

Data de recebimento: 08/11/2023

Data de aceite: 02/12/2023

ÉTICA E PROBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ETHICS AND PROBITY IN PUBLIC ADMINISTRATION

Fernando Campelo Martelleto¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. A ética como valor-fonte da organização social; 2. A ética como princípio constitucional; 3. O caráter normativo dos códigos de ética; 4. Ética e probidade administrativa; 6. Conclusão; Referências bibliográficas.

1 - Defensor público de classe especial do Estado de Minas Gerais, com atuação na Defensoria Especializada de Segunda Instância Criminal, perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais e os Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal). Possui especialização *lato sensu* em Direito Empresarial, Direito Penal e Processual Penal, e Administração Pública, e é Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Foi presidente da Associação das Defensoras e dos Defensores Públicos de Minas Gerais – ADEP-MG – por dois mandatos consecutivos, nos biênios 2019-2021 e 2021-2023. E-mail: fcmartelleto@gmail.com.



RESUMO: O presente artigo pretende fazer uma análise da imprescindibilidade da ética – enquanto elemento estruturante do sistema de normas de conduta dos agentes públicos perante a administração pública – como um dos mecanismos mais efetivos de zelo pela probidade administrativa e na prevenção da corrupção. Para tanto, busca-se situar o seu papel no trato da coisa pública e na prestação do serviço público, a partir dos princípios constitucionais reitores da administração pública, elencados no artigo 37, *caput*, da Constituição da República de 1988, fundada nos ideais de justiça e do bem comum. Nesse contexto, a adoção de códigos de ética pelos entes das três esferas estatais da administração pública direta, indireta e pelos órgãos autônomos do Poder visa a dar concretude aos valores-fonte das boas práticas comportamentais como vetores das normas de conduta estatal, a serem observadas na prestação do serviço e na gestão do patrimônio públicos, para além dos mecanismos legais e dos sistemas de controle interno e externo da administração pública, numa perspectiva de moderna atuação governamental, de forma transparente, participativa e comprometida com a busca da plena satisfação do interesse público.

PALAVRAS-CHAVE: administração pública. Agentes públicos. Ética. Improbidade administrativa. Interesse público.

ABSTRACT: *This article aims to analyze the indispensability of ethics as a structuring element of the system of standards of conduct for public agents before the Public Administration, as one of the most effective mechanisms for ensuring administrative probity and preventing corruption. It seeks to situate the role of ethics in dealing with public matters and in the provision of public services based on the governing constitutional principles of Public Administration, listed in article 37, caput, of the 1988 Constitution of the Republic, founded on the ideals of justice and the common good. In this context, the adoption of codes of ethics by entities in the three state spheres of direct and indirect Public Administration and by autonomous bodies of Power, aims to give concreteness to the source values of good behavioral practices as vectors of state conduct standards to be observed in the provision of public services and the management of public assets, in addition to the legal mechanisms and internal and external control systems of the Public Administration, from a perspective of modern governmental action, in a transparent, participatory manner and committed to the search for full satisfaction of interests public.*

KEYWORDS: *Keywords: public administration. Public agentes. Ethic. Administrative dishonesty. Public interest.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar a ética como um elemento imprescindível ao sistema de normas de conduta dos agentes e gestores públicos perante a administração pública, fundada nos ideais de justiça e do bem comum, com matriz referencial nos princípios constitucionais, elencados no artigo 37, *caput*, da Constituição da República de 1988 (CR/1988).

Em conceituação livre, a ética se refere ao conjunto de valores e regras, comum a todos, definido por determinado grupo ou cultura. Em outras palavras, trata-se de um padrão externo de normas que pode ser fornecido por instituições, grupos ou pela cultura, e que não se confunde com a moral. Essa, por sua vez, deriva de uma palavra de origem latina, *moralis*, que significa “costume”, e é pautada por uma aceção individual em que o sujeito crê que algo é certo ou errado, segundo seus valores e crenças individuais. Vale dizer, enquanto a ética é considerada um sistema social ou fator estruturante de um comportamento aceitável socialmente, a moral, apesar de também ser influenciada pela cultura e pela sociedade, reúne os princípios pessoais criados e sustentados pelos próprios indivíduos.

No trato da coisa pública e na prestação do serviço público, sempre marcados pela busca da satisfação das necessidades coletivas e do bem comum, espera-se dos agentes estatais ou daqueles que agem em nome do Estado um comportamento reto, segundo as regras e normas jurídicas dirigidas à administração do que é público, bem como uma conduta virtuosa e de boa-fé, voltada para o bom e para o justo, o que também pode ser entendida como a atuação em consonância com a “finalidade pública”.

O agir em todas as esferas e órgãos da administração pública deve se pautar de acordo com os valores e regras estabelecidos em prol do interesse coletivo, os quais se denominam valores-fonte da ética na atividade administrativa e são fundados a partir de determinados princípios da administração pública, não obstante sejam também de larga aplicação aos demais ramos do Direito Público.

