

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, viga mestra do sistema normativo pátrio, é um documento resultante de um longo processo político, materializado por meio da Assembleia Nacional Constituinte, e em que pese as críticas que possam ser feitas ao seu texto final, mostra-se um documento muito à frente de seu tempo.

Alguns doutrinadores de expressão a criticam por ser extremamente minuciosa, tratando de temas que não seriam propriamente de natureza constitucional, mas, sim, natural à legislação ordinária, como, por exemplo, o disposto no § 2º, do art. 242, que determina que o “Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, continuará na órbita federal”.

A par de pequenos vícios estruturais, que devem ser compreendidos à luz do contexto no qual foi gestada nossa Carta Magna, editada logo após um processo político de distensão, tenso, cheio de avanços e retrocessos, que transitou de um regime autoritário conduzido por militares, para uma abertura à democracia, natural que o texto apresentasse uma quantidade enorme de interesses materializados pela sociedade, como meio de proteção aos interesses dos segmentos políticos representados na assembleia e embora o produto final possa ser criticado, o fato é que merece o termo de “Constituição Cidadã”, por ter trazido à lume inúmeros avanços, sobretudo no campo da Administração Pública.

O presente estudo, sem a pretensão de esgotar o assunto, tem por escopo, analisar a conceituação que traz o artigo 37 da Constituição Federal de 1988, no que tange à questão proposta no “caput” quanto à forma da Administração Pública, especialmente no tocante a questão da moralidade, e, também, o aspecto da probidade como fator essencial na boa gestão pública.

Referido dispositivo estabelece que a “administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”.

Para melhor compreensão do tema, mostra-se adequada ao propósito, uma visão analítica das expressões que compõem o objeto de estudo.

1. NOÇÃO DE COISA PÚBLICA MATERIAL E IMATERIAL E A LIBERDADE DE GESTÃO FUNDADA NA IMPERATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O artigo 1º. da constituição federal de 1988 assim estabelece que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição”.

Veja-se que através da determinação acima, há clara indicação de que para o exercício do poder, ou seja, da administração pública, é necessário a existência da representação através do sistema de eleições e no segundo termo, através da transferência de poder que a constituição federal indica ao prever a palavra diretamente.

É assim que na constituição federal, ao estabelecer, por exemplo, a questão de competência jurídica, traz em seu bojo que o exercício é delegado, ou seja, no caso dos Juízes. Estes para fins de primeira Instância, são concursados, nos moldes estabelecidos pelo regramento jurídico. Logo, neste caso, não se trata de escolha de representantes, posto que não se sabe a pessoa que irá estar realizando a administração pública dentro do contexto, no caso, da ótica jurídica.

Veja-se, um indivíduo que possa ter posição específica sobre determinado assunto, ao ser trazido no âmbito do serviço público, na qualidade de concursado, legitima a condição de poder realizar a administração pública no âmbito de sua atividade.

Sendo assim, ainda que referida pessoa não tenha sido eleita representante, ele detém o poder de administrar, conferido pela questão e concurso que o alça à condição de administrador público.

Assim é que cada funcionário público é um administrador público. Isto porque, no seu mister ele lida com a “coisa” pública, ainda que seja aplicada aos particulares, como é o caso da Justiça, por exemplo.

Veja-se que neste caso, o ente privado busca a tutela do ente público a fim de dar aplicabilidade á que pretende como condição privada.

Seria um antagonismo ao se dizer que o privado, enquanto “coisa” individual, se sujeito a tutela do que seja público, ainda que

momentaneamente, na medida em que a parte pública não se vale do princípio da parte privada, mas do regramento que busca o bem estar da coletividade.

Ao suscitar que, no privado se aplique o quanto é previsto na condição pública, o indivíduo não é mais parte e constitui um todo daquilo que busca tutelar.

Ao se colocar a demanda jurídica, com bases no regramento jurídico, este regramento é público, pois olvida buscar que a solução de conflitos se estabeleça de forma a planificar o entendimento entre as criaturas. Daí temos “coisa” material e imaterial a ser destacada.

A “coisa” material é propriamente dita o bem ou “coisa” com a qual se está litigando ou buscado. A imaterialidade diz respeito à condição da personalidade do indivíduo.

Neste quadro atendendo ao previsto no artigo 1º. da constituição federal de 1988, ainda que a investida do poder esteja emanada do povo, o seu exercício se faz através da representação e da delegação, por lei, princípio da legalidade, artigo 5º., inciso II, que estabelecem os parâmetros, através de legislação sobre a administração da “coisa” pública.

É interessante notar que, como emanção de poder, não é assegurado ao indivíduo ampla liberdade, mas liberdade nos termos da lei e o do princípio que a estabelece.

