

# Controle da moralidade na Gestão Pública

**Luiz Fux** | Vice-Presidente do STF  
Membro do Conselho Editorial

**Abhner Youssif Mota Arabi** | Juiz de Direito do TJSP

A relação entre Direito e Moral perpassa as próprias origens do fenômeno jurídico. A afirmação do Direito como instância autônoma da Moral – bem como qual a medida dessa autonomia – conduziu grandes debates históricos na Teoria do Direito, especialmente entre as correntes jusnaturalistas e as juspositivas. Estas últimas tiveram em Kelsen seu grande expoente e tentavam construir uma teoria jurídica independente de quaisquer influências valorativas externas, fossem elas de ordem moral, ética, religiosa, cultural etc.

Em todo caso, não se pode afirmar a completa separação entre Direito e Moral, afirmando-se naquele um mínimo ético que lhe confira legitimidade material e respaldo social, fatores que incrementam a própria eficácia das normas jurídicas. Apesar de coercivas em si, a instituição de um regime democrático deve se preocupar com fatores de legitimidade e aceitação das normas jurídicas, no afã de que a população as veja não apenas como destinatários, mas também como criadores daquelas regras cogentes que se quer lhes aplicar.<sup>1</sup>

Entretanto, o Direito não se limita a proteger o que é moral, isto é, o *lícito* e o *moral* não se confundem necessariamente. Com efeito, há atos jurídicos lícitos que podem ser considerados opostos à moral, a partir de um aspecto distintivo essencial que perpassa o Direito e a Moral: a coercibilidade.

Apesar de se tratar de âmbitos distintos do controle social, “ambos são elementos inextirpáveis

da convivência, pois se não há sociedade sem Direito também não há sociedade sem moral.<sup>2</sup> Em todo caso, tratando-se de esferas próximas, apesar de distintas, deve-se procurar estabelecer entre elas relações ótimas de comunicação, especialmente no âmbito da gestão pública.

No âmbito administrativo, a moralidade aparece como princípio expresso regente da atuação da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme previsão do art. 37, *caput*, da Constituição de 1988. Como princípio que é, a moralidade se impõe como norma jurídica aos agentes públicos, em relação à qual se deve guardar relação de obrigatoriedade e obediência.

Destaca-se que os princípios, enquanto espécies de normas jurídicas, diferenciam-se das regras, as quais se constituem por disposições normativas de conteúdo mais bem definido e de aplicação de evidenciado aspecto *subsuntivo*. Os princípios, por sua vez, revelam-se como *mandados de otimização*,<sup>3</sup> cuja aplicação deve se conduzir a sua máxima realização, em busca dos objetivos últimos que o legitimam e o justificam.

De um modo geral, a adoção dos princípios como normas jurídicas corresponde à apropriação jurídica de destacados valores éticos e morais, em reação a um momento histórico pós-Segunda Guerra Mundial, em cujo contexto as regras jurídicas então positivadas permitiram e conferiram respaldo à



perpetração de atrocidades por todos conhecidas. Assim é que se o Direito se moraliza pelos princípios, quanto mais o faz a adoção do princípio da moralidade como norma jurídica administrativa.

Além dessa previsão no art. 37, mais específica para o âmbito administrativo, constata-se outras duas ocorrências do vocábulo “*moralidade*” no texto constitucional: como objeto tutelável pela ação popular, que pode ser proposta por qualquer cidadão (art. 5º, LXXIII); e como um dos valores a serem protegidos pela previsão legal dos casos de inelegibilidade, exigindo-se a moralidade para exercício de mandato eletivo a partir da consideração da vida pregressa do candidato, bem como para a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta (art. 14, § 9º). Há, ainda, outras previsões relativas à *probidade*, conceito bastante próximo da moralidade, mas que nesta não se esgota totalmente.

Apesar de se tratar de um conceito jurídico indeterminado, como é próprio e proposital dos princípios, é possível atribuir contornos normativos certos ao princípio da moralidade. Deveras, a moralidade como norma jurídica “exige que a atividade administrativa seja desenvolvida de modo leal e assegure a toda a comunidade a obtenção de vantagens justas”.<sup>4</sup> Afastando-se de uma concepção em que os *meios* se legitimam por suas *finalidades*, o exercício da atividade administrativa deve se direcionar ao *interesse públi-*

*co*, que não se considera atingido pelo sacrifício irrazoável ou desproporcional de *interesses particulares*.

Assim é que o *agir administrativo conforme a moralidade* requer uma relação de pertinência com o interesse público, bem como com o resguardo da lealdade, eticidade, cooperação e boa-fé. Essas são lições colhidas há muito no Direito Administrativo francês, especialmente a partir dos ensinamentos de Maurice Hauriou, cuja proteção e aplicação são essenciais a uma gestão pública democrática. Impõe-se, assim, que “o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta”, devendo averiguar não apenas “os critérios de conveniência, oportunidade e justiça, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto”.<sup>5</sup>

Em verdade, exigir juridicamente que se atue conforme a moralidade corresponde a conferir à atuação administrativa e estatal a necessidade de constante adequação de sua atuação ao interesse público, já que a atuação administrativa não se dá em nome dos agentes públicos que a realizam, mas ao *povo*, a quem se atribui a legitimidade última e a soberania constitucional máxima. Como desde o início assenta o texto constitucional vigente (art. 1º, parágrafo único), “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes”. Dessarte, ainda que não houvesse previsão normativa expressa – o que há à exaustão – a obediência à moralidade é dever que decorre dos pilares do Estado Democrático de Direito e também dos próprios preceitos fundamentais do

exercício da função administrativa: (i) a primazia do interesse público; e (ii) a indisponibilidade do interesse público pela Administração.

Estabelece-se, portanto, uma relação intrínseca entre a própria validade do agir administrativo e a moralidade desta atuação. Essa relação se estabelece a tal ponto que Hely Lopes Meirelles afirmava que “o certo é que a moralidade do ato administrativo, juntamente com a sua legalidade e finalidade, constituem pressupostos de validade, sem o qual toda atividade pública será ilegítima”.<sup>6</sup> Com efeito, apesar de possível, não é apenas no plano judicial que se deve resguardar a norma jurídica da moralidade, mas também no âmbito do controle e da autotutela administrativa, já que se trata de comando normativo de estatura constitucional expressa.

À luz dessas premissas, extraem-se importantes contribuições à Administração Pública, a partir de uma preocupação com o fortalecimento e a criação de instrumentos fomentadores do controle da moralidade na gestão pública, como pelo incremento de mecanismos de maior participação democrática, de consulta à população, de amplificação do acesso às informações públicas, dentre outros. Sendo a gestão pública a atividade de governo das políticas públicas e do atendimento de demandas coletivas, com a elaboração e o acompanhamento de iniciativas que têm como objetivo atingir finalidades públicas, a atuação de profissionais qualificados para administrar essas organizações, nos diversos níveis do governo, deve se dar de forma ética e moralmente justificada, conservando e utilizando os bens e recursos públicos que lhe foram confiados, no afã de atingir uma construção coletiva e democrática de soluções aos problemas da comunidade.

Em todo caso, para além da atuação na gestão pública em si e do exercício da função administrativa, há no ordenamento jurídico brasileiro exemplos interessantes de aplicação do princípio da moralidade como dever normativo aos cidadãos em geral. Veja-se, a propósito, a exigência de probidade e moralidade até mesmo para o exercício de direitos políticos passivos, como ocorre nos casos em que o descumprimento de tais deveres se apresenta como fundamento suficiente a condicionar a possibilidade ou não de formalização de candidatura a cargos políticos eleitoralmente constituídos.

Com efeito, o regime jurídico das condições de elegibilidade e das hipóteses de inelegibilidades lastreia-se em critérios político-legislativos que possuem racionalidades e fundamentos diversos: por critérios capacitários, pela preocupação com a preservação da soberania nacional, pela necessidade de salvaguardar a legitimidade e a higidez do pleito, bem como pela tutela jurídica à moralidade daqueles que desejam assumir cargos de representação popular.<sup>7</sup>

Como traço comum característico, essas aludidas limitações ao direito de ser votado buscam sua finalidade subjacente nos princípios constitucionais da moralidade e da probidade, a teor do que preconiza o art. 14, § 9º. Ao insculpir os pressupostos fático-jurídicos de incidência de cada uma dessas causas, o legislador infraconstitucional densificou, no plano infraconstitucional, os imperativos de moralidade, de probidade e ética, de observância à normalidade e à lisura, vetores-guia para o exercício legítimo de parcela da soberania estatal.

De modo semelhante, mais especificamente em relação aos agentes públicos, a moralidade na gestão pública também é resguardada no âmbito do sistema normativo de proteção à improbidade administrativa e do combate à corrupção. Com efeito, nos termos da Lei nº 8.429/1992, condutas que atentem contra os princípios da Administração Pública representam modalidade autônoma de atos de improbidade, princípios dentre os quais está o da moralidade, além dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, expressamente consignados pelo art. 11 daquela Lei.

Deveras, o descumprimento dessas normas jurídicas acarreta a possibilidade de severas sanções e restrições jurídicas ao infrator, tais como o ressarcimento integral do dano, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, o pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente; além da proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, pelo prazo de três anos.

Note-se, ainda, que se demonstra uma preocupação com os atos lesivos à moralidade não apenas pelos agentes públicos, como também pelas pessoas jurídicas, tanto no âmbito da administração pública nacional, como também no da estrangeira, tal qual estabelecido na Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. É nesse sentido, também, que devem se fortalecer medidas de *compliance* e autogestão corporativa, não apenas no setor privado, mas igualmente no setor público. Deve-se prezar, portanto, pela existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito das pessoas jurídicas de direito público.

No contexto das empresas estatais, por exemplo, destaca-se também a publicação da Lei nº 13.303/2016, pela qual foram criadas novas condutas de governança e gestão corporativa direcionadas ao melhor atendi-



Foto: Arquivo Pessoal

Juiz de Direito Abhner Youssif Mota Arabi

mento de princípios como o da moralidade, além de regras voltadas até mesmo à indicação e à avaliação de membros para o Conselho de Administração e para o Conselho Fiscal. Nesse sentido, há que se cultivar também no âmbito público regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam a ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno; áreas responsáveis pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos; realização de auditorias internas e externas etc.

Ainda, é importante que se passe, no âmbito público, a elaborar, divulgar e fortalecer os Códigos de Conduta e Integridade, que disponham sobre os princípios, valores e missão da unidade administrativa, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude; a previsão de instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação desses Códigos de Conduta e Integridade; canais de denúncias que possibilitem o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento das regras internas de conduta; a existência de mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias e o incentivo a sua utilização; além de sanções aplicáveis em caso de violação a essas regras.

Igualmente, a bem da moralidade e da boa gestão administrativa, devem ser previstas práticas contínu-

as de treinamento e capacitação dos agentes públicos, bem como o fortalecimento da independência de órgãos de auditoria, a bem de fielmente avaliar os atos potencialmente lesivos à moralidade e ao interesse público em geral.

Assim, nota-se que a afirmação constitucional da moralidade como dever, já que os princípios assumem o caráter de verdadeiras normas jurídicas, se espalha por diversos âmbitos do ordenamento, especialmente sobre a atuação administrativa e dos agentes públicos. Impõe-se, assim, que o poder público confira ao princípio especial atenção, fortalecendo medidas que clarifiquem e fortaleçam as distinções das esferas pública e privada, no afã de mais bem resguardar o interesse público e a moralidade a ele inerente, em uma contínua preocupação em fazer valer a moralidade no âmbito da gestão pública.

## Notas

<sup>1</sup> Com efeito, como assentava Norberto Bobbio, “o caráter específico do ordenamento normativo do Direito em relação a outras formas de ordenamento, tais como a moral social, os costumes, os jogos e outros, consiste no fato de que o Direito recorre, em última instância, à força física para obter o respeito das normas” (*Dicionário de Política*, 3ª ed. vol. I, Editora UnB, 1991, p. 349). É como Max Weber já dizia ao descrever a formação dos Estados contemporâneos, em relação aos quais se afirmava o monopólio do uso legítimo da força. Por isso é que os propósitos aos quais essa força pode ser usada devem ser também eles legítimos e democráticos, inclusive quanto ao conteúdo ético e moral mínimo que lhe dê sustentação.

<sup>2</sup> FERRAZ JR, *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 326.

<sup>3</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*, tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

<sup>4</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Ed. RT, 2015, p. 203.

<sup>5</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, GEN/Forense, 2014, p. 102.

<sup>6</sup> *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Malheiros, p. 58.

<sup>7</sup> Com efeito, há normas restritivas ao exercício do *ius honorum* cuja finalidade subjacente consiste em preservar a soberania nacional, mediante o reconhecimento da inelegibilidade absoluta de estrangeiros (CRFB/88, art. 14, § 2º c/c § 4º) 2, a fim de que não se oportunize aos não-nacionais a prerrogativa de serem investidos no exercício de parcela da soberania estatal, mediante a ocupação da chefia do Poder Executivo. Além disso, os conscritos, já que submetidos a regime de hierarquia e disciplina, estariam mais suscetíveis a obedecer a ordens de seus superiores, razão por que também foram qualificados juridicamente como inalistáveis e absolutamente inelegíveis (CRFB/88, art. 14, § 2º c/c § 4º), impedindo que o exercício do mandato político asfixie a independência e a autonomia do agente político no desempenho de seu múnus. Adotou-se, ainda, critérios capacitários para o desempenho do direito de ser votado (isto é, inelegibilidade absoluta de analfabetos – art. 14, § 4º, da CRFB/88. Por fim, proscreveu-se a perpetuação de indivíduos ou o continuismo de grupos familiares no exercício do poder político (art. 14, §§ 5º e 7º, da CRFB/88), sob pena de evidente ofensa aos fundamentais princípios republicano, democrático, da impessoalidade e da igualdade de chances.