Nesse contexto, ganha força a ideia da instituição de códigos de ética, no âmbito da administração pública direta, indireta e pelos órgãos autônomos do Poder, como instrumento de concretização das normas de conduta estatal. Esse tipo de documento serviria, nos espaços citados, como referência dos valores-fonte e das boas práticas comportamentais que devem guiar a prestação do serviço público e a gestão do patrimônio público, para além dos mecanismos e sistemas de controle interno e externo, numa perspectiva de moderna gestão pública, empreendida de forma transparente, participativa e comprometida com a busca da plena satisfação do interesse público.

O presente artigo visa, assim, demonstrar que a “ética” é um valor social, metafísico e metajurídico, de imprescindível observância pelos agentes públicos e por aqueles que agem em nome do Estado, voltada ao comportamento reto, segundo as regras e normas jurídicas dirigidas à administração pública, e à conduta virtuosa e de boa-fé, em busca do bom e do justo no trato do interesse público, pelo bem da coletividade.

Para empreender essa discussão, este artigo é dividido em dois momentos. No primeiro, localiza-se a ética no campo conceitual, enfatizando os aspectos dos padrões de conduta socialmente esperados em face da administração pública; no segundo, aponta-se a adoção de códigos de

ética, pelas diversas instâncias e órgãos da administração pública, como fontes referenciais dos valores imanentes e dos comportamentos institucionalmente aceitáveis perante a prevalência do interesse público, para além do arcabouço legal e das normativas regulamentadoras da atividade de administração na esfera pública.

Como metodologia de pesquisa, adota-se a perspectiva bibliográfica, a partir da consulta da vasta doutrina sobre a ética e a administração, tanto no campo da Filosofia quanto no campo do Direito, bem como da prospecção da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, em que se relaciona a ética aos princípios constitucionais reitores da administração pública, em especial, os da legalidade e da moralidade administrativa.

1. A ÉTICA COMO VALOR-FONTE DA ORGANIZAÇÃO SOCIAL

Etimologicamente, a palavra ética é classificada como um substantivo feminino, derivado do termo grego *ethike* (personagem), e diz respeito à ciência da moral. É aquilo que pertence ao *ethos* e que traduz o “bom costume”, o “costume superior” ou o “portador de caráter” em um sistema social, na medida em que cabe à sociedade delimitar o que é certo.

Desde a Idade Antiga, segundo Schnaid (2004), a palavra ética tem sido utilizada para designar normas de conduta do homem em sociedade, bem como também para questionar a sua razão de ser, a sua validade e os valores perseguidos. De acordo com o autor, mesmo as sociedades políticas embrionárias, como os clãs, as tribos, os bandos de rua, os moradores de aglomerados e favelas, e, aqui, ousa-se incluir no rol exemplificativo, as populações carcerárias, não dispensam o “regulamento ético”, pois todos têm as suas normas de conduta, de convivência grupal, que, todavia, não se deve confundir com as “normas éticas”. Essas são qualificadas por normas de conduta estatais, que assumem uma dimensão supralegal para as normas jurídicas e morais, designadas como aquelas que se aplicam à conduta humana na sociedade estatal.

Sugere Mário Sérgio Cortella, em *Qual é a tua obra?* (2007), que “ética” é o conjunto de valores e de princípios usado para se responder a três grandes questões da vida: “(1) quero? (2) devo? (3) posso? Nem tudo que eu quero eu posso; nem tudo que eu posso eu devo; e nem tudo que eu devo eu quero”. Para o autor, “você tem paz de espírito quando aquilo que você quer é ao mesmo tempo o que você pode e o que você deve”. Essas formulações remetem à reflexão acerca da natureza humana e da eleição da virtude para a formação de bons hábitos, sobretudo, os hábitos de convivência social, de forma organizada e harmoniosa.

Nesse desiderato, Megale (2008), ao refletir sobre a ética na hermenêutica jurídica e na compreensão virtuosa do Direito, pontua que não se escolhem as paixões, mas sim, as virtudes. Nesse sentido, “adquirem-se as virtudes morais pela prática constante. Age com virtude aquele que supera as investidas dos impulsos da natureza e realiza o dever moral confirmador da autonomia da vontade, ou seja, da liberdade interior”. A autora complementa, citando Kant, que a “virtude é a força das máximas de um ser humano no cumprimento do seu dever. As virtudes correspondem a esse esforço do ser humano, ditado pela razão prática”.

Em outra via, ao analisar a relação da ética com o Direito, Brochado (2008) cita a doutrina do *minimum* ético – referida ao teórico do Estado e jurista alemão Georg Jellinek –, segundo a qual, compete ao Direito conservar a comunidade por intermédio da preservação do mínimo ético,

de que ela precisa para continuar vivendo. Nesse sentido, o cumprimento das normas jurídicas pelos membros do corpo social é o que torna possível a permanência de uma determinada situação histórica da sociedade ou do organismo histórico. O autor declara que, sob o ponto de vista objetivo, o Direito representa as condições de conservação da sociedade, na medida em que essas possam depender da vontade humana. Por consequência, o *minimum* de existência das normas éticas demanda dos indivíduos (subjctivamente, como parte que são do corpo social) o *minimum* de atos morais que a sociedade exige de seus membros, considerados deveres jurídicos.

Daí, poder se afirmar, segundo a teoria do “mínimo ético”, a imprescindibilidade da ética como um elemento social estruturante, que transcende o plano dos direitos subjctivos envolvidos nas relações de que toma parte o Estado e passa a assumir a função aglutinadora dos interesses transindividuais, adensando a noção de bem-estar coletivo, primordial à própria existência do Estado.

2. A ÉTICA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Ao enfatizar a indispensabilidade da aplicação dos princípios constitucionais da administração pública ao cotidiano das relações de que toma parte o Estado, na busca da solução dos problemas concretos decorrentes da rotina administrativa, Inocêncio Mártires Coelho (2010, p. 960) pontua que o sistema constitucional da administração pública brasileira foi estabelecido a partir de um conjunto de princípios, subprincípios e regras considerado necessário à garantia da ordem de suas unidades internas. Essa organização possibilita às entidades e aos órgãos atuar, na maior harmonia possível, para a consecução de seus fins.

Sem desconsiderar a importância que cada um dos princípios expressos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), exerce sobre a atividade administrativa estatal, notadamente o princípio da legalidade, que abarca o postulado da supremacia da lei e o princípio da reserva legal, vinculando toda a atuação da administração ao Direito, merece destaque a diretriz conferida pelo princípio da moralidade administrativa, a partir da premissa de que tal princípio positiva o dever de uma atuação pública pautada pela ética, expressada nos valores fundantes da sociedade brasileira e protegidos constitucionalmente em face do exercício das atividades estatais de caráter administrativo. Sobre o tema da moralidade administrativa, ainda segundo Coelho:

A relevância que o direito positivo presta ao princípio da moralidade decorre da necessidade de por em destaque que, determinados setores da vida social, não basta que o agir seja juridicamente correto; deve, antes, ser também eticamente inatacável. Sendo o direito o *mínimo ético* indispensável à convivência humana, a obediência ao princípio da moralidade, em relação a determinados atos, significa que eles só serão considerados válidos se forem *duplamente* conformes à eticidade, ou seja, se forem adequados não apenas às exigências jurídicas, mas também, às de natureza moral. A essa luz, portanto, o princípio da moralidade *densifica* o conteúdo dos atos jurídicos, e em grau tão elevado que a sua inobservância pode configurar *improbidade administrativa* e acarretar-lhe a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível, se a sua conduta configurar, também, a prática de ato tipificado como crime, consoante o dispositivo no § 4.º do art. 37 da Constituição. (Coelho, 2010, p. 968 – grifos meus).

Em enfrentamento à questão da moralidade administrativa como expressão dos valores



éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao deferir medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade – ADI-MC n.º 2.661 – voltada a coibir a sobreposição de interesses privados em detrimento do interesse público, assim se pronunciou:

A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais (ADI-MC 2.661, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23/08/2002).

Pode-se asseverar, então, que o princípio da moralidade administrativa é o fundamento de base constitucional que orienta a elaboração de um conjunto de valores e regras de comportamento dos agentes e órgãos governamentais, de caráter ético-jurídico, a ser observado no exercício da atividade pública, por meio do qual se reconheça, em todos os atos de administração, a prevalência do interesse público e a primordialidade do bem-estar coletivo, a que se pode denominar “ética na administração pública”.

3. O CARÁTER NORMATIVO DOS CÓDIGOS DE ÉTICA

A propósito da reflexão sobre a dimensão ética da atuação estatal, oportuno citar o disposto no art. 5.º do Decreto-Lei n.º 4.657 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, de 04 de setembro de 1942, com a nova redação dada pela Lei n.º 12.376, de 2010 (Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum) – segundo o qual, o juiz da causa deve decidir de acordo com o melhor interesse público, conferindo, assim, densidade normativa ao caráter ético do qual deve se revestir a atividade administrativa em todos os seus aspectos formais e âmbitos de atuação.

O Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, organizado por Sidou (2001), define a *ética profissional* como um conjunto de regras morais de conduta que o indivíduo deve observar em sua atividade, no sentido de valorizar a profissão e bem servir aos que dela dependem. Nessa seara, as categorias profissionais regulamentadas elaboram suas normas éticas, às quais se sujeitam os seus integrantes, consideradas como normas de conduta dentro da sociedade estatal. Para os profissionais das carreiras jurídicas, seriam os preceitos codificados que regem, em caráter moral, a conduta no exercício da profissão, em prestígio da classe e do aprimoramento da ordem jurídica.

A edição dos códigos de ética para os integrantes da administração pública, em seus variados níveis e acepções, assim como já o fizeram diversas outras profissões regulamentadas e carreiras de Estado, notadamente as carreiras jurídicas, segue a tendência universal da adoção da “eticidade”¹ como valor-fonte do ordenamento jurídico. Essa perspectiva tem como base as três

1 Expressão citada dentre as diretrizes seguidas na elaboração do anteprojeto do Código Civil (Lei 10.406/2002) pelo Prof. Dr. Miguel Reale, em pronunciamento sobre a “Visão Geral do Novo Código Civil”, na sessão

ondas renovatórias de acesso à justiça preconizadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth na célebre obra *Acesso à justiça* (1988).

Esses autores se notabilizaram por dividirem em três ondas os principais movimentos renovatórios do acesso à justiça. A título de explicação, faz-se um rápido comentário acerca de cada uma delas. A primeira onda diz respeito à assistência judiciária aos pobres e está relacionada ao obstáculo econômico do acesso à justiça. A segunda onda refere-se à representação dos interesses difusos em juízo e visa contornar o obstáculo organizacional do acesso à justiça. A terceira onda, por fim, detém a concepção mais ampla de acesso à justiça e apresenta como objetivo instituir técnicas processuais adequadas para melhor preparar os estudantes e os aplicadores do Direito.

Mais recentemente, na primeira década dos anos 2000, surgiu a ideia de uma “quarta onda renovatória”, dos chamados direitos de quarta dimensão, que teve como precursor Paulo Bonavides (2008). O renomado jurista brasileiro se posiciona a favor do reconhecimento da existência de uma quarta dimensão de direitos e argumenta que essa é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, o que corresponde, em sua opinião, à derradeira fase de institucionalização do Estado social. Nesse sentido, em resposta à globalização dos direitos fundamentais, dentro dessa geração, estão inseridos os direitos à democracia e à informação.

No tocante à proposta de materialização da ética profissional por meio de códigos, o que daria concretude ao valor abstrato da “eticidade”, é oportuna a manifestação do Ministro Ricardo Lewandowski, então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), proferida durante a cerimônia do relançamento do Código de Ética dos servidores daquela Casa, realizada em 09 de setembro de 2016. Na ocasião, o magistrado destacou que, diante dos “novos valores incorporados à convivência humana, como o respeito ao meio ambiente e a evolução tecnológica”, era necessária e conveniente a elaboração um novo código de ética.

O presidente do STF ressaltou ainda que, mesmo diante do conjunto de leis que regulam o comportamento humano, a sociedade precisa de um conjunto de regras de conduta para subsistir, pois o “Direito é apenas o mínimo ético. A ética é muito mais ampla”. Para ele, a ética deve conjugar valores morais e razão, uma vez que esse princípio tem “[...] esse duplo aspecto. Uma moral irracional não tem aplicação na sociedade contemporânea”. Ao concluir sua fala, o magistrado ponderou que “ser servidor público significa antes de tudo servir aos cidadãos e esse código de ética reflete um conjunto de valores que permite que não apenas possamos conviver melhor e com mais qualidade, mas que possamos ser mais eficazes nessa missão importante que é servir aos cidadãos brasileiros”.

Daí a importância, e mesmo necessidade, de se codificar o “pensamento ético” dirigido aos agentes públicos, e aqui também se incluem os agentes políticos, nas diversas esferas do Poder e nos órgãos governamentais em que atuam. Desse modo, seria possível delimitar o querer, o poder e o dever das ações desses agentes, a partir de um referencial de comportamento individual do que é certo e errado; verdadeiro e falso; justo e injusto, em relação aos destinatários da sua obra e à própria sociedade em que se inserem, priorizando, em suas condutas, a observância firme de 29 de novembro de 2001, como membro da Academia Paulista de Letras, e reproduzida por ele no prefácio da publicação *Novo Código Civil Brasileiro*, editada pela Editora Revista dos Tribunais (2002).

e contínua da prevalência do interesse público e da promoção da cidadania e do bem-estar social.

A Constituição da República de 1988 (CR/1988) garante, em seu artigo 5.º, inciso II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”, sendo “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissional, atendidas as qualificações que a lei estabelecer” (inciso XIII). No caso dos agentes públicos, são os estatutos jurídicos de suas carreiras os delimitadores legais dos quais se extraem os deveres e proibições impostas em decorrência do exercício da função pública.

É certo que a grande maioria das categorias profissionais adota códigos de ética com conteúdo disciplinar, *v.g.*, o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – Resolução n.º 02/2015. Todavia, tais disposições de caráter punitivo exigem que qualquer intervenção, na esfera individual, caracterizada por restrições à liberdade ou ao patrimônio, seja autorizada por lei, em homenagem ao princípio da reserva legal, corolário do princípio da legalidade. Dessa forma, cabe à lei, e tão somente a ela, prescrever ou autorizar a prescrição de condutas, bem como estabelecer sanções pelo seu descumprimento.

Nessa perspectiva, o periódico OAB Informativo, na edição de 1º de junho de 2023, noticiou a aprovação do Projeto de Lei n.º 1.852/2023 pelo Congresso Nacional, enviado para sanção presidencial no dia 14 de junho de 2023, o qual altera a Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil), para incluir no rol das condutas tipificadas no art. 34, o inciso XXX. Segundo o qual, constitui infração disciplinar praticar assédio moral, assédio sexual ou discriminação, dentre as infrações ético-disciplinares, no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); o cometimento de qualquer uma dessas práticas pode ser punido com a sanção disciplinar de suspensão, consoante a nova redação do inciso I do art. 37 do mesmo Estatuto, acarretando ao infrator a interdição do exercício profissional, em todo o território nacional, pelo prazo de trinta dias a doze meses.

Oportuno mencionar a pesquisa desenvolvida pelo pesquisador José Leovegildo Oliveira Moraes, com a colaboração de Dalmácio José de Souza Madruga, e publicado pelo Centro Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ, sob o título “A Estrutura Normativa da Ética na Administração Pública Federal Brasileira”. Nesse trabalho, o autor identifica condutas praticadas por servidores públicos que violam valores éticos e configuram infrações, e apresenta as normas existentes na legislação federal brasileira que, de alguma forma, concorrem ou contribuem para que se alcance um padrão de conduta ética desejável na administração pública.

No âmbito interno das instituições públicas, a regulamentação e a fiscalização das normas de caráter ético e disciplinar ficam a cargo do órgão de Corregedoria, ao qual se incumbe, precipuamente, a atividade de apuração das infrações administrativas e, posteriormente, a proposição de medidas de responsabilização aos órgãos de direção superior da respectiva instituição à qual pertence. Em caráter acessório, mas não menos importante, a Corregedoria assume o papel de prevenção e de orientação dos servidores quanto ao cometimento de possíveis ilícitos ou de condutas irregulares, em desacordo com o princípio da legalidade estrita, segundo o qual, ficam os entes da administração pública sujeitos ao que está previsto e disposto em lei; desse modo, eles devem agir, fazer ou não fazer de acordo, exclusivamente, com o que está legislado, diferentemente dos que agem na esfera privada (art. 5º, II, da CR/1988).

Dentre as medidas correcionais preventivas, os mais diversos órgãos da administração pública vêm adotando importantes ferramentas de prevenção de irregularidades e de desvios ético-disciplinares, como campanhas de esclarecimento e de combate a práticas de assédio, em suas diversas modalidades de manifestação (físico, moral, social, intelectual, cultural, racial, sexual, religioso, de gênero etc.), bem como termos de ajustamento de conduta (TACs), cujo principal objetivo é a racionalização do emprego dos recursos públicos como forma alternativa – em determinadas condições de aplicação – ao complexo e oneroso rito do processo administrativo disciplinar (PAD), em que o custo do processo, segundo a experiência hodierna, em sua grande maioria, é desproporcional em relação ao benefício alcançado para a coletividade.

A Controladoria-Geral da União, recentemente, editou a Instrução Normativa nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, para disciplinar a adoção do TAC no âmbito do serviço público federal, dispondo sobre os seus destinatários e suas condições de aplicação, conforme bem destacado no seu artigo primeiro, *verbis*:

Art. 1º Os órgãos do Poder Executivo Federal, pertencentes à Administração Pública direta, as autarquias, as fundações, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, compreendidas na Administração Pública indireta, ainda que se trate de empresa estatal que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, poderão celebrar, nos casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, desde que atendidos os requisitos previstos nesta instrução normativa.

§1º O TAC consiste em procedimento administrativo voltado à resolução consensual de conflitos.

§ 2º Considera-se infração disciplinar de menor potencial ofensivo a conduta punível com advertência ou suspensão de até 30 dias, nos termos do artigo 129 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou com penalidade similar, prevista em lei ou regulamento interno.

§ 3º No caso de servidor público não ocupante de cargo efetivo e de empregado público o TAC somente poderá ser celebrado nas infrações puníveis com a penalidade de advertência.

A adoção desses novos mecanismos de solução de conflitos na esfera da administração pública vai ao encontro das ondas renovatórias de acesso à justiça, conforme propostas por Cappelletti e Garth, notadamente a terceira onda, a qual propõe um novo paradigma ao acesso à justiça, mediante adoção de técnicas processuais efetivas e de meios alternativos de solução de conflitos. Busca-se, nesse caso, não só facilitar o exercício da jurisdição estatal, mas a prática da educação em direitos e o fomento à autocomposição, o que é desejável. Nessa onda, pode-se enquadrar a conciliação, a mediação e a arbitragem. Na visão original dos autores:

Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além.

[...] o uso de pessoas leigas ou para profissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinado a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios. [...] inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial. (Cappelletti; Garth, 1988, p. 67-71).

Salutar, portanto, e em boa hora, que a administração pública esteja abandonando a arcaica concepção do dever de atuação positivista (*stricto sensu*) e meramente processualista, para se renovar, de forma disruptiva, caminhando em direção às novas possibilidades de soluções extrajudiciais de conflitos, a partir da adoção da ética como elemento imprescindível ao sistema de normas de conduta dos agentes e gestores públicos perante a administração pública, fundada nos ideais de justiça e do bem comum, consubstanciada nos códigos de ética como valor-fonte da atividade de administração do que é público.

Tudo o mais que diga respeito à vida privada dos agentes públicos e deva ser observado nas esferas de suas relações cotidianas, assim como por qualquer outro cidadão, deve estar positivado na legislação ordinária vigente, mormente nos Códigos Penal, Civil, Tributário etc. Isso posto, não há que se falar na edição de códigos de ética com o mesmo propósito regulatório de condutas já previstas na norma legal.

4. ÉTICA E PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

Visando à coerção de condutas lesivas ao interesse público, o ordenamento jurídico pátrio é pródigo na edição de legislação específica voltada para o controle e fiscalização da atividade administrativa, destacando-se como os exemplos mais eloquentes as medidas: o *habeas corpus*; o *habeas data*; o mandado de injunção; o mandado de segurança, individual e coletivo; a ação popular; a ação civil pública. E, ainda, os dispositivos: a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, sobre a improbidade administrativa; a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, sobre a licitação e contrato; a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, sobre a concessão e permissão de serviço público; a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, sobre a proteção geral de dados pessoais; e a Lei nº 13.869, de 5 de julho de 2019, sobre os crimes de abuso de autoridade.

O traço comum em todo esse arcabouço normativo é a preservação da harmonia do sistema no qual a administração pública, por meio de seus agentes, interage com a sociedade, conjugando os interesses coletivos e particulares, ainda que sob a perspectiva da supremacia do interesse público, mas sem deixar de observar as garantias do indivíduo em face do poder estatal. Nessa seara, a hermenêutica jurídica se vale da eticidade como princípio metajurídico de colmatação das lacunas legislativas e de qualificação das decisões proferidas no âmbito administrativo, na busca permanente pela ponderação de valores entre as condutas irregulares praticadas pelos agentes públicos (*lato sensu*), no exercício de suas atribuições funcionais, e o resultado lesivo aos bens e interesses públicos, independentemente da existência de dolo ou de culpa como elemento subjetivo na prática da conduta, em tese lesiva.

A propósito, é oportuno ressaltar a recente reformulação pela qual passou a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) – Lei nº 8.429, de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal, com a redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021 –, que redefiniu o conceito de ato de improbidade administrativa, tornando-o mais restritivo, e introduziu na redação do seu artigo 9º a expressão “mediante a prática de ato doloso”.

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei. (Brasil, 2021).

Além dessa alteração, nessa redação recente, suprimiu-se a expressão “culposa”, anteriormente presente no artigo 5º: “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” e no artigo 10, cuja redação se dá nos seguintes termos: “Art. 10 Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei” (Brasil, 2021).

De acordo com a nova redação da LIA, somente quando comprovado o dolo do agente público, no sentido de lesar o patrimônio ou interesse do ente estatal, será permitido o enquadramento de conduta, em tese, violadora dos princípios da administração pública e, assim, caracterizado o ato de improbidade administrativa.

Diante das graves consequências que a Lei 8.429/1992 (LIA) impõe aos condenados por improbidade administrativa, o legislador federal entendeu – por meio da alteração trazida pela Lei 14.230/2021, de modo expresso, na redação do art. 10, inc. VIII – ser necessária a comprovação da efetiva perda patrimonial do erário; ao passo que, para a tipificação do art. 11 (dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública), passa a ser exigível a subsunção da conduta tida por ímproba aos exatos termos dos incisos enumerados de III a XII, e não apenas de forma genérica, como descrita na redação do *caput* do referido artigo, deixando, portanto, de ser meramente exemplificativo para se tornar taxativo.

A mudança legislativa restringiu a tipificação do ato de improbidade à comprovação da presença do dolo direto como elemento subjetivo da conduta, de tal sorte que todos aqueles comportamentos irregulares, do ponto de vista da legalidade estrita, nos quais não seja demonstrada a vontade livre e consciente de agir e de produzir o resultado lesivo ao erário, notadamente nos casos das condutas de natureza culposa (de forma negligente, imprudente ou por imperícia) e das consideradas de menor potencial ofensivo, passaram essas a serem consideradas como fato atípico. Desse modo, se excluiu do alcance da lei de improbidade administrativa todas as condutas meramente irregulares, como assim decidido no processo nº 1001023-09.2014.8.26.0281, julgado pela 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme noticiado em matéria veiculada na página eletrônica do Consultor Jurídico (conjur.com.br), edição do dia 19 de junho de 2023, intitulada “Sem prova de dolo, réus são absolvidos em ação de improbidade administrativa”.

A limitação trazida pela reforma da LIA para a responsabilização do agente público por atos de improbidade administrativa (restrita tão somente aos casos em que seja comprovado que a prática da conduta lesiva ao erário e ao patrimônio público e social se deu de forma dolosa, sendo que o mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa) suscita a abertura de uma profunda lacuna jurídica na interpretação normativa de todo o sistema de proteção e tutela da probidade na organização do Estado, no exercício de suas funções e no diálogo das fontes com as demais legislações voltadas para o controle e fiscalização da atividade administrativa ou que guardam pertinência temática com os princípios regentes da administração pública, a fim de dar resposta ao caso concreto a clamar por solução justa.

Entretanto, conforme ensina Megale (2007) – em sua obra *As lacunas da legislação*: inevitabilidade do texto normativo diante do indeterminismo da vida –, segundo a doutrina do espaço vazio, não existem lacunas no ordenamento jurídico, eis que toda a atividade humana está regulada ou não está. Por essa ótica dicotômica, de acordo com as formulações da referida doutrina, “os atos humanos ou são regulados pelo Direito, ou são totalmente livres”. Portanto, não haveria espaço vazio a ser preenchido, mas, sim, a ser limitado pelo ordenamento jurídico, mediante regulação dos atos da vida, juridicamente relevantes, pelas normas jurídicas disciplinadoras de certa porção dos atos humanos e dos fatos sociais. Tudo o mais é livre, é indiferente para o ordenamento jurídico, conforme expressa a autora:

A doutrina do espaço vazio, intensamente repetida nas obras do Direito Penal, é bastante difundida na literatura jurídica que trata da teoria do ordenamento jurídico. Segundo as formulações dessa doutrina, se há ordenamento jurídico, não há de existir lacunas. Isso porque ou o ordenamento regula a atividade humana ou não a regula. Em outras palavras: existem dois olhares do Direito sobre o comportamento do homem; um é de relevância, o outro é de indiferença total. O último é de total desinteresse para o Direito, e não existe nenhuma possibilidade de outro olhar entre os dois descritos. Não há, portanto, lacuna. Os atos humanos ou são regulados pelo Direito, ou são totalmente livres. Jamais ocorre a possibilidade de serem, cumulativamente, regulados e livres. Os atos que são regulados pelas normas jurídicas são os juridicamente relevantes. Aqueles não alcançados pelas normas do Direito são juridicamente irrelevantes. Não há lugar para deficiências no ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico, assim, consiste no conjunto de normas disciplinadoras de certa porção dos atos humanos e fatos sociais. Ele é pleno ou não existe. O âmbito da atividade humana não alcançada pelas normas jurídicas é o espaço vazio, ambiência na qual o homem goza de liberdade jurídica plena. Não há interseção entre o espaço pleno (do ordenamento jurídico) e o espaço vazio (do não ordenamento jurídico). Não há espaço intermediário que possa alojar as chamadas lacunas. O ordenamento jurídico limita-se para dar lugar aos contornos do espaço vazio. Assim, ele não é eivado de lacunas, mas dotado de limite, por si mesmo. (Megale, 2007)

Ocorre que a complexidade das relações humanas faz com que escapem da plenitude do espaço preenchido pelo ordenamento jurídico situações que, muito embora desconsideradas legalmente, produzem influências em diversas outras áreas de interesse comum da vida cotidiana e passam a exigir uma reflexão comportamental e até mesmo existencial para além do regramento impositivo das leis, sem, contudo, abdicar-se do sentimento de pertencimento ao coletivo.

A ética funciona como elo entre esses dois estados de consciência, caracterizados pela relevância jurídica ou pela indiferença total em relação ao comportamento humano, mormente, no que diz respeito ao trato da coisa pública como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social. Como expressão da boa-fé, a ética serve de bússola para orientar as escolhas acerca de como agir diante do interesse maior da coletividade, em conformidade com o brocardo “o que não for bom para a colmeia também não é bom para a abelha”, atribuído ao Barão de Montesquieu.

Mesmo que a reforma da LIA tenha extinto a modalidade culposa da prática de ato de improbidade, restringindo a sua caracterização aos casos em que a conduta lesiva à organização do Estado e aos bens e interesses públicos tenha sido praticada de forma comprovadamente dolosa, não se pode negligenciar o trato da coisa pública, sem qualquer consequência para as condutas

meramente irregulares. A higidez e a harmonia do sistema de organização social decorrem tanto da estruturação do ordenamento jurídico – voltado para a regulação das relações de interesse do Direito, ou do Estado – quanto da observância dos valores metajurídicos, em que a ética exerce o papel fundamental de buscar o equilíbrio do sistema, fazendo da boa-fé objetiva o princípio fundamental do Direito. Nessa perspectiva, as partes possuem o dever de agir com base nos valores éticos e morais da sociedade, decorrendo desse comportamento outros deveres anexos, como a lealdade, a transparência e a colaboração, a serem observados em todas as condutas, no exercício da função pública.

Em resumo, mesmo que determinada conduta funcional não se subsuma à tipicidade legal dos atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429 (LIA), ainda assim, aqueles comportamentos dos agentes públicos classificados meramente como “irregularidades”, no exercício das suas funções, devem requerer a atenção do poder público. Cabe a esse prevenir e coibir quaisquer comportamentos dessa natureza, em prestígio à eficiência e à moralidade administrativas, mediante referência nos códigos de ética, sejam eles de caráter disciplinar ou adotados apenas de forma orientativa, tanto como fonte de consulta e parâmetro de atuação funcional pelos próprios agentes estatais quanto como ferramenta de capacitação, instrução, controle e aferição pelas casas correccionais dos respectivos entes estatais.

Desse modo, não se pode ignorar nem tampouco dispensar a adoção de códigos de ética em todos os órgãos e esferas de manifestação do poder estatal, visto que são condição essencial para manter a própria integridade do sistema da administração pública, na medida em que preserva a sua funcionalidade orgânica e assegura o cumprimento da missão designada constitucionalmente e pela legislação infraconstitucional a cada ente estatal. Ademais, por caminhar em conformidade com os princípios reitores da atividade administrativa dos bens e interesses públicos e com os valores supremos que fundamentam o próprio Estado Democrático de Direito, o código de ética se consubstancia num conjunto de regras de conduta para subsistir ao Direito, que é apenas o “mínimo ético”, servindo de referência para a atuação dos agentes públicos no desempenho de suas funções, de forma proba e efetiva.

5. CONCLUSÃO

A partir do exposto, pode-se definir “ética” como um conjunto de valores e princípios adotados pela sociedade como o padrão de conduta aceitável e incorporado ao comportamento humano, oferecendo um referencial para a eleição e formação de bons hábitos de convivência social, de forma organizada e harmoniosa.

No campo da administração pública, a ética assume um caráter de imprescindibilidade, porquanto age como vetor da conduta dos agentes estatais no exercício da atividade administrativa, aderindo-se aos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público, bem como aos valores ideários de justiça e do bem comum.

A edição dos códigos de ética voltados aos integrantes dos diversos entes da administração pública, com caráter vinculante ou não, materializa o “pensamento ético”, adotado no âmbito dos órgãos estatais, de acordo com as suas peculiaridades de gestão governamental e o padrão de conduta institucional desejável. Desse modo, oferece ainda um referencial de comportamento individual que reflita os valores eleitos em prol da satisfação do bem comum, numa perspectiva de

moderna atuação estatal, empreendida de forma transparente, participativa e comprometida com a busca da plena realização do interesse público.

Por fim, insta ressaltar que os códigos de ética em nada podem inovar o ordenamento jurídico no que concerne à imposição de sanções disciplinares, não se consubstanciando, destarte, em instrumento de controle ou doutrinação institucional; mas devem, simplesmente, buscar despertar a consciência dos agentes públicos quanto ao elemento ético de suas condutas.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social – 8.^a ed. Malheiros, 2008.

BROCHADO, Mariá. O Direito como mínimo ético e como *maximum* ético. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 52, p. 237-260, jan./jun. 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira et al. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Controladoria-Geral da União (CGU) – Instrução Normativa nº 4, de 21 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/43531> - consultado em 21 de junho de 2023.

CORTELLA, Mário Sérgio. Qual é a tua obra?: inquietações propositivas sobre gestão, liderança e ética. 25. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

Manual de Processo Administrativo Disciplinar/CGU. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Brasília. 2017. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual-pad-maio-2017.pdf> - Acesso em: 15 de junho de 2023.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva; A compreensão virtuosa do Direito: reflexão sobre a ética na hermenêutica jurídica. Revista Brasileira de Estudos Políticos – vol. 097, 2008. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/54/52> - Acesso em: 8 de junho de 2023.

. As Lacunas da Legislação: Inevitabilidade do Texto Normativo Diante do Indeterminismo Da Vida. Revista Brasileira de Estudos Políticos – vol. 096, 2007. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/40> - Acesso em: 8 de junho de 2023.

MORAIS, José Leovegildo Oliveira, A Estrutura Normativa da Ética na Administração Pública Federal Brasileira. Escola de Administração Fazendária – ESAF - Projeto: Identificação de modelos e práticas de gestão da ética na administração pública brasileira (executivo federal). Brasília, 2001. Disponível em http://www.cnpq.br/web/guest/view/-/journal_content/56_INSTANCE_0oED/10157/42998 - Acesso em: 10 de junho de 2023.

Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Código de ética e disciplina da OAB – Resolução n.º 02/2015. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf> - Acesso em: 21 de junho de 2023.

. OAB Informativo – edição de 1º de junho de 2023 – disponível em <https://www.oab.org.br/noticia/61052/oab-e-amb-dialogam-sobre-pautas-comuns-a-advocacia-e-a-magistratura> - Acesso em: 2 de junho de 2023.

SÃO PAULO - Tribunal de Justiça. Apelação Cível – Processo numeração única: 1001023-09.2014.8.26.0281 - Acórdão. Relator: PONTE NETO. 9ª Câmara de Direito Público. Data da publicação, em 19 de maio de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/dolo-reus-sao-absolvidos.pdf> – Acesso em: 21 de junho de 2023.

Senado Federal (SENADO). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157326> - Acesso em: 23 de junho de 2023.

SIDOU, José Maria Othon. Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 7.ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

Supremo Tribunal Federal (STF). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticia-Detalhe.asp?idConteudo=325005> - Acesso em: 4 de junho de 2023.

. ADI n.º 2.661-5 MA (Medida Cautelar) – Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387196> – Acesso em: 4 de junho de 2023.

VIAPIANA, Tabata. Sem prova de dolo, réus são absolvidos em ação de improbidade administrativa. Revista Consultor Jurídico – 19 de junho de 2023, 13h44 – Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jun-19/prova-dolo-reus-sao-absolvidos-acao-improbidade> - Acesso em: 21 de junho de 2023.

XX Seminário Ética na Gestão: Ética Pública e Cidadania - Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2019/11/2019-11-2019-cetica-e-um-pilar-essencial-no-combate-a-corrupcao201d-afirma-ministro-da-cgu> - Acesso em: 27 de maio de 2023.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