Para melhor compreensão do tema, mister se ter em mente uma noção acerca do que possa significar o vocábulo *princípio* nos domínios do direito. Não se trata de tarefa fácil, motivo pelo qual nos socorremos de vários autores a saber:

Segundo Miguel Reale princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários (1986, p 60)¹.

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso:

¹ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 11ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1986.

São o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. (BARROSO, p.147).²

Na doutrina de Ruy Samuel Espíndola:

No Direito Constitucional é que a concepção de fundamento da ordem jurídica como ordem global se otimiza diante da teoria principialista do Direito. Assim, os princípios estatuídos nas Constituições – agora princípios constitucionais -, ‘postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento’ (ESPÍNDOLA, p. 74).³

Levando em conta a importância que os *princípios* possuem no ordenamento jurídico, enquanto sustentáculos do sistema jurídico, pedras fundamentais estabilizadoras do sistema, importante trazer à colação, a preciosa lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, a respeito dos efeitos decorrentes de sua inobservância:

Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo [...]. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que os sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada (2000, p. 747/748).⁴

² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

³ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de princípios constitucionais: para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

Constata-se, dessa forma, que os princípios carregam consigo alto grau de imperatividade, o que denota o seu caráter normativo, cogente, impositivo de observância obrigatória cuja violação maculará de ilegalidade e/ou inconstitucionalidade o ato do poder público desconforme.

Todavia, há de se observar que, considerando a “aldeia global” em que vivemos, a posição de princípio tem suas variações a considerar as peculiaridades de cada povo. Nesta esteira por exemplo, citamos a Albânia⁵.

O código de Kanun, instituído há seis séculos na Albânia, abriga a lei Gjakmarrja (em português “vingança de sangue”), onde as disputas entre famílias são resolvidas com o “derrame de sangue”. Quando uma pessoa é assassinada, os seus familiares têm o direito - e segundo este código a responsabilidade social - de matar um membro da família do assassino. Apesar de ser um código antigo e não estar oficialmente em vigor, a sua tradição mantém-se, principalmente no norte da Albânia, como sinal da manutenção dos "valores morais" albaneses.

Assim sendo, o princípio se estabelece pela conjunção de consenso entre os indivíduos a se aplicar a determinadas situações e ter para com isto sua valia como fundamento de lei.

2. DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E OS ASPECTOS QUE DEFINEM OU NÃO A MORALIDADE NA GESTÃO PÚBLICA

Na nossa constituição, ficou estabelecido o princípio da legalidade no artigo 5º, II, todavia, não traz em seus artigos a definição de princípio, muito menos o de moralidade.

Logo, uma lei, nada obstante ter o seu embasamento na filosofia do direito como sendo a moral um dos seus pilares, uma lei pode não ser moral, mas ser legal.

Veja-se neste aspecto, por exemplo, o patamar salarial instituído pela Constituição Federal como limitação para o funcionalismo público daquele valor pago ao Ministro do Supremo Tribunal Federal,

⁵ A Albânia, localizada na Península dos Balcãs, no sudeste da Europa, é um pequeno país com litoral adriático e jônico e o interior cortado pelos Alpes albaneses. População: 2,846 milhões (jan. de 2020)

atualmente em R\$ 39.293,00 (trinta e nove mil, duzentos e noventa e três reais).

Todavia, como é divulgado pelas diversas mídias, no caso do Poder Judiciário, focando-se este, existem leis federais e estaduais, impondo salário muito superior ao teto lá indicado. Fala-se, neste sentido, do salário propriamente dito.

Logo, se olharmos pelo prisma legal, a lei que está prevista no artigo 37, "O inciso XI" da Constituição Federal estabelece um teto, mas não veda que algum membro do Judiciário possa ter ganhos maiores do que aquele estabelecido na Carta Magna.

Assim, diante do entendimento que o artigo 5º, II, da Constituição Federal, de que estabelece o princípio da legalidade, a ausência de vedação proibindo, teria o condão de permitir, na medida em que não vedou que, ao salário fosse integrado outras parcelas que teria sua natureza igualmente salarial, superando o teto. Ainda que outro seja o título, tudo aquilo que possibilita o recebimento em razão da atividade desenvolvida é salário, ou seja, o recebimento é pelo cargo, função e atividade.

Isto é a ideia de salário *in natura* ou também conhecido por salário utilidade e é entendido como sendo toda parcela ou vantagem fornecida pelo empregador como gratificação pelo trabalho desenvolvido ou pelo cargo ocupado, como previsto no artigo 458 da CLT.

Todavia, como no caso do Poder Judiciário, por exemplo, no que tange a Juízes, Desembargadores não se trata de funcionário celetista, mas público, não se inserindo no campo da CLT.

Entretanto, a legislação, nada obstante não ser legal, pois em princípio percorreu todo o trâmite para sua aprovação nos moldes do artigo 59 e seguintes da Constituição Federal, teria se seguido a normatização prevista para tanto, não espelhando moralidade, necessariamente.

Ocorre que na criação da legislação, como no caso de salário que está sendo focado como exemplo - nada obstante o entendimento de que todos devem receber um salário justo -, se considerarmos a administração pública como interesse de cuidar da "coisa" pública e no caso o salário tem conotação direta com a questão de orçamento e previsão de receita, ou seja, ao se pagar um salário fora dos padrões indicados na Carta Magna, estar-se-ia

implicando em retirar do orçamento valores que poderiam ser utilizados com a “coisa” pública, como saúde, educação e segurança, para atender a necessidade de um único agente público, naturalmente, aquele que recebe o salário maior do que o previsto no artigo 37 da Constituição Federal.

Note-se que o Poder Público não cria receita. Ele cria impostos que são recolhidos por aqueles que criam a receita – os contribuintes. Logo, não existe gratuidade no serviço público. O fornecimento de bens e serviços pela administração pública está ligada, intimamente, à criação de receita, via imposto, que será objeto de contribuição por algum tipo de indivíduo, ou no caso de empresas.

Logo, quando falamos em gratuidade do ensino público, este não é gratuito. É objeto de impostos que são recolhidos ao erário e, com este, através da administração pública, e que é passado para aqueles beneficiários do bem público, no caso, a escola pública, uma vez que sobre ela não há cobrança, direta, de tributos ou taxas, mas sua origem é tributária, pois alavanca a responsabilidade passada aos contribuintes na forma de impostos, taxas e similares.

Voltando, o salário que possa ser recebido de forma indireta, se trata de salário, pois objetiva permitir uma melhor remuneração por parte do agente que o recebe, tirando, por consequência, da sociedade, os valores que seriam destinados ao bem público, como saúde, educação, segurança, entre outros.

Assim, se questiona se uma lei, embora atenda ao princípio da legalidade, seria moral, se retira da sociedade o bem público que a ela poderia ser aplicado.

O princípio da legalidade dispõe que o administrador está limitado a fazer apenas o que a lei determinar, enquanto o particular pode fazer tudo que a lei não proíba.

A constituição federal que traceja a relação material e imaterial dos indivíduos, não define o que venha a ser moralidade. Tanto que somente indica princípios, sem estabelecer sua condição.

Logo, em face do princípio a legalidade, não há lei que defina o que seja moralidade e que permite, assim, a sedimentação de vários

entendimentos sobre a questão, como por exemplo, os editais para a realização de concursos públicos.

Em meados do século XIX, ainda na época do Brasil Império, foi instituída a primeira Constituição, no ano de 1824, e foi estabelecido no inciso XIV do artigo 179 que: “Todo o cidadão pode ser admitido aos Cargos Públicos Civis, Políticos, ou Militares, sem outra diferença, que não seja dos seus talentos e virtudes”.

Destaca-se na indicação, nada obstante a questão de talento, mas de que são observadas suas virtudes, o que ampliava sobremaneira as características pessoais. Contudo, havia a indicação de algo atrelado ao indivíduo como princípio de sua admissão ao serviço público o qual iria por ele ser administrado.

Veja-se que cada funcionário público investido na forma legal se trata de um agente administrador público, pois a todo instante está lidando com a “coisa” pública e não privada.

Assim, nem sempre a “coisa” privada atenderá aos princípios da moralidade, pois a legislação somente afeta ao que não esteja proibido. Entretanto, o princípio da moralidade, por sua vez, exige que os atos praticados sejam de acordo, não apenas com a legalidade, mas também com a ética, sendo seguida da moral administrativa para fins de se lidar com a “coisa” pública.

Nesse sentido a precisa lição de Hely Lopes Meirelles, que nos ensina que

a moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*). (...) O certo é que a moralidade do ato administrativo juntamente com a sua *legalidade* e *finalidade*, além da sua adequação aos *demais princípios*, constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima (2012, p. 91/92)⁶.

Dentre as indicações religiosas, por exemplo, um dos mandamentos da Igreja Católica se refere a “não mates”. Não consta na indicação a proibição de matar que é algo diferente de “não mates”.

⁶ Ob. cit.

Enquanto este último traz um princípio de preservação de vida, o outro se refere a proibição expressa. Neste caso, estaria sendo retirado do indivíduo o seu livre-arbítrio, sua liberdade. Naquele, é uma decisão individual.

Até onde ocorreu a pesquisa, não existe legislação proibindo que um ser humano venha a matar o outro.

Curiosamente, existem legislações que proíbem a caça de animais e a pesca em determinados locais, mas não há proibição de matar um ser humano.

Ao contrário. A legislação até prevê a possibilidade da preservação da vida em defesa própria, autorizando a possibilidade de se matar outro indivíduo neste sentido.

Um caso típico, por exemplo, o porte de armas, denota que portar armas tem o objetivo possibilitar que outro seja ferido, inclusive, mortalmente.

Um paradoxo existente entre autorizar a matar, através de legislação que legaliza a ocorrência, e o mandamento “não mates”.

Outrossim, até mesmo nas guerras intituladas “como santas”, a morte era aceita. Veja-se, por exemplo, as “cruzadas”.⁷ Matava-se em nome do próprio Deus que ao estabelecer o princípio da religiosidade e conduta dos indivíduos recém-libertos do cativeiro do Egito, contrariando o próprio princípio.

Logo, a questão da moralidade está intimamente ligada à questão individual, através da formação do ser humano, atrelado a este, pois a questão se refere a parte imaterial do indivíduo.

O lar forma o homem; a escola, o cidadão. O indivíduo em linhas gerais, recebe a formação do lar quanto aos costumes que nele são praticados. Recebe a formação da escola quanto à formação para saber ler e escrever e utilizar das matérias para sua formação profissional considerando que determinada profissão exige determinada formação.

Naturalmente, há pessoas que aprendem a ler e escrever sem que tenham frequentado os bancos escolares. São alfabetizadas por outrem que não estão dentro da escola. Recebem, por isto, a influência da forma como

⁷ *Cruzada* é um termo utilizado para designar qualquer dos movimentos militares de inspiração cristã que partiram da Europa Ocidental em direção à Terra Santa e à cidade de Jerusalém com o intuito de conquistá-las, ocupá-las e mantê-las sob domínio cristão. - <https://pt.wikipedia.org/wiki/Cruzada>

a referida pessoa aprendeu e repassará. Não se trata de formação, mas de informação.

Além disto, o meio ambiente em que o indivíduo se encontra atua sobre ele, trazendo a formação de costumes próprios, trazendo repercussões diversas sobre sua formação que pode se chocar com aquelas recebidas ou não do lar, da formação escolar, pois o meio ambiente atua de forma direta na formação do indivíduo.

Por exemplo, em voga os influenciadores digitais tão divulgados na mídia. Referida pessoa pode ou não estar observando sua formação do lar, escolar, mas pode afastar elas e ir contrário aos entendimentos por ela formados em nome de uma tal “liberdade de expressão”, sem que tenha verificado as bases em que se concretiza a mesma.

Retornado ao agente administrativo como detentor do princípio da moralidade esculpido na Carta Magna, Hely Lopes Meirelles declara que

o agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o Honesto do Desonesto. E ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético da sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo do injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto (2012, p. 90)⁸.

A moralidade administrativa não possui uma definição fim de conceituação de moral, considerando que a legislação não tece a mesma e seus juízos de valores.⁹

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

⁹ Vejamos a seguir, seguindo a caracterização feita por Adela Cortina quanto ao referido tema: 1) A moralidade como aquisição de virtudes para alcançar a felicidade. Para Aristóteles, a faculdade principal do homem, sua maior virtude, é a racionalidade. Para ser feliz, o homem precisa exercitar sua capacidade de pensar. Para alcançar a virtude, o homem precisa escolher “o caminho do meio”, a justa medida das coisas, e agir de forma equilibrada. 2) A moralidade do caráter individual. [...] Nesse sentido, o desenvolvimento pessoal tornaria possível que cada indivíduo se tornasse moral e, assim, teria os recursos necessários para enfrentar os desafios da vida. Esse desenvolvimento seria como o desenvolvimento de um esportista: se o esportista estabelece metas e desenvolve suas habilidades a fim de alcançá-las, o indivíduo deve proceder da mesma forma a respeito do seu desenvolvimento moral, isto é, ter um projeto vital de autorrealização. Por isso, a moralidade entendida assim é aplicável ao indivíduo, que é o agente moral, mas também poderia ser aplicada a sociedades [...] 3) A moralidade do dever. Se os estoicos interpretavam a “lei natural” como centro da moralidade, isto é, pensavam no ajuste entre a intenção humana e os planos da razão universal, há sistemas morais que colocam o “dever” como centro das preocupações. Para Kant, a moralidade seria o ir além da natureza e o homem, capaz de ir além da ordem natural, seria capaz de se autolegislar. A autonomia é o foco da moralidade, pois o homem exerceria sua autonomia ao estabelecer aquilo que é correto [...]. 4) A moralidade como aptidão para resolver conflitos.

Para entender o significado de moralidade, precisamos entender o termo que dá origem à palavra: moral. A palavra “moral” vem do latim *mos ou moris* – e significa *costumes*. Nós vivemos em uma sociedade e a sociedade tem normas estabelecidas do que é certo e do que é errado.

