

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: INSTRUMENTOS PARA O CONTROLE PREVENTIVO

*ADMINISTRATIVE MISCONDUCT: INSTRUMENTS
FOR PREVENTIVE CONTROL*

Marcelo Rodrigues da Silva

Procurador Federal

*Docente do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM
mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Improbidade Administrativa: conceito e delimitação; 2 Instrumentos para o controle preventivo da improbidade administrativa; 2.1 Princípios da Administração Pública; 2.2 Tribunal de Contas; 2.3 Códigos de Conduta da Administração Pública; 2.4 Ombudsman; 2.5 Incompatibilidades; 2.6 Monitoramento de Rendas e Evolução Patrimonial; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Analisa as formas de controle preventivo à improbidade administrativa. A partir da definição de ato de improbidade, trata da necessidade de sua prevenção e elenca os diversos meios de controle dos atos dos agentes públicos. Examina os princípios da Administração Pública, a atuação dos Tribunais de Contas, os códigos de conduta, a figura do ombudsman, as incompatibilidades a que se sujeitam os agentes públicos e o monitoramento de rendas e evolução patrimonial. Conclui pela percepção de que, em certa medida, a sociedade é culpada pela impunidade dos agentes desonestos, não sendo necessários novos diplomas legais acerca do tema, mas a ativa participação da coletividade não admitindo atos de improbidade e exigindo a punição dos faltosos.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade Administrativa. Prevenção. Agentes Públicos. Administração Pública.

ABSTRACT: It examines the forms of preventive control for administrative misconduct. From the definition of the act of misconduct, addresses the need for its prevention and control means the various details of the acts of public servants. Examines the principles of public administration, the performance of the courts of Auditors, the codes of conduct, the figure of the ombudsman, the incompatibilities that facing the public agents and the monitoring of income and asset development. Concludes by perception that, to some extent, society is guilty by impunity of dishonest agents, not being necessary new legislation on the subject, but the active participation of collectivity not admitting acts of impropriety and demanding the punishment of misconduct.

KEYWORDS: Administrative Misconduct. Prevention. Public Servants. Public Administration.

INTRODUÇÃO

Sempre se exigiu daqueles que administram a coisa pública honestidade e lisura em seus negócios, tanto particulares quanto públicos. É direito fundamental do cidadão fazer-se dirigir e representar por um governo justo integrado por homens virtuosos e honestos. A preocupação surge quando o agente enverada no caminho da imoralidade, da ilegalidade, da desonestidade, e, enfim, no caminho que é avesso a tudo quanto dele legitimamente se espera.

A Constituição de 1988 ocupou-se em disciplinar o tema no § 4.º de seu artigo 37: estabeleceu duras penas a serem aplicadas ao agente público autor de atos de improbidade. O dispositivo foi regulamentado pela Lei nº 8.429/92, alcinhada “Lei de Improbidade Administrativa”, que cuidou em definir hipóteses nas quais o ilícito ocorre e o procedimento judicial voltado a aplicar as penas capituladas no Texto Constitucional e outras nela consignadas.

O sistema cuida, assim, da repressão ao ato ímprobo, i.e., a punição *ex post facto*, em momento que a Administração e a sociedade já sofreram o prejuízo. Todavia, o que a norma constitucional busca, em primeiro plano, é justamente evitar que o dano (ato de improbidade) ocorra, não se conformando apenas com a punição dos infratores e a recomposição do erário.

Por outro lado, a experiência prática demonstra a ineficácia do sistema repressivo. O Cadastro Nacional dos Condenados por Improbidade Administrativa, instituído pela Resolução nº 44/07 do Conselho Nacional de Justiça, evidencia a falta de adesão à ação de improbidade administrativa, malgrado a Lei nº 8.429/92 estar em vigência a cerca de 20 anos¹. Outro fator que milita em prol da ineficácia do sistema repressivo é a ausência de aparelhamento específico para o Poder Judiciário administrar tais ações. Não se tem conhecimento da existência de varas especializadas em demandas que versem improbidade administrativa, a exemplo do que ocorre em tema de falência, infância, registros públicos, crimes contra o sistema financeiro, etc.

O tortuoso procedimento preliminar instituído pela malsinada Medida Provisória nº 2.225-45/01, aliado à complexidade que, de

¹ Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, até 17/01/2011 a Justiça brasileira totalizava 3.393 condenações transitadas em julgado pela prática de ato de improbidade administrativa.

ordinário, cerca a matéria probatória posta em debate, faz com que as ações de improbidade administrativa tramitem por tempo médio superior ao dobro daquele dispensado às demais ações cíveis. Ao cabo da lide, de regra, o prejuízo não é reparado porque o patrimônio do causador do dano esvaiu-se, remanescendo o sentimento geral de impunidade.

A todas as luzes, este sistema, embora necessário, não basta a evitar que o ilícito se perpetue. Daí a necessidade de investigação acerca dos instrumentos de prevenção ao ato desonesto. Trata-se de controle que, muito antes de reprimir, objetiva evitar que o ato ímprobo surja, ou ainda, que seja detectado na fase inicial de surgimento.

O tema é atual frente às incursões que diversos agentes fizeram e fazem contra a coisa pública. Os escândalos vêm à tona quando, no mais das vezes, o prejuízo já se consumou. Num país em que os recursos são escassos e limitados, mal e mal sendo suficiente a propiciar a todos um mínimo existencial digno, a prevenção contra atos desonestos de parte dos agentes públicos é mais do que necessária.

1 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: CONCEITO E DELIMITAÇÃO

De modo geral os homens conduzem com esmero seus negócios particulares, atuando com boa fé, retidão e honestidade. Dedicando-se, todavia, a seus negócios privados, não dispõe de tempo e nem interesse para lidar com o que a todos pertence, i.e., a coisa pública.

Surge daí a necessidade de eleger pessoas dedicadas e capazes de gerir os negócios públicos. Inobstante a fragilidade do controle social sobre seus atos, são grandes as responsabilidades postas sobre os ombros do agente público. Seja pela vasta dimensão de tarefas a cumprir, seja pela modicidade de recursos que, de ordinário, são postos à sua disposição, seja pelos entraves burocráticos típicos da máquina pública, o agente encontra várias barreiras a sua frente, não podendo render-se aos 'caminhos fáceis', às venalidades, aos assédios do Poder Econômico.

Justamente por conta das sabidas dificuldades enfrentadas na Administração Pública é que se espera de todo aquele que exerce uma função pública a retidão de caráter, a honestidade, a boa fé, a integridade e a honradez superiores, ou no mínimo idênticas, àquelas com que conduz seus negócios privados. Em uma só frase: todo o agente público tem o dever de atuar com probidade na gestão da coisa pública.

A probidade, assim, consiste na qualidade do homem público que não transige com valores éticos e morais; que atua com honestidade, lealdade, boa fé e dignidade; que respeita a função pública, o patrimônio público e o administrado; que atua conforme as leis e segundo os princípios retores da Administração Pública; que, enfim, respeitando as regras democráticas do Estado de Direito, atende às necessidades públicas e aos interesses da coletividade.

Probidade não se confunde com moralidade. Esta, na verdade, está inserida naquela. O respeito à moral é um dos pressupostos que, aliado a outras virtudes, alcança o qualificativo de agir *probo*. Não basta respeitar à moralidade para ser *probo*. É necessário mais. É necessário respeitar valores éticos, ser honesto, respeitar o próximo, cumprir as leis e, no campo da Administração Pública, respeitar os princípios da Administração, zelar pelo patrimônio público e atender aos interesses da coletividade.

Na realidade, probidade no trato da coisa pública é conceito aberto² que engloba todas as virtudes de um bom administrador, de um bom pai de família, de um bom cidadão e de um bom administrado. É legítimo esperar-se que o agente público não faça nada errado, assim entendida qualquer transgressão a regras de natureza não apenas legal, mas ética, moral, social e familiar.

Não se espera, todavia, que o agente público seja um ser sobre humano. Busca-se apenas que no trato da coisa pública cumpra um dos princípios fundamentais do direito, qual seja, *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (viver honestamente, não prejudicar outrem, dar a cada um o que é seu).

O agente que, de algum modo, frustra essas justas expectativas opera no campo da improbidade, conduta a ser prevenida pela adoção dos mecanismos a seguir elencados.

2 INSTRUMENTOS PARA O CONTROLE PREVