



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

JORGE ALMEIDA SANTIAGO JUNIOR

**EFICÁCIA DA POSITIVAÇÃO NO CAMPO DA ÉTICA
PÚBLICA: UM ESTUDO DO CÓDIGO DE CONDUTA DA
ALTA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL**

Salvador
2014

JORGE ALMEIDA SANTIAGO JUNIOR

**EFICÁCIA DA POSITIVAÇÃO NO CAMPO DA ÉTICA
PÚBLICA: UM ESTUDO DO CÓDIGO DE CONDUTA DA ALTA
ADMINISTRAÇÃO FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Orientadora: Prof^a Dr^a Marília Muricy Machado Pinto

Salvador
2014

JORGE ALMEIDA SANTIAGO JUNIOR

**EFICÁCIA DA POSITIVAÇÃO NO CAMPO DA ÉTICA PÚBLICA: UM
ESTUDO DO CÓDIGO DE CONDUTA DA ALTA ADMINISTRAÇÃO
FEDERAL**

Dissertação aprovada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito,
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca
examinadora:

Prof^a Dr^a Marília Muricy Machado Pinto
Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof. Dr. José Geraldo de Sousa Junior
Doutor em Direito pela Universidade de Brasília

Salvador, 30 de março de 2015.

“Os nossos inícios jamais conhecem os nossos finais”
(Harold Pinter)

Para Gael, meu pequeno elixir da eternidade.

AGRADECIMENTOS

A meus pais, Jorge e Márcia, amores maiores; lições primeiras e definitivas de ética nas relações pessoais e profissionais.

A Ronaldo, pela cumplicidade militante nas viagens do passado, presente e futuro.

A Luciana e Luís, por me haverem dado o maior presente que recebi na vida.

A Yvelise Suzette e a Lucilêne (esta, *in memoriam*), pelo amor com que me embalaram desde o berço.

A Bernadette, por presidir os afetos.

A Celina, pela onipresença de tantos anos.

Aos primos Davi e Lucas Santiago, pelos profundos laços de fraternidade.

A meu afilhado Lucas Schleu, a cada dia mais maduro e incrível.

Às famílias Barral e Leão Barretto, que me acolheram como um dos seus, formando um laço para sempre.

Às famílias Ribeiro, Santos e Jatobá López, por tantos momentos inesquecíveis.

A Marília Muricy, professora e orientadora querida, farol intelectual, razão pela qual me submeti à seleção do Mestrado na Universidade Federal da Bahia, genial mente lógico-matemática por trás das subjetividades do Direito e da Ética.

A Rodolfo Pamplona Filho, amigo-irmão, professor que jamais tem medo de ousar e de romper paradigmas, primeiro incentivador deste projeto e brilhante cérebro da disciplina Metodologia da Pesquisa, em torno e a partir de quem se formaram maravilhosas amizades durante o Mestrado.

Ao Prof. José Geraldo de Sousa Junior, da Universidade de Brasília, que muito me honra com sua presença na banca de defesa.

A Nelson Felmanas, pela enorme gentileza no envio de substanciais volumes de sua biblioteca particular.

Ao amigo José Ponciano, com quem tive a satisfação de cursar o Tirocínio Docente.

À amiga Cláudia Albagli, pelos sempre proveitosos diálogos em torno de Marília Muricy.

Ao amigo Tiago Bockie, pelas preciosas sugestões de leitura.

Aos colegas Analice Nogueira, Andrea Leone, Ângelo Maciel, Brenno Cavalcanti, Camilo Carvalho, Carliane Carvalho, Claiz Santos, Fabiana Calixto, Jéssica Hind, Taís Dórea, Rafael Barbosa e Rafael Rocha, que se tornaram amigos durante o Mestrado.

Aos amigos dos Saltimbancos, do CBA, do Colégio Salesiano, da graduação da UFBA e de outros grupos não menos importantes nesta trajetória, que pacientemente compreenderam minhas faltas sistemáticas aos nossos encontros por conta da elaboração deste trabalho.

Aos colegas-amigos do MPF e do MPT, pela parceria e pelo constante aprendizado. À amiga Eliene Costa, pelo fundamental apoio no levantamento de material bibliográfico para os meus estudos.

A Leo Orrico, pela amizade e pelo suporte informático.

Ao Prof. Wilson Alves, pela atenciosa leitura dos primeiros rascunhos da dissertação.

Ao Prof. Nelson Cerqueira, pelas valiosas lições de filosofia e de convívio.

A todos aqueles que contribuíram, em alguma medida, com este trabalho, e que não tenham sido, por um momentâneo lapso, mencionados aqui.

In memoriam: Deinha, Tita, Iaia e Luiz Severo, pelo imenso amor com que me nutriram e me nutrem mesmo depois de suas ausências físicas.

RESUMO

O presente trabalho parte de conceitos como ética, moral e direito, analisando-os a partir de uma perspectiva histórica e crítica. Aborda as peculiaridades da ética na esfera pública, citando o clientelismo e o patrimonialismo como males históricos nacionais. Discorre sobre a moralidade administrativa em seus sentidos objetivo e subjetivo, sobre sua densificação e sobre os controles formal e substancial na administração pública, além da transição do modelo burocrático para o modelo gerencial. Analisa a Exposição de Motivos e o Código de Conduta da Alta Administração Federal, refletindo sobre cada uma de suas normas detalhadamente, com a finalidade de elucidar-lhes a natureza e o propósito, e avaliando, também, a atuação da Comissão de Ética Pública a partir dos seus reflexos na mídia. Conclui que a natureza das normas referidas é híbrida. A partir dos conceitos de ética da responsabilidade e ética da convicção, trata das questões que dizem respeito à governabilidade e às ambivalências da pós-modernidade. Questiona sobre a possível existência de um espaço exclusivamente público, que não dialogue com o problema da consciência. Avalia positividade e eficácia quando relacionadas à ética pública. Conclui que a tendência contemporânea à positividade não contribui como deveria para a prática de atos segundo os ditames da ética pública; que, diante do déficit democrático brasileiro, não se pode confiar exclusivamente no recurso aos instrumentos formais do Direito para a fixação de tais balizas; e que, por fim, havendo uma tendência a recorrer ao processo de positividade de forma exagerada, esta onipotência do Direito não seria uma tendência salutar.

Palavras-chave: Ética Pública. Código de Conduta da Alta Administração Federal. Positivização. Eficácia.

ABSTRACT

This paper presents concepts such as ethics, morality and law, analyzing them from a historical and critical perspective. Addresses the ethics' peculiarities in the public sphere, citing clientelism and patrimonialism as historical national problems. Discusses the administrative morality in its objective and subjective senses, its densification and formal and substantial controls in public administration, in addition to the transition from the bureaucratic model to the management model. Analyzes the Explanatory Memorandum and the Code of Conduct of the High Federal Administration, reflecting on each of its rules in detail, in order to elucidate their nature and purpose, evaluating also the performance of the Public Ethics Commission from its reflection in the media. It comes to the conclusion that the nature of these rules is hybrid. From the concepts of ethics of responsibility and ethics of conviction, the text analyzes the issues relating to governability and to the ambivalence of post-modernity. Questions about the possible existence of an exclusively public space that does not dialogue with the problem of consciousness. Evaluates positivization and effectiveness when related to public ethics. Concludes that the contemporary tendency to positivization does not contribute as it should to practice acts according to the dictates of public ethics; that, due to the Brazilian democratic deficit, we can not rely solely on the use of the formal instruments of law to establish such limits; and, finally, if there is a tendency to resort to the process of positivization in an exaggerated way, this omnipotence of law would not be a positive trend.

Keywords: Public Ethics. Code of Conduct of the High Federal Administration. Positivization. Effectiveness.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITO, MORAL E ÉTICA	15
2.1 MORAL E DIREITO: UMA ABORDAGEM FILOSÓFICA	15
2.2 MORAL E DIREITO: A VISÃO DA TEORIA GERAL DO DIREITO	18
2.3 MORAL E ÉTICA: DEFINIÇÕES, INTERSECÇÕES E DIFERENÇAS	19
2.3.1 Kant e a reconstrução da unidade ética.....	24
2.3.2 Kant e a revisão crítica	26
3 A ÉTICA NA ESFERA PÚBLICA	29
3.1 BREVÍSSIMA SÍNTESE HISTÓRICA.....	29
3.2 CLIENTELISMO E PATRIMONIALISMO	31
3.3 ÉTICA PÚBLICA	33
3.4 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO FENÔMENO DA CORRUPÇÃO ...	36
3.5. A MORALIDADE ADMINISTRATIVA	41
3.5.1 A origem do conceito de moralidade administrativa	41
3.5.2 A densificação da moralidade administrativa.....	45
3.5.3 A moralidade objetiva	47
3.5.4 A moralidade subjetiva	48
3.5.5 As novas dimensões da responsabilidade	49
3.6 OS MECANISMOS DE CONTROLE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: TRANSIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO MODELO BUROCRÁTICO PARA O MODELO GERENCIAL.	53
3.6.1 A função de controle.....	53
3.6.2 Tipos de controle.....	54
3.6.3 Os sistemas de controle no Brasil.....	57
3.6.4 Transição da administração pública do modelo burocrático para o modelo gerencial.....	59

4 A COMISSÃO DE ÉTICA PÚBLICA E O CÓDIGO DE CONDUTA DA ALTA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL	62
4.1 A COMISSÃO DE ÉTICA PÚBLICA E SUA NATUREZA: A EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS Nº 37, DE 18 DE AGOSTO DE 2000.....	62
4.2 O CÓDIGO DE CONDUTA DA ALTA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL	65
4.3 A ATUAÇÃO DA COMISSÃO DE ÉTICA PÚBLICA: UMA ABORDAGEM A PARTIR DOS REFLEXOS NA MÍDIA	75
4.3.1 Alguns casos que ganharam relevância na mídia nacional	76
4.3.2 Breve análise dos resultados obtidos pela Comissão de Ética Pública ...	80
5 ÉTICA E GOVERNABILIDADE	82
5.1 ÉTICA PÚBLICA E AMBIVALÊNCIA: O DILEMA DA PÓS-MODERNIDADE	82
5.2 ÉTICA DA RESPONSABILIDADE, ÉTICA DA CONVICÇÃO E GOVERNABILIDADE	85
6 ÉTICA PÚBLICA E POSITIVAÇÃO.....	89
6.1 O PROCESSO DE POSITIVAÇÃO DO DIREITO	89
6.2 A POSITIVAÇÃO DAS NORMAS DE ÉTICA PÚBLICA E SUA EFICÁCIA.....	90
7 EFICÁCIA DA POSITIVAÇÃO NO CAMPO DA ÉTICA PÚBLICA	93
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS	96
REFERÊNCIAS.....	101
ANEXO	107

1 INTRODUÇÃO

Nos dias que correm, falar de ética é lugar comum no mundo das notícias, e também nas conversas de grupo, sejam elas presenciais ou virtuais. Apontar desvios éticos, enquadrar-se ou não em padrões éticos, perceber-se ético em contraponto ao comportamento do outro etc. são temas que sempre estiveram de alguma forma, e hoje figuram com mais intensidade, na ordem do dia.

A ética pública, grosso modo, é que o reflexo das regras da ética na esfera do trato com a coisa (*res*) pública. Obviamente, há nuances próprias numa e noutra, baseadas na influência maior ou menor dos ditames da consciência individual.

A norma positivada – assegurada, realizada, concretizada no mundo das coisas – é, neste trabalho, estudada sob a perspectiva de sua eficácia – capacidade de realizar objetivos – quando trata de estabelecer parâmetros para a ética pública.

Eis exatamente o que aqui se pretende: investigar a medida da eficácia da positivação no campo das normas que regulam a ética pública, a partir de um determinado aporte normativo pertinente, e dos resultados a partir daí obtidos.

Pretende-se investigar o que a normatização jurídica pode efetivamente fazer pela moral pública, além de se compreender em que medida a ideia da autonomia inerente à moral pode ser captada pelo processo de normatização.

Ao diferenciar ética de moral, veremos claramente que uma delas fundamenta-se na razão, enquanto a outra baseia-se nos costumes e hábitos recebidos. A ética conecta-se às ações humanas, voltando-se para as relações sociais. Para o pensamento dialético, o ideal ético fundamenta-se em uma vida social mais justa e na superação das desigualdades econômicas.

Será abordada a distinção entre *ética da convicção* e *ética da responsabilidade* a partir do pensamento forjado pelo sociólogo alemão Max Weber em princípios do século XIX.

Após um breve esboço histórico, o estudo navegará pelas águas costumeiramente turvas das relações entre o público e o privado no Brasil, analisando os históricos de clientelismo (sistema de troca espúria de favores, análoga à que se praticava entre suserano e vassalo na época feudal) e patrimonialismo (ausência de fronteiras entre o público e o privado; ideia-chave para a definição do "homem cordial", conceito idealizado por Sérgio Buarque de Holanda em "Raízes do Brasil"), além de também mencionar a deficiente estrutura partidária nacional.

Mencionará, ainda, a chamada "ética de fundo emotivo", que representa um aspecto peculiar da vida brasileira.

Ao debruçar-se sobre as indagações propostas, confrontando o Direito e outras formas de controle social no intuito de compreender se devem existir os referidos limites ao processo de positivação, no que tange ao estabelecimento de balizas para a ética pública, a presente investigação pretende demonstrar se é necessário outro tipo de referencial além do Direito, tendo em vista a suposição de que a normatização não esgota as questões de fundo ético.

O objetivo central deste estudo é compreender em que medida a regulamentação exhaustiva de comportamentos é eficaz para a consecução das finalidades perseguidas por um sistema ideal, no qual os padrões éticos fossem rigorosamente respeitados.

Além dos efeitos da aparente queda de patamares éticos, há outros tantos a que se chega por via de consequência, tais como a perda da confiança nas instituições e um progressivo enfraquecimento do aparato estatal.

Analizará, também, o princípio da moralidade administrativa (objetiva e subjetiva), que surgiu na doutrina para tratar das situações que o princípio da legalidade já não

conseguia justificar, afinal a ideia de moralidade na administração pública açambarca tudo aquilo que desborda da legalidade para justificar toda a ação do poder administrativo, impondo outras regras e limitações à administração, já que a lei não basta por si só. Verificará, por fim, a densificação e a concretização da moralidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro, a partir das definições doutrinárias desses conceitos.

A Comissão de Ética Pública, órgão consultivo do Governo Brasileiro criado por Decreto Presidencial de 26 de maio de 1999¹, vinculado à Presidência da República, expede recomendações a partir da casuística que se lhe apresenta acerca da conduta dos agentes públicos, mas esbarra, muitas vezes, nas intrincadas teias da política, que tende a infirmar as soluções por ela apontadas.

Será, para tanto, estudado o Código de Conduta da Alta Administração Federal, com o objetivo de que se analisem a natureza de suas normas e suas efetivas consequências na vida dos cidadãos.

A metodologia utilizada será a pesquisa documental - tendo em vista que o cerne do trabalho é a análise detalhada da norma referida -, secundada pela necessária pesquisa bibliográfica (livros, artigos, trabalhos acadêmicos e reportagens) em torno do tema.

As questões levantadas pela investigação são, portanto, basicamente, as seguintes:

- 1) A tendência contemporânea à posituação do Direito contribui como deveria para a prática de atos segundo os ditames da ética pública (elevação dos patamares éticos) no Brasil?
- 2) Diante do déficit democrático brasileiro, pode-se confiar exclusivamente no recurso aos instrumentos formais do Direito para a fixação de tais balizas?

¹ BRASIL. **Decreto de 26 de maio de 1999**. Cria a Comissão de Ética Pública e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 mai. 1999.

3) Havendo uma tendência a recorrer ao processo de positivação de forma exagerada, em matéria de ética pública, esta, por assim dizer, onipotência do Direito seria uma tendência salutar?

Sem a pretensão de esgotar o tema, este trabalho objetiva lançar luzes sobre aspectos do sempre fecundo tema da ética pública - que a todos toca, em maior ou menor grau, por se relacionar a aspectos da vida cotidiana do cidadão perante o macrocosmo representado pela sua polis.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITO, MORAL E ÉTICA

2.1 MORAL E DIREITO: UMA ABORDAGEM FILOSÓFICA

Entre tantas definições possíveis, pode-se conceituar o direito como um sistema de comandos (normas) imposto por um plexo de instituições com o objetivo de regular as relações humanas, ou como conduta em interferências intersubjetivas - a depender da concepção jurisfilosófica adotada.

O direito pode ser compreendido, de acordo com Niklas Luhmann em sua teoria sistêmica, como um sistema funcionalmente diferenciado da sociedade, que tem como objetivo a manutenção de estabilidade das expectativas - mesmo que estas, na prática, sejam frustradas. A norma jurídica constitui-se num tipo de expectativa que, independentemente de eventual violação, permanece estável. Segundo ele, isto só ocorre nas sociedades modernas, com a superação da ideia de hierarquia, afinal, enquanto existia a hierarquização, a Política e a Moral dominavam o Direito².

A moral, por sua vez, consiste num conjunto de regras de convivência. Assim como o direito, é uma forma de controle social, mas com ele não se confunde, pelo fato de ser mais ampla: nem toda regra moral é jurídica.

Algumas teorias debruçam-se sobre as correlações entre moral e direito. São elas:

1) Teoria dos círculos concêntricos – desenvolvida por Jeremy Bentham, filósofo e jurista inglês que difundiu o utilitarismo, defende que a ordem jurídica se inclui integralmente no campo da moral. Os dois círculos (moral e direito) seriam concêntricos, com o maior pertencendo à moral. Assim, o campo moral é mais amplo do que o do direito, e este se subordina à moral.

² LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

2) Teoria dos círculos secantes – o jurista francês Claude Du Pasquier concluiu que direito e moral não se separam, e sim coexistem, pois há uma intersecção, um campo de competência comum no qual, a um só tempo, há regras com qualidade jurídica e que também possuem caráter moral, de onde se infere que toda norma jurídica tem conteúdo moral, mas nem todo conteúdo moral tem repercussão jurídica.

3) Teoria do mínimo ético - desenvolvida pelo filósofo do direito alemão Georg Jellinek, é a formulação segundo a qual o direito consiste, tão-somente, no mínimo de moral obrigatório para que a sociedade logre sobreviver.

4) Teoria dos círculos separados ou independentes – é como se poderia denominar a Teoria Pura de Hans Kelsen, para quem o direito é o que está normatizado e a moral consiste nos atos que são praticados de acordo com princípios éticos. Ainda que haja aspectos morais que tenham sido normatizados, direito é direito e moral é moral. São ideias e propósitos imiscíveis.

Contra-pondo-se moral e direito, tem-se, pois, que:

1) Enquanto o direito é, por natureza, heterônomo (por ser imposto por uma autoridade, mesmo contra a vontade de seus destinatários), a moral é autônoma, pois é imposta ao homem por sua própria consciência.

2) Enquanto o direito é bilateral, pelo fato de se operar entre indivíduos (partes) que se colocam como sujeitos - um de direitos e outro de obrigações -, a moral é unilateral, porquanto diz respeito apenas ao indivíduo.

3) Enquanto o direito é coercível, já que o dever jurídico deve ser cumprido sob pena de sofrer o devedor os efeitos da sanção estatal, aplicável pelos órgãos que detêm competência para fazê-lo, a moral é incoercível, pois o dever moral não é exigível por quem quer que seja, reduzindo-se a mero dever de consciência.

O dever jurídico é por natureza exigível, pois o aparato estatal existe precisamente para fazer com que ele o seja. A sanção para o seu descumprimento é (ou deveria ser) direta, imediata e proporcional ao agravo. O dever moral, por seu turno, não é exigível, pois resulta de uma “lei moral”, que não encontra suporte no aparato estatal para sua exigibilidade.

Jürgen Habermas, ao analisar a relação entre moral e direito, crê na complementaridade entre os dois. Para ele, as regras morais e as jurídicas “diferenciam-se da eticidade tradicional, colocando-se como dois tipos diferentes de normas de ação, que surgem *lado a lado*, completando-se”³.

Uma ordem jurídica só pode ser legítima se não contrariar princípios morais. Por meio dos componentes de legitimidade da validade da norma jurídica, o direito adquire uma relação estreita com a moral. Todavia, essa relação não deve conduzir a uma subordinação do direito à moral.

De acordo com Habermas⁴, “a ideia de que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do direito. A moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa relação de complementação recíproca.”

As definições aqui postas são fundamentais às reflexões que advirão no decorrer do trabalho, afinal a questão-cerne ora posta é: terá o Direito a capacidade de “captar”, no processo de positivação das normas que regulamentam a ética pública, a ideia de autonomia inerente à moral? É possível regular tal conteúdo? É eficaz?

São diversas as variáveis a serem analisadas, desde conteúdos metajurídicos - como os componentes históricos da construção da identidade nacional - até aspectos do ordenamento em si, como as questões relacionadas à ideia de eficácia.

³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.139-141.

⁴ Ibid., p.141.

2.2 MORAL E DIREITO: A VISÃO DA TEORIA GERAL DO DIREITO

A Teoria Geral do Direito é a parte da Filosofia do Direito que se ocupa dos conceitos jurídicos fundamentais. É nesse departamento da Filosofia do Direito que se conceituam os instrumentos essenciais à atuação do operador do Direito. Segundo A. L. Machado Neto⁵, a Teoria Geral do Direito não constitui um departamento científico autônomo:

Ciência do direito no sentido estrito ela não é, porque não responde ao *quid juris*; e esse é o cometimento teórico essencial da jurisprudência, dogmática ou ciência jurídica. E não responde ao *quid juris* exatamente por ser geral e não teoria de um determinado ordenamento vigente *hic et nunc*.

Neste tópico pretende-se investigar como se comporta a validade das normas jurídicas perante as exigências dos preceitos morais de justiça, sendo esta última o princípio e o problema moral do direito.

Há que se reconhecer, preliminarmente, certa similaridade entre normas jurídicas e preceitos morais. Ambos têm caráter prescritivo e vinculante, e estabelecem obrigações de modo objetivo, ou seja, independentemente do consentimento do sujeito.

Como não existe sociedade sem direito, também não há sociedade sem moral. São, portanto, atributos inafastáveis da convivência em sociedade.

As distinções, por seu turno, operam-se segundo alguns critérios, segundo Tércio Sampaio Ferraz⁶:

1) Enquanto as normas jurídicas dizem respeito à conduta externa do indivíduo, sendo indiferentes a motivos e intenções, os preceitos morais relacionam-se ao aspecto interno do comportamento. A distinção é vaga e ambígua, porque motivos e

⁵ MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1988, p.133.

⁶ FERRAZ, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p.355-356.

intenções podem, sim, ser relevantes para o direito (a exemplo de conceitos do direito penal como o dolo e a negligência);

2) Outro critério de distinção seria o da instância que qualifica o comportamento: enquanto a moralidade dos atos repousa na subjetividade de quem age, o direito exige instâncias externas ao agente. A distinção também não se sustenta, afinal o ato imoral pode ser seguido de sanção social, enquanto a instância subjetiva no julgamento dos atos não é indiferente ao direito;

3) Uma terceira distinção seria a de que as normas jurídicas passam a existir por promulgação e deliberação, ao passo que os preceitos morais prescindem de tal exigência.

Conclui Tércio Sampaio Ferraz⁷:

O direito, em suma, privado de moralidade, perde sentido, embora não perca necessariamente império, validade, eficácia. Como, no entanto, é possível às vezes, ao homem e à sociedade, cujo sentido de justiça se perdeu, ainda assim sobreviver com o seu direito, este é um enigma, o enigma da vida humana, que nos desafia permanentemente e que leva muitos a um angustiante ceticismo ou a um despuddorado cinismo.

O direito se alimenta, portanto, dos conteúdos da moral. A imoralidade - ausência de conteúdo calcado na moral social de determinado momento – pode até esvaziar de sentido a norma jurídica, mas não torna a obrigação jurídica juridicamente inválida, afinal o direito é uma organização de relações de poder. Um direito imoral pode, sim, existir, embora perca seu sentido como direito.

2.3 MORAL E ÉTICA: DEFINIÇÕES, INTERSECÇÕES E DIFERENÇAS

Ética é a parte da filosofia que se dedica aos estudos dos valores morais e princípios ideais do comportamento humano. A palavra *ética* vem do grego *ethos*, e significa “aquilo que pertence ao caráter”, ou “modo de ser”.