Em um sentido mais simples, a noção de moralidade pode estar associada às noções de justiça, ação e dever: a moralidade não se relaciona àquilo que cada um quer para si e sim às formas de agir com o outro.

Ainda que “*moralidade*” se refira a um código moral concreto (“a moralidade de determinado país” ou “a moralidade de determinado período histórico”, por exemplo, expressões pelas quais determinamos o que é moral ou imoral) pode ser usado como sinônimo de “O moral”. Quando se entende assim, significa que mesmo havendo códigos morais distintos entre si, há aspectos que nos possibilitam identificá-los como sendo “morais”.

Entre esses aspectos está a capacidade de se formar juízos morais: quando dizemos que alguém está agindo de forma correta, estamos fazendo um juízo moral, independente do código moral no qual nos baseamos.

Para a compreensão da moralidade como base para se resolver conflitos é importante entender o conceito de “reconhecimento recíproco” para George H. Mead: ao contrário dos enfoques que ancoram a noção de moralidade no indivíduo, nesta concepção a moralidade não pode ser pensada fora do âmbito social. Com isso, ele situa o problema moral em relação aos conflitos, sejam individuais, sejam coletivos. Pela racionalidade, além de estabelecer para si mesmo leis próprias, o homem deve ser capaz de decidir sobre elas por meio do diálogo. [...] 5. A moralidade como prática solidária das virtudes comunitárias. Para essa noção de moralidade, entende-se o indivíduo em relação à sua comunidade concreta. O ser humano constitui sua personalidade a partir do pertencimento a uma comunidade (profissional, nacional, por exemplo), pois é a comunidade que, ao exigir virtudes daqueles que estão a ela ligados, possibilita o desenvolvimento delas. Ao ter uma visão do que seria a “excelência humana”, a comunidade se esforça para que todos os seus membros a desenvolvam. Assim, a moralidade tem o sentido de “alcance solidário das virtudes” e sai do âmbito de deveres e direitos [...]. a) As normas morais têm o sentido de uma obrigação interna, ou seja, fundada na razão; as jurídicas de uma obrigação externa fundada nas leis; as religiosas têm o sentido de uma obrigação externa fundada na divindade, expressa por algum livro sagrado ou pelas autoridades religiosas; b) As normas morais são estabelecidas pela consciência pessoal de cada indivíduo; as normas jurídicas são estabelecidas por organismos legislativos do Estado; as normas religiosas são estabelecidas pelos intérpretes da doutrina professada, tendo relação tanto com o livro sagrado (se houver para a determinada religião) quanto com a tradição; c) As normas morais têm uma condição universalizável, ou seja, abrange diversos aspectos da vida humana, por isso também não possuem um código formal. As normas jurídicas se referem a questões específicas e geralmente, por sua ligação com o Estado, afetam um território delimitado. As normas religiosas se referem a princípios compartilhados por um grupo de pessoas, que não têm relação ao território, pois pessoas de países diferentes podem professar o mesmo credo. No entanto, as normas morais são independentes da expressão religiosa, sem que isso signifique que sejam opostas a existência dela.” CORTINA, Adela; MARTINEZ, Emílio. *Ética*. Ediciones Akal. Espanha, 2001.

No aspecto de conteúdo, o que traço em comum entre os juízos morais é que eles se referem àquilo que os seres humanos desejam ou necessitam.

Nesse aspecto há aqueles que falam sobre o que é justo – e isso aporta um sentido de “exigência” e “prescrição” – e há aqueles que falam sobre o que é bom – estes se apresentam como conselhos a respeito das formas de agir.”

Neste contexto, ao verificarmos o artigo 37 da Carta Magna em estudo, constata-se que ele estabelece a questão sob a ótica da administração pública, não se estendendo ao particular, ao privado.

Logo, pelo princípio da legalidade, o particular, o privado, não estaria afeto a subordinar-se ao quanto está previsto no artigo em referência, contudo, o administrador público, ou seja, aquele investido na condição de administrar a “coisa” pública, está, necessariamente, atrelado ao princípio que norteia a moralidade.

Assim sendo, se ser investido na condição de administrador público, o agente está inserido de trazer junto de si o princípio da moralidade.

3. DO PRINCÍPIO DA PROIBIDADE COMO VIRTUDE HUMANISTA E COMO FATOR NECESSÁRIO PARA O EXERCÍCIO DA MORALIDADE

Voltando agora para a *proibidade*, esta consiste num agir de acordo com os princípios éticos e morais aceitos em uma sociedade, significando ter integridade de caráter e sendo uma característica de pessoas que costumam agir com ética e honra nas suas decisões. Característica ou particularidade do que é probó; retidão ou integridade de caráter; honestidade e honradez.¹⁰

A questão indica que se trata de uma virtude, ou seja, atrelada ao espírito humano e não a uma coisa. Logo, somente o ser humano dotado de inteligência é que pode aplicar a proibidade, uma vez que se trata de opção, livre-arbítrio, ser honesto e agir de forma ética.

Como se trata de uma faculdade, nada obstante a formação do indivíduo, influenciado pelo meio ambiente, este tem a opção de optar em ser

¹⁰ <https://www.significados.com.br/proibidade/>
<https://www.dicio.com.br/proibidade/>

probo ou não, advindo, para cada escolha, naturalmente, uma consequência na sua trajetória de vida.

Mas focando no contexto do princípio esculpido no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, temos que o agente público no trato da “coisa” pública deve agir com honestidade, retidão, e em observância aos princípios éticos que regem uma sociedade.

Neste aspecto, por exemplo, quando focamos a palavra honesto, que se insere como significado da palavra probidade, embora possa ter vários idiomas que consagram a referida palavra, seu significado perfeitamente aceito se refere ao indivíduo - que se comporta ou está de acordo com os preceitos éticos e socialmente aceitos.¹¹ Pessoa que age corretamente, mesmo contrariando seus interesses; que age com escrúpulos, com decência, com honradez; que é capaz de ser leal com outrem mesmo sem estar sendo vigiado.¹²

“A honestidade é um valor ou qualidade própria do ser humano que tem uma estreita relação com os princípios de verdade, justiça e com a integridade moral. Uma pessoa honesta é aquela que procura sempre anteceder a verdade em seus pensamentos, expressões e ações.”¹³

Honestidade em qualquer contexto da vida é um valor esperado para a existência de relações sociais, vez que a questão da honestidade traz implícita a forma dual, ou seja, necessário que haja uma relação de pelo menos dois indivíduos a formar uma sociedade com os parâmetros de sua existência. Logo, se não houver uma relação social na qual se expresse o caráter de uma pessoa, não há como interagir com o princípio da honestidade.

A fim de se estabelecer os parâmetros das relações sociais, foram criadas normas, leis, condutas de comportamento para estabelecer o parâmetro do que é honesto.

Interessante notar que nas relações em sociedade, a legislação na forma do artigo 5º, II, da Constituição Federal de 1988 não conceitua o que

¹¹ <https://www.dicio.com.br/honesto/>

¹² <https://www.dicionarioinformal.com.br/honesto/>

¹³ <https://queconceito.com.br/honestidade>

seja honesto, probó. Entretanto, permeia o entendimento de que existem ações provocadas pelo ser humano que indo de encontro aos regramentos da vivência em sociedade são tidos como ímprobos e desonestos.

Tanto é assim que não se vê, na legislação, qualquer estabelecimento de prêmio pelo fato de a pessoa ser honesta, proba. Mas, contrariamente, há previsão legal de punir atos, comportamentos e até costumes que possam ser tidos como desonestos e ímprobos.

Um exemplo típico de conceituação é o Código Penal na qual traça a conduta e a intenção do ser humano frente aos atos praticados e que possam causar males físicos, morais, patrimoniais, estabelecendo um processo de punição, ou seja, a prática contrária aos atos que seriam aceitos pela sociedade como conjunto de regramentos a que está submetida, dentre eles, o ordenamento jurídico.

Poder-se-ia dizer que a questão de probidade e honestidade se aplicariam a pessoas jurídicas. Entretanto, estas são formadas, necessariamente, por pessoas físicas. Logo, a questão de probidade e honestidade estão atreladas aos seus dirigentes, sócios, empregados e funcionários.

A despeito da probidade como “virtude” que deve ser aplicada na conduta do ser humano, antes de ser um agente público, a Lei de Improbidade Administrativa - Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências, não traz a definição de probidade ou de improbidade.

A referida legislação somente estabelece a prática de atos que são puníveis com sanções que possam caracterizar improbidade.

Parece que o legislador tem dificuldade em indicar o que seja probidade, por “achar” que as pessoas têm conhecimento do seu significado.

Ou, ainda, para evitar tecer a pecha de quem não se enquadrar na forma da definição “legal” (princípio da legalidade), venha a ser considerado desonesto ou improbo.

Por isto é que se tornou mais “fácil”, indicar quais tipos de conduta seriam tidas na forma da referida lei atos que possam trazer a

conotação de improbidade. Assim, em tais parâmetros, se a conduta não estiver tipificada no elenco do quanto é previsto, não seria improbo. Mas aquela legislação esgota a questão. Naturalmente que não.

Pois a conduta de probidade e honestidade, na forma conceitual antes indicada, enseja a consciência pelo sistema de lucidez da criatura para discernir a sua conduta.

Neste contexto, importa trazer a lume um conceito muito difundido pelo conhecido Mahatma Gandhi. Se trata do princípio denominado de *ahimsa*. É a prática pessoal de não causar sofrimento a si próprio ou a outros seres sob qualquer circunstância.

Tomando-se por base o fundamento de não causar sofrimento a nenhum ser, isto pode se aplicar ao princípio da probidade.

Veja-se que o agente público, quando é imoral em seu ato na administração pública, contraria o princípio esculpido na probidade, pois foi desonesto, alcançando e prejudicando a figura final do contribuinte quando este ao recolher os impostos, taxas e correlatos, tem por objetivo propiciar ao Estado que execute políticas diversas para a melhoria da condição da sociedade.

Indaga-se, a ação que teve por objetivo favorecer o agente de alguma forma e em algum momento, seja agora ou no futuro, prescreveria para o ato mental praticado? Embora o sistema jurídico possa tecer regras para a punição, o ato, como conduta, jamais prescreve, ficando gravado na consciência dos seres que o praticaram. E como saber que o fez de forma errada?

Basta saber-se do princípio da publicidade dos atos que regem os agentes públicos. Ao fazer determinado ato de forma que não se possa divulgar ou abster-se sua divulgação, qual seria o motivo para tal prática? Se fosse algo que não contrariasse o princípio da probidade, o ato poderia ser divulgado. Se não o é, é sinal de que em algum momento ele está ou prejudicará a administração pública. E não há indicação do tamanho do que se pode ferir.

Exemplo: um agente público que, singelamente, se utiliza de uns simples “clips”, para agrupar papéis particulares e leva consigo este “clips”, está maculando o princípio da probidade, pois está utilizando a “coisa” pública

como se fosse particular. Não é o tamanho do ato, mas o ato em si é que é condenável.

Assim se posicionou Georges Ripert, ao preceituar:

se uma lei corresponde ao ideal moral, a sua observância será facilmente assegurada; o respeito pela lei apoiar-se-á sobre a execução voluntária e contente do dever, a sanção será eficaz porque ela atingirá os membros da sociedade reconhecidamente rebeldes ao dever. Se, ao contrário, a lei fere o ideal moral da sociedade, ela não será senão imperfeitamente obedecida até o dia em que, malgrado sua aplicação difícil, ela conseguir deformar o ideal moral e aparecer ela mesma como a tradução de um outro ideal ¹⁴

O agente público, antes de tudo, é um ser humano que, conforme a circunstância ocorrida, se torna um agente público. Isto não desnatura suas condições de ser humano dotado de erros e virtudes.

Todavia, sua conduta moral no meio em que vive, ainda que não seja regrada com o conceito de honestidade e probidade antes mencionados, ao ser alçado na condição de agente público, torna sua atividade elencada ao patamar do princípio publicidade, ou seja, os seus atos não serão acobertados.

Assim, se um ser humano não age com honestidade e probidade no trato de suas relações pessoais, poderia o mesmo ser probo e honesto com o trato da “coisa” pública”?

Resposta difícil, uma vez que o ditado popular “os costumes de casa vai à praça”, bem pode refletir aquela condição.

“A razão do ser de um ordenamento jurídico está fortemente relacionada com a natureza humana. É o que Hart claramente explica: “se os homens não são demônios, tampouco são anjos; e o fato de que estão a meio caminho entre estes dois extremos é algo que torna um sistema de abstenções recíprocas simultaneamente necessário e possível” (2007, p. 212)¹⁵.

A probidade, no caso focando a questão administrativa do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, consiste no dever de o “funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em

¹⁴ <https://jus.com.br/artigos/353/moralidade-e-probidade-administrativa>

¹⁵ HART, Herbert. *O conceito de direito*. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer” (SILVA, 2012, p.671)¹⁶.

Nos primórdios das civilizações, o poder dos chefes de governos não sofria controle sobre o patrimônio público, tanto que era considerado propriedade da coroa ou dos reis e tiranos. Entrementes, há exemplos de empenho das legislações em coibir a desonestidade pública. (RIZZARDO, 2012).¹⁷

A repressão da improbidade administrativa não é inédita, colhendo em Roma a *lex de repetundis*, que sancionava os delitos de improbidade dos administradores públicos desonestos com o ressarcimento do dano ao erário, e, em seguida, a *lex Julia*, com drásticas penalidades (devolução em quádruplo dos prejuízos, exílio, perda dos direitos civis) (MARTINS JÚNIOR, 2002, p.6)¹⁸.

No contexto, verifica-se que ao longo da história buscou-se a sociedade de que a probidade, como sucedâneo da honestidade, estivesse ou deve estar presente na conduta do ser humano, independentemente de sua condição de atuar no setor privado ou público.

CONCLUSÃO

A gestão da *coisa pública* é uma atividade bastante complexa, de difícil manejo e deve ser levada a cabo, dentro da mais estrita observância dos princípios regentes da Administração Pública, em especial, aqueles insculpidos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

Muitas vezes nos deparamos com políticos advindos da esfera privada da administração, críticos ferrenhos de ocupantes de cargos públicos, responsáveis por inúmeros comentários midiáticos, por meio dos quais de forma severa apontam defeitos na gestão daqueles que criticam e mais tarde, quando eles vêm a ocupar os mesmos cargos, acabando repetindo os mesmos vícios que anteriormente criticavam.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35^{aa}ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

¹⁷ RIZZARDO, A. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. 2^a ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

¹⁸ Ob.cit.

Isso se dá em razão da existência de profundas diferenças existentes entre o exercício da atividade privada, que pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, mas na função pública da administração, estará autorizado na realização daquilo que somente está previsto em lei.

O administrador privado goza de ampla liberdade para desempenho de suas tarefas, sendo-lhe cobrado apenas o exercício de atividade lícita e eficiente enquanto aos objetivos por elas almejados, que no mais das vezes é representado pelo lucro desejado pelas empresas.

Por outro lado, o administrador público, que gere a *coisa pública*, vê-se limitado a desempenhar seu *munus* no *interesse público*, dentro de um rigoroso sistema normativo. A respeito do exercício dessa atividade, cabe trazer à colação a lição de José Guilherme Giacomuzzi, quando diz que

O administrador público não gere coisa sua e nem exerce atividade de dono, como bem lembrou Ruy Cirne Lima, em sentença que se tornou famosa. Há de se comportar, pois, em conformidade com a boa-fé e observando as regras de probidade, decência e honestidade, ínsitas à boa administração, atendendo, portanto, numa palavra, aos preceitos da moralidade administrativa (2002, p.9).

O convívio em sociedade pressupõe que todos os seus membros atuem pautados por princípios morais e éticos de modo a respeitar os limites de seus semelhantes, para manutenção do equilíbrio social, que é quebrado sempre que alguém extrapassa a seara individual e acaba interferindo na esfera dos direitos alheios.

Infelizmente, como bem observou Marcelo Figueiredo, a “improbidade é fenômeno que acompanha o Homem em sua trajetória no tempo. O tema, portanto, é antiquíssimo e ao mesmo tempo atual. Em toda parte não existem soluções mágicas ou acabadas para combate à corrupção” (1998, p.13)¹⁹.

A moral exigida no trato da coisa pública, não se confunde com a moral comum, conquanto seja forçoso reconhecer que esta pode ser considerada como fonte inspiradora. Aquela, no entanto, apresenta um dever

¹⁹ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*: comentários à Lei 8429/92 e legislação complementar. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

de observância mais acurado e tem o condão de produzir efeitos mais intensos representados por efetivas sanções.

Acerca da dificuldade de se estabelecer um critério distintivo entre as duas espécies de moralidade, comum e administrativa, manifestou-se Odete Medauar acerca desta, reconhecendo ser “de difícil tradução verbal talvez porque seja impossível enquadrar em um ou dois vocábulos a ampla gama de condutas e práticas desvirtuadoras²⁰ das verdadeiras finalidades da Administração Pública” (1998, p.138).

Conquanto seu conteúdo possa ser fluído e passível de controvérsia, devido à sua importância foi alçado ao *status* constitucional.

Celso Antonio Bandeira de Mello explica que

De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando *ilicitude* que as sujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de *pauta jurídica*, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios de *lealdade* e *boa-fé* (2006, p.115)²¹.

Por fim, conexas a este princípio, surgiu no direito pátrio a Lei 8429/92, cuidando da *improbidade*, também de conteúdo de difícil definição, mas que pode ser genericamente conceituada como ato atentatório ou cometimento de maus-tratos à probidade pelo “agente público ou particular que infringe a moralidade administrativa”, sendo um fator de referência e um parâmetro para o exercício honesto da gestão pública.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

²⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

²¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CARLOS, Larissa Freitas. Moralidade e probidade administrativa: parâmetros de definição e esferas de atuação. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/353>.

CORTINA, Adela; MARTINEZ, Emílio. Ética. Ediciones Akal. Espanha, 2001. Ética (Tradução do espanhol por Silvana Cobucci Leite) Resumo Prof. Dr. Roque Junges. São Paulo: Ed. Loyola, 2005.

DAFT, Richard L. Administração. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de princípios constitucionais: para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade administrativa: comentários à Lei 8429/92 e legislação complementar. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. Curso de direito administrativo. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 11 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1986.

_____. *Lições preliminares de direito*. 25 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

RIZZARDO, A. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. 2 ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.