

OS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, EFICIÊNCIA, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE E O CONCURSO PÚBLICO

Weida Zancaner

Especialista e Mestre em Direito Administrativo.

Professora de Direito Administrativo e Fundamentos de Direito Público.

SUMÁRIO: 1 O princípio da probidade administrativa e o concurso público; 2 Concurso público e o princípio da eficiência; 3 O concurso público e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Referências Bibliográficas.

1 O PRINCÍPIO DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA E O CONCURSO PÚBLICO

A Constituição de 1988 ao positivizar o princípio da moralidade, fez que juristas de mão e sobre-mão enfrentassem o tema buscando tecer-lhe os contornos, para tentar enfrentar a corrupção endêmica que sempre assolou nosso país e que teve início na época colonial que espoliou nossas riquezas e fragilizou o sentimento nacional de valorização do homem da terra, seus ideais e sua cultura.

Para Carmen Lúcia “a moralidade administrativa reflete ou condensa uma moral extraída do conteúdo da ética socialmente afirmada, considerando esta o conjunto de valores que a sociedade expressa e pelos quais se pauta em sua conduta.”¹

Juarez Freitas ensina que:

o princípio da moralidade, no campo administrativo, não há de ser entendido como singelo conjunto de regras deontológicas extraídas da disciplina interna da Administração. Na realidade, é extremamente mais: diz com os padrões éticos de uma determinada sociedade, de acordo com os quais não se admite a universalização de máximas de conduta que possam fazer parecer os liames sociais.²

1 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 191.

2 FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 69.

Diz Márcio Cammarosano em obra preciosa:

O princípio da moralidade, para nós, é constituído de uma constelação de valores juridicizados – não todos – e intimamente relacionados, sim, com a liberdade de querer e agir, de determinar-se, que a ordem jurídica assegura, aqui e acolá, de forma explícita ou implícita, a agentes públicos. Esta liberdade, observados os limites extraíveis do mundo normativo e das circunstâncias do mundo fenomênico, do caso concreto, diz respeito ao exercício de competência discricionário. Mas o agente público, como homem, é um ser livre. E o poder determinar-se a si próprio pode levá-lo também a conscientemente, violar o Direito em face do exercício de competência vinculada. A pretexto, pois, de exercitar competências, quer discricionárias, quer vinculadas, o agente público pode violar a ordem jurídica simplesmente. Mas pode violá-la em circunstâncias tais que seu agir não se faz apenas inválido, mas ofensivo à moralidade administrativa.³

O jurista, ao que nos parece, não destoa de nossa opinião. Tal qual Cammarosano não achamos possível confundir Direito e Moral, mas achamos que a norma jurídica é finalística e busca a realização de valores sociais. Assim, toda norma realiza, veda ou permite uma conduta que traduz valores sociais dominantes ou desejados em uma determinada época.

Moralidade é um conceito fluído, que após sua recepção na Constituição de 1988, passou a ser um conceito jurídico indeterminado. Ora, os conceitos indeterminados, quando juridicizados perdem, ao menos parcialmente, a fluidez de que padecem na linguagem natural por duas razões: 1) ou por ter seus limites fixados em uma norma jurídica: 2) ou porque a fluidez se esvai quando da aplicação da norma ao caso concreto. Entretanto, inúmeras vezes o conceito não se objetiva integralmente quando de sua aplicação. Nessa hipótese restará uma conexão entre os valores sociais fixados em uma determinada época e sociedade e a regra de direito a ser aplicada e os aplicadores do Direito não poderão fixar os conceitos fluídos, vagos e imprecisos em total dissonância com os valores vigentes, sob pena de se instaurar o arbítrio ou de se fraudar o caráter finalístico do Direito positivado.

Portanto, por inexistir norma positiva abrangente do conceito de moralidade, ele deve ser sacado do próprio conceito de moralidade vigente em uma determinada sociedade e em uma determinada época. Aliás, como a Moral interpenetra toda atividade humana não haveria possibilidade fática de se objetivar, em uma norma jurídica, um conceito de moralidade

³ CAMMAROSANO, Márcio. *O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.98.

prestante para precisar milimetricamente quando um comportamento deve ser ou não considerado moral pelo ordenamento jurídico positivado.

Entretanto, é bom que se esclareça que o conceito de moralidade não deve ter por parâmetro a conduta social das pessoas, *mas o que elas entendem como moralmente correto, o que dizem ser correto como valor que exprime o consenso social* e os valores albergados pelo sistema jurídico positivo.

A compreensão que temos acerca do tema, nos induz a concluir que a moralidade é recepcionada pelo sistema jurídico positivo como um todo e não uma pontualização de tópicos onde deva ser tida como vigente. A moralidade, ao ser absorvida pelo direito posto, se espalha por todo o sistema normativo, não se alocando, necessariamente, na norma “A” ou “B”. Entretanto, muito embora permeie o sistema, é autônoma no sentido de que não pode ser objetivada pontualmente em cada uma das normas jurídicas, e, portanto, diluída simplesmente no mero enunciado do princípio da legalidade.⁴

Acompanhamos o posicionamento de José Afonso da Silva⁵, Francisco Otávio de Almeida Prado⁶, Marcelo Figueiredo⁷ e Aristides Junqueira Alvarenga⁸ de que não há confundir improbidade administrativa com imoralidade.

A imoralidade é gênero da qual a improbidade é espécie, ou como ensina José Afonso improbidade administrativa é forma qualificada de imoralidade administrativa.

Aristides Junqueira conceitua improbidade administrativa como *“espécie do gênero imoralidade administrativa, qualificada pela desonestidade da conduta do agente público, mediante a qual este se enriquece ilícitamente, obtém vantagem indevida, para si ou para outrem ou causa dano ao erário”*,⁹ ou ainda, tendo em vista a lei de improbidade administrativa, descumpre os princípios da Administração Pública.

O concurso público visa atender o princípio da probidade administrativa, pois impede, por ser um procedimento marcado pela impessoalidade, que o agente público aja com favoritismo ou perseguições quando das nomeações servidores ou contratações de pessoal para cargos e empregos públicos, tanto na administração direta como na indireta.

4 Nesse sentido nos pronunciamos in *Razabilidade e Moralidade: Princípios Concretizadores do Perfil Constitucional do Estado Social e Democrático de Direito*. “Direito Administrativo e Constitucional – estudos em homenagem a Geraldo Ataliba”, p. 619-632. v. 2. Organizador: Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 1997.

5 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 616.

6 PRADO, Francisco Octávio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 16

7 FIGUEIREDO, Marcelo *Probidade Administrativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1977. p. 20.

8 ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro, p. 86 e ss. In *Improbidade Administrativa - Questões Polêmicas e Atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

9 *Ibid.*, p. 88.

2 CONCURSO PÚBLICO E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O princípio da eficiência veio no bojo da emenda constitucional nº 19, causando, só por isso, justo receio em todos aqueles que respeitam o Direito e não aceitam remendos espúrios à Constituição.

Por ter vindo sob o signo do obscurantismo que assolou o país no governo do Sr. Fernando Henrique Cardoso, o princípio da eficiência veio impregnado pelas idéias implantadas pelo neoliberalismo de M. Thatcher, onde lucro e eficiência quase se tornaram sinônimos.

Emerson Gabardo bem captou essa idéia quando grafa:

Não é possível, portanto, admitir uma espécie de legitimação do Direito fundada na sua eficiência, ainda que da eficiência decorra a crise, por que mesmo nos momentos de instabilidade e carência de legitimidade não podem ser abandonados os valores e princípios, nem a objetivação da justiça. Daí ser absolutamente justificável o preconceito observado na doutrina brasileira com relação ao valor eficiência, cuja construção doutrinária atual tem referência em teorias político-jurídicas de natureza liberal que não entendem com valor supremo o bem estar social, mas sim a conclamada “maximização da riqueza social.”¹⁰

A eficiência do Estado liberal se contrapõe ao valor eficiência do Estado Democrático.