⁷ FERRAZ, 1994, p.358.

A discussão sobre ética tem origem na antiguidade grega. Naquele período, filósofos como Sócrates, Platão e Aristóteles esforçavam-se por produzir um conhecimento capaz de fornecer respostas absolutas para todos os tipos de questionamento humano.

Na sua obra clássica intitulada *Ética a Nicômaco*, Aristóteles sistematizou padrões de comportamento ético no relacionamento entre os cidadãos. Para ele, a principal forma de exercitar o comportamento ético era por meio do diálogo. Na prática dialógica, os cidadãos exercem a arte do contraditório, na qual as frases emitidas possuem um padrão de verdade e mentira⁸.

Sustentou, ainda, que só a virtude faria os seres humanos felizes, compreendendo no conceito de virtude não somente faculdades ou disposições morais, mas também intelectuais.

Schopenhauer⁹, em sua obra “Sobre a ética”, assim estatui:

[...] que o mundo tenha apenas um significado físico e nenhum significado moral constitui o maior, o mais pernicioso, o erro fundamental, a própria *perversidade* do modo de pensar, e no fundo é aquilo que a fé personificou como o anticristo. Não obstante e a despeito de todas as religiões que em sua totalidade afirmam o contrário disso, buscando fundamentá-lo à sua maneira mítica, este erro fundamental nunca desaparece completamente da Terra, mas ergue sempre, de tempos em tempos, novamente sua cabeça até que a indignação geral o obriga a esconder-se.

A ética diferencia-se da moral, pois, enquanto esta última fundamenta-se na obediência a costumes e hábitos recebidos, a ética, ao contrário, busca fundamentar as ações morais exclusivamente na razão. Numa aproximação didática e geral, a ética estaria para a teoria como a moral estaria para a prática.

Na filosofia clássica, a ética não se resumia à moral (compreendida como “hábito” ou “costume”, proveniente do latim *mos, mores*), mas buscava a necessária fundamentação teórica para encontrar a melhor maneira de viver e conviver, ou seja, o melhor estilo de vida, tanto na esfera privada quanto em público.

⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Abril Cultural, 1984, passim.

⁹ SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a ética*. São Paulo: Hedra, 2012, p.39-40.

Já segundo o Vocabulário Jurídico De Plácido e Silva¹⁰,

[...] a palavra 'moral' é derivada do latim *moralis* (relativo aos costumes). Na forma substantiva, designa a parte da filosofia que estuda os costumes, para assinalar o que é virtuoso e honesto, segundo os ditames da consciência e os princípios da humanidade.

Em tal definição já é possível verificar que a moral é um conceito externo ao Direito, pois não trata de normas jurídicas, e sim dos ditames da consciência humana. As distinções e interseções entre os conceitos foram visitadas no tópico anterior.

Uma imaginária cena tribal, nos primórdios da humanidade, certamente no interior de uma caverna, ao final do dia, revelaria alguns dos elementos fundamentais das três ancestrais práticas a que se denomina de ética, trabalho e educação. Em volta do fogo, anciãos, adultos, jovens e crianças fariam circular informações, comentários e reflexões sobre o dia transcorrido, relacionando-o à história dos seus antepassados. Eles fixariam assim suas experiências e conhecimentos na caça, na pesca e na agricultura. Falariam também sobre doenças e curas, exercícios de poder e de hierarquias, religiosidade, condutas sociais etc.

Milênios mais tarde, os gregos deram um nome a esse cenário: chamaram-no *ethos*. Referiam-se ao mesmo tempo à caverna (espaço físico) onde a cena se desenrolava, à prática de produção material da vida que ao redor dela se realizava e aos dispositivos sociais que ali coletivamente se produziam: os acordos sobre as condutas sociais de cada um e do grupo. Essa é a matriz cultural da educação e também do que hoje chamamos ética¹¹.

Quanto à ética no pensamento de Platão, Valls assim define: “o que mais caracteriza a ética platônica é a ideia do sumo bem, da vida divina, da equivalência de contemplação filosófica e virtude, e da virtude como ordem e harmonia universal”¹².

¹⁰ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.391.

¹¹ CASALI, Alípio. Moral na história. In: BARROS FILHO, Clóvis de. (Org.). **Ética, trabalho, educação**. São Paulo: Duetto, 2011, v. 1, p.22.

¹² VALLS, Álvaro L. M. **O que é ética**. São Paulo: Brasiliense, 1994, p.28.

Aristóteles, por seu turno, perquire sobre os bens em concreto para o homem; “[...] a ética aristotélica é finalista e eudemonista, quer dizer, marcada pelos *finis* que devem ser alcançados para que o homem atinja a *felicidade* [...]”¹³.

Em seu “Ética a Nicômaco”, Aristóteles define a virtude, numa tradução livre de Valls¹⁴: “é um hábito adquirido, voluntário, deliberado, que consiste no justo meio em relação a nós, tal como o determinaria o bom juízo de um varão prudente e sensato, julgando conforme a reta razão e a experiência”.

A ética é, efetivamente, uma questão de sociabilidade, pois se relaciona às formas de convivência entre os seres humanos.

Refere-se ela, pois, às ações humanas, e volta-se para as relações sociais. Para o pensamento dialético, o ideal ético fundamenta-se em uma vida social mais justa e na superação das desigualdades econômicas.

Grosso modo, pode-se dizer que a ética tem como fundamento o bem comum. Muitos filósofos, ao se debruçarem sobre as instâncias da eticidade (família, sociedade civil e Estado), entenderam que a liberdade do indivíduo só se completa como liberdade do cidadão de um Estado livre e de direito.

A ética e a moral são produtos culturais, sociais, históricos: são uma construção humana, de plena responsabilidade humana, e são indissociáveis do trabalho (produção material dessa mesma existência histórica e cultural) e da educação (reprodução e recriação dessa mesma existência histórica e cultural por meio do conhecimento)¹⁵.

A ética incluía a maioria das áreas de conhecimento que não eram abrangidas pela física, metafísica, lógica, dialética, estética ou retórica. Assim sendo, era um campo teórico que abrangia as áreas que atualmente são denominadas antropologia, psicologia, sociologia, economia, pedagogia, eventualmente política e até mesmo educação física e dietética; em suma, áreas direta ou indiretamente ligadas a tudo aquilo que influi na maneira de viver ou estilo de vida. Um exemplo desta visão clássica da ética pode ser encontrado na obra *Ética*, de Spinoza.

¹³ VALLS, 1994, p.29, grifo do autor.

¹⁴ Ibid., p.33.

¹⁵ CASALI, 2011, p.25.

Desde o primeiro instante, portanto, pode-se reconhecer a multiplicidade de sentidos contida na palavra “ética”.

O juízo geral devia (ou não devia) ser pode ser emitido “no campo de todo e qualquer processo que se refere aos sujeitos vivos, e não somente quando o referido processo provém de um sujeito vivo”, como afirma o filósofo Hans Driesch¹⁶, mas somente no sentido estrito da palavra é a ética uma ciência teórica dos atos do homem, e unicamente nesse sentido pode conduzir naturalmente a regras.

Com a crescente profissionalização e a especialização do conhecimento que se seguiu à revolução industrial, a maioria dos campos que eram objeto de estudo da filosofia, particularmente da ética, estabeleceram-se como disciplinas científicas independentes.

Assim sendo, é comum que a ética seja definida como a área da filosofia que se ocupa do estudo das normas morais nas sociedades humanas, buscando explicar os costumes de um determinado grupamento humano, bem como fornecer elementos para a solução de seus dilemas mais usuais. Nesse sentido, a ética pode ser definida como a ciência que estuda a conduta do homem, enquanto a moral é a qualidade dessa conduta, quando definida a partir da perspectiva do Bem e do Mal.

A ética não pode ser confundida com a lei, a despeito de esta última, em geral, ter como base princípios éticos. Diferentemente do que ocorre com a lei (regra categórica), nenhum indivíduo pode ser compelido, pelo Estado ou por outros indivíduos, a cumprir normas éticas, nem sofrerá nenhuma sanção pela desobediência a estas; por outro lado, a lei pode, eventualmente, omitir-se quanto a questões abrangidas pelo escopo da ética.

Ainda segundo Schopenhauer¹⁷, “se perguntássemos em que se baseia essa pretensa dignidade humana, então a resposta logo seria que ela se baseia em sua

¹⁶ DRIESCH, Hans. **El acto moral**: ensayo de filosofía ética. Madrid: M. Aguilar, 1929, p.14-15.

¹⁷ SCHOPENHAUER, 2012, p.40.

moralidade. Portanto, a moralidade sobre a dignidade, a dignidade sobre a moralidade”.

2.3.1 Kant e a reconstrução da unidade ética

Kant, em sua *Crítica à razão pura*¹⁸, sustenta que o senso moral é inato a todo ser humano, não derivando, portanto, da experiência. Logo, uma ação pode ser classificada como boa se resulta da obediência a esse sentido interior de dever, e não em virtude de apresentar apenas bons resultados.

Na lição de Álvaro Valls¹⁹, a moral, quanto a Kant,

[...] não se interessa essencialmente pelos aspectos exteriores, empíricos e históricos, tais como leis positivas, costumes, tradições, convenções e inclinações pessoais. Se a moral é a racionalidade do sujeito, este deve agir de acordo com o dever e somente por respeito ao dever: *porque é dever*, eis o único motivo válido da ação moral. Legalidade e moralidade se tornam extremos opostos.

Para Kant, os conteúdos éticos nunca são dados do exterior. O que cada um de nós possui, porém, é a *forma* do dever – aquilo que o filósofo denomina *imperativo categórico*. Em sua “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, Kant afirma que se deve proceder sempre de maneira que se possa querer também que sua máxima se torne uma lei universal – “Age apenas segundo aquela máxima que possas ao mesmo tempo desejar que se torne lei universal”²⁰.

Como muitos outros filósofos, pois, Kant pensava que a moralidade pode resumir-se num princípio fundamental, a partir do qual derivam todos os nossos deveres e obrigações.

Kant elaborou igualmente outra formulação do imperativo categórico. Mais adiante, na mesma obra, afirmou que se pode considerar que o princípio moral essencial

¹⁸ KANT, Immanuel. **Crítica à razão pura**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, passim.

¹⁹ VALLS, 1994, p.20.

²⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

afirma o seguinte: “Age de tal forma que trates a humanidade, na tua pessoa ou na pessoa de outrem, sempre como um fim e nunca apenas como um meio”²¹.

Enquanto, para Platão e Aristóteles, a reflexão ética examinava os bens objeto das ações humanas, sejam eles reflexos dos arquétipos eternos (Platão) ou realidades imanentes ao mundo (Aristóteles), para Kant, ao contrário, o pensamento ético tem por objeto a descoberta dos princípios ou leis objetivas do agir humano²².

O pensamento de Kant é um marco no campo da ética. Segundo Pegoraro²³, desde os gregos, a ideia de ética fundamentou-se na ordem natural (cósmica e humana). Sem o conceito de natureza em geral e de natureza humana finalizada, em particular, não existiriam os tratados da *Ética* e da *Política* de Aristóteles, e a ética medieval (sobretudo tomista) sem as noções de natureza e revelação que apontam para uma mesma e suprema finalidade humana – a felicidade (temporal para o grego, eterna para o cristão) – seria impensável.

Kant, rompendo com esses fundamentos, erige a autonomia da vontade (liberdade) como base da moralidade. A vontade livre e “autolegislativa” confere a si própria as normas do agir moral.

Pela vontade, o homem se diferencia dos seres meramente naturais, subordinados às leis da natureza sensível e, elevando-se acima de tudo isso, age conforme a lei moral. Portanto, pela razão pura prática o homem torna-se senhor de si, autolegislator e independente das determinações empíricas.

Colocando a consciência do indivíduo no cerne da preocupação moral, e se referindo a tudo o que é veraz em contraposição à mentira, segue Kant²⁴:

A veracidade nas declarações que não se pode evitar é um dever formal do homem relativamente a qualquer outro. [...] faço, no que a mim se refere, com que as declarações em geral fiquem desprovidas de crédito e com que todos os direitos fundados em contratos sejam abolidos e percam sua força

²¹ KANT, 2004.

²² COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.289.

²³ PEGORARO, Olinto A. **Ética é justiça**. Petrópolis: Vozes, 1995, p.54.

²⁴ KANT, op.cit., p.124-125.

– eis uma injustiça causada à humanidade em geral [...] a veracidade é um dever que deve ser considerado base de todos os deveres a serem fundados sobre um contrato, e a lei desses deveres, ao se lhe permitir a menor exceção, torna-se vacilante e inútil.

Ainda segundo Pegoraro, com a *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant “colocou a primeira pedra do novo edifício da ética”. A moral kantiana assenta-se sobre três pilares: a vontade livre, o imperativo categórico que a determina e as máximas como regras práticas de conduta subordinadas ao imperativo.

Para ele, a política deveria sempre submeter-se à ética, isto é, aos ditames da moral e do direito. Este, por sua vez, não existe se estiver separado da justiça. É a refutação cabal das propostas maquiavélicas e hobbesianas.²⁵

2.3.2 Kant e a revisão crítica

Como afirma Fábio Konder Comparato²⁶, em um ensaio sobre o direito natural, escrito quando era professor da Universidade de Iena, Georg Hegel posicionou-se contra o formalismo abstrato de Immanuel Kant em matéria ética. A grande deficiência da ética kantiana, segundo Hegel, seria de duas ordens:

[...] em primeiro lugar, ela isola, como fazem os empiristas, um fato do seu contexto humano, deixando-o, portanto, sem sentido. Em seguida, ela aplica a esse fato uma fórmula universal, que serve para justificar situações contraditórias.

A proposta ética hegeliana segue a direção contrária do abstracionismo kantiano. Se a vida humana é essencialmente histórica, ela se transforma no curso de um constante processo evolutivo, desenvolvendo-se em meio a permanentes contradições: natural e ideal, sensibilidade e razão, fatos e normas. A função da ética consistiria na superação de todos os dualismos, na direção de uma unidade englobante.

Hegel é o filósofo que liga a ética à história e à política na medida em que o agir ético do homem precisa concretizar-se dentro de uma determinada sociedade política e de um momento histórico determinado, dentro dos

²⁵ COMPARATO, 2006, p.301.

²⁶ Ibid., p.309-310.

quais a liberdade se daria uma existência concreta, organizando-se por meio das instituições²⁷.

José Geraldo de Sousa Junior sublinha a ideia de historicidade em Hegel como contraponto ao ideário kantiano, trazendo para a reflexão a política e as instituições. A ética hegeliana ganha, por assim dizer, densificação e materialidade em relação ao pensamento de seus antecessores.

Ainda segundo Comparato²⁸, o espírito objetivo comporta três esferas, com graus crescentes de aprofundamento; ou, para usarmos os qualificativos hegelianos, com graus crescentes de universalidade e concreção. Essas esferas de progressiva abrangência são o direito, a moral (*die Moralität*) e aquilo que se poderia denominar, à falta de melhor expressão, a eticidade (*die Sittlichkeit*).

Para se desenvolver uma concepção kantiana da justiça, parece desejável destacar a estruturada doutrina de Kant de seu pano de fundo de idealismo transcendental e lhe dar uma interpretação processual por meio da construção da posição original.

No entanto, para atingir esse objetivo deve-se demonstrar que a construção da posição original que recorre à ideia de contrato social resiste às objeções legítimas que os idealistas levantaram contra a doutrina do contrato em sua época.²⁹

Assim, Hegel pensava que essa doutrina confundia a sociedade e o Estado com uma associação de pessoas privadas, que ela levava a forma e o conteúdo geral do direito público a serem determinados pelos interesses privados específicos e contingentes dos indivíduos e que ela não podia dar conta do fato de que não depende de nós termos nascido em nossa sociedade e a ela pertencermos. Para Hegel, o contrato social era uma extensão ilegítima e não crítica de ideias que pertenciam ao que ele chamava de sociedade civil e que se limitavam a ela. Ele objetava, além do mais, que a doutrina do contrato social não chegava a reconhecer a natureza social dos seres humanos e repousava na atribuição aos homens de certas capacidades naturais, de desejos particulares determinados, independentes da sociedade e, no que se refere à teoria, anteriores a ela.³⁰

²⁷ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **Direito como liberdade**: o direito achado na rua: experiências populares emancipatórias de criação do direito. 338f. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

²⁸ COMPARATO, 2006, p.310.

²⁹ RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.38.

³⁰ Ibid., p.38.

Adela Cortina, ao se debruçar sobre o pensamento kantiano acerca das éticas de fins e de meios, verifica que tanto as chamadas *éticas de meios* quanto as *éticas de fins* consideram a natureza humana como pauta da conduta. A diferença entre elas residiria no fato de chegarem a tal natureza por diferentes métodos e de a entenderem, portanto, de modos diversos.

Segundo a autora valenciana, as éticas de meios investigam empiricamente as causas das ações, pretendendo descobrir quais são os meios que determinam faticamente a conduta humana. O bem - ou fim - moral consiste em satisfazer essas aspirações fáticas que uma investigação psicológica pode descobrir³¹:

Esse tipo de ética costuma surgir do ímpeto de recorrer a fatos tidos por fundamento do moral, fugindo de justificações metafísicas ou transcendentais. Trata-se de dotar a lei moral de bases averiguáveis pelas ciências e que nos permitem, inclusive, introduzir mecanismos de quantificação no terreno da ética. A pauta da conduta é a natureza humana, desde que se entenda por “natureza humana” o comportamento humano empiricamente acessível.

Ao se perguntar, diante dos problemas que esse tipo de ética suscita, resumidos fundamentalmente à dificuldade que representa para uma fundamentação do moral o subjetivismo dos meios, como os enunciados normativos – em princípio, deontológicos ou valorativos – podem reivindicar validade, se dependem de móveis subjetivos, e como o subjetivismo dos móveis pode ser suficiente para prescrições universais, às quais já não podemos renunciar hoje, Cortina manifesta uma inquietação que se constitui em um dos núcleos do presente trabalho.

³¹ CORTINA, Adela. **Ética sem moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.46-47.

3 A ÉTICA NA ESFERA PÚBLICA

3.1 BREVISSIMA SÍNTESE HISTÓRICA

Considerando não ser o presente trabalho de História do Brasil, a síntese aqui mencionada está longe de ocupar o centro da investigação: pretende, tão-somente, situar o trabalho em um contexto factual, trazendo a lume, de modo exemplificativo e sem pretender analisar cada fase ou período, fatos que, embora esparsos, inscrevem-se na trajetória da nação como exemplos da conduta de seus agentes públicos e como marcos na definição de um, por assim dizer, “perfil nacional” no trato da coisa pública.

No ano de 1543, Pero Borges, corregedor da Justiça na cidade de Elvas, em Portugal, foi incumbido pelo rei D. João III de supervisionar a construção de um aqueduto. A obra não foi concluída porque faltara verba. Os vereadores da cidade, então, comunicaram o fato ao rei, que mandou instaurar um inquérito para apurar as irregularidades na aplicação do dinheiro.

A conclusão a que se chegou foi de que o corregedor embolsara metade da verba alocada, o que correspondia a um ano de remuneração pelo seu trabalho. Condenado a devolver ao Erário o dinheiro desviado, e tendo sido, ainda, proibido de exercer cargos públicos, foi, a despeito disso, nomeado pelo rei ouvidor-geral da América Portuguesa, o que corresponderia hoje a ministro da Justiça.

Recebeu, por fim, a promessa de - se servisse a contento - assumir o cargo de desembargador da Casa da Suplicação. Sua esposa, a título de compensação, por ficar por alguns períodos longe do marido, passou a receber uma pensão de 40 mil reais, e o salário de Pero Borges era de 200 mil reais por ano³². Para que se possa

³² BUENO, Eduardo. Pública ladroíce. **Nossa História**. Rio de Janeiro: Biblioteca Nacional, ano 1, nº 1, p.62-67, nov. 2003.

bem comparar, Tomé de Sousa, nomeado Governador-Geral do Brasil em 1549 pelo rei D. João III, recebia anualmente a quantia de 400 mil reais.

Thomas P. Bigg-Wither, viajante inglês que aqui se fixou por alguns anos, pôde constatar, no período do Brasil Império, a existência de uma arraigada cultura da ilicitude no trato do dinheiro público concedido a particulares à guisa de incentivo, bem como a mentalidade de empresários que pretendiam auferir o maior lucro possível no menor lapso de tempo. Assim, em seu livro *Novo Caminho no Brasil Meridional: a Província do Paraná*, que reúne observações relativas aos anos de 1872 a 1875, afirma:

Os brasileiros, em geral, não se interessam em empregar dinheiro em coisa que não lhes dê grande lucro. Sua educação os torna incapazes de aplicar uma libra para ganhar vinte e um *shilling*, mormente se houver preocupações. Há muitas maneiras mais simples e mais rápidas de se ter lucro. Assim, eles não empregam o dinheiro quando se lhes oferece um negócio de pouca vantagem. A criação de gado requer muito pouco tirocínio e capital moderado, rendendo, pelo menos, cinquenta por cento ao ano. O comércio, quando o negociante consegue fazer aliança com uma casa do Rio, que lhe dá crédito, é ainda a maneira mais fácil de fazer dinheiro. Seu único trabalho é comprar mercadorias por cem libras e revendê-las, a varejo, aos seus iludidos patrícios, por trezentas.³³

O sociólogo Sérgio Buarque de Holanda³⁴ afirma, observando um outro aspecto marcante da índole nacional, que “o desconhecimento de qualquer forma de convívio que não seja ditada por uma ética de fundo emotivo representa um aspecto da vida brasileira que raros estrangeiros chegam a penetrar com facilidade”.

Assevera, ainda:

E é tão característica, entre nós, essa maneira de ser, que não desaparece sequer nos tipos de atividade que devem alimentar-se normalmente da concorrência. Um negociante da Filadélfia manifestou certa vez a André Siegfried seu espanto ao verificar que, no Brasil como na Argentina, para conquistar um freguês tinha necessidade de fazer dele um amigo³⁵.

A cultura da ilicitude, o ideal do lucro e da vantagem pessoal sem oferta de nenhuma contrapartida à sociedade e a existência dessa “ética de fundo emotivo” - são

³³ BIGG-WITHER, Thomas. **Novo caminho no Brasil Meridional**: a província do Paraná; três anos em suas florestas e campos 1872/1875. Curitiba: Imprensa Oficial, 2001, p.79-80.

³⁴ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p.148.

³⁵ *Ibid.*, p.148.

aspectos profundamente imbricados entre si, porque talhados pelo mesmíssimo cinzel. Tais exemplos corroboram as peculiaridades e meandros com os quais se deve confrontar o estudioso da ética nacional.

3.2 CLIENTELISMO E PATRIMONIALISMO

A sociedade brasileira padece de alguns males históricos. Um deles é o clientelismo, método espúrio de relações políticas, utilizado para enfraquecer o capital social e humano de uma determinada localidade, ou de uma nação por inteiro. Ao se privilegiar a obtenção de benefícios oriundos de entes externos a uma localidade, ocorre o enfraquecimento das relações horizontais cidadão a cidadão, assim diminuindo a capacidade de colaboração destes indivíduos e intensificando a competição por mais recursos exógenos, e que portanto não geram riquezas locais. Este processo gera um círculo vicioso que, ao longo do tempo, é capaz de desmobilizar completamente uma comunidade.³⁶

Outro entrave, também historicamente relevante, são os nefastos efeitos do patrimonialismo – ideia-chave para a definição do "homem cordial", conceito idealizado pelo citado Sérgio Buarque de Holanda em "Raízes do Brasil". Crítico, ele mostra como a "cordialidade" leva a uma relação problemática entre instâncias públicas e privadas.³⁷

Por fim, com sua estrutura partidária deficiente, o Brasil possui, desde o nascedouro, uma história contrária ao estabelecimento de parâmetros rigorosos no que diz respeito à ética pública.

Estes são apenas alguns exemplos, entre tantos outros, da história nacional, na qual o crime contra o Erário, desde a aurora da civilização brasileira, era logo encoberto

³⁶ FRANCO, Augusto de. **Pobreza & desenvolvimento local**. Brasília, DF: Agência de Educação para o Desenvolvimento, 2002.

³⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p.148.

pela impunidade, e os malversadores do dinheiro público muitas vezes recompensados com promoções no aparelho estatal. Vem, portanto, de remota data a cultura da ilicitude no trato do patrimônio público no país, cristalizando-se ao longo do tempo.

São célebres, na literatura do período colonial, o “Sermão do Bom Ladrão”, de autoria do padre Antônio Vieira”, e o livro “A arte de furtar”, a ele também atribuído, mas oficialmente um manuscrito apócrifo.

Na primeira obra, afirma Vieira³⁸:

O roubar pouco é culpa, o roubar muito é grandeza; o roubar com pouco poder faz os piratas, o roubar com muito, os Alexandres. Mas Sêneca, que sabia bem distinguir as qualidades e interpretar as significações, a uns e outros definiu com o mesmo nome: *Eodem loco pone latronem et piratam, quo regem animum latronis et piratae habentem*. Se o rei de Macedônia, ou qualquer outro, fizer o que fazem o ladrão e o pirata, o ladrão, o pirata e o rei, todos têm o mesmo lugar, e merecem o mesmo nome.

Em sua admoestação, desvela as máculas nacionais, nominando claramente os causadores do estado de coisas que, já àquele tempo, preocupava os cronistas e pensadores da realidade brasileira. Ao afirmar que “todos têm o mesmo lugar, e merecem o mesmo nome”, o filósofo, escritor e orador português firma importante posição ética ao não eximir os altos agentes do poder de suas responsabilidades, e equiparando-os ao ladrão “comum”.

A corrupção no aparelho de Estado brasileiro é, em certo sentido, atávica e endêmica. De acordo com Julio Chiappini, da Universidade de Buenos Aires, em seu ensaio “Direito, Ética e Política”³⁹:

La palabra corrupción proviene de *cum rumpo*, romper a un tiempo simultáneamente. La corrupción es la disgregación, la ruptura de los elementos en los seres compuestos, en el caso del hombre o de la sociedad. En el hilemorfismo (teoría que asegura materia y forma en todos los cuerpos) aristotélico, la corrupción es la decomposición entre ambas, entre la matéria y la forma.

³⁸ VIEIRA, Antônio. Sermão do Bom Ladrão. In: VIEIRA, Antônio. **Sermões**. Erechim: Edelbra, 1998, v. III, p.75.

³⁹ CHIAPPINI, 1998 apud BRAGA, Pedro. **Ética, direito e administração pública**. 2. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2007, p.174.

De acordo com Antonio Carlos Ozório Nunes⁴⁰,

A corrupção no mundo globalizado é uma questão estrutural e um problema multifacetado que ultrapassa a questão da necessidade de cumprimento das leis e o respeito a códigos de ética. Para combatê-la são necessárias reformas estruturais, institucionais e mudanças sociais em cada Estado e nas respectivas sociedades. Um dos primeiros passos é o fortalecimento da democracia e do respeito aos direitos humanos em cada país. Depois, outras medidas são necessárias, tais como: o estabelecimento de políticas de *accountability*; o fortalecimento de um competitivo setor privado; melhorias no gerenciamento do setor público e, sobretudo, o aumento do controle governamental através da participação da sociedade civil [...].”

Tais práticas constituem-se em graves empecilhos à elevação dos patamares éticos nas relações, deem-se elas na esfera pública ou privada.

3.3 ÉTICA PÚBLICA

O sociólogo alemão Max Weber estabeleceu⁴¹, em princípios do século XIX, a distinção entre *ética da convicção* e *ética da responsabilidade*.

Para Weber, quanto maior o grau de inserção de determinado indivíduo na seara política, maiores são o afastamento das suas convicções pessoais e a adoção de comportamentos orientados pelas circunstâncias.

Este afastamento de crenças e suposições pessoais e a adoção de medidas muitas vezes contraditórias são determinados pelo confronto entre a ética da convicção e a ética da responsabilidade.

A ética da convicção é, para Weber, o conjunto de normas e valores que orientam o comportamento do indivíduo na sua esfera privada. A ética de responsabilidade, por seu turno, representa o conjunto de normas e valores que orientam a decisão do indivíduo a partir da sua posição como governante ou legislador. Na ética da convicção está embutido tanto um sentido de princípio, baseado em normas morais,

⁴⁰ NUNES, Antonio Carlos Ozório. Corrupção: o combate através da prevenção. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Mauricio; ADRI, Renata Porto (Coord.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

⁴¹ WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações, São Paulo: Cultrix, 1993, passim.

quanto um sentido de esperança, fundamentado nos ideais de vida que inspiram as coletividades.

Em sua obra “Ciência e política: duas vocações”, diz o autor:

Impõe-se que nos demos claramente conta do fato seguinte: toda a atividade orientada segundo a ética pode ser subordinada a duas máximas inteiramente diversas e irreduzivelmente opostas. Pode orientar-se segundo a ética da responsabilidade ou segundo a ética da convicção. Isso não quer dizer que a ética da convicção equivalha a ausência de responsabilidade e a ética da responsabilidade a ausência de convicção. Não se trata disso, evidentemente. Não obstante, há oposição profunda entre a atitude de quem se conforma às máximas da ética da convicção – diríamos, em linguagem religiosa, “O cristão cumpre seu dever e, quanto aos resultados da ação, confia em Deus” – e a atitude de quem se orienta pela ética da responsabilidade, que diz: “Devemos responder pelas previsíveis consequências dos nossos atos.”⁴²

A ética da responsabilidade, estabelecida por Maquiavel e aprimorada por Max Weber, leva em consideração as consequências dos atos dos agentes, geralmente políticos. Foi posteriormente revisitada por Jeremy Bentham e John Stuart Mill em sua abordagem do utilitarismo.

Tome-se por exemplo o caso de um candidato que entenda como necessária a redução de impostos. Esse candidato realiza, então, sua campanha eleitoral focalizando tal necessidade (redução da carga tributária), conforme suas crenças particulares. Porém, uma vez governo, depara-se com a escassez de recursos financeiros para atender a serviços básicos como segurança social, educação, saúde etc.

Diante desse dilema, o governante precisa tomar uma decisão: ou segue uma norma particular (ética de convicção), e reduz os impostos sabendo que faltará dinheiro para o Estado cumprir com as suas responsabilidades; ou adota uma outra medida como governante (ética de responsabilidade), mantendo ou elevando os impostos para daí viabilizar recursos necessários para o normal funcionamento do Estado.

Quem não compreende a ética da responsabilidade não pode compreender a atividade política. Partidos na oposição frequentemente fingem ignorar essa

⁴² WEBER, 1993, p.113.

realidade e fazem uso de um discurso calcado em uma ética de convicção ou de valores. Uma vez no poder, fazem séries de concessões, abandonando o discurso da convicção.

Na passagem da sociedade tradicional para a moderna (que tem início no século XV), opera-se uma ruptura entre moral e política. Nas sociedades tradicionais, os sistemas de valores, impregnados dos princípios morais-religiosos, orientavam o comportamento do indivíduo em todos os aspectos de sua vida: no econômico, político, artístico etc. Com o advento da modernidade, inicia-se o processo de racionalização, que substitui as antigas explicações religiosas pelo método científico.

A racionalidade da era moderna não se preocupa com a moralidade dos fins, e sim com a eficácia dos meios para alcançá-los. A ética moral cede, então, o lugar à ética política.

Maquiavel⁴³, primeiro filósofo a identificar as peculiaridades da política moderna, propõe uma distinção entre ética moral e ética política. Em sua visão, compreende-se que a ética moral se ocupa dos meios, enquanto a ética política, por sua vez, tem uma preocupação voltada para os fins.

Para Norberto Bobbio⁴⁴, a mencionada classificação de Weber é a versão mitigada da tese de Maquiavel de que os fins justificam os meios.

Uma vertente notável no estudo da ética contemporânea é o pensamento de Habermas⁴⁵, que possui como ponto central a consideração do diálogo como fundamento filosófico, ou seja, a questão da intersubjetividade como caminho para a razão. Criticando o sujeito transcendental de Kant - por não admitir a intersubjetividade e ser atemporal -, propõe novos paradigmas.

⁴³ MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Martin Claret, 2007, passim.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 2013.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**, 1: Racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo: Martins Fontes, 2012, passim.

O ponto central dessa formulação, aperfeiçoado ao longo de sua obra, é o paradigma da comunicação, da intersubjetividade, da ação comunicativa, contraposta à ação estratégica.

A ética, como sistema de conceitos e proposições particulares na seara do “dever ser”, resulta indiferente à existência ou não da liberdade, se entendida a liberdade por indeterminação com respeito ao assentimento, à realização de um conteúdo de vontade e, portanto, o *liberum arbitrium indifferentiae*.

Se existe liberdade no verdadeiro sentido do indeterminismo, todo o saber consciente – aí incluída a noção da significação moral – fornece, então, a cada ser o material acerca de cuja realização ou não realização é livre para pronunciar-se.

3.4 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO FENÔMENO DA CORRUPÇÃO

Embora o Direito romano não se detivesse em considerações de ordem moral, que ficavam a cargo do censor e não do pretor (este dedicado às questões estritamente jurídicas), dele provém o instituto do enriquecimento sem causa, que traz em si um desvalor aos olhos da sociedade: “*nemo potest lucupletari, jactura aliena*”, ou seja, ninguém pode enriquecer sem causa.

Desde sua origem romana, o enriquecimento sem causa ocorre quando o patrimônio de determinado indivíduo aumenta sem que haja uma causa jurídica válida que justifique tal incremento. Por tal motivo, quando o ato de enriquecimento não possui justificativa jurídica válida, a parte que enriqueceu perde o direito de manter o produto de tal processo.

Os romanos regularam os diversos casos de enriquecimento sem causa mediante uma ação pessoal denominada *conditio*, que podia ser intentada em todas as hipóteses em que o credor reclamasse quantia certa em dinheiro (*certa pecunia*) ou coisa certa (*certa res*), demanda essa fundada em empréstimo (*mutuum*),

estipulação (*estipulatio*) ou, ainda, baseada em *furtum* (delito cometido por aquele que se apropria intencionalmente e, geralmente, clandestinamente de coisa móvel pertencente a outrem). Ou, finalmente, em enriquecimento sem causa.

O romanista alemão Max Kaser⁴⁶ preleciona que “os romanos subsumiram essas pretensões na *conditio* e, por a *conditio* ser o modelo de ação de direito estrito, estabeleceram aqueles limites rígidos”. Acrescenta:

As pretensões modernas por enriquecimento sem causa inspiraram-se no modelo dessas *condictiones*, mas distinguem-se delas por não reclamarem [...] apenas o valor ainda existente no patrimônio da pessoa enriquecida, mas o valor que na altura recebeu.

Kaser, referindo-se ao Estado romano, conceitua que “*Aerarium* não é o Estado enquanto titular de direito, mas o dinheiro do Estado e, figurativamente, o patrimônio do Estado”. E conclui: “Todo o patrimônio do Estado é bem público. Os negócios jurídicos do particular com o Estado não se regulam pelo direito privado”⁴⁷.

A sangria do patrimônio público já foi, e segue sendo, objeto de muitos estudos, e em diversas áreas do conhecimento, como a sociologia, a antropologia e a ciência política. A corrupção – antítese do comportamento ético no trato com a coisa pública – é mazela antiga, e não é apanágio do Brasil. É o adoecimento do aparato estatal, reflexo da incapacidade moral dos indivíduos de assumir compromissos voltados ao bem comum. Os cidadãos mostram-se incapazes de realizar qualquer ato que não lhes traga ganhos pessoais.

A existência da corrupção confunde-se com a própria história da humanidade. Em Thomas Hobbes encontramos que os homens são dotados de uma “cobiça natural”⁴⁸. Referências ao fenômeno podem ser encontradas no Código de Hamurabi, no Reino da Babilônia (século XX a.C.) e no Reino do Egito (século XIV a.C.).

⁴⁶ KASER, Max. **Direito privado romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p.271-272.

⁴⁷ *Ibid.*, p.116-117, grifo do autor.

⁴⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Rideel, 2005.

Se por um lado o problema da corrupção na administração pública é antigo, a ideia de ética na conduta dos agentes públicos também se perde na poeira do tempo. A primeira obra de que se tem notícia a se deter sobre o tema foi um tratado sobre administração pública chamado *Arthashastra*, escrito entre 321 e 300 a.C. pelo filósofo político Kautilya, na Índia, no qual ele codificou as normas do bom governo, reuniu um conjunto de deveres do rei e de seus ministros, apontou uma compilação de princípios que devem dirigir a atuação política do soberano e exemplificou os meios para a realização de fraudes na Administração Pública⁴⁹.

A corrupção extrapola os limites da política e está instalada nas relações sociais. Os prejuízos são evidentes, sobretudo em termos de cultura política, prevalecendo a tese de que mais valem as vantagens pessoais auferidas, e de que o império da lei não alcança igualmente a todos. Essa lógica espalha-se pela sociedade como algo normal, e dificulta o estabelecimento de uma cultura cidadã, democrática e moderna.

A socióloga Bárbara Freitag⁵⁰, partindo da análise da tragédia “Antígona”, de Sófocles, assim discorre sobre a questão da moralidade:

A questão da moralidade tematizada na peça de Sófocles deixa claro que as ações morais são irreversíveis. Não há como voltar atrás, fazendo de conta que nada aconteceu. Mas a cada momento, em cada episódio ou cena da peça, com a entrada e saída dos personagens, com as advertências do coro surgem novas opções, novas alternativas de ação que poderiam – uma vez praticadas naquele momento – ter revertido o quadro, impedindo a realização da tragédia.

Os efeitos da corrupção – mesmo a dita “pequena” corrupção – são sempre nocivos para um país, afetando diretamente as condições de vida da coletividade, uma vez que, cumulativamente, as transações ilegais causam consideráveis danos políticos e econômicos para a sociedade civil.

Além dos efeitos visíveis, há outros tantos, menos facilmente detectáveis, tais como a perda da confiança nas instituições, enfraquecendo-se, assim, o aparato estatal.

⁴⁹ NUNES, 2008.

⁵⁰ FREITAG, Bárbara. **Itinerários de Antígona**: a questão da moralidade. Campinas: Papyrus, 1992, p.268.

Há que se distinguir, por fim, a corrupção – que se relaciona ao acesso e à influência dentro dos processos políticos, ou se destina a manter a hegemonia de determinadas redes, ou é a conhecida “corrupção de oligarquias e clãs”, ou é a corrupção dos burocratas, numa análise panorâmica – da ineficiência.

Tome-se, aqui, o exemplo de uma prefeitura. Uma prefeitura extremamente ineficiente pode não ser nada corrupta e, ainda assim, não conseguir prover serviços básicos de saúde e educação infantil para seus cidadãos. Uma prefeitura corrupta pode ser eficiente nesse sentido. Em geral, há uma mistura de corrupção e ineficiência revelada pelas auditorias. A ineficiência ocorre, muitas vezes, por excessivo detalhamento de normas e por criatividade dos prefeitos para lidar com a demora no repasse de verbas federais⁵¹.

Corrupção e ineficiência são males que minam a confiança no poder organizacional do Estado, trazendo descrédito ao aparato estatal e à vida em sociedade. As consequências para o psiquismo das massas são inúmeras, e todas elas nocivas.

Os remédios para cada uma delas são diversos, dados os diferentes elementos subjetivos que as orientam. A burocracia, aqui entendida como uma distorção do conceito original, ou seja, vista pejorativamente como uma série de procedimentos redundantes e desnecessários ao regular funcionamento do Estado, especializa-se em desenvolver meandros que fatalmente levam à ineficiência.

É absolutamente necessário separar as duas coisas, sob pena de o Estado, na tentativa de mitigar a corrupção, gastar mais do que perde com sua existência.

No ordenamento jurídico brasileiro, o enriquecimento sem causa encontra-se capitulado nos artigos 884 a 886 do Código Civil brasileiro, e na lei nº 8.429/92:

Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.

Art. 6º No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá à autoridade administrativa

⁵¹ PRAÇA, Sérgio. Os vícios distintos da corrupção e da ineficiência. In: **Ética**: pensar a vida e viver o pensamento. São Paulo: Duetto, 2011, p.21.

responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado⁵².

O preenchimento doutrinário do conceito de improbidade administrativa, a partir do advento da lei nº 8.429/92, vem ensejando grandes discussões.

A lei de improbidade tem a capacidade de esgotar, em seus comandos - ao detalhar uma terceira instância de aferição dos comportamentos do agente público, para além da cível e da penal -, todos os comportamentos desse agente, sendo suficiente em suas prescrições como resposta legislativa? Faz-se realmente necessário juridificar outros comportamentos que não se enquadrem facilmente em tal lei? A tendência à juridificação é, efetivamente, o caminho mais apropriado para resolver as situações que “escapam” à lei de improbidade administrativa?

Para que se chegue ao âmago desta reflexão, é necessário dar a volta em seus domínios, repisando certos conceitos no intuito de aprimorá-los. E sempre reformulando algumas questões já postas - o que neste estudo se fará a intervalos regulares -, para que a partir delas se revelem novas facetas do que se quer decifrar.

É de um óbvio gritante afirmar que o Poder Legislativo é uma caixa de ressonância da sociedade. Assim sendo, o legislador brasileiro entendeu, diante de demandas que lhe foram apresentadas, que a regulamentação dos atos de improbidade, tal como se encontrava posta, não era suficiente, e assim reputou necessário que se produzissem outras normas, que passaram a regular outros comportamentos do agente público - mais especificamente, do agente político⁵³.

⁵² BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. 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. Brasília, DF, 3 jun. 1992.

⁵³ O agente político é aquele detentor de cargo eletivo, eleito por mandatos transitórios, como os Chefes de Poder Executivo e membros do Poder Legislativo, além de cargos de Ministros de Estado e de Secretários nas Unidades da Federação, os quais não se sujeitam ao processo administrativo disciplinar. O agente público, por sua vez, é todo aquele que presta qualquer tipo de serviço ao Estado, funções públicas, no sentido mais amplo possível dessa expressão, significando qualquer atividade pública. A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8429/92) conceitua agente público como “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”. Trata-se, pois, de um

No que diz respeito à ética do agente político, o que se tem a investigar, preliminarmente, é sua natureza. Em que consiste a assim chamada “ética pública”? Sua apreensão pelos instrumentos jurídicos de controle concede eficácia aos seus propósitos? São as sutilezas deste processo de apreensão pelos modos de coerção do Direito que devem ser analisadas com bastante critério.

Investigar a natureza e a eficácia das normas que regulam tais comportamentos - especificamente o Código de Conduta da Alta Administração Federal - a partir de algumas decisões em concreto delas derivadas é o que aqui se pretende alcançar.

3.5. A MORALIDADE ADMINISTRATIVA

3.5.1 A origem do conceito de moralidade administrativa

A moralidade não se aplica somente aos indivíduos. Assim, uma tradição moral, embora diga respeito principalmente à conduta pessoal, também determina os atos e políticas da coletividade.

Segundo Joseph Raz⁵⁴,

morality in the narrow sense is meant to include only all those principles which restrict the individuals' pursuit of his personal goals and his advancement of his self-interest. It is not 'the art of life', i.e. the precepts instructing people how to live and what makes for a successful, meaningful, and worthwhile life⁵⁵.

gênero do qual são espécies o servidor público, o empregado público, o terceirizado e o contratado por tempo determinado. Cf. BRASIL, Controladoria Geral da União. **Agentes públicos e agentes políticos**. Publicado em 2 maio 2014; modificado em 14 maio 2014. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/sobre/perguntas-frequentes/atividade-disciplinar/agentes-publicos-e-agentes-politicos>>. Acesso em 14 jan. 2015.

⁵⁴ RAZ, Joseph. **The morality of freedom**. New York: Oxford University Press Inc., 1988, p.213.

⁵⁵ Moralidade no sentido estrito pretende incluir apenas todos os princípios que restringem a busca individual dos objetivos pessoais e o avanço do seu próprio interesse. Não é a ‘arte da vida’, ou seja, os preceitos que instruem as pessoas a viver e o que se faz para atingir uma vida bem sucedida, significativa e que valha a pena. (tradução nossa).

O Estado é uma totalidade ético-política; é uma união, e não uma associação, um organismo vivo e não um artefato, uma totalidade e não um agregado, um todo superior e anterior às partes e à soma delas. O Estado é um ente político porque é uma Constituição. Esta é o conjunto dos costumes (*mores*) e das instituições (religião, arte, família, indústria, ciência) que constituem o *ethos* de um povo, seu espírito e sua vida.

No terreno do “homem *versus* Estado”, a luta já se desenvolveu em busca de direitos do primeiro frente ao segundo como forma de limitação do poder e do arbítrio. A vitória foi garantida com a existência de leis delimitando o espectro de atuação possível do Estado, fora do que estaria reservada ao indivíduo uma esfera segura e alargada de direitos. Mas tal acontecimento, no entender de Mauricio Antônio Ribeiro Lopes⁵⁶, é uma conquista do milênio passado.

Ainda segundo o citado autor⁵⁷,

Uma das próximas – e urge que se acelere a velocidade dessa e de outras tão necessárias – dá-se não mais no plano do mero respeito a uma lei – escrita ou costumeira – mas à obediência de preceitos éticos disseminados na base do poder – a sociedade.

A moralidade administrativa e a ética na administração pública não representam senão uma das faces da moralidade pública que se sujeita ao controle social. Este, por sua vez, baseia-se sempre num sistema mais ou menos rígido – a depender do grau de desenvolvimento da moral social -, pois a moralidade é encontrada nos julgamentos que as pessoas emitem sobre a conduta, e não na conduta em si (daí o clássico exemplo da moral da mulher de César, a quem não basta ser honesta: é preciso parecer honesta).

Assim sendo, em se tratando de moralidade pública, é impreterível reivindicar um alto grau de generalidade e de autoridade, a fim de que resulte, de cada julgamento, um caráter objetivo e público, jamais idiossincrático ou privado.

⁵⁶ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Ética e administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.24.

⁵⁷ Ibid., p.24.

Mas o que vem a ser, enfim, a moralidade administrativa? Segundo Maurice Hauriou, autor de *Précis de Droit Administratif*, ela é “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”⁵⁸. Segundo tal definição, o princípio da moralidade não está ligado à consciência do agente, e sim ao conjunto de regras que podem ser observadas dentro de toda a administração pública, portanto é extraído da administração.

A ideia de moralidade administrativa surgiu após o amadurecimento, no âmbito do direito privado, da doutrina do abuso do direito, instituto de correção destinado a evitar desvios morais na aplicação do direito, tido como a “primeira intromissão da regra moral na esfera do jurídico.”⁵⁹

A repercussão de tal intromissão no ramo do direito público deu-se no início do século XX com a criação do instituto do *desvio de poder* pela jurisprudência do *Conseil d'État*, o Conselho de Estado Francês - cúpula do contencioso administrativo na França -, como meio de se assegurar o atingimento, por parte da atividade administrativa, dos fins demandados pela lei ou pelo interesse público.

Maurice Hauriou⁶⁰, como membro daquele Conselho, foi quem utilizou pela primeira vez a expressão “moralidade administrativa”, desenvolvendo sua tese no caso Gommel, Sirey, em 1917:

[...] a legalidade dos atos jurídicos administrativos é fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei; mas a conformidade desses atos aos princípios basilares da “boa administração”, determinante necessária de qualquer decisão administrativa, é fiscalizada por outro recurso fundado no desvio de poder, cuja zona de policiamento é a zona da “moralidade administrativa”.

Deve-se a Hauriou, portanto, o pioneirismo no estudo da moralidade administrativa. Sua iniciativa cresce em relevância quando se constata que o seu desenvolvimento ocorreu no ápice do fenômeno do positivismo jurídico⁶¹, o que representava, à

⁵⁸ HAURIUO, Maurice, apud BRANDÃO, Antônio José, 1951, p.457.

⁵⁹ BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 25, p.454-467, jul./set. 1951, p.456.

⁶⁰ HAURIUO, op. cit., p.457.

⁶¹ Corrente da teoria do direito que pretende explicar o fenômeno jurídico a partir do estudo das normas positivas, ou seja, das normas postas pela autoridade soberana de determinada sociedade.

época, enorme óbice a todo e qualquer mecanismo de contenção da atividade estatal que não se reduzisse a um mero comando normativo⁶².

Houve, certamente, críticas ao pensamento de Hauriou. Entre essas, duas são dignas de nota.

