica a conclusão em relação às despesas com viagens do Prefeito não autorizadas pela Câmara Municipal;
- f) ato de Câmara Municipal que, sob o argumento de “oferecer exemplo à coletividade”, reduz a remuneração dos edis para a legislatura seguinte, após a realização da eleição em que a grande maioria não foi reeleita;
- g) omissão deliberada da Administração Pública, sob a alegação de discricionariedade, deixando de convocar o estágio probatório que consubstancia condição indispensável ao acesso dos terceiros-sargentos do quadro complementar da Aeronáutica ao

¹⁶ Alexandre de Moraes, Direito Constitucional, 15ª edição, Atlas, 2004, pág. 316.

quadro regular, tendo feito com que exercessem tarefas próprias dos postos mais elevados sem a contrapartida salarial devida;

- h) a participação de Juiz integrante de Tribunal Regional do Trabalho em eleição destinada a compor lista tríplice para preenchimento de vaga de juiz togado quando um dos candidatos é filho do mesmo;
- i) fixação da remuneração do Prefeito, Vice-Prefeito e dos Vereadores para viger na própria legislatura em que fora estabelecida, o que também importa em violação ao art. 29, VI, da Constituição da República;
- j) abertura de conta-corrente em nome de particular para movimentar recursos públicos, independentemente da demonstração de prejuízo material aos cofres públicos.”¹⁷

As regras, os princípios e os exemplos são claros e incontornáveis, mas o que importa “é o nível de aplicação e acatamento das normas”, como assinala com acuidade a ministra Carmen Lúcia.¹⁸ Um dos caminhos importantes é o sistema de ética pública, com seus códigos de conduta e órgãos de interpretação e aplicação.

O sistema de ética pública

O ministro Marcílio Marques Moreira bem observou que “a legislação brasileira sobre a ética pública é bem inspirada, pouco lembrada e escassamente implementada”.¹⁹ Já a professora Marília Muricy diagnosticou que “vivemos um momento esquisito, divididos entre a esperança e o dissabor”.²⁰ João Geraldo Piquet Carneiro, por sua vez, lembra o “evidente mal-estar da sociedade em relação à conduta ética dos agentes públicos e dos agentes econômicos privados, em praticamente todos os países ocidentais”²¹.

¹⁷ <http://www.conselhos.mg.gov.br/uploads/18/Artigoadministrativaesuadensificacao.pdf> – item 6.5

¹⁸ Carmen Lúcia, op. cit., pág. 197.

¹⁹ http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/etica/etica_publica.pdf

²⁰ Bahia Notícias, 07/08/2012.

²¹ Dance a Noite Inteira, mas Dance Direito, in Encontro entre Meios e Fins, pág. 65

Mesmo os arautos mais aguerridos da moralidade e da ética pública não se iludem quanto às dificuldades que ainda devem ser enfrentadas. Um dos objetivos a serem atingidos, segundo o antropólogo Roberto da Matta, é o de “tornar aceitável numa sociedade personalista, relacional e hierárquica o fato de que todos, inclusive (e especialmente) os agentes do Estado, estejam submetidos aos mesmos princípios e devam ser tratados do mesmo modo que o cidadão comum em termos de seus conflitos de interesses”.²²

No regime da Carta de 1988, que explicitou o princípio de moralidade como fundamento da ação administrativa, inúmeras iniciativas vêm sendo adotadas para enfrentar o problema.

O plano federal

O Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, enunciando regras deontológicas e mandando criar Comissões de Ética em todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, de qualquer natureza, foi aprovado pelo Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994.

Ainda no plano federal, em 1999 foi criada a Comissão de Ética Pública, vinculada ao Presidente da República, com atribuição de propor a instituição do Código de Conduta das Autoridades (Decreto de 26/05/1999). A exposição de motivos nº 37, coincidentemente o mesmo número do artigo da constituição que fixa os princípios gerais da administração, é bastante esclarecedora do espírito da iniciativa:

“Dessa forma, o ponto de partida foi a tentativa de prevenir condutas incompatíveis com o padrão ético almejado para o serviço público, tendo em vista que, na prática, a repressão nem sempre é muito eficaz. Assim, reputa-se fundamental identificar as áreas da administração pública em que tais condutas podem ocorrer com maior frequência e dar-lhes tratamento específico.

Essa tarefa de envergadura deve ter início pelo nível mais alto da Administração – ministros de estado, secretários-executivos, di-

²² Roberto da Matta, Considerações Socioantropológicas sobre a Ética na Sociedade Brasileira, in Encontros entre Meios e Fins, A Experiência da Comissão de Ética Pública, Brasília, 2002, pág. 35.

retornos de empresas estatais e de órgãos reguladores – que detêm poder decisório. Uma vez assegurado o cumprimento do Código de Conduta pelo primeiro escalão do governo, o trabalho de difusão das novas regras nas demais esferas da administração por certo ficará facilitado.

Outro objetivo é que o Código de Conduta constitua fator de segurança do administrador público, norteador o seu comportamento enquanto no cargo e protegendo-o de acusações infundadas. Na ausência de regras claras e práticas de conduta, corre-se o risco de inibir o cidadão honesto de aceitar cargo público de relevo.

Além disso, buscou-se criar mecanismo ágil de formulação dessas regras e de sua difusão e fiscalização, além de uma instância à qual os administradores possam recorrer em caso de dúvida e de apuração de transgressões – no caso, a Comissão de Ética Pública.”