Exemplificando: *se eficiência é a ação de produzir o efeito desejado* poder-se-ia supor, erroneamente, num mundo neoliberal, que um banco estatal deveria obrigatoriamente gerar lucro, tal qual um banco privado, o que implicaria em importar conceitos do Direito Privado para o Direito Público, destruindo a razão de ser do Estado Democrático de Direito, pois não há supor que os interesses dos bancos estatais possam ser idênticos aos interesses dos bancos privados. Podemos mesmo dizer que esses interesses são antagônicos.

Assim, para que o princípio da eficiência seja útil para o Direito Público e constitua-se em princípio capaz de controlar a conduta do administrador, teremos que escoimá-lo de qualquer visão privatista ou neoliberal, sob pena de afronta ao nosso sistema jurídico-positivo.

Um enfoque publicista do princípio da eficiência terá que atrelar este princípio ao princípio da legalidade, e aí não há como não se reportar ao princípio da Boa Administração de que tratam Giuseppe Fazio e Guido Falzoni na doutrina italiana, essencial não só para sindicar o comportamento do agente público no Estado Social e Democrático

¹⁰ GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado*. São Paulo: Manole Ltda, 2003. p. 151.

de Direito, mas também para ditar o rumo a ser perseguido pelos entes estatais na consecução do interesse público primário.

Assim, o princípio da eficiência, escoimado de valores neoliberais, exige que o acesso a cargos e empregos públicos se dê por concurso público, já que através deste procedimento o Estado poderá selecionar os candidatos mais aptos¹¹ para o desempenho de uma determinada função pública.

3 O CONCURSO PÚBLICO E OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Para Celso Antônio, enuncia-se com o princípio da razoabilidade que:

a Administração, ao atuar no exercício da discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas --- e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis -- as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas em desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada¹²

Em suma: um ato não é razoável quando não existiram os fatos em que se embasou; quando os fatos, embora existentes, não guardam relação lógica com a medida tomada; quando mesmo existente alguma relação lógica, não há adequada proporção entre uns e outros; quando se assentou em argumentos ou em premissas, explícitas ou implícitas que não autorizam, do ponto de vista lógico, a conclusão deles extraída.

Postulamos alhures, que o princípio da razoabilidade não deriva de outros, pois é da própria essência do Direito. O Direito, como experiência histórico cultural, foi feito para seres racionais. Portanto, as normas desarrazoadas são desagregadoras do sistema jurídico, por romper-lhe a coesão, o que, só por si, constitui afronta ao princípio da segurança jurídica

11 O concurso público prestigia a competência dos concursandos em detrimento da personalidade. Sobre a ética republicana Fábio Comparato grafa: "*No plano pessoal a ética republicana exige que os governantes não transformem o Estado no seu domínio particular; pela sobreposição dos seus sentimentos ao interesse público, quer favorecendo indevidamente amigos e parentes, quer prejudicando os inimigos, ou preterindo os desafetos, embora altamente competentes, na ocupação dos cargos públicos.*"

12 MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. rev. atual. e ampl. Malheiros, 2007. p. 105.

e da legalidade. Tanto assim é que sequer se admitem interpretações que desemboquem em resultados com ele incompatíveis.¹³

O princípio da proporcionalidade deve ser considerado a outra face do princípio da razoabilidade. Esses princípios não podem ser dissociados, nem lógica nem juridicamente, pois a proporcionalidade é um dos aspectos da razoabilidade.

O princípio da proporcionalidade determina que o comportamento administrativo seja congruente, em intensidade e extensão, quando da consecução do interesse público ao qual está obrigado a atingir, em um determinado caso concreto.