Marcel Waline⁶³ critica o posicionamento de Hauriou, por entender que a violação à moralidade administrativa permite que sejam sancionadas violações ao espírito da lei que respeitem seu sentido estrito, literal, sua “letra” - em verdade, sendo as violações ao espírito da lei violações à própria lei, o desvio de poder advindo de um ato imoral também é uma forma de ilegalidade. A imoralidade, portanto, conduziria à ilegalidade, sendo por esta absorvida.

Georges Vedel⁶⁴, por sua vez, dele discorda por crer que o desvio de poder deve ser compreendido como uma variação da ilegalidade, situando-se, pois, na seara da violação da lei que imponha ao agente a obrigação de perseguir um objetivo determinado, com a exclusão de todos os outros.

Ressalta, todavia, que a ideia de Hauriou não deve ser completamente rejeitada, já que o juiz (administrativo), sob o amparo "do espírito" da lei ou dos princípios gerais de direito, pode integrar as diretivas da moralidade à legalidade. Conclui que, sob a perspectiva do direito feito (*droit fait*), o desvio de poder é apenas uma variação da ilegalidade; sob a perspectiva do direito que se faz (*droit qui se fait*), ele integra à ideia de legalidade alguns preceitos da moralidade aos quais o juiz confere a necessária obediência.

São elaborações doutrinárias que acrescem ao pensamento original novas nuances. Não as absorvendo, o ideário original se fortalece. Incorporando-as, também o faz.

⁶² GARCIA, Emerson. **A fissura moral da administração pública brasileira**. Publicado em out. 2014. Disponível em <<http://www.jus.com.br/artigos/32999/a-fissura-moral-da-administracao-publica-brasileira>>. Acesso em 27 fev. 2015.

⁶³ WALINE, Marcel. **Droit Administratif**. Paris: Éditions Sirey, 1963.

⁶⁴ VEDEL, Georges. **Droit Administratif**. Paris: Presses Universitaires de France, 1973.

3.5.2 A densificação da moralidade administrativa

Segundo Emerson Garcia⁶⁵, em seu trabalho “A moralidade administrativa e sua densificação”, a atividade administrativa, de forma correlata à observância das prescrições legais, deve render obediência aos valores que decorrem do sistema, os quais são normalmente condensados sob a epígrafe do princípio da moralidade. A densificação deste princípio, cujo conteúdo decorre de preceitos explícitos e implícitos no sistema, representa tarefa extremamente delicada e complexa, o que é consequência inevitável de seu alto teor de abstração. Por tal motivo, são extremamente relevantes as iniciativas que buscam elaborar diretrizes básicas que devem nortear a atuação dos agentes públicos:

Com isso, são densificados os valores afeitos à moralidade administrativa e, conseqüentemente, tem-se um aumento de efetividade do princípio, pois seu alto grau de abstração passa a coexistir com comandos específicos que delineiam as vedações e os deveres a serem cumpridos pelo agente e disciplinam a forma de exercício de seus direitos. Para alcançar tais objetivos, são editados os denominados “Códigos de Ética” ou “Códigos de Conduta”, os quais, como deflui da própria etimologia da expressão, estatuem os padrões éticos a serem observados por seus destinatários.

Concretizar um princípio é fazer com que ele chegue até o ato decisório, ou seja, com que o princípio “construa” a norma concreta de decisão, partindo das normas gerais abstratas dos textos normativos/constitucionais.

Densificar, por sua vez, significa preencher, complementar e estabelecer o preciso espaço normativo de um comando constitucional especialmente necessitado de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse comando, dos problemas concretos.

As tarefas de concretização e de densificação de normas andam, pois, “de mãos dadas”: determinado espaço normativo é densificado - isto é, preenche-se o conteúdo de uma norma - para que se tornem possíveis sua concretização e conseqüente aplicação a um caso concreto.

⁶⁵ GARCIA, Emerson. **A moralidade administrativa e sua densificação**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_35/artigos/Art_emerson.htm>. Acesso em 10 nov. 2014.

Está claro, aqui, que o surgimento do conceito de moralidade administrativa foi consequência natural do entendimento doutrinário segundo o qual a ideia de legalidade não bastaria para justificar toda a ação do poder administrativo.

A moralidade administrativa, portanto, não é apenas uma premissa teórica ou ideológica. É um conceito também jurídico que atinge a ordem legal.

Segundo Manoel de Oliveira Franco Sobrinho⁶⁶, em seu estudo intitulado “O controle da moralidade administrativa”:

As fronteiras da legalidade não excluem os postulados da moralidade. Essa é uma verdade que conduziu a filosofia jurídica a debates ainda agora imprecisos, mas sempre reveladores de funda preocupação com respeito aos valores da moral e do direito.

Já é tempo, contudo, de que as reservas improcedam ante a realidade do homem como unidade e dos sistemas jurídicos como consequentes de princípios condicionados à evolução institucional. Na história, ou na política como ciência, as sociedades, antes de jurídicas, são morais.

Nesse mesmo sentido, o ministro Celso de Mello⁶⁷, em voto proferido na AP 470/MG, na sessão plenária de 1º de outubro de 2012, assim se manifestou:

Sabemos todos que o cidadão tem o direito de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes incorruptíveis. O direito ao governo honesto – nunca é demasiado reconhecê-lo – traduz uma prerrogativa insuprimível da cidadania. A imputação, a qualquer membro do Congresso Nacional, de atos que importem transgressão ao decoro parlamentar revela-se fato que assume, perante o corpo de cidadãos, a maior gravidade, a exigir, por isso mesmo, por efeito de imposição ética emanada de um dos dogmas essenciais da República, a repulsa por parte do Estado, tanto mais se se considerar que o Parlamento recebeu, dos cidadãos, não só o poder de representação política e a competência para legislar, mas, também, o mandato para fiscalizar os órgãos e agentes dos demais Poderes.

Ao falar em “direito ao governo honesto”, o ministro eleva o dever de salvaguarda do patrimônio estatal por parte dos gestores da coisa pública a um patamar diferenciado, atribuindo a cada cidadão a titularidade do referido direito.

⁶⁶ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O controle da moralidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 1974, p.4-5.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 470 Minas Gerais**. Inteiro Teor do Acórdão. 17 dez. 2012. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2014.

3.5.3 A moralidade objetiva

É certo que toda regra jurídica é, por excelência, moral, já que não se permite, em tese, discutir a norma fora dos pressupostos de moralidade. Todavia, na execução do ato administrativo, ou na sua efetiva aplicação, não se podem olvidar os critérios objetivos e subjetivos.

As questões da soberania estatal e da necessidade de autoridade não são atuais. Decorrem de implicações históricas nas quais direito e autoridade se complementam na ordem jurídica institucional.

Nesse liame entre direito e autoridade, a moral passa a orientar uma relação de ordem, uma vez que as ações humanas “recebem sua moralidade do objeto formal, constituído da matéria com que operam e da relação desta com a ordem”⁶⁸ e com o fim.

É preciso que a boa vontade subjetiva não se perca em si mesma ou se mantenha simplesmente como aspiração ao bem, dentro de um subjetivismo meramente abstrato. Para que se concretize, é necessário que se integre com o objetivo, que se manifesta no âmbito da moral como moralidade objetiva. A moralidade objetiva consiste, enfim, na obediência à lei moral enquanto fixada pelas normas, leis e costumes da sociedade.

O que efetivamente interessa ao direito, e isso para a fundamentação do princípio da legalidade, é que existem graus de objetividade no bem e no mal moral, ou seja, “porque certas ações são de si mesmas mais perfeitas e outras mais deformes”, inclusive as que nascem dos atos jurídicos.⁶⁹

Na realidade dos fatos, se as teorias firmarem posições díspares, o fenômeno é o mesmo: surgem atos que, não obstante bons e legais em si, trazem com eles um desvio que tende à violação da lógica jurídica, ou da razão.

⁶⁸ D'AZEGLIO, Luis Taparelli. **Curso de direito natural**. São Paulo: Anchieta, 1945, p.37.

⁶⁹ Ibid., p.138.

3.5.4 A moralidade subjetiva

A moral subjetiva de qualquer ato – com maior relevo para o ato administrativo – deve ser determinada pela intenção concreta, ou seja, “considerada não somente em si, como também nos meios pelos quais pode ser efetuada e nas circunstâncias acidentais todas que possam manter alguma relação com a ordem moral.”⁷⁰

Consiste ela no cumprimento efetivo do dever a partir de um ato de vontade do indivíduo.

A “malícia” de um ato, seja ele público ou privado, afasta-o da moralidade legal, do bem geral como um fim. A moralidade, tal como o tempo e o espaço, é uma categoria fundamental a toda experiência jurídica. A conexão do ideal ético com os padrões jurídicos humaniza o direito.

No que tange à lei administrativa, os deveres existem em função dos direitos. Tal função tem um valor ético tanto para o indivíduo quanto para o Estado, ainda que por vezes seja impreciso o sentimento de moralidade. Muitas prescrições de moralidade, sobretudo as relativas aos chamados deveres de justiça, são comandos que se encontram também no Direito.

Não importa que a experiência histórica aponte frequentes conflitos entre Direito e moral. O que efetivamente importa, para o jurista, “é que a moralidade, tanto objetiva quanto subjetiva, mantenha no tratamento igual a unidade substancial do Direito”⁷¹.

Os valores éticos não surgem de uma vez por todas, nem são universais ou absolutos. Atualmente, em virtude da elevação do nível de consciência política e da informação disponível no que se refere ao interesse público e ao uso do dinheiro do contribuinte – embora haja, ainda, um longo caminho a ser trilhado em matéria de participação do cidadão na vida política nacional -, há como que uma percepção geral de que a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a

⁷⁰ D’AZEGLIO, 1945, p.142.

⁷¹ FRANCO SOBRINHO, 1974, p.35.

eficiência devem prevalecer como princípios informadores da conduta dos agentes públicos e gestores governamentais, princípios esses que, em nosso ordenamento, possuem relevância constitucional (art. 37).

A lesão à moralidade administrativa constitui fundamento inequívoco para a anulação do ato lesivo ao patrimônio público mediante ação popular prevista no art. 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal.

3.5.5 As novas dimensões da responsabilidade

Consoante já afirmado, a assim chamada *ética pública* nada mais é, *lato sensu*, que a aplicação dos preceitos éticos ao se lidar com o patrimônio público. A divisão tem fins meramente didáticos, afinal a ética nas relações privadas termina por impactar a assim chamada *ética pública*.

Como visto, quando o princípio da legalidade despontou na doutrina, no fim do século XVIII, ainda não se cogitava da existência do princípio da moralidade. A ideia de moralidade administrativa foi plasmada quando a doutrina percebeu que a análise da estrita legalidade não daria conta dos múltiplos desafios que a conduta do agente público ensejaria.

Segundo Bárbara Freitag⁷²,

[...] as ações humanas não são itinerários prontos [...]. Não faria sentido falar em moralidade se não houvesse espaços de liberdade para cada ator singular, apesar de e além dos contextos socialmente estruturados que restringem a liberdade de cada um.

A ideia de moralidade administrativa, que agrega em seu entorno tudo aquilo que desborda da legalidade para justificar toda a ação do poder administrativo, impõe outras regras e limitações à administração, já que a lei não basta por si mesma.

⁷² FREITAG, 1992, p.270.

A moralidade pode ser analisada sob seu aspecto objetivo – obediência à lei moral estabelecida pelas normas, pelas leis e pelos costumes da sociedade, a qual representa o espírito objetivo – quanto por seu aspecto subjetivo – cumprimento do dever por ato de vontade do indivíduo.

Consoante referido, a Comissão de Ética Pública⁷³, vinculada à Presidência da República, e criada no ano de 1999, expede recomendações a partir da casuística que se lhe apresenta acerca da conduta dos agentes públicos, mas esbarra, muitas vezes, nas intrincadas teias da política, que tende a infirmar as soluções por ela apontadas.

Se a atividade política, com sua dinâmica e interesses próprios, conduzida que é numa democracia por representantes do povo - que atuam em seu nome e, portanto, são um reflexo de suas crenças, valores e padrões -, é um óbice histórico a que os padrões éticos se elevem, terá a criação (aqui compreendida no sentido de posituação) de normas éticas o poder de equacionar as grandes questões éticas nacionais?

As respostas não são simples, devendo-se considerar os aspectos sociopolíticos e os meandros da história nacional.

Hans Jonas⁷⁴, ao investigar as novas dimensões da responsabilidade, em contraponto às características da ética “prévia”, afirma:

Modern technology has introduced actions of such novel scale, objects, and consequences that the framework of former ethics can no longer contain them. The *Antigone* chorus on the *deinotes*, the wondrous Power, of man would have to read differently now; and its admonition to the individual to honor the laws of the land would no longer be enough⁷⁵

⁷³ BRASIL, 1999.

⁷⁴ JONAS, Hans. **The imperative of responsibility**: in search of an ethics for the technological age. Chicago: The University of Chicago Press, 1984, p.6.

⁷⁵ A tecnologia moderna introduziu ações numa escala, objetos e consequências tão novos que a moldura da antiga ética não pode mais contê-los. O coro de Antígona na *deinotes* (habilidade) e o poder espetacular que se teriam de interpretar diferentemente agora; e seu conselho ao indivíduo no sentido de honrar as leis da terra não mais seriam suficientes (tradução nossa).

A dinâmica da contemporaneidade (ou da “pós-modernidade”, expressão que corre o risco de se tornar vazia e banalizada se não devidamente contextualizada) impõe novos entendimentos sobre a ética.

É certo que as novas tecnologias, a exposição da vida privada - e por consequência o acesso facilitado a ela -, as novas dimensões de exigências do cotidiano, tudo isso contribui para uma mudança na percepção da ética. Ora, se a contemporaneidade define-se também pela imposição de uma velocidade cada vez maior na condução dos assuntos da vida privada (a mera menção a este tema já é lugar-comum), como se o tempo passasse a fluir de modo diferente, e sendo a esfera pública a “outra face” da moeda - a extensão das relações humanas para um patamar no qual as consequências têm efeitos coletivos -, a ética pública também passou a conter, no complexo de comandos que a regem, maiores complexidade e detalhamento.

Na direção em que ora se caminha, falando especificamente do Brasil, haverá a necessidade de legislar a respeito de aspectos ainda mais corriqueiros da vida cotidiana do agente político? Isso é salutar, é eficaz?

As novas dimensões da responsabilidade trazem a discussão contemporânea sobre ética para um novo patamar. Os antigos enquadramentos já não dão conta das múltiplas questões surgidas na modernidade - quando, entre outras ocorrências de igual relevância, chegou-se ao entendimento de que havia a necessidade peremptória de separar o público do privado, sob pena de se prejudicar o desenvolvimento da sociedade.

É certo, por outro lado, que a descrença nas instituições, acompanhada da histórica dificuldade de se compreender o efetivo papel das normas jurídicas, conduziu a uma excessiva juridificação das relações sociais.

A máxima do “Há problemas? Que venham normas” tem logrado o efeito pretendido, qual seja o de elevar os patamares da ética no trato da coisa pública? Ou se constitui, tão-somente, numa forma de acalmar a opinião pública diante do teatro da política?

As normas que pretendem regulamentar a ética nacional têm efetivamente algo de casuístico, ou o são integralmente?

Pretende-se responder essas questões neste trabalho, ou ao menos apontar caminhos no sentido de sua elucidação.

É certo que a palavra “ética”, no Brasil, carrega em seu bojo uma série de frustrações históricas. Como a reforma política ainda não foi implementada, e as práticas do clientelismo e do patrimonialismo, aliadas ao déficit partidário, ainda são correntes no país, o cidadão, em lugar de cobrar as necessárias medidas de reperfilamento do direito, termina por acreditar no poder “mágico” da norma – por acreditar nela como elixir a partir de cuja existência todas as grandes questões nacionais de fundo ético podem ser solucionadas.

Assim sendo, o problema ético surge de maneira artificial no panteão das ditas questões. Ele não surge de uma tradição histórica de reflexão sobre a vida e o caráter nacionais; não advém da adoção de políticas continuadas: surge, isto sim, a reboque de uma crise cíclica - institucional e política -, na sequência de fatos concretos que envolvem desvios de dinheiro público, malversação do patrimônio nacional, improbidade administrativa e descaminhos éticos outros (nepotismo, patrocínio de interesses privados perante o Estado etc.). E esta crise, lamentavelmente, cristalizou-se como crônica.

3.6 OS MECANISMOS DE CONTROLE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: TRANSIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO MODELO BUROCRÁTICO PARA O MODELO GERENCIAL

3.6.1 A função de controle

O controle constitui uma função típica do poder e da administração e, por esse motivo, é estudado por diversos ramos do conhecimento (direito, ciência política, economia, contabilidade, filosofia, administração etc.).

O controle incidente sobre os poderes públicos já aparecia, com outras denominações, nos ordenamentos da Antiguidade, assim como nos medievais, e expande-se com o Estado. Acredita-se que o termo seja originário do Latim fiscal medieval (*contra rotulum*; em francês, *contre-rôle* – *contrôle*).

Massimo Giannini⁷⁶ atribui o seu surgimento à contração dos termos *contra* e *rotulum*, que se refere ao segundo exemplar do rol de contribuintes a ser examinado pelos cobradores de tributos.

Guerra⁷⁷ esclarece a evolução do termo:

O termo evoluiu, a partir de 1611, para sua acepção mais próxima da atual, aproximando-se da acepção de domínio, governo, fiscalização, verificação. O aparecimento do termo na Língua Portuguesa deu-se em 1922, significando ato ou efeito de controlar; monitorização, fiscalização ou exame minucioso obediente a determinadas expectativas, normas, convenções etc. No âmbito do Direito brasileiro, o termo vem sendo empregado desde 1941, tendo surgido pela primeira vez na clássica obra *Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, da lavra do insigne Seabra Fagundes.

Esse controle, todavia, também necessita de limites para não se tornar abusivo. A associação do controle com o processo de planejamento só se deu no início do século XX, tendo sido ele utilizado para redirecionar as ações programadas. O

⁷⁶ GIANNINI, Massimo Severo. **Direito Amministrativo**. Milano: A. Guiffrè, 1970, p.55.

⁷⁷ GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.89.

controle é transversal, pois perpassa as três funções estatais, como destaca Zaidman⁷⁸:

A legislação, os atos administrativos e as decisões judiciais podem ser objeto de controle. [...] Tanto é possível identificá-lo em simples etapa da elaboração de lei, de pronunciamento judicial ou da ação administrativa, quanto de modo autônomo, na própria lei, sentença ou decreto. Imaginados verticalmente os três Poderes do Estado, o de controle não se alinharia em paralelo, mas figuraria de modo transversal.

O processo básico de controle passa, ordinariamente, pela verificação dos resultados obtidos; após, pela avaliação de desempenho e em seguida pela adoção de medidas corretivas, quando for o caso. Atualmente, ele assume papel relevante no processo decisório governamental, propiciando o aperfeiçoamento das ações planejadas e a responsabilização dos agentes que, eventualmente, deem causa a desvios.

Assim, o controle pode – e deve – avaliar de forma sistemática, sob os critérios legal e gerencial, os atos da administração pública. Mesquita⁷⁹ assinala a importância de o controle conciliar a análise da legalidade dos atos administrativos com a aferição dos níveis de satisfação da sociedade no que concerne à atuação dos gestores públicos. Castro⁸⁰ concorda:

A finalidade do controle da Administração Pública, em sentido amplo, é de verificar se o gestor aplica os recursos que lhe são repassados de maneira responsável, eficiente e moral. [...] O controle deve atuar também na avaliação de resultados no que diz respeito à eficácia e eficiência da gestão financeira, orçamentária e patrimonial da Administração Pública, direta ou indireta, assim como na verificação da eficácia e eficiência da aplicação de recursos por entidades de direito privado, quando aqueles são oriundos de ente público.

3.6.2 Tipos de controle

Os tipos de controle da administração pública podem ser classificados quanto:

⁷⁸ ZAIMAN, Luiz. **As funções das Cortes de Contas Brasileiras à luz da teoria do controle jurídico**. Belém: 1973, p.11.

⁷⁹ MESQUITA, Ronaldo de. Novo enfoque do exame das contas públicas. **Revista do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 21 n. 50, p.56-69, out/dez 2000, p.56 et seq.

⁸⁰ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Sistema de controle interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.95.

- 1) ao órgão ou autoridade que o exercita (administrativo, legislativo ou judicial);
- 2) ao momento em que se efetiva (prévio, concomitante ou posterior); e
- 3) à extensão (legalidade ou de mérito e de resultados).

O controle administrativo é exercido pela própria administração pública sobre seus atos, por motivos de ilegalidade, conveniência e oportunidade. Essa modalidade de controle pode ser iniciada de ofício ou por provocação dos administrados. A Súmula n.º 473 do Supremo Tribunal Federal (STF)⁸¹ trata da matéria nos seguintes termos:

A Administração Pública pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

O controle legislativo é exercido pelos órgãos do Poder Legislativo e pelos Tribunais de Contas, conforme a Constituição Federal⁸². Esse controle pode ser tanto político - quando exercido diretamente pelos parlamentares ou suas comissões - como também técnico, quando exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas.

O controle político, como visto, é realizado de forma direta pelo Parlamento. A Constituição Federal, no artigo 49, X, autoriza o Congresso Nacional a fiscalizar e controlar, diretamente, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta. Esse controle é realizado de diversas maneiras, tais como:

- a) sustação de atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (Constituição Federal de 1988, artigo 49, V);

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n° 473**. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 12 nov. 2014.

⁸² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

b) convocação de Ministro de Estado para prestar, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, constituindo crime de responsabilidade a ausência injustificada (Constituição Federal de 1988, artigo 50, *caput*);

c) aprovação prévia, pelo Senado Federal, após arguição pública, da escolha de autoridades, como: Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República; Presidente do Banco Central; Procurador-Geral da República (Constituição Federal de 1988, artigo 52, III);

d) suspensão, pelo Senado Federal, da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (Constituição Federal de 1988, artigo 52, X), e

e) instauração de Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), pela Câmara dos Deputados, pelo Senado Federal ou por ambas as Casas, com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais. As apurações realizadas, se for o caso, são encaminhadas ao Ministério Público, para a promoção da responsabilidade civil ou criminal dos infratores (Constituição Federal de 1988, artigo 58, § 3º).

O controle técnico é o que se encontra previsto no artigo 70 da Constituição Federal⁸³. Abrange o controle das administrações direta e indireta, sob os aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade. O Congresso Nacional o exerce por meio do controle externo, com o auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU), conforme dispõe a Carta Magna, artigo 71, *caput*.

O controle judicial é exercido pelo Poder Judiciário, fundamental em um Estado Democrático de Direito, podendo incidir sobre atos vinculados ou discricionários da Administração, principalmente – mas não exclusivamente – quanto à legalidade e à moralidade.

⁸³ BRASIL, 1988.

Quanto ao momento em que se efetiva, o controle pode ser:

- 1) prévio (ocorre antes de ser praticado o ato administrativo, com o objetivo de evitar violações ao ordenamento jurídico);
- 2) concomitante (simultâneo ao ato administrativo, possibilitando uma intervenção imediata, em caso de irregularidade), e
- 3) posterior (dá-se após a prática do ato, com a finalidade de confirmá-lo, corrigi-lo ou anulá-lo, se for o caso).

No tocante à extensão, o controle pode ser:

- 1) de legalidade - quando se verifica a aderência do ato administrativo à lei;
- 2) de mérito/resultados - quando se objetiva aferir a conveniência e a oportunidade do ato, bem como a boa gestão da coisa pública, avaliando-se os aspectos da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade.

3.6.3 Os sistemas de controle no Brasil

Os sistemas de controle existentes no Brasil são: social, interno e externo.

O controle social, ou popular, evoluiu bastante a partir do primeiro pós-guerra (1914-1918), na Europa e América do Norte. Surgiram, nessa época, diversos sindicatos, associações e organizações não-governamentais.