O próprio Código de Conduta, em seu artigo 1º, enuncia com clareza suas finalidades:

- “I – tornar claras as regras éticas de conduta das autoridades da alta Administração Pública Federal, para que a sociedade possa aferir a integridade e a lisura do processo decisório governamental;
- II – contribuir para o aperfeiçoamento dos padrões éticos da Administração Pública Federal, a partir do exemplo dado pelas autoridades de nível hierárquico superior;
- III – preservar a imagem e a reputação do administrador público, cuja conduta esteja de acordo com as normas éticas estabelecidas neste Código;
- IV – estabelecer regras básicas sobre conflitos de interesses públicos e privados e limitações às atividades profissionais posteriores ao exercício de cargo público;
- V – minimizar a possibilidade de conflito entre o interesse privado e o dever funcional das autoridades públicas da Administração Pública Federal;
- VI – criar mecanismo de consulta destinado a possibilitar o prévio e pronto esclarecimento de dúvidas quanto à conduta ética do administrador.”

A violação das normas éticas pode acarretar a pena de advertência, aplicável às autoridades no exercício do cargo, ou censura ética, aplicável às autoridades que já tiverem deixado o cargo. A Comissão de Ética Pública pode, também, encaminhar sugestão de demissão à autoridade hierarquicamente superior.

Existem inúmeras normas complementares, para esclarecer questões relativas, por exemplo, a publicidade da agenda, registro das audiências, presentes e brindes, seminários e eventos, transporte, hospedagem, conflitos entre autoridades, propostas de emprego, rendimentos, investimentos, quarentena, eleições, atividades paralelas, movimentação patrimonial, nepotismo e conflitos de interesse em geral.

Nem sempre é tranquilo o exercício das atividades da Comissão de Ética Pública, como demonstra o episódio da não renovação dos mandatos dos Conselheiros Marília Muricy e Fábio de Sousa Coutinho, que levaram à renúncia do presidente Sepúlveda Pertence. O episódio estaria ligado ao constrangimento causado pela proposta de demissão de ministros de estado que tiveram seus nomes envolvidos em crises.

No plano federal, importante destacar ainda a recente lei de acesso à Informação, Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regulamenta o disposto na Constituição quanto à liberdade de acesso às informações da Administração. A transparência das ações de governo, efetivamente, é indispensável ao controle da legalidade e da moralidade de sua atividade.

Ainda na esfera federal, surgiu importante discussão a respeito de projeto de lei que permitiria a nomeação de não integrantes da Advocacia Geral da União – e mesmo não concursados – para a chefia da consultoria jurídica dos ministérios e outros órgãos federais, possibilitando eventual influência política nessas designações. Haveria, ainda, no projeto, diminuição da independência opinativa dos consultores a eles subordinados. É óbvio que tal proposta, já condenada pelo Conselho Federal da OAB, levanta sérias questões no âmbito da ética pública.

Assinale-se, por fim, o Código de Ética da Magistratura Nacional, aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça em 6 de agosto de 2008, para aumentar a confiança da sociedade na autoridade moral dos juízes, reafirmar compromisso com a excelência da prestação de serviço de distribuir justiça e realçar a função educativa e exemplar de cidadania da magistra-

tura. São abordados, por exemplo, independência, imparcialidade, transparência, integridade, dedicação, cortesia, prudência e sigilo profissional.

O plano estadual

No Estado de São Paulo, a Lei nº 10.294, de 20 de abril de 1999, dispôs sobre a proteção e defesa do usuário de serviço público, situando, entre os direitos básicos, informação, qualidade na prestação do serviço e controle adequado do serviço público. A lei cria também um sistema estadual de defesa do usuário de serviços públicos, incluindo ouvidorias e comissões de ética.

Já o sistema estadual de controladoria foi disciplinado pelo Decreto nº 57.500, editado pelo governador Geraldo Alckmin em 8 de novembro de 2011. Além de estruturar a Corregedoria Geral da Administração, o ato criou, em seu artigo 37 – parece um número mágico em matéria de ética – a Comissão Geral de Ética do Estado, com a finalidade de promover a ética pública e conhecer as consultas, denúncias e representações formuladas contra agente público por infringência a princípio ou norma ético-profissional. Entre as atribuições da Comissão Geral de Ética, que acaba de ser instalada, está a de apresentar proposta de Código de Ética destinado a todos os agentes públicos. Observe-se que vários órgãos estaduais já dispunham de seus próprios Códigos de Ética, como também outros estados da federação.

O mesmo diploma instituiu também um Conselho de Transparência da Administração Pública, visando criar instrumentos para aumentar a transparência institucional, com vista à “prevenção da malversação dos recursos públicos, à eficiência da gestão e à garantia de moralidade administrativa”. Por fim, o Decreto nº 58.276, de 7 de agosto de 2012, contém medidas visando prevenir, apurar e punir o enriquecimento ilícito de agentes públicos.

Esse arcabouço legislativo e administrativo tem a virtude de chamar a atenção para a necessidade de transparência e moralidade na conduta dos funcionários e administradores de todos os níveis, da chefia do Poder Executivo à mais humilde das funções.

É uma nova cultura que vai se implantando na gestão da coisa pública, em contraposição às posturas viciadas do passado que acabavam consagrando rotinas indesejáveis, mas difíceis de combater.

A só implantação do dispositivo constitucional, dos sistemas de controladoria, dos códigos e das comissões de ética, entretanto, não representa a tão desejada revolução. São apenas passos, maiores ou menores, no caminho do tratamento igual e digno do usuário do serviço público e da separação clara entre o interesse público e os eventuais interesses particulares dos servidores de todos os níveis.

Iniciativas como essas podem estreitar as indesejadas distâncias entre o cidadão e o serviço público, a norma e as práticas, o ideal e os vícios do sistema. A eficácia do sistema de ética pública é, assim, importante pressuposto de maior confiança na democracia e no sistema da república.