Assim, descabe à Administração Pública o exercício excessivo de sua competência para resguardar ou atingir o interesse público que lhe compete curar, pois como ensina Celso Antônio:

o plus, o excesso acaso existente, não milita em benefício de ninguém. Representa, portanto, apenas um agravo inútil aos direitos de cada qual. Percebe-se, então, que as medidas desproporcionais ao resultado legitimamente alvejável são, desde logo, condutas ilógicas, incongruentes. Ressentindo-se deste defeito, além de demonstrarem menoscabo pela situação jurídica do administrado, traindo a persistência da velha concepção de uma relação soberano-súdito (ao invés de Estado-cidadão), exibem, ao mesmo tempo, sua inadequação ao escopo legal. Ora, já se viu que inadequação à finalidade da lei é inadequação à própria lei. Donde, atos desproporcionais são ilegais e, por isso, fulmináveis pelo Poder Judiciário, que, sendo provocado, deverá invalidá-los quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado.¹⁴

A índole do Direito positivo, como nos ensina Recaséns Siches¹⁵, não é permanecer *no reino das idéias puras, válidas em si* e por si, pois nasceram para serem aplicadas.

A razão de ser do Direito positivo é sua efetivação, conforme leciona o Mestre da lógica do razoável quanto grafa: *“puesto que el Derecho*

13 Conforme postulamos em: *Razoabilidade e Moralidade: Princípios Concretizadores do Perfil Constitucional do Estado Social e Democrático de Direito*. “Direito Administrativo e Constitucional – estudos em homenagem a Geraldo Ataliba”, v. 2. Organizador: Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 619-632.

14 MELO, op. cit.

15 Em seu monumental tratado sobre a lógica do razoável, Recaséns Riches leciona: “*La índole del Derecho positivo no consiste en constituir un reino de ideas puras, válidas em si mismas, válidas por sí solas, con abstracción de toda aplicación real a situaciones concretas de la vida. Por el contrario, la índole del Derecho positivo consiste en constituir unos pensamientos humanos, concebidos al conjuro de determinadas necesidades prácticas em la vida social, y destinados a modelar normativamente unas ciertas situaciones reales de esa vida de relación: modelar precisamente las situaciones reales que suscitaron la elaboración de esas normas. Dependen de la circunstancia; son circunstanciales.* in Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, p. 274, 2. ed. Mexico: Porrúa, S.A., 1973.(grifamos)

*nace de la vida humana social y está destinado a la vida humana social, habrá de reflejar los caracteres de esa vida humana, de las situaciones concretas de la misma.*¹⁶

O artigo 37, II da Constituição Federal ao determinar que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, “*de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego*”, expressamente assumiu o princípio da proporcionalidade para nortear os concursos públicos. (grifamos).

Assim, os concursos públicos que exigirem dos interessados conhecimentos muito mais amplos do que os necessários para o exercício da profissão ou atividade em razão das quais foram instituídos devem ser considerados inválidos por desatenderem o princípio da proporcionalidade e, conseqüentemente, o da razoabilidade.

Também, não pode ser considerado válido concurso público que exija dos concursandos capacitação física não compatível com o exercício da profissão que motivou a abertura do concurso. O mesmo se dá quando a exigência de capacitação técnico-profissional for excessiva para o desempenho de um dado cargo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Aristides Junqueira. *Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro*.

CAMMAROSANO, Márcio. *O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2006.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1977.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado*. São Paulo: Manole Ltda, 2003.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. rev. atual. e ampl. Malheiros, 2007.

¹⁶ SICHES, Luis Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretacion del Derecho*, 2. ed. Mexico: Porrúa, S.A., 1973. p. 276. Miguel Reale, ensina no mesmo sentido *in* *Lições Preliminares de Direito*, 4. ed. Saraiva, 1977. p. 199. “*Poder-se-á dizer que o Direito nasce do fato e ao fato se destina, obedecendo sempre a certas medidas de valor consubstanciadas na norma.*”

PRADO, Francisco Octávio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SICHES, Luis Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. 2. ed. Mexico Porrúa, S.A., 1973.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.