Adriane Souza⁸⁴ acrescenta:

No Brasil, todavia, o controle social ainda é incipiente, pois existe uma relação direta entre desenvolvimento político e a vigilância da administração pública. Falta, ainda, a noção de *accountability* (responsabilidade objetiva pela prestação de contas públicas, incluindo também aspectos de desempenho) do serviço público. Em uma sociedade pouco amadurecida no

⁸⁴ SOUZA, Adriane Mônica Oliveira. **Auditorias operacionais**: controle substancial da gestão pública pelos Tribunais de Contas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013, p.37.

uso dos instrumentos para o exercício da cidadania, não há, de maneira satisfatória: cultura de acompanhamento da atuação governamental e dos representantes eleitos; cobrança rigorosa por serviços públicos de qualidade, e a mobilização social em busca dos resultados da aplicação dos recursos públicos. A cidadania, dessa forma, acaba circunscrevendo-se à participação no processo eleitoral.

O estabelecimento de políticas de *accountability* encontra eco na citação de Antonio Carlos Ozório Nunes (capítulo 3), no qual se afirma como uma das medidas necessárias ao fortalecimento da democracia.

O controle interno, por sua vez, deverá ser implantado por todos os Poderes – como preconiza a Constituição Federal em seus artigos 70 e 74 –, não se limitando aos aspectos financeiros e administrativos, e assim abrangendo todo o conjunto de métodos, ações e procedimentos para a consecução das metas fixadas pela administração pública. A avaliação de resultados governamentais constitui uma das mais importantes responsabilidades do sistema de controle interno.

O controle externo, por seu turno, é realizado por órgão alheio à estrutura do órgão controlado, a fim de assegurar a boa gestão governamental, em consonância com os princípios norteadores do ordenamento jurídico. O incremento dessa espécie de controle ocorreu a partir da evolução do Estado de Direito e do avanço da democracia.

A cooperação entre os controles interno e externo, de que trata a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 74, é fundamental para o aperfeiçoamento do aparato estatal. Quanto maior o nível de integração entre os controles interno e externo, melhores serão os resultados.

É certo que somente haverá um controle social efetivo quando os mecanismos de participação da sociedade no processo político ganharem relevância, em todas as suas dimensões, o que requer um óbvio amadurecimento do sistema político e da cidadania.

A sociedade participativa, devidamente interessada nos resultados decorrentes das ações governamentais, apenas logrará seu êxito integral quando tais mecanismos

estejam em plena vigência. Uma reforma política séria – demanda antiga da sociedade – seria um largo primeiro passo.

Chega a ser um truísmo afirmar que o Estado, isoladamente, não consegue controlar a aplicação da totalidade dos recursos públicos, por conta de fatores de diversas ordens.

3.6.4 Transição da administração pública do modelo burocrático para o modelo gerencial

O modelo patrimonialista é aquele em que o soberano é o Estado. Não existem bens públicos, tampouco particulares. Todos os bens pertencem ao soberano, e portanto ao Estado. Esse poder fundamenta-se, em regra, no direito divino: o governante é uma divindade, ou o seu representante maior na Terra. Sua vontade é a lei, irretorquível e inquestionável. Não há, ainda, o conceito de *coisa pública*: tudo é propriedade do soberano, inclusive os súditos. Sobre esses, tem poder de vida e morte.

Com a eclosão da Revolução Francesa, nasceram os ideais do capitalismo, no plano econômico, e do liberalismo, no plano social. Adveio a noção de coisa pública.

No século XIX, sopram os primeiros ventos do modelo de administração pública burocrática no Brasil, diante, principalmente, da necessidade de se combater a corrupção que se instalara sob o modelo patrimonialista, que então se tornava um sistema inaceitável.

Hierarquia funcional, formalismo, impessoalidade, meritocracia na carreira pública, controles prévios, profissionalização do servidor, eficiência e racionalidade: desenvolvia-se um sistema que, em teoria, moralizaria a administração pública e a faria executar, satisfatoriamente, a sua função. Nasce, sob Max Weber, a ideia moderna de burocracia.

Os serviços do Estado eram, então, muito reduzidos, restringindo-se à manutenção da ordem, à administração da Justiça e à garantia dos contratos e da propriedade.

A administração pública burocrática teve como objetivo, inicialmente, o controle de abusos. Seus defeitos foram, entre outros, a autorreferência demasiada e a incapacidade de oferecer serviços de qualidade à população.

Como parte substancial das atividades e recursos do Estado era voltada para as necessidades da própria burocracia, o seu controle acabou tornando-se dispendioso, lento e descomprometido com resultados concretos para a sociedade.

Segundo Pereira⁸⁵,

Foi um grande progresso o surgimento, no século XIX, de uma administração pública burocrática em substituição às formas patrimonialistas de administrar o Estado. Weber (1922), o principal analista desse processo, destacou com muita ênfase a superioridade da autoridade racional-legal sobre o poder patrimonialista. Apesar disso, quando, no século XX, o Estado ampliou seu papel social e econômico, a estratégia básica adotada pela administração pública burocrática – o controle hierárquico e formalista dos procedimentos – provou ser inadequada. Essa estratégia podia talvez evitar a corrupção e o nepotismo, mas era lenta, cara, ineficiente. [...] À nova administração pública não basta ser efetiva em evitar o nepotismo e a corrupção: ela tem de ser eficiente ao prover bens públicos e semipúblicos, que cabe ao Estado diretamente produzir ou indiretamente financiar.

Assim sendo, em virtude do crescimento das funções econômicas e sociais do Estado, a administração pública gerencial surgiu na Inglaterra, na segunda metade do século XX, como pretendida solução para os dilemas e tensões relacionados ao modelo anterior.

Elaborou-se, então, a ideia de que é preciso que o Estado funcione de modo idêntico ao de uma empresa. O mais importante já não é o processo, e sim o resultado. Não é a eficiência que subordina a eficácia, e sim a eficácia que subordina a eficiência.

⁸⁵ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, L. C. B.; SPINK, P.(Org.). **Reforma do estado e administração pública gerencial**. 4. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2001. p.26-27.

A reforma do Estado passa a ter como fundamento a eficiência da administração pública (diminuição de custos e incremento na qualidade dos serviços). A administração pública gerencial é um progresso, comparativamente ao modelo burocrático, mas não repudia todos os seus princípios anteriores. O modelo weberiano coexiste com o gerencial; não o descarta. Apenas modifica suas prioridades. Continuam como seus pressupostos a meritocracia, a discordância quanto à existência do nepotismo, a necessidade de profissionalização, o formalismo, a impessoalidade. Surge, no entanto, um novo conceito, que virá a ser erigido a status de princípio constitucional: a eficiência.

No Brasil, a Emenda Constitucional nº 19/1998 incluiu expressamente, no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, a eficiência como princípio da Administração Pública. A administração pública gerencial vincula o interesse público ao da coletividade e não ao aparato do Estado, como ocorre no modelo burocrático.

Os resultados da ação governamental serão considerados bons não apenas se os processos administrativos estiverem sob controle, como prevê a administração pública burocrática, mas se as necessidades do cidadão-cliente estiverem sendo devidamente atendidas.

Para que se logre implantar efetivamente os princípios do estado gerencial no Brasil, há que se superar, paralelamente, a hegemonia dos controles formais. É certo que o incremento do controle substancial auxilia no atingimento de mais e melhores ideais da democracia, entre eles, patamares mais elevados na sempre problemática seara da ética pública.

O advento do Decreto de 26 de maio de 1999⁸⁶, que cria a Comissão de Ética Pública, vinculada ao Presidente da República, deve, pois, também ser analisado sob a égide da implantação – ou tentativa – do ideário gerencial no âmbito da administração pública brasileira.

⁸⁶ BRASIL, 1999.

4 A COMISSÃO DE ÉTICA PÚBLICA E O CÓDIGO DE CONDUTA DA ALTA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL

4.1 A COMISSÃO DE ÉTICA PÚBLICA E SUA NATUREZA: A EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS Nº 37, DE 18 DE AGOSTO DE 2000

A primeira grande questão que se há de formular é a respeito da natureza da Comissão de Ética Pública (CEP). Seria ela um órgão cuja finalidade é fomentar as boas práticas no que diz respeito à ética pública? Teria unicamente natureza de instância punitiva? Ou teria essa dúplice natureza (a um só tempo prescritiva e punitiva)?

A Comissão de Ética Pública responsabilizou-se pela revisão das normas que dispõem sobre conduta ética na Administração Pública Federal, e pela elaboração e proposição da instituição do Código de Conduta das Autoridades no âmbito do Poder Executivo Federal⁸⁷.

Na Exposição de Motivos nº 37, de 18 de agosto de 2000⁸⁸, consta que o Código,

[...] antes de tudo, valerá como compromisso moral das autoridades integrantes da Alta Administração Federal com o Chefe de Governo, proporcionando elevado padrão de comportamento ético capaz de assegurar, em todos os casos, a lisura e a transparência dos atos praticados na condução da coisa pública.

E ainda:

A conduta dessas autoridades, ocupantes dos mais elevados postos da estrutura do Estado, servirá como exemplo a ser seguido pelos demais servidores públicos, que, não obstante sujeitos às diversas normas fixadoras de condutas exigíveis, tais como o Estatuto do Servidor Público Civil, a Lei de Improbidade e o próprio Código Penal Brasileiro, além de outras de menor hierarquia, ainda assim, sempre se sentirão estimulados por demonstrações e exemplos de seus superiores.

⁸⁷ Texto completo anexo e a seguir transcrito em diversas citações diretas.

⁸⁸ BRASIL. **Exposição de Motivos nº 37, de 18 de agosto de 2000**. Aprovado em 18 de agosto de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/codigos/codi_conduta/cod_conduta.htm>. Acesso em: 18 nov. 2014.

O legislador reconhece que “leis e decretos em vigor já dispõem abundantemente sobre a conduta do servidor público, porém em termos genéricos ou então a partir de uma ótica apenas penal”.

Na realidade, grande parte das atuais questões éticas surge na zona cinzenta - cada vez mais ampla - que separa o interesse público do interesse privado. Tais questões, em geral, não configuram violação de norma legal mas, sim, desvio de conduta ética. Como esses desvios não são passíveis de punição específica, a sociedade passa a ter a sensação de impunidade, que alimenta o ceticismo a respeito da licitude do processo decisório governamental.

Aqui se assinala uma preocupação com o tratamento de atos que, não sendo classificáveis como ilícitos, não seriam, portanto, captáveis pela normatização penal, civil ou administrativa, adentrando a referida “zona cinzenta” que se classificaria como a seara do “desvio de conduta ética”.

O desvio de conduta ética seria, portanto, algo residual: quando o ato não se enquadrar em tipificação mais grave, pode, ainda assim, enquadrar-se nessa nova categoria. Até aí, nenhuma novidade que ofenda as crenças principiológicas do ordenamento brasileiro. A Comissão de Ética Pública tem aqui, portanto, natureza punitiva.

Na formulação dessa estratégia, partiu-se do pressuposto de que a base ética do funcionalismo de carreira é estruturalmente sólida, pois deriva de valores tradicionais da classe média, onde ele é recrutado. Rejeita-se, portanto, o diagnóstico de que se está diante de um problema “endêmico” de corrupção, eis que essa visão, além de equivocada, é injusta e contraproducente, sendo capaz de causar a alienação do funcionalismo do esforço de aperfeiçoamento que a sociedade está a exigir.

Aqui, o legislador comete um patente deslize. A inútil afirmação de que a base ética do servidor de carreira “deriva de valores tradicionais da classe média, onde ele é recrutado”, para além de falaciosa – devido ao fato de que o servidor de carreira é recrutado em qualquer classe social, dada a amplitude de acesso aos cargos propiciada pelo primado do concurso público a partir da Constituição Federal de 1988 –, encerra em si uma visão classista e rasa. Afinal, os ditos “valores tradicionais”, aqui entendidos como práticas de acordo com os ditames éticos vigentes em determinado momento da evolução da sociedade, podem ser encontrados em qualquer classe social.

Esta consideração parece refugir aos objetivos do presente trabalho, mas em verdade constitui-se num indicativo da falta de acuidade, fruto de um possível açodamento do legislador com as palavras – o que se reflete em algumas atecnias que são cometidas ao longo do texto da norma. E essas últimas, sim, apontam para os reais problemas de ordem prática.

“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”: aqui há mais um indicativo de uma proposta de ação preventiva por parte do poder público, e não punitiva – o que se conecta com o texto anterior no qual se trata do “exemplo a ser seguido pelos demais servidores públicos”.

Outro objetivo é que o Código de Conduta constitua fator de segurança do administrador público, norteador de 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.

Trata-se aqui da contrapartida, que é a proteção do “administrador público” que, ao ocupar cargo ou função na administração federal, deve estar plenamente ciente dos limites de sua atuação, para que dela não possa desbordar.

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 caráter de instância consultiva é aqui mencionado. Ao agente público (administrador) é facultado recorrer à Comissão de Ética Pública para dirimir fundada dúvida acerca dos limites e possibilidades de sua atuação. A Comissão é, portanto, também instância consultiva.

Na verdade, o Código trata de um conjunto de normas às quais se sujeitam as pessoas nomeadas pelo Presidente da República para ocupar qualquer dos cargos nele previstos, sendo certo que a transgressão dessas normas não implicará, necessariamente, violação de lei, mas, principalmente, descumprimento de um compromisso moral e dos padrões qualitativos estabelecidos para a conduta da Alta Administração. Em consequência, a punição prevista é de caráter político: advertência e "censura ética". Além disso, é prevista a sugestão de exoneração, dependendo da gravidade da transgressão.

A palavra “punição” volta a ser mencionada na Exposição de Motivos, desta vez com um detalhamento que será abordado no texto do Código de Conduta da Alta Administração Federal. São nele previstas as sanções de advertência, censura ética e sugestão de exoneração.

4.2 O CÓDIGO DE CONDUTA DA ALTA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL

A partir das demandas detalhadas na Exposição de Motivos, surge o Código de Conduta da Alta Administração Federal. Neste tópico, detalhar-se-ão, tanto quanto possível, comandos contidos no Código, com o objetivo de comentá-los e elucidá-los de algum modo. A presente análise é mais uma tentativa de desvendar-lhe a natureza, para além dos objetivos declarados de sua existência.

O art. 1º detalha os propósitos do texto legal:

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.

Aqui se fala de transparência: é certo que, quanto mais explícitos forem os critérios definidores da conduta ética das autoridades, maiores são as possibilidades de a sociedade compreender os meandros dos processos decisórios. Apesar de ainda quimérico esse estágio, há que se o propor na norma, por óbvio. A norma prescreve, indica, aponta caminhos a serem perseguidos. As dificuldades na sua execução e na sua eficácia social são de outro jaez.

II - contribuir para o aperfeiçoamento dos padrões éticos da Administração Pública Federal, a partir do exemplo dado pelas autoridades de nível hierárquico superior.

O inciso II consubstancia a finalidade-mor do documento normativo: ao se estimular o comportamento ético por parte das autoridades, pretende-se aperfeiçoar os

parâmetros éticos nacionais, que se devem espalhar pelos escalões inferiores da administração. A norma, aqui, mostra-se teleologicamente orientada.

III - preservar a imagem e a reputação do administrador público, cuja conduta esteja de acordo com as normas éticas estabelecidas neste Código.

O inciso III tenciona preservar a imagem do bom administrador. Se a sociedade compreende que há uma instância a prescrever comportamentos e punir desvios, e se percebe que tal instância é confiável e independente, tenderá a saber separar o bom administrador do mau. Aperfeiçoam-se, assim o senso crítico e a informação – por consequência, a cidadania.

IV - estabelecer regras básicas sobre conflitos de interesses públicos e privados e limitações às atividades profissionais posteriores ao exercício de cargo público.

Aqui se regula a atividade pós-desincompatibilização. É certo que a “quarentena” – período em que o agente não poderá vincular-se a entidade privada, por conta do fato de ter tido acesso a informação privilegiada no desempenho de suas funções – é garantia, ou ao menos uma tentativa, de que não se utilizará tal categoria de informação em detrimento do próprio governo.

Como se depreende das múltiplas referências ao tema, é delicada a questão das fronteiras entre o público e o privado. Com ela o Brasil debate-se desde os primórdios da sua existência como nação.

V - minimizar a possibilidade de conflito entre o interesse privado e o dever funcional das autoridades públicas da Administração Pública Federal.

Interessante analisar, neste dispositivo, a presença do verbo “minimizar”. O Código não pretende “anular” a possibilidade de conflito entre o interesse privado e o interesse público, e sim, tão-somente, “minimizar”.

Esse verbo diz muito da expectativa nacional a respeito do fim dessa conhecida imbricação de interesses. Se a lei traz em si um comando, traz também uma expectativa. No Brasil de histórico patrimonialista, ela é, ainda e infelizmente, muito baixa.

E, por fim:

VI - criar mecanismo de consulta, destinado a possibilitar o prévio e pronto esclarecimento de dúvidas quanto à conduta ética do administrador.

O inciso VI corrobora o item da Exposição de Motivos que trata do aspecto consultivo imputado ao Código: abre-se, diante da dúvida quanto à conduta ética do agente, a possibilidade de dirimi-la.

O art. 2º do Código trata das autoridades que a ele se devem submeter: Ministros e Secretários de Estado, titulares de cargos de natureza especial, secretários-executivos, secretários ou autoridades equivalentes ocupantes de cargo do Grupo Direção e Assessoramento Superiores - DAS, nível seis, e presidentes e diretores de agências nacionais, autarquias, inclusive as especiais, fundações mantidas pelo Poder Público, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Os cargos do tipo “DAS”, no nível referido no Código, deixaram de existir com essa denominação em muitas instâncias. Ainda que rebatizados, é certo que se referem aos Assessores que detêm parcela relevante de poder decisório, e que, portanto, devem se submeter ao regramento da mesma natureza imposta a Ministros e Secretários de Estado, pelas mesmas razões.

O parágrafo único do artigo 3º estatui que “os padrões éticos de que trata este artigo são exigidos da autoridade pública na relação entre suas atividades públicas e privadas, de modo a prevenir eventuais conflitos de interesses”.

Mais uma vez, mencionam-se as tão tensas relações entre o espaço público e o privado. O legislador, desde a Exposição de Motivos, não deixa dúvidas quanto à

sua motivação, repetindo, na norma, a intenção de “minimizar as possibilidades de conflito”, como acima se tratou.

Os artigos 4º e 5º do referido texto normativo assim estatuem:

Art. 4º. Além da declaração de bens e rendas de que trata a Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993, a autoridade pública, no prazo de dez dias contados de sua posse, enviará à Comissão de Ética Pública - CEP, criada pelo Decreto de 26 de maio de 1999, publicado no Diário Oficial da União do dia 27 subsequente, na forma por ela estabelecida, informações sobre sua situação patrimonial que, real ou potencialmente, possa suscitar conflito com o interesse público, indicando o modo pelo qual irá evitá-lo.

Art. 5º As alterações relevantes no patrimônio da autoridade pública deverão ser imediatamente comunicadas à CEP, especialmente quando se tratar de:

I - atos de gestão patrimonial que envolvam:

- a) transferência de bens a cônjuge, ascendente, descendente ou parente na linha colateral;
- b) aquisição, direta ou indireta, do controle de empresa; ou
- c) outras alterações significativas ou relevantes no valor ou na natureza do patrimônio;

A Comissão de Ética Pública atua, portanto, como instância preventiva, acompanhando as mudanças patrimoniais dos agentes da alta administração pública federal.

Numa rápida avaliação matemática, que não requer nenhuma análise mais sofisticada, imagine-se a quantidade de ocupantes dos cargos e funções que são aqui regulados (todos os Ministros e Secretários de Estado; titulares de cargos de natureza especial, secretários-executivos, secretários ou autoridades equivalentes ocupantes de cargo do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, nível seis; presidentes e diretores de agências nacionais, autarquias, inclusive as especiais, fundações mantidas pelo Poder Público, empresas públicas e sociedades de economia mista).

Agora suponha-se a quantidade de transferências, aquisições e outras alterações de patrimônio que esses agentes podem pretender realizar durante os exercícios dos seus encargos.

É certo que essa atividade fiscalizadora/de controle, se levada ao máximo de suas possibilidades, ocuparia, por si, praticamente todo o funcionamento regular da Comissão. É efetivamente impossível acompanhar, com rigor e atenção aos detalhes, todos os atos listados nas alíneas do inciso I do artigo 5º.

II - atos de gestão de bens, cujo valor possa ser substancialmente alterado por decisão ou política governamental. (Redação dada pela Exposição de Motivos nº 360, de 17.9.2001).

§ 1º É vedado o investimento em bens cujo valor ou cotação possa ser afetado por decisão ou política governamental a respeito da qual a autoridade pública tenha informações privilegiadas, em razão do cargo ou função, inclusive investimentos de renda variável ou em commodities, contratos futuros e moedas para fim especulativo, excetuadas aplicações em modalidades de investimento que a CEP venha a especificar. (Redação dada pela Exposição de Motivos nº 360, de 17.9.2001)

§ 2º Em caso de dúvida, a CEP poderá solicitar informações adicionais e esclarecimentos sobre alterações patrimoniais a ela comunicadas pela autoridade pública ou que, por qualquer outro meio, cheguem ao seu conhecimento. (Redação dada pela Exposição de Motivos nº 360, de 17.9.2001)

§ 3º A autoridade pública poderá consultar previamente a CEP a respeito de ato específico de gestão de bens que pretenda realizar. (Parágrafo incluído pela Exposição de Motivos nº 360, de 17.9.2001)

§ 4º A fim de preservar o caráter sigiloso das informações pertinentes à situação patrimonial da autoridade pública, as comunicações e consultas, após serem conferidas e respondidas, serão acondicionadas em envelope lacrado, que somente poderá ser aberto por determinação da Comissão. (Parágrafo incluído pela Exposição de Motivos nº 360, de 17.9.2001)

A consulta prévia à CEP, por parte de autoridade pública, a respeito de “ato específico de gestão de bens que pretenda realizar” salienta o já mencionado caráter consultivo-preventivo de seus atos.

O artigo 6º estatui que “autoridade pública que mantiver participação superior a cinco por cento do capital de sociedade de economia mista, de instituição financeira, ou de empresa que negocie com o Poder Público, tornará público este fato”.

Seria de todo recomendável que o texto determinasse o prazo para a emissão de tal declaração. “Tornará público” é uma expressão sem vinculação temporal. A melhor interpretação, a que salvaguarda o interesse público, é de que a declaração deve ser emitida no ato da nomeação da autoridade para a função pública.

No artigo 7º, tem-se que

A autoridade pública não poderá receber salário ou qualquer outra remuneração de fonte privada em desacordo com a lei, nem receber transporte, hospedagem ou quaisquer favores de particulares de forma a permitir situação que possa gerar dúvida sobre a sua probidade ou honorabilidade.

Parágrafo único. É permitida a participação em seminários, congressos e eventos semelhantes, desde que tornada pública eventual remuneração, bem como o pagamento das despesas de viagem pelo promotor do evento, o qual não poderá ter interesse em decisão a ser tomada pela autoridade.

Aqui, deve-se entender o “desde que tornada pública eventual remuneração” como uma providência imediata a ser adotada pela autoridade.

O “interesse em decisão a ser tomada pela autoridade”, por sua vez, deve ser aferido com muito cuidado, pois pode vir a existir, por parte do ente privado, alguma solicitação posterior ao pagamento das despesas de viagem. A autoridade tem que se manter alerta ao respeito aos limites entre o público e o privado, mas podem suceder situações que refujam ao seu controle – e então só o lastro probatório poderá dirimir quaisquer dúvidas que parem sobre sua conduta, definindo o elemento subjetivo que a norteou. Nem sempre será tão simples.

O artigo 8º informa que:

é permitido à autoridade pública o exercício não remunerado de encargo de mandatário, desde que não implique a prática de atos de comércio ou quaisquer outros incompatíveis com o exercício do seu cargo ou função, nos termos da lei.

O encargo de mandatário refere-se às funções daquele que recebe mandato ou procuração para agir em nome de outro. É o representante ou procurador de uma pessoa física ou jurídica. Aqui, está obviamente afastada a acepção de “representante do povo”, por se tratar de encargo remunerado, e também porque não faria nenhum sentido dentro de uma análise sistemática da norma.

O Artigo 9º estatui que “é vedada à autoridade pública a aceitação de presentes, salvo de autoridades estrangeiras nos casos protocolares em que houver reciprocidade”. Detalha, em seu parágrafo único, tudo o que não se considera “presente” para os fins deste artigo: os brindes que não tenham valor comercial; ou

que sejam distribuídos por entidades de qualquer natureza a título de cortesia, propaganda, divulgação habitual; ou ainda quando, por ocasião de eventos especiais ou datas comemorativas, não ultrapassem o valor de R\$ 100,00 (cem reais).

Fixou-se um valor como parâmetro. Aqui, a norma ganha em objetividade, pois fixa um limite para o recebimento de presentes - ou melhor, detalhando, em seus incisos, as hipóteses que não constituem presentes. É de se reputar positiva tal especificação, já que o texto pretende dirimir dúvidas quanto ao que é aceitável ou não na conduta do agente político.

O texto do Código não estatui, tão-somente, acerca dos limites entre o público e o privado: também versa, a partir do seu artigo 10, sobre o relacionamento com outros órgãos e funcionários da Administração, e com outras autoridades públicas - recomendando, nesse último caso, que eventuais divergências sejam resolvidas internamente “mediante coordenação administrativa”, e proibindo: a) a manifestação pública sobre matéria que não seja afeta à área de competência da autoridade; b) que se opine publicamente a respeito da honorabilidade e do desempenho funcional de outra autoridade pública federal; ou do mérito de questão que lhe será submetida, para decisão individual ou em órgão colegiado.

Este último comando - constante do inciso II do art. 12 do Código - é algo que já se deveria intuir por parte de quem resguarde o decoro e a discricção inerentes a qualquer cargo, mas o legislador houve por bem reforçar.

O artigo 13 prescreve que “as propostas de trabalho ou de negócio futuro no setor privado, bem como qualquer negociação que envolva conflito de interesses, deverão ser imediatamente informadas pela autoridade pública à CEP, independentemente da sua aceitação ou rejeição”.

O tema “conflito de interesses” (“situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de

maneira imprópria, o desempenho da função pública”⁸⁹⁾ é abordado na Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013, que se tornou conhecida exatamente como “lei do conflito de interesses” por tratar mais detalhadamente dos casos em que ele se dá, além das situações que envolvem a assim chamada “informação privilegiada”.

A mera sinalização de interesse de um ente privado na contratação de uma autoridade pública, ou em com ela firmar qualquer avença, já determina a informação imediata à Comissão, mais uma vez no intuito de evitar conflitos. A norma, aqui, tem efeito acertadamente profilático.

O artigo 14 regula a chamada “quarentena” - o período em que a autoridade pública, após deixar o cargo, deve manter-se distante de determinados interesses privados, para que não exista o risco de utilização de informação a que teve acesso por conta do desempenho do múnus público:

Art. 14. Após deixar o cargo, a autoridade pública não poderá:

I - atuar em benefício ou em nome de pessoa física ou jurídica, inclusive sindicato ou associação de classe, em processo ou negócio do qual tenha participado, em razão do cargo;

II - prestar consultoria a pessoa física ou jurídica, inclusive sindicato ou associação de classe, valendo-se de informações não divulgadas publicamente a respeito de programas ou políticas do órgão ou da entidade da Administração Pública Federal a que esteve vinculado ou com que tenha tido relacionamento direto e relevante nos seis meses anteriores ao término do exercício de função pública.

A propósito do inciso I, é de se discutir se a norma deveria assinar um prazo, como o faz no inciso II e em outros momentos do texto. Sua prescrição é excessivamente aberta e não limitada temporalmente, revelando mais uma impropriedade do texto.

O artigo 15, por sua vez, determina que, na ausência de lei dispendo sobre prazo diverso, será de quatro meses, contados da exoneração, o período de proibição de exercício de atividade incompatível com o cargo anteriormente ocupado, obrigando-se a autoridade pública a observar, em tal prazo, as regras seguintes: não aceitar

⁸⁹⁾ BRASIL. **Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013**. Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego; e revoga dispositivos da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e das Medidas Provisórias nºs 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, e 2.225-45, de 4 de setembro de 2001. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 maio 2013.

cargo de administrador ou conselheiro, ou estabelecer vínculo profissional com pessoa física ou jurídica com a qual tenha mantido relacionamento oficial direto e relevante nos seis meses anteriores à exoneração; e não intervir, em benefício ou em nome de pessoa física ou jurídica, junto a órgão ou entidade da Administração Pública Federal com que tenha tido relacionamento oficial direto e relevante nos seis meses anteriores à exoneração.

Eis aqui mais uma estipulação de prazo para a transição da atividade pública para a atividade privada, e de como deve se dar o relacionamento da autoridade com o anterior encargo ao dele se desvincular. É de se discutir se tal prazo é suficiente para que a transição se opere plenamente, o que não parece ser o caso, pois certamente poderia ser maior.

No artigo 16, prescreve-se que, “para facilitar o cumprimento das normas previstas neste Código, a CEP informará à autoridade pública as obrigações decorrentes da aceitação de trabalho no setor privado após o seu desligamento do cargo ou função”.

Exsurge, da leitura do dispositivo legal, uma nova função da Comissão de Ética Pública: a informativa. O texto em questão não se enquadra no plexo de atividades relacionadas à função consultiva por não ter havido provocação. Mais uma vez a CEP age preventivamente, sob um novo viés.

A partir da inteligência do texto legal, tem-se como provado o hibridismo dessa instância. Chega-se, portanto, facilmente à conclusão de que a Comissão de Ética Pública ora tem o caráter de mecanismo fomentador das boas práticas, ora tem função consultiva, ora preventiva, ora punitiva.

Art. 17. A violação das normas estipuladas neste Código acarretará, conforme sua gravidade, as seguintes providências:

I - advertência, aplicável às autoridades no exercício do cargo;

II - censura ética, aplicável às autoridades que já tiverem deixado o cargo.

Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela CEP, que, conforme o caso, poderá encaminhar sugestão de demissão à autoridade hierarquicamente superior.

Verifique-se que não se fala em “sanção”, e sim em “providência”. A ideia de “sanção” traz consigo uma densidade maior, tendo significação técnico-jurídica própria. É um conceito com especificidade: para cada ilícito (ação ou omissão prevista na norma), uma sanção. O conceito de “providência” é, por si, vago e impróprio.

A CEP, “conforme o caso”, poderá encaminhar sugestão de demissão à autoridade hierarquicamente superior. Pode-se considerar mais uma atecnia do texto o fato de ele não exemplificar, ou expor taxativamente, quais casos ensejariam tal encaminhamento. Qual a natureza dessa gravidade? Quais os parâmetros para aferi-la? Não há resposta pronta para tais questões.

O artigo 18 trata das normas processuais do Código, ao preceituar que “o processo de apuração de prática de ato em desrespeito ao preceituado neste Código será instaurado pela CEP, de ofício ou em razão de denúncia fundamentada, desde que haja indícios suficientes”.

Nos parágrafos seguintes, tem-se que: a) a autoridade pública será oficiada para manifestar-se no prazo de cinco dias; b) o eventual denunciante, a própria autoridade pública, bem assim a CEP, de ofício, poderão produzir prova documental; c) a CEP poderá promover as diligências que considerar necessárias, bem assim solicitar parecer de especialista quando julgar imprescindível; d) concluídas as diligências mencionadas no parágrafo anterior, a CEP oficiará a autoridade pública para nova manifestação, no prazo de três dias; e, por fim, e) se a CEP concluir pela procedência da denúncia, adotará uma das penalidades previstas no artigo anterior, com comunicação ao denunciado e ao seu superior hierárquico.

As normas processuais são excessivamente simplificadas. Não há, por exemplo, a previsão do recurso, garantia democrática decorrente do princípio do duplo grau de jurisdição. A autoridade pública não teria, ao menos com suporte no Código de Conduta da Alta Administração Federal, a possibilidade de reanálise da decisão contra ela adotada. A providência a ser adotada em caso de decisão desfavorável é,

obviamente, judicializar a demanda. Está aqui exposta mais uma atecnia da norma, seguramente.

O artigo 19 fecha o texto do Código com a seguinte prescrição:

A CEP, se entender necessário, poderá fazer recomendações ou sugerir ao Presidente da República normas complementares, interpretativas e orientadoras das disposições deste Código, bem assim responderá às consultas formuladas por autoridades públicas sobre situações específicas.

O Código é encerrado mostrando as suas faces prescritiva e consultiva, e uma vaguidade: a CEP deve responder a consultas sobre “situações específicas”. A falta de clareza, aqui, finaliza mal o texto, dando azo a múltiplas interpretações. A norma perde sua força prescritiva.

No decorrer deste estudo, por algumas vezes se falou do hibridismo do Código e da natureza da CEP.

Será esse hibridismo útil à efetividade dos propósitos da CEP, quais sejam os de elevar os patamares éticos da alta administração federal, estabelecendo uma linha divisória mais precisa entre os limites do público e do privado?

Diante de tal hibridismo (caráter ora punitivo, ora prescritivo, ora consultivo, ora fiscalizador, ora informativo) do texto legal sob o presente escrutínio, é de se crer que tal característica não facilita, em tese, a eficácia e a efetividade de suas decisões. A confusão encontrada em sua natureza pode efetivamente reforçar um caráter meramente simbólico das decisões da Comissão.

4.3 A ATUAÇÃO DA COMISSÃO DE ÉTICA PÚBLICA: UMA ABORDAGEM A PARTIR DOS REFLEXOS NA MÍDIA

Alguns casos que foram submetidos à Comissão de Ética Pública foram amplamente noticiados no país. A mídia, entre comprometida com o ideário democrático e

sequiosa por escândalos políticos - comportamento que não é uma exclusividade brasileira -, acompanhou diversos casos.

Essa divulgação pela mídia, ainda que muitas vezes se dê de forma canhestra, contribui para que o trabalho da Comissão de Ética Pública ganhe visibilidade social, saindo do espectro do meramente simbólico.

4.3.1 Alguns casos que ganharam relevância na mídia nacional

Em 2010, o caso da ex-ministra Erenice Guerra, da Casa Civil, ganhou destaque nos noticiários.

Comissão presidencial pune Erenice com censura ética⁹⁰

Ex-ministra não apresentou a Declaração Confidencial de Informações à Comissão de Ética
Agência Estado

A reunião extraordinária da Comissão de Ética Pública da Presidência da República decidiu aplicar censura ética imediata à ex-ministra da Casa Civil Erenice Guerra pelo fato de não ter apresentado à Comissão a Declaração Confidencial de Informações (DCI).

Por três vezes após Erenice assumir o cargo, no início de abril, foi solicitado esse documento a ela, que ignorou os três pedidos. Essa sanção vale por três anos e é um fator negativo na hora de avaliação de seu currículo para novos postos. A DCI traz informações sobre atividades anteriores nos últimos meses, atividades paralelas à função pública, bens, direitos e dívidas, e situações que suscitam conflito de interesse.

A Comissão decidiu ainda transformar o procedimento preliminar de apuração contra Erenice Guerra em processo formal de investigação das denúncias de tráfico de influência que pesam contra ela. O relator do caso, Fábio Coutinho, explica que Erenice terá dez dias para apresentar defesa em relação a esse processo aberto hoje, contados a partir da data que receberá a notificação da Comissão, o que deve ocorrer na próxima segunda-feira.

O resultado do novo processo de investigação na Comissão pode gerar uma outra censura ética contra a ex-ministra. A decisão pela censura ética e pela abertura de novo processo de investigação contra Erenice Guerra foi unanimidade entre os cinco representantes que participaram da reunião.

⁹⁰ COMISSÃO presidencial pune Erenice com censura ética. **Revista Época**, Brasil, 17 set. 2010. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI172742-15223,00.html>>. Acesso em: 18 nov. 2014.

A Comissão decidiu também que, daqui para frente, haverá uma nova regra relacionada à apresentação da DCI. Assim que a autoridade tomar posse, terá 10 dias para apresentar à Comissão o documento. Passado o prazo, ela será notificada e terá mais 30 dias para encaminhá-lo. Não cumprindo esse prazo, a autoridade será punida com advertência pela Comissão. Erenice só apresentou essa declaração há cinco anos, quando assumiu o cargo de secretária-executiva da Casa Civil.

Tem-se aqui a aplicação de censura ética pelo fato de a imputada já se ter desligado do cargo à época da decisão. O fato de a ex-ministra não haver atendido a reiteradas solicitações da CEP no sentido da apresentação da Declaração Confidencial de Informações (DCI) levou à decisão unânime no sentido da imposição da sanção.

Demais disso, o caso teve o condão de fazer alterar a regra de apresentação do referido documento, tornando-se-a mais rígida.

Em 2011, o caso do aumento de patrimônio do então ministro Antônio Palocci, da Casa Civil, ganhou destaque em todos os meios de comunicação.

Comissão de Ética Pública reabre debate sobre Palocci⁹¹
07/06/2011

A Comissão de Ética Pública reabriu ontem a discussão em relação ao caso do ministro-chefe da Casa Civil, Antonio Palocci, que teve o seu patrimônio aumentado em 20 vezes nos últimos quatro anos e cuja empresa de consultoria recebeu grande parte dos recursos, conforme as denúncias, após a eleição da presidente Dilma Rousseff, quando ele já trabalhava como um dos seus principais auxiliares. O presidente interino da Comissão, Roberto Caldas, não quis confirmar a abertura de novo procedimento, encerrado no dia 16 de maio, alegando que "neste momento nós não podemos dizer se há abertura de procedimento contra qualquer ministro".

Segundo ele, "a abertura de procedimento é sempre sigilosa". E emendou: "quando há abertura, para proteção do indivíduo que ainda pode se defender nos procedimentos de ética, assim se faz. É a mesma coisa nos procedimentos de ética perante a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)". O conselheiro informou, no entanto, que, para a próxima reunião do dia primeiro de julho, ele mesmo levará para discussão na Comissão de Ética o fato de o ministro Palocci não revelar sua agenda, o que é recomendado a todas as autoridades para garantir transparência.

Roberto Caldas declarou ainda que a decisão do Procurador-Geral da República de não abrir investigação contra Palocci não afeta "em absolutamente nada" as posições da Comissão de Ética. "A esfera ética e a esfera legal não têm comunicação necessária", justificou.

⁹¹ COMISSÃO de Ética Pública reabre debate sobre Palocci. **Istoé Dinheiro**, Economia, 07 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/economia/20110607/comissao-etica-publica-reabre-debate-sobre-palocci/79212.shtml>>. Acesso em 18 nov. 2014.

Atente-se para a declaração do então presidente interino da CEP: “a esfera ética e a esfera legal não têm comunicação necessária”. Essa fala, emitida do lugar de autoridade à época ocupado pelo emissor, fornece a exata dimensão de algumas questões aqui investigadas: os limites entre o jurídico e o extrajurídico, e a medida da eficácia das decisões emanadas da CEP.

Um terceiro e também clamoroso caso envolveu o então Ministro do Trabalho, Carlos Lupi, também no ano de 2011:

Comissão de Ética da Presidência recomenda demissão de Lupi⁹²
Ministro não teria apresentado explicações convincentes sobre denúncias por Luiza Damé / Maria Lima

A Comissão de Ética Pública da Presidência da República recomendou nesta quarta-feira à presidente Dilma Rousseff a exoneração do ministro do Trabalho, Carlos Lupi, com base em denúncias de irregularidades em convênios da pasta realizados com ONGs. No início de novembro, a comissão começou a investigar as acusações contra o ministro, pediu explicações sobre os convênios, mas considerou que a resposta de Lupi foi “inconveniente e insatisfatória”. Dilma, que se reuniu com auxiliares para discutir o assunto, não se manifestou publicamente. Lupi também não. [...]

A comissão também decidiu punir o ministro com advertência, por descumprimento das regras previstas no Código de Conduta da Alta Administração Federal. A decisão foi unânime, tomada pelos sete conselheiros, segundo o presidente do órgão, Sepúlveda Pertence, com base em parecer apresentado pela conselheira Marília Muricy.

As decisões da comissão se basearam em matérias publicadas no GLOBO, no jornal “O Estado de S. Paulo” e na revista “Veja”. Em 6 de novembro, O GLOBO mostrou que as fraudes em convênios com ONGs, conhecidas nas pastas do Turismo e Esporte, se repetiam no Ministério do Trabalho. Em Sergipe, a Polícia Federal abriu vinte inquéritos para apurar desvios em ONGs que receberam 11,2 milhões em convênios com o Ministério do Trabalho.

No dia 4 de dezembro de 2011 – poucos dias, portanto, após o encaminhamento de sugestão de demissão à Presidência da República –, o ministro Carlos Lupi entregou seu cargo após uma reunião com a presidente Dilma Rousseff.

A sugestão de demissão, formalizada pela Comissão de Ética Pública, certamente deu causa ao pedido de demissão formulado pelo ministro, o que sugere a

⁹² DAMÉ, Luiza; LIMA, Maria. Comissão de Ética da Presidência recomenda demissão de Lupi. **O Globo**, Brasil, 30 nov. 2011. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/comissao-de-etica-da-presidencia-recomenda-demissao-de-lupi-3356977>>. Acesso em 18 nov. 2014.

efetividade dos atos da Comissão. Se a recomendação expedida não tivesse o condão sancionatório que efetivamente tem, seu impacto social teria sido nulo.

Como último exemplo, este caso de janeiro de 2014, no qual esteve envolvida a própria Presidente da República:

Comissão de Ética arquiva representação contra Dilma em Lisboa⁹³

A Comissão de Ética Pública da Presidência da República arquivou nesta quarta-feira a representação do PSDB contra a presidente Dilma Rousseff referente à escala técnica em Lisboa, na semana passada. Segundo o presidente da comissão, Américo Lacombe, o órgão não tem competência para investigar a presidente da República nem o vice-presidente.

- Isso não está na nossa alçada. Eu indeferi liminarmente a representação contra ela, porque nós não temos competência para julgar nem o presidente nem o vice. Só de ministro para baixo. Eu indeferi liminarmente e foi referendado pelo conselho, por unanimidade. Não tem outro jeito. Está na lei - disse Lacombe, esclarecendo mais tarde:

- Quem quer se queixar contra a presidente da República vá se queixar ao Senado, que julga os crimes de responsabilidade dela. Ou ao Supremo Tribunal (Federal) que julga os crimes comuns.

Ele disse que a comissão pode investigar o caso dos ministros que acompanharam a presidente, mas que não fará isso de ofício, apenas se a comissão for provocada. A representação do PSDB não incluía os ministros.

Eis um caso atípico: uma representação contra a própria Presidente da República. Por se tratar de Comissão vinculada ao Presidente, conforme estatui o artigo 1º do Decreto de 26 de maio de 1999, a Comissão entendeu não possuir atribuição para investigar a eticidade da conduta da Chefe do Poder Executivo, apontando as instâncias do Senado Federal (responsável pelo julgamento dos crimes comuns do Presidente) e do Supremo Tribunal Federal (responsável pelo julgamento dos crimes de responsabilidade do Presidente).

⁹³ DAMÉ, Luiza. Comissão de Ética arquiva representação contra Dilma em Lisboa. **O Globo**, Brasil, 29 jan. 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/comissao-de-etica-arquiva-representacao-contradilma-em-lisboa-11438209>>. Acesso em 19 nov. 2014.

4.3.2 Breve análise dos resultados obtidos pela Comissão de Ética Pública

Pode-se julgar bem-sucedida a implantação da Comissão de Ética Pública? Podem ser classificados como positivos os seus resultados?

É possível responder positivamente a ambas as questões. Somente por colocar na ordem do dia, na mídia, a importância do respeito à liturgia das funções da alta administração a Comissão de Ética Pública já tem justificada sua existência.

Para além disso, o fato de atribuir providências (sanções) a determinadas condutas que não eram submetidas a nenhum tipo de regramento também é fator, em tese, de auxílio ao incremento dos patamares éticos nacionais.

O caso do ex-ministro Carlos Lupi é emblemático. Apenas quatro dias após a sugestão de demissão por parte da CEP, ele antecipou-se a uma possível decisão da Presidência e pediu demissão. Esse seu ato traduz a importância que foi adquirida por uma manifestação desse colegiado.

É certo que os óbices históricos continuam operando seus efeitos nocivos, explícita ou implicitamente. É também claro que a juridicização de comportamentos - a sua apreensão pela norma, com a prescrição de um comportamento e de uma sanção correspondente para os casos de não cumprimento do estatuído - não parece ser um caminho que solucione, por si, os imensos dilemas éticos nacionais.

Se assim fosse, os casos de desvios éticos não seguiriam eclodindo aqui e ali, em todas as esferas de governo.

O sentimento geral é reflexo do espírito do tempo: a angústia da coletividade, que acredita que os desvios éticos estão a aumentar, e o permanente ceticismo acerca da efetividade dos mecanismos inibitórios e punitivos de condutas desviantes.

O que se tem, em verdade, não é esse panorama. Há uma fiscalização maior. Há exigências novas. Os comportamentos são objeto crescente do escrutínio por parte

de novas instâncias que são criadas para atribuir maior segurança à atuação do agente político.

Apesar da aparente adversidade do contexto, é de se crer que, sim, a existência de um Código que detalhe comportamentos que até então não eram captados por outras bases normativas seja extremamente útil à percepção, por parte do agente, de que o múnus público implica, inevitavelmente, múltiplas obrigações e uma rigorosa atenção a aspectos que vão se tornando cada vez mais minudentes, o que se deve, entre outros fatores, à crescente complexidade das relações sociais e às sempre delicadas relações do poder com a mídia – devendo também ser consideradas as costumeiras flutuações da opinião pública, que obedece a caminhos muitas vezes pouco claros, estando sujeita a toda sorte de manipulação.

Essa permanente tensão entre a norma e a realidade é o que sustenta a presente reflexão: a norma – embora se queira crer no contrário - não tem o poder curativo que tudo soluciona. No entanto, é bastante mais útil que ela exista, que prescreva, que sinalize caminhos. É melhor a sua dicção que o seu silêncio, mas sem que se creia em seus (inexistentes) superpoderes.

A Comissão de Ética Pública e o Código de Conduta da Alta Administração Federal não solucionam, por óbvio, os problemas éticos do país. Não se podem anular, em poucos atos, os vícios da formação do caráter nacional. Apesar de todo este contexto, são certamente positivos os resultados aqui analisados. E, obviamente, sempre é possível, e desejável, avançar bastante mais.

5 ÉTICA E GOVERNABILIDADE

5.1 ÉTICA PÚBLICA E AMBIVALÊNCIA: O DILEMA DA PÓS-MODERNIDADE

O direito atendia, na antiguidade, a uma dinâmica diferente. Não havia a solidez das instituições. A estruturação institucional era então completamente diversa do quadro que se tem hoje.

O direito contemplava a dispersão em sua proposta. Hoje somente contempla a dispersão nos desvios – não mais em sua proposta original.

Hoje em dia, ele é eminentemente regulativo, e só convive com a ordem. É reflexo de uma ideologia da ordem.

Diz Bauman⁹⁴:

Michael Phillipson deu a seu livro recém-publicado o título de *In Modernity's Wake* [No rastro da modernidade]. Uma expressão feliz, que evoca uma poderosa imagem: o navio passou, encrespando as águas, produzindo turbulência, de modo que todos os navegantes ao redor têm que refazer o curso dos seus barcos, enquanto os que caíram n'água têm que nadar com força para alcançá-los. Assim que as águas de novo se aquietarem, porém, nós, os navegantes e ex-passageiros podemos examinar melhor o navio que causou tudo isso. Esse navio ainda está muito perto, imenso e bem visível em toda a sua grandeza, mas agora estamos atrás dele e não mais de pé no seu convés. Assim podemos vê-lo em toda a sua forma impressionante, da proa à popa, examiná-lo, apreciá-lo, traçar a rota que faz. Podemos agora decidir se seguimos ou não o seu curso. Podemos também julgar melhor a competência da sua navegação e mesmo protestar contra as ordens do capitão.

A pós-modernidade trouxe consigo questões ainda não devidamente processadas. É como se a modernidade houvesse chegado à maioria, e agora se submetesse a uma psicanálise.

⁹⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p.287-288.

Ainda segundo Bauman⁹⁵, outrora declarada um perigo mortal para toda a ordem social e política, a ambivalência não é mais "um inimigo no portão". Ao contrário: como tudo o mais, foi transformada num dos suportes do palco para a peça chamada pós-modernidade.

Essa ênfase na hierarquia, na institucionalização, na normatização, na juridificação etc. é fruto de uma visão contemporânea da vida e da sociedade. Como fica a eficácia dessa (tentativa de) estruturação da vida em sociedade diante da presente quadra na qual se enfrenta uma das consequências visíveis da pós-modernidade, que é o absoluto esfacelamento do tecido social?

O Código de Conduta da Alta Administração Federal é uma espécie de anacronismo, por meio do qual se quer impor um modelo que nem à modernidade serviu (nem no ápice de uma sociedade mais ou menos piramidal), quanto mais neste caos generalizado em que se encontram a vida política e cultural brasileira. Ainda assim, ele é necessário.

Atribuir à instância do direito a possibilidade de solucionar os grandes dilemas éticos nacionais ou é ser dotado de uma ingenuidade singular – se se acreditar nas boas intenções dos que produzem as regras – ou é crer na possibilidade de pacificação coletiva levada a cabo pelo teatro político (mais factível, dadas as circunstâncias).

O teatro político dá azo a muitas reflexões. É em seu palco que se forjam números, querelas, discursos inflamados, indignações de proveta para arrefecer as iras da opinião pública diante dos desvios de conduta dos administradores públicos – tudo para que, ao final, se mantenha o *status quo*. Em resumo, mudar para que tudo se mantenha como está.

São os bastidores da política, no entanto, o lugar onde se travam os verdadeiros acordos, onde se traçam as veras combinações, os ajustes que impactarão as vidas cotidianas dos indivíduos.

⁹⁵ BAUMAN, 1999, p.297.

O teatro político ainda possui o condão de vender tais ilusões nos tempos de hoje? Ainda existe a possibilidade de estabelecimento de diálogos a partir de uma ética de convicção com os delegatários do povo?

O que faz da ética uma ética pública? É uma seara na qual as regras da ética privada ganham a dimensão pública, ou seja, uma projeção sobre as questões da coletividade? Ou ela se diferencia, na prática, da ética privada, atendendo a outros ditames que não os da consciência?

A diferenciação é meramente didática ou há um espaço no qual as questões de consciência definitivamente não importam?

A ética pública é, pelo que se infere das reflexões aqui postas, o espaço em que algumas regras que valem para as relações privadas continuam a viger, a elas juntando-se outros regramentos que têm como objetivo resguardar a coisa pública.

É certo, portanto, que há uma intersecção filosófica, no sentido de que os conceitos orientadores de uma certamente orientarão a outra. Alguma diferenciação ocorrerá, no que toca à ética pública, por conta das peculiaridades do lugar ocupado pelo agente político, a exemplo da citada vedação de recebimento de presentes (art. 9º do Código de Conduta da Alta Administração Federal, já anteriormente comentado).

São questões complexas, que não se esgotam num artigo, num opúsculo ou mesmo numa dissertação. Pode-se sugerir possíveis respostas, mas não apontar um caminho matematicamente definido. É mesmo um tempo de irremediáveis ambivalências.

5.2 ÉTICA DA RESPONSABILIDADE, ÉTICA DA CONVICÇÃO E GOVERNABILIDADE

Retomando a classificação proposta por Max Weber, eis, em síntese didática, as diferenças entre as éticas:

1) Ética da Convicção:

- Faz-se por meio de leis morais;
- Não tolera desvios;
- Absoluta;
- Apresenta-se de forma incondicional e unívoca;
- Exalta o dever;
- Há uma abordagem de “princípio”: “respeite as regras, haja o que houver”, a despeito das consequências geradas;
- Há uma abordagem da “esperança”: “a fé remove montanhas”;
- Não se deve deixar seduzir pela facilidade dos meios;
- Vigete a máxima: “ou tudo ou nada”.

2) Ética da Responsabilidade:

- Justifica-se por meio das consequências;
- O ideal é promover o máximo bem ao maior número de pessoas;
- Eminentemente política e voltada para a ação;
- Está comprometida e responsabiliza-se pelo futuro;
- Privilegia a relação entre meios e fins;
- Há uma abordagem da finalidade: “obtenha resultados, custe o que custar”, legitimada pela grandiosidade dos fins;
- Há uma abordagem utilitarista: “faça sempre o maior bem”, presa na armadilha dos cálculos, num cuidadoso respeito a outrem e sob o peso da grande responsabilidade de prever e produzir boas consequências, ou seja, o máximo de felicidade ao maior número de pessoas;
- Vigete a máxima: “fundamentais são os resultados”.

Merval Pereira, em seu texto “A ética na política”⁹⁶, afirma que esse tema já havia provocado muita polêmica no governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, quando, para justificar as manobras do governo para impedir a convocação de uma CPI sobre a corrupção, que estava sendo articulada pelo Partido dos Trabalhadores, o filósofo José Arthur Giannotti defendeu que “o universo da política permite e tolera uma certa imoralidade”.

Marilena Chauí, em artigo em que defendia o governo petista das acusações de corrupção, relembrou a defesa da “imoralidade constitutiva da política”⁹⁷ feita por Arthur Gianotti – que de fato defendia a tese de que não há uma relação direta entre moralidade e política: “Quando se pede que um político seja moral, não é um pedido moral, mas político. É uma arma política acusar alguém de imoral”⁹⁸.

O utilitarismo é uma modalidade de ética normativa com origem nas obras dos economistas e filósofos ingleses do século XVIII e XIX Jeremy Bentham e John Stuart Mill (embora o pensamento utilitarista já existisse, por exemplo, em Epicuro e em seus seguidores na antiga Grécia). Esta doutrina ética prevê que uma ação é moralmente correta se – e somente se – objetivar a promoção da felicidade, e se torna condenável quando tende a produzir o seu contrário: a infelicidade. Aqui se considera não apenas a felicidade do agente da ação, mas também a de todos os indivíduos por ela afetados.

Assim, difere radicalmente das teorias éticas que compreendem que o caráter positivo ou negativo de uma ação depende das motivações do agente: de acordo com o utilitarismo, é possível que uma consequência boa advinha de uma motivação individual ruim.

Na Inglaterra do século XVII, vale assinalar os estudos do Bispo Richard Cumberland, de Francis Hutcheson (que propôs uma fórmula de “aritmética moral”, a

⁹⁶ PEREIRA, Merval. A ética na política. **O Globo**, 16 set. 2007, O País, p. 4. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/412372/noticia.htm?sequence=1>>. Acesso em: 19 nov. 2014

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Ibid.

fim de calcular a melhor consequência possível) e, por fim, David Hume, que analisou a origem das virtudes a partir da ideia de sua “contribuição útil”.

Para Bentham, o indivíduo, no cumprimento de seus atos, iria constantemente buscar a maximização do seu próprio prazer e minimizar seu sofrimento. Ele atribuía a ambos (prazer e dor) a causa das ações humanas e as bases de um critério normativo da ação.

Denominou de "ética particular" a capacidade de o indivíduo ter autoridade sobre suas próprias ações. Nesse caso, sua felicidade é o fator determinante, e a felicidade do outro ganha relevo quando o agente é motivado por simpatia, benevolência ou interesse na boa vontade e na opinião favorável a ser emitida por esse outro.

Tal como em Kant, também em Stuart Mill há um princípio básico que deve reger as ações para que elas sejam dotadas de valor moral. Ao passo que em Kant essa diretriz era a do “cumprimento do dever pelo próprio dever”, em Stuart Mill ela é a finalidade de “gerar a máxima felicidade para o maior número possível de pessoas”.

Enquanto em Kant perguntar pelo valor moral da ação era questionar a razão por que se age de determinada maneira, pela intenção de que se reveste o ato – sendo a ação moral em Kant aquela que respeita o dever pelo próprio dever –, em Stuart Mill averiguar a moralidade da ação é indagar as consequências que dela resultaram.

Em Kant, as regras morais são comandos absolutos que devem ser fielmente cumpridos em todas as circunstâncias da existência, enquanto em Stuart Mill não há regras morais absolutas.

Diante do presente contexto, as perguntas complementares que ora se formulam são:

1) Existe ética da convicção no espaço da convivência política?

2) Para que existam resultados para a coletividade, vale tudo? A governabilidade plena torna necessário que se abdique das convicções?

3) Há a possibilidade de existência de um espaço exclusivamente público, que não dialogue com o problema da consciência?

A partir de Maquiavel surge uma reflexão relevante sobre a ética de meios e fins na política. Acreditando que os valores morais impostos pela fé e pela sociedade não poderiam restringir a ação do rei, promoveu-se a cisão entre moral e política.

Weber, ao traçar a distinção entre ética de convicção e ética de responsabilidade, ecoa Maquiavel, embora acredite que, se é certo que o político deve ser julgado pelas consequências dos seus atos, isso não significa que suas ações não dispensem convicções.

Os exemplos cotidianos que se apresentam são no sentido de um desdém pela ética de convicção. A ocupação dos espaços de poder faz com que as agremiações, em busca da realização de um projeto político – ou de um projeto de poder – desprezem os métodos, visando apenas aos resultados.

Quando tais resultados visam ao bem coletivo, ainda vale formular a questão da justificação dos meios pelos fins. Quando, no entanto, os resultados visam precipuamente à manutenção de um projeto de poder, é certo que a sociedade nada está a haurir.

Para que se produzam resultados efetivos para a coletividade, é certo que não vale toda e qualquer atitude por parte do político/gestor. É possível achar um “ponto ótimo” de tensão entre as exigências da governabilidade e uma ética de convicção, e neste ponto formula-se outra questão: a sociedade brasileira está preparada para isto?

É certo que ainda há um longo caminho de superação de atavismos históricos a trilhar.

6 ÉTICA PÚBLICA E POSITIVAÇÃO

6.1 O PROCESSO DE POSITIVAÇÃO DO DIREITO

O direito positivo pode ser compreendido, em se adotando a concepção normativista, como o conjunto de regras e princípios que regem determinada sociedade em determinada época. Seu conceito relaciona-se diretamente à ideia de vigência. Por definir-se a partir de um lugar e de um tempo determinados, é variável, em oposição ao que os jusnaturalistas entendem ser o direito natural.

Entre os séculos XVI e XVIII, o direito foi-se tornando cada vez mais um direito escrito, o que ocorreu, segundo Ferraz⁹⁹, “quer pelo rápido crescimento da quantidade de leis emanadas do poder constituído quer pela redação oficial e decretação de maior parte das regras costumeiras”.

A substituição da figura do rei pela ideia de nação veio a permitir¹⁰⁰

[...] a manutenção do caráter uno, indivisível, inalienável e imprescritível da cidadania (Constituição francesa de 1791) em perfeito acordo com o princípio da divisão dos poderes que, por sua vez, daria origem a uma concepção do poder judiciário com caracteres próprios e autônomos [...] e com possibilidade de atuação limitada [...].

A teoria clássica da divisão dos poderes foi edificada a partir de uma notória oposição à concepção personalista anterior, de modo a

[...] garantir uma progressiva separação entre política e direito, regulando a legitimidade da influência da política na administração, que se torna totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente no Executivo e fortemente neutralizada no Judiciário, dentro dos quadros ideológicos do Estado de Direito [...]. Ora, essa neutralização política do Judiciário [...] é uma das peças importantes para o aparecimento de uma nova forma de saber jurídico: a ciência do direito do século XIX¹⁰¹.

⁹⁹ FERRAZ, 1994, p.73.

¹⁰⁰ Ibid., p.74.

¹⁰¹ Ibid., p.74.

A referida neutralização política do Judiciário determina que a produção das normas se dê – ou deva se dar – no âmbito do Poder Legislativo. Por conseguinte, deverá o direito mudar toda vez que a legislação se modificar.

O direito reflete as mudanças ocorridas na tessitura social, não quedando jamais inerte, estático, estanque. O fato de sua mutabilidade tornar-se a regra vem a ser exatamente o núcleo do fenômeno da positivação.

O direito, então, constitui-se, segundo a concepção normativista dominante, em um conjunto de normas postas pela autoridade constituída, e que portanto somente por um novo conjunto posto a partir dos mesmos ritos poderá ser modificado.

A consciência dessa mutabilidade – e dessa historicidade do direito – impactou fortemente as percepções da ciência jurídica. Assim como o homem constrói a história, constrói o direito também historicamente.

6.2 A POSITIVAÇÃO DAS NORMAS DE ÉTICA PÚBLICA E SUA EFICÁCIA

Consoante já ventilado anteriormente, e diante das reflexões surgidas a partir do texto normativo do Código de Conduta da Alta Administração Federal, há que se formular algumas questões.

A primeira delas é: em que medida a ideia de autonomia inerente à moral pode ser captada pela positivação?

Pode-se dizer que a juridicização da vida cotidiana é um fenômeno da pós-modernidade, ou de uma assim dita “pós-modernidade à brasileira”.

Diante da inexistência de uma reforma política que efetivamente atenda aos clamores éticos da sociedade, o país segue se utilizando de medidas, por assim

dizer, paliativas para dirimir os imensos problemas oriundos das relações historicamente nada saudáveis entre as instâncias pública e privada.

A tentativa de implantação de um estado gerencial, no qual se buscou atingir a eficiência de uma empresa, pretendeu, entre outros objetivos, demarcar os exatos limites entre as referidas instâncias, historicamente imbricados no Brasil.

Como resultado, dispôs-se a tipificar comportamentos dos altos agentes da administração pública federal que não estariam previstos pelas legislações penal e de improbidade administrativa, para, caso se entenda que tais comportamentos atentam contra a ética pública e a “liturgia” do cargo ocupado, recomendar a imposição de sanção de advertência (quando se trate de agente em atividade) ou de censura ética (quando se trate de agente que já tenha abandonado a função) – ou, ainda encaminhar, à autoridade hierarquicamente superior, a sugestão de demissão.

Percebe-se claramente o multifário objetivo da Comissão de Ética Pública, instância-guardiã do mencionado Código: ora de natureza consultiva, ora preventiva, ora fiscalizadora, ora punitiva.

É possível, ao Código de Conduta da Alta Administração Federal, captar os conteúdos de autonomia que são próprios, e bem orientar, a partir de comandos normativos dirigidos aos altos agentes políticos, suas atuações cotidianas? A Comissão de Ética Pública tem o condão de suprir, como instância multifuncional que é, o por assim dizer déficit ético nacional?

A política deve subsumir-se ao direito? A juridicização das relações sociais, fruto de uma ideologia que tem consagrado o direito como elixir para todos os males sociais, não parece uma vereda saudável.

A superação do déficit ético, a ser atingida por meio de uma (quimérica?) inclusão social com efetivo e amplo acesso à educação, ao conhecimento e a condições dignas de existência, faria com que as discussões éticas se situassem em uma

seara própria (a da política, por exemplo), deixando o direito como *ultima ratio* para a solução de questões dessa natureza.

A segunda questão posta seria qual a eficácia da imposição das sanções por parte da Comissão de Ética Pública. Terão as sanções de advertência, censura ética e sugestão de demissão o condão de fomentar as boas práticas na seara da ética pública? As gerações de agentes públicos que vão surgindo no seio da alta administração federal têm absorvido e exercitado cotidianamente, no desempenho de suas atribuições, as experiências administrativas surgidas a partir de recomendações da Comissão de Ética Pública? Questão de difícil resposta, pois tem como contraponto necessário as más práticas da política a incidir sobre os tais agentes.

A fala de Marília Muricy¹⁰², então Membro da referida Comissão, abre importante senda, a propósito:

[...] como nós não exoneramos e nem suspendemos servidores, como nós não operamos no campo do chamado Direito Administrativo Disciplinar, como a nossa função é de natureza essencialmente política, embora com nítidas repercussões sobre o direito, quem mais vai imaginar, salvo por um estreitamento mental insuportável, que o direito é um sistema fechado que não se abre ao conjunto da sociedade, principalmente às discussões de matéria ética? Pois bem, há quem imagine e quem diga que as comissões de ética, portanto, são absolutamente supérfluas porque elas nada fazem, elas são meramente decorativas, porque elas não têm o poder disciplinar.

Em seguida, trata do papel fomentador de comportamentos positivos, e informa que grande quantidade de processos que então chegavam ao escrutínio da CEP vinham formulados nos moldes de consulta (consoante o art. 5º, inciso II, § 3º do Código de Conduta – “A autoridade pública poderá consultar previamente a CEP a respeito de ato específico de gestão de bens que pretenda realizar”), e que poucas eram as denúncias em relação ao volume de consultas.

Na abalizada visão da então integrante da CEP, o nível de atuação daquele Colegiado seria, portanto, eminentemente preventivo e político.

¹⁰² ENCONTRO DE REPRESENTANTES SETORIAIS DA COMISSÃO DE ÉTICA PÚBLICA, 10, 2010. **Ética na gestão**: XI Encontro dos Integrantes da Rede de Ética do Poder Executivo. Brasília, 27 e 28 de setembro de 2010. Brasília, DF: ESAF, 2011, p. 108-109.

7 EFICÁCIA DA POSITIVAÇÃO NO CAMPO DA ÉTICA PÚBLICA

No campo da ética, escolhe-se um caminho de ação, a ele se devendo seguir uma justificação.

Quando se trata de ética pública, as avaliações sobre o que é certo ou errado refletem-se diretamente nos papéis sociais que os indivíduos desempenham. As imagens sobrepujam as motivações, portanto.

A pós-modernidade trouxe consigo uma conhecida crise de autoridade. Visto que a autoridade sempre exige obediência, ela é comumente confundida com alguma forma de poder ou violência. Todavia, ela exclui a utilização de meios externos de coerção: onde a força é usada, a autoridade fracassou.¹⁰³

A verdade, por seu turno, não existe fora do poder, ou sem poder. A verdade é produzida neste mundo graças a múltiplas coerções, e nele produz efeitos regulamentados de poder. Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua “política geral” de verdade, ou seja, os discursos que ela acolhe como verdadeiros; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, a maneira como se sancionam uns e outros; as técnicas e procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade e o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro.¹⁰⁴

A verdade, para Foucault, está ligada a sistemas de poder que a produzem e apoiam, e a efeitos de poder que ela induz e que a reproduzem.

O conceito de poder utilizado por Foucault permite uma análise profunda e coerente do direito moderno (social). Além disso, fornece pistas importantes para a análise do papel do Estado (ponto que foi objeto de diversas das mais duras críticas recebidas

¹⁰³ ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2007, p.129.

¹⁰⁴ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p.12.

por Foucault) na configuração do direito social, a partir de uma nova concepção de soberania, nem sempre explícita e inequívoca em suas obras.

A questão da soberania e a questão do direito social articulam-se com a questão da democracia. Esta é cada vez mais definida nos termos de um direito social, isto é, de uma “democracia social”, cuja racionalidade define-se com base num princípio semelhante ao da normatividade jurídica¹⁰⁵.

Na síntese de Deleuze, “se o saber consiste em entrelaçar o visível e o enunciável, o poder é sua causa pressuposta, mas, inversamente, o poder implica o saber como a bifurcação, a diferenciação sem a qual ele não passaria a ato”¹⁰⁶.

Se a ideia de eficácia jurídica refere-se à implantação da norma juridicamente, de modo a operar seus efeitos no mundo do Direito, o conceito de eficácia social relaciona-se à aceitação ou não da norma pela sociedade, afinal uma norma jurídica precisa ser reconhecida e cumprida.

Aqui, o que se pretendeu foi a análise da eficácia social do Código de Conduta da Alta Administração Federal: compreender em que medida a juridicização de comportamentos auxilia no combate efetivo a desvios éticos na administração pública.

Positivar é efetivo porquanto antes o ato posto que a possibilidade de determinados comportamentos deletérios permanecerem perdidos nas etéreas nuvens da subjetividade dos julgamentos sem parâmetro. Positivar é conferir segurança à ação do gestor público. Entretanto, é ainda insuficiente o ato de positivar num país de má tradição no respeito ao patrimônio público como é o Brasil.

¹⁰⁵ MACEDO Jr., Ronaldo Porto. Foucault: o poder e o direito. **Tempo Social**; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, v.2, n.1, p.151-176, 1.sem. 1990.

¹⁰⁶ DELEUZE, Gilles. **Foucault**. São Paulo: Brasiliense, 2005, p.48.

Há que se analisar tal contexto a partir de uma perspectiva histórica - e foi exatamente este o recorte aqui adotado. A partir das dificuldades nacionais, procurou-se compreender os óbices a que se atinjam patamares éticos mais altos.

O Código de Ética da Alta Administração Federal, base desta análise, está a provar que efetivamente precisa existir - mas é de se deplorar que seja ele o mecanismo por excelência encontrado para dar uma resposta aos problemas éticos de uma determinada esfera de governo. O direito, do qual se espera ser sempre a *ultima ratio*, no Brasil vem a ser o primeiro recurso.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente ensaio partiu de uma análise da disciplina clássica dos conceitos de moral e direito, a partir de uma visão da Filosofia do Direito e também de uma visão da Teoria Geral do Direito – sem olvidar que a Teoria Geral do Direito é a parte da filosofia do Direito que trata dos conceitos jurídicos fundamentais.

Em seguida, analisaram-se os conceitos de moral e ética, a partir de suas definições, diferenças e similitudes.

Abriu-se espaço específico para o estudo da ética sob Immanuel Kant – e, em sequência, para as críticas a ele –, dada a sua importância para a matéria.

Após breve síntese histórica sobre a ideia de ética na esfera pública, identificaram-se os males do clientelismo e do patrimonialismo, mencionando-se, também, a deficiente estrutura partidária brasileira, que são tradicionais impedimentos à elevação dos patamares éticos na história nacional.

Ao se definir ética pública, analisaram-se, a partir de Max Weber, os conceitos de ética da convicção e ética da responsabilidade. Tratou-se, ainda, das primeiras questões que deram azo à formação dos conceitos de ética pública ao longo dos séculos, visitando conceitos do Direito Romano.

Teceram-se algumas considerações acerca do fenômeno da corrupção para depois, se analisarem o princípio da moralidade administrativa, sua densificação e os conceitos de moralidade objetiva e subjetiva.

Ao tratar dos mecanismos de controle na administração pública, e da transição da administração pública do modelo burocrático para o modelo gerencial, pavimentou-se o terreno teórico para a análise da atuação da Comissão de Ética Pública e do Código de Conduta da Alta Administração Federal.

Após, o estudo voltou-se para uma abordagem dos reflexos na mídia a respeito da atuação da Comissão de Ética Pública, a partir de alguns casos que ganharam relevância, e de uma análise qualitativa dos resultados da atuação do referido colegiado.

Retomando mais detidamente a classificação proposta por Max Weber (ética da responsabilidade *versus* ética da convicção), abordou-se a questão da governabilidade a partir do questionamento da existência de ética da convicção no espaço da convivência política, e das convicções utilitaristas. Ao tratar das intersecções entre ética pública e ambivalência, analisou um dos dilemas da pós-modernidade.

Em seguida, abordou-se o processo de positivação das normas a fim de analisar a eficácia da positivação das normas de ética pública.

A questão que perpassa todo o trabalho – as relações do direito com o poder estabelecido – ganha relevo no último tópico, merecendo uma análise acurada.

Após a edição do Código de Conduta da Alta Administração Federal – que pretendeu normatizar comportamentos dos agentes que, não consistindo em crimes ou atos de improbidade administrativa, não se coadunam com os ditames éticos –, o legislador pretendeu ir além.

É o momento de interrogar: foi eficaz? É eficaz?

Infere-se da análise dos dados trazidos ao trabalho que o ato de positivar as normas de ética pública não tem, por si só, o condão de elevar os patamares éticos de uma sociedade.

A história nacional – e seus inúmeros reveses no que se refere ao combate a tais práticas – está a revelar que positivar é absolutamente necessário, mas ainda não é suficiente.

Demais disso, é bastante difícil tratar de ética numa sociedade na qual a mudança de valores é bastante rápida; eles não chegam sequer a se fixar, a se cristalizar. É uma época pós-moral, na qual o direito e a política emitem sinais de que não bastam para solucionar os conflitos humanos.

Urge sejam incrementados os mecanismos relacionados ao Judiciário, ao Ministério Público e aos demais órgãos de controle a fim de que se possa criar uma cultura da licitude e para o exercício pleno da cidadania no que tange à *res publica*. Há que se ir além dos controles meramente formais, efetivando o controle social, ou popular, como uma medida de fortalecimento da democracia.

Há como reposicionar o curso dos acontecimentos na direção da efetiva implementação de uma ética passível de atender plenamente às eternas demandas de cidadania, justiça e bem-estar social? Ainda é possível corrigir os desvios de rota? O teatro político dará lugar, algum dia, à transparência no convívio das instâncias de poder com a sociedade, eliminando a pantomima e o logro e propiciando respostas ágeis às grandes questões estruturais do país?

Ao se dar revestimento jurídico a questões a não-jurídicas, produz-se o que se pretende ou não, afinal?

Se as normas possuem um cometimento (intencionalidade) e um revestimento (a forma de decreto, lei etc.), qual será, enfim, a natureza última do Código de Conduta da Alta Administração Federal?

Muitas são as respostas possíveis, e foi o que neste trabalho se tentou, de algum modo, elucidar.

Demandar resguardo e discricção no exercício dos cometimentos da função é um aspecto extrajurídico, que no entanto consta, no citado documento normativo, como um dos deveres do agente político.

A identidade dessas normas é híbrida. O Código de Conduta ora tem função consultiva, ora preventiva, ora fiscalizadora, ora punitiva. Suas normas trazem conteúdo jurídico e extrajurídico - daí a dificuldade de compreender a sua natureza.

A eficácia do comando normativo que regula o comportamento do agente político passa, inevitavelmente, por uma questão muito mais social do que técnica.

A eficácia social, como anteriormente visto, é o atingimento da meta social da norma; é a penetração, na consciência coletiva, do comando normativo e de suas consequências para a vida em sociedade.

As indagações inicialmente levantadas foram:

1) A tendência contemporânea à positivação do Direito contribui como deveria para a prática de atos segundo os ditames da ética pública (elevação dos patamares éticos) no Brasil?

Diante de tantas circunstâncias históricas adversas à ética, é inegavelmente importante positivar, mas pode-se concluir que tal providência não contribui como deveria para o atingimento de tais patamares. Positivar, tão-somente, ainda não é o bastante.

2) Diante do déficit democrático brasileiro, pode-se confiar exclusivamente no recurso aos instrumentos formais do Direito para a fixação de tais balizas?

Comprova-se, a partir da presente análise, que não. Os instrumentos formais do direito, que deveriam ser o último recurso, terminam por se constituir no primeiro, diante das falhas no processo formativo da ética nacional.

3) Havendo uma tendência a recorrer ao processo de positivação de forma exagerada, em matéria de ética pública, esta, por assim dizer, onipotência do Direito seria uma tendência salutar?

Não é salutar. Os mecanismos de controle social - como a moral, por exemplo - não se mostraram suficientes para refrear o desbordamento das grandes questões éticas do país. Trafegando num caldo cultural que envolve um confuso traçado entre público e privado, a índole nacional ainda necessita evoluir no sentido da superação de questões tão antigas quanto a própria nação.

Embora se apontem respostas negativas às questões levantadas, é certo que ainda é possível corrigir os desvios de rota, reposicionando o curso dos acontecimentos na direção da realização das demandas de cidadania. Atribuir revestimento jurídico a questões a não-jurídicas é mais eficaz que a inação, mas não soluciona os grandes problemas estruturais do país.

Finalmente, ainda se pode contar com a vontade política dos cidadãos - que por tantas vezes moldou os destinos da coletividade, e sempre dormita à espera de oportunidades para fazê-lo por outras vezes. Ou, eventualmente, até mesmo as produz.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2007.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BIGG-WITHER, Thomas. **Novo caminho no Brasil Meridional: a província do Paraná: três anos em suas florestas e campos 1872/1875**. Curitiba: Imprensa Oficial, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 2013.

BRAGA, Pedro. **Ética, direito e administração pública**. 2. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2007.

BRANDÃO, Antônio José. Moralidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 25, p.454-467, jul./set. 1951.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Decreto de 26 de maio de 1999**. Cria a Comissão de Ética Pública e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 mai. 1999.

_____. **Exposição de Motivos nº 37, de 18 de agosto de 2000**. Aprovado em 18 de agosto de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/codigos/codi_conduta/cod_conduta.htm>. Acesso em: 10 nov. 2014.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 18 nov. 2014.

BRASIL. **Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013**. Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego; e revoga dispositivos da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e das Medidas Provisórias nºs 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, e 2.225-45, de 4 de setembro de 2001. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 maio 2013.

_____. Controladoria Geral da União. **Agentes públicos e agentes políticos**. Publicado em 2 maio 2014; modificado em 14 maio 2014. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/sobre/perguntas-frequentes/atividade-disciplinar/agentes-publicos-e-agentes-politicos>>. Acesso em: 14 jan. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 470 Minas Gerais**. Inteiro Teor do Acórdão. 17 dez. 2012. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 473**. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 12 nov. 2014.

BUENO, Eduardo. Pública ladroíce. **Nossa História**. Rio de Janeiro: Biblioteca Nacional, ano 1, nº 1, p. 62-67, nov. 2003.

CASALI, Alípio. Moral na história. In: BARROS FILHO, Clóvis de. (Org.). **Ética, trabalho, educação**. São Paulo: Duetto, 2011, v. 1, p. 22-29.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Sistema de controle interno**: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

COMISSÃO presidencial pune Erenice com censura ética. **Revista Época**, Brasil, 17 set. 2010. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI172742-15223,00.html>>. Acesso em: 18 nov. 2014.

COMISSÃO de Ética Pública reabre debate sobre Palocci. **Istoé Dinheiro**, Economia, 07 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/economia/20110607/comissao-etica-publica-reabre-debate-sobre-palocci/79212.shtml>>. Acesso em 18 nov. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CORTINA, Adela. **Ética sem moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DAMÉ, Luiza; LIMA, Maria. Comissão de Ética da Presidência recomenda demissão de Lupi. **O Globo**, Brasil, 30 nov. 2011. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/comissao-de-etica-da-presidencia-recomenda-demissao-de-lupi-3356977>>. Acesso em 18 nov. 2014.

_____. Comissão de Ética arquiva representação contra Dilma em Lisboa. **O Globo**, Brasil, 29 jan. 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/comissao-de-etica-arquiva-representacao-contra-dilma-em-lisboa-11438209>>. Acesso em 19 nov. 2014.

D'AZEGLIO, Luis Taparelli. **Curso de direito natural**. São Paulo: Anchieta, 1945.

DELEUZE, Gilles. **Foucault**. São Paulo: Brasiliense, 2005.

DRIESCH, Hans. **El acto moral**: ensayo de filosofia ética. Madrid: M. Aguilar, 1929.

ENCONTRO DE REPRESENTANTES SETORIAIS DA COMISSÃO DE ÉTICA PÚBLICA, 10, 2010. **Ética na gestão**: XI Encontro dos Integrantes da Rede de Ética do Poder Executivo. Brasília, 27 e 28 de setembro de 2010. Brasília, DF: ESAF, 2011.

FERRAZ, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FRANCO, Augusto de. **Pobreza & desenvolvimento local**. Brasília, DF: Agência de Educação para o Desenvolvimento, 2002.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O controle da moralidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 1974.

FREITAG, Bárbara. **Itinerários de Antígona**: a questão da moralidade. Campinas: Papyrus, 1992.

GARCIA, Emerson. **A fissura moral da administração pública brasileira**. Publicado em out. 2014. Disponível em <www.jus.com.br/artigos/32999/a-fissura-moral-da-administracao-publica-brasileira>. Acesso em 27 fev. 2015.

_____. **A moralidade administrativa e sua densificação**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_35/artigos/Art_emerson.htm>. Acesso em: 10 nov. 2014.

GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo**. Milano: A. Guiffrè, 1970.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Teoria do agir comunicativo**, 1: racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Rideel, 2005.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

JONAS, Hans. **The imperative of responsibility**: in search of an ethics for the technological age. Chicago: The University of Chicago Press, 1984.

KANT, Immanuel. **Crítica à razão pura**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KASER, Max. **Direito privado romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Ética e administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1988.

MACEDO Jr., Ronaldo Porto. Foucault: o poder e o direito. **Tempo Social**; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, v.2, n.1, p.151-176, 1.sem. 1990.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MESQUITA, Ronaldo de. Novo enfoque do exame das contas públicas. **Revista do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 21 n. 50, p.56-69, out/dez 2000.

NUNES, Antonio Carlos Ozório. Corrupção: o combate através da prevenção. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.) **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PEGORARO, Olinto A. **Ética é justiça**. Petrópolis: Vozes, 1995.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, L. C. B.; SPINK, P. (Org.). **Reforma do estado e administração pública gerencial**. 4. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2001. p. 26-27.

PEREIRA, Merval. A ética na política. **O Globo**, 16 set. 2007, O País, p. 4. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/412372/noticia.htm?sequence=1>>. Acesso em: 19 nov. 2014.

PRAÇA, Sérgio. Os vícios distintos da corrupção e da ineficiência. In: **Ética: pensar a vida e viver o pensamento**. São Paulo: Duetto Editorial, 2011.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAZ, Joseph. **The morality of freedom**. New York: Oxford University Press Inc., 1988.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Sobre a ética**. São Paulo: Hedra, 2012.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Direito como liberdade**: o direito achado na rua: experiências populares emancipatórias de criação do direito. 338f. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília. 2008.

SOUZA, Adrienne Mônica Oliveira. **Auditorias operacionais**: controle substancial da gestão pública pelos Tribunais de Contas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013.

VALLS, Álvaro L. M. **O que é ética**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

VEDEL, Georges. **Droit Administratif**. Paris: Presses Universitaires de France, 1973.

VIEIRA, Antônio. Sermão do Bom Ladrão. In: VIEIRA, Antônio. **Sermões**. Erechim: Edelbra, 1998, v. III.

WALINE, Marcel. **Droit Administratif**. Paris: Éditions Sirey, 1963.

WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações, São Paulo: Cultrix, 1993.

ZAIMAN, Luiz. **As funções das Cortes de Contas Brasileiras à luz da teoria do controle jurídico**. Belém: 1973.

ANEXO

**Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

**EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS Nº 37, DE 18.8.2000
APROVADO EM 21.8.2000**

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Submeto à elevada consideração de Vossa Excelência a anexa proposta de Código de *Conduta da Alta Administração Federal*, elaborado tendo em conta os trabalhos e a importante contribuição da Comissão de Ética Pública - CEP, criada pelo Decreto de 26 de maio de 1999, que, por seus ilustres membros, os Drs. João Geraldo Piquet Carneiro, que a preside, Célio Borja, Celina Vargas do Amaral Peixoto, Lourdes Sola, Miguel Reale Júnior e Roberto Teixeira da Costa, prestou os mais relevantes e inestimáveis serviços no desenvolvimento do tema.

Este Código, antes de tudo, valerá como compromisso moral das autoridades integrantes da Alta Administração Federal com o Chefe de Governo, proporcionando elevado padrão de comportamento ético capaz de assegurar, em todos os casos, a lisura e a transparência dos atos praticados na condução da coisa pública.

A conduta dessas autoridades, ocupantes dos mais elevados postos da estrutura do Estado, servirá como exemplo a ser seguido pelos demais servidores públicos, que, não obstante sujeitos às diversas normas fixadoras de condutas exigíveis, tais como o Estatuto do Servidor Público Civil, a Lei de Improbidade e o próprio Código Penal Brasileiro, além de outras de menor hierarquia, ainda assim, sempre se sentirão estimulados por demonstrações e exemplos de seus superiores.

Além disso, é de notar que a insatisfação social com a conduta ética do governo – Executivo, Legislativo e Judiciário – não é um fenômeno exclusivamente brasileiro e circunstancial. De modo geral, todos os países democráticos desenvolvidos, conforme demonstrado em recente estudo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, enfrentam o crescente ceticismo da opinião pública a respeito do comportamento dos administradores

públicos e da classe política. Essa tendência parece estar ligada principalmente a mudanças estruturais do papel do Estado como regulador da atividade econômica e como poder concedente da exploração, por particulares, de serviços públicos antes sob regime de monopólio estatal.

Em conseqüência, o setor público passou a depender cada vez mais do recrutamento de profissionais oriundos do setor privado, o que exacerbou a possibilidade de conflito de interesses e a necessidade de maior controle sobre as atividades privadas do administrador público.

Nesse novo cenário, é natural que a expectativa da sociedade a respeito da conduta do administrador público se tenha tornado mais exigente. E está claro que mais importante do que investigar as causas da insatisfação social é reconhecer que ela existe e se trata de uma questão política intimamente associada ao processo de mudança cultural, econômica e administrativa que o País e o mundo atravessam.

A resposta ao anseio por uma administração pública orientada por valores éticos não se esgota na aprovação de leis mais rigorosas, até porque leis e decretos em vigor já dispõem abundantemente sobre a conduta do servidor público, porém, em termos genéricos ou então a partir de uma ótica apenas penal.

Na realidade, grande parte das atuais questões éticas surge na zona cinzenta – cada vez mais ampla – que separa o interesse público do interesse privado. Tais questões, em geral, não configuram violação de norma legal mas, sim, desvio de conduta ética. Como esses desvios não são passíveis de punição específica, a sociedade passa a ter a sensação de impunidade, que alimenta o ceticismo a respeito da licitude do processo decisório governamental.

Por essa razão, o aperfeiçoamento da conduta ética do servidor público não é uma questão a ser enfrentada mediante proposição de mais um texto legislativo, que crie novas hipóteses de delito administrativo. Ao contrário, esse aperfeiçoamento decorrerá da explicitação de regras claras de comportamento e do desenvolvimento de uma estratégia específica para sua implementação.

Na formulação dessa estratégia, partiu-se do pressuposto de que a base ética do funcionalismo de carreira é estruturalmente sólida, pois deriva de valores tradicionais da classe média, onde ele é recrutado. Rejeita-se, portanto, o diagnóstico de que se está diante de um problema "endêmico" de corrupção, eis que essa visão, além de equivocada, é injusta e contraproducente, sendo capaz de

causar a alienação do funcionalismo do esforço de aperfeiçoamento que a sociedade está a exigir.

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 freqüência e dar-lhes tratamento específico.

Essa tarefa de envergadura deve ter início pelo nível mais alto da Administração – ministros de estado, secretários-executivos, diretores de empresas estatais e de órgãos reguladores – que detem 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, norteando 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.

Na verdade, o Código trata de um conjunto de normas às quais se sujeitam as pessoas nomeadas pelo Presidente da República para ocupar qualquer dos cargos nele previstos, sendo certo que a transgressão dessas normas não implicará, necessariamente, violação de lei, mas, principalmente, descumprimento de um compromisso moral e dos padrões qualitativos estabelecidos para a conduta da Alta Administração. Em conseqüência, a punição prevista é de caráter político: advertência e "censura ética". Além disso, é prevista a sugestão de exoneração, dependendo da gravidade da transgressão.

A linguagem do Código é simples e acessível, evitando-se termos jurídicos excessivamente técnicos. O objetivo é assegurar a clareza das regras de conduta do

administrador, de modo que a sociedade possa sobre elas exercer o controle inerente ao regime democrático.

Além de comportar-se de acordo com as normas estipuladas, o Código exige que o administrador observe o decoro inerente ao cargo. Ou seja, não basta ser ético; é necessário também parecer ético, em sinal de respeito à sociedade.

A medida proposta visa a melhoria qualitativa dos padrões de conduta da Alta Administração, de modo que esta Exposição de Motivos, uma vez aprovada, juntamente com o anexo Código de Conduta da Alta Administração Federal, poderá informar a atuação das altas autoridades federais, permitindo-me sugerir a publicação de ambos os textos, para imediato conhecimento e aplicação.

Estas, Excelentíssimo Senhor Presidente da República, as razões que fundamentam a proposta que ora submeto à elevada consideração de Vossa Excelência.

Respeitosamente,

PEDRO PARENTE

Chefe da Casa Civil da Presidência da República

CÓDIGO DE CONDUTA DA ALTA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL

Art. 1º Fica instituído o Código de Conduta da Alta Administração Federal, com as seguintes 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.

Art. 2º As normas deste Código aplicam-se às seguintes autoridades públicas:

I - Ministros e Secretários de Estado;

II - titulares de cargos de natureza especial, secretários-executivos, secretários ou autoridades equivalentes ocupantes de cargo do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, nível seis;

III - presidentes e diretores de agências nacionais, autarquias, inclusive as especiais, fundações mantidas pelo Poder Público, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Art. 3º No exercício de suas funções, as autoridades públicas deverão pautar-se pelos padrões da ética, sobretudo no que diz respeito à integridade, à moralidade, à clareza de posições e ao decoro, com vistas a motivar o respeito e a confiança do público em geral.

Parágrafo único. Os padrões éticos de que trata este artigo são exigidos da autoridade pública na relação entre suas atividades públicas e privadas, de modo a prevenir eventuais conflitos de interesses.

Art. 4º Além da declaração de bens e rendas de que trata a Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993, a autoridade pública, no prazo de dez dias contados de sua posse, enviará à Comissão de Ética Pública - CEP, criada pelo Decreto de 26 de maio de 1999, publicado no Diário Oficial da União do dia 27 subsequente, na forma por ela estabelecida, informações sobre sua situação patrimonial que, real ou potencialmente, possa suscitar conflito com o interesse público, indicando o modo pelo qual irá evitá-lo.

Art. 5º As alterações relevantes no patrimônio da autoridade pública deverão ser imediatamente comunicadas à CEP, especialmente quando se tratar de:

I - atos de gestão patrimonial que envolvam:

a) transferência de bens a cônjuge, ascendente, descendente ou parente na linha colateral;

b) aquisição, direta ou indireta, do controle de empresa; ou

c) outras alterações significativas ou relevantes no valor ou na natureza do patrimônio;

II - atos de gestão de bens, cujo valor possa ser substancialmente alterado por decisão ou política governamental. [\(Redação dada pela Exm nº 360, de 17.9.2001\)](#)

§ 1º É vedado o investimento em bens cujo valor ou cotação possa ser afetado por decisão ou política governamental a respeito da qual a autoridade pública tenha informações privilegiadas, em razão do cargo ou função, inclusive investimentos de renda variável ou em *commodities*, contratos futuros e moedas para fim especulativo, excetuadas aplicações em modalidades de investimento que a CEP venha a especificar. [\(Redação dada pela Exm nº 360, de 17.9.2001\)](#)

§ 2º Em caso de dúvida, a CEP poderá solicitar informações adicionais e esclarecimentos sobre alterações patrimoniais a ela comunicadas pela autoridade pública ou que, por qualquer outro meio, cheguem ao seu conhecimento. [\(Redação dada pela Exm nº 360, de 17.9.2001\)](#)

§ 3º A autoridade pública poderá consultar previamente a CEP a respeito de ato específico de gestão de bens que pretenda realizar. [\(Parágrafo incluído pela Exm nº 360, de 17.9.2001\)](#)

§ 4º A fim de preservar o caráter sigiloso das informações pertinentes à situação patrimonial da autoridade pública, as comunicações e consultas, após serem conferidas e respondidas, serão acondicionadas em envelope lacrado, que somente poderá ser aberto por determinação da Comissão. [\(Parágrafo incluído pela Exm nº 360, de 17.9.2001\)](#)

Art. 6º A autoridade pública que mantiver participação superior a cinco por cento do capital de sociedade de economia mista, de instituição financeira, ou de empresa que negocie com o Poder Público, tornará público este fato.

Art. 7º A autoridade pública não poderá receber salário ou qualquer outra remuneração de fonte privada em desacordo com a lei, nem receber transporte, hospedagem ou quaisquer favores de particulares de forma a permitir situação que possa gerar dúvida sobre a sua probidade ou honorabilidade.

Parágrafo único. É permitida a participação em seminários, congressos e eventos semelhantes, desde que tornada pública eventual remuneração, bem como o pagamento das despesas de viagem pelo promotor do evento, o qual não poderá ter interesse em decisão a ser tomada pela autoridade.

Art. 8º É permitido à autoridade pública o exercício não remunerado de encargo de mandatário, desde que não implique a prática de atos de comércio ou quaisquer outros incompatíveis com o exercício do seu cargo ou função, nos termos da lei.

Art. 9º É vedada à autoridade pública a aceitação de presentes, salvo de autoridades estrangeiras nos casos protocolares em que houver reciprocidade.

Parágrafo único. Não se consideram presentes para os fins deste artigo os brindes que:

I - não tenham valor comercial; ou

II - distribuídos por entidades de qualquer natureza a título de cortesia, propaganda, divulgação habitual ou por ocasião de eventos especiais ou datas comemorativas, não ultrapassem o valor de R\$ 100,00 (cem reais).

Art. 10. No relacionamento com outros órgãos e funcionários da Administração, a autoridade pública deverá esclarecer a existência de eventual conflito de interesses, bem como comunicar qualquer circunstância ou fato impeditivo de sua participação em decisão coletiva ou em órgão colegiado.

Art. 11. As divergências entre autoridades públicas serão resolvidas internamente, mediante coordenação administrativa, não lhes cabendo manifestar-se publicamente sobre matéria que não seja afeta a sua área de competência.

Art. 12. É vedado à autoridade pública opinar publicamente a respeito:

I - da honorabilidade e do desempenho funcional de outra autoridade pública federal; e

II - do mérito de questão que lhe será submetida, para decisão individual ou em órgão colegiado.

Art. 13. As propostas de trabalho ou de negócio futuro no setor privado, bem como qualquer negociação que envolva conflito de interesses, deverão ser imediatamente informadas pela autoridade pública à CEP, independentemente da sua aceitação ou rejeição.

Art. 14. Após deixar o cargo, a autoridade pública não poderá:

I - atuar em benefício ou em nome de pessoa física ou jurídica, inclusive sindicato ou associação de classe, em processo ou negócio do qual tenha participado, em razão do cargo;

II - prestar consultoria a pessoa física ou jurídica, inclusive sindicato ou associação de classe, valendo-se de informações não divulgadas publicamente a respeito de programas ou políticas do órgão ou da entidade da Administração Pública Federal a que esteve vinculado ou com que tenha tido relacionamento direto e relevante nos seis meses anteriores ao término do exercício de função pública.

Art. 15. Na ausência de lei dispendo sobre prazo diverso, será de quatro meses, contados da exoneração, o período de interdição para atividade incompatível com o cargo anteriormente exercido, obrigando-se a autoridade pública a observar, neste prazo, as seguintes regras:

I - não aceitar cargo de administrador ou conselheiro, ou estabelecer vínculo profissional com pessoa física ou jurídica com a qual tenha mantido relacionamento oficial direto e relevante nos seis meses anteriores à exoneração;

II - não intervir, em benefício ou em nome de pessoa física ou jurídica, junto a órgão ou entidade da Administração Pública Federal com que tenha tido relacionamento oficial direto e relevante nos seis meses anteriores à exoneração.

Art. 16. Para facilitar o cumprimento das normas previstas neste Código, a CEP informará à autoridade pública as obrigações decorrentes da aceitação de trabalho no setor privado após o seu desligamento do cargo ou função.

Art. 17. A violação das normas estipuladas neste Código acarretará, conforme sua gravidade, as seguintes providências:

I - advertência, aplicável às autoridades no exercício do cargo;

II - censura ética, aplicável às autoridades que já tiverem deixado o cargo.

Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela CEP, que, conforme o caso, poderá encaminhar sugestão de demissão à autoridade hierarquicamente superior.

Art. 18. O processo de apuração de prática de ato em desrespeito ao preceituado neste Código será instaurado pela CEP, de ofício ou em razão de denúncia fundamentada, desde que haja indícios suficientes.

§ 1º A autoridade pública será oficiada para manifestar-se no prazo de cinco dias.

§ 2º O eventual denunciante, a própria autoridade pública, bem assim a CEP, de ofício, poderão produzir prova documental.

§ 3º A CEP poderá promover as diligências que considerar necessárias, bem assim solicitar parecer de especialista quando julgar imprescindível.

§ 4º Concluídas as diligências mencionadas no parágrafo anterior, a CEP oficiará a autoridade pública para nova manifestação, no prazo de três dias.

§ 5º Se a CEP concluir pela procedência da denúncia, adotará uma das penalidades previstas no artigo anterior, com comunicação ao denunciado e ao seu superior hierárquico.

Art. 19. A CEP, se entender necessário, poderá fazer recomendações ou sugerir ao Presidente da República normas complementares, interpretativas e orientadoras das disposições deste Código, bem assim responderá às consultas formuladas por autoridades públicas sobre situações específicas.

Este texto não substitui o publicado no D.O. de 22.8.2000.

BRASIL. **Exposição de Motivos nº 37, de 18 de agosto de 2000.** Aprovado em 18 de agosto de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/codigos/codi_conduto/cod_conduto.htm>. Acesso em: 10 nov. 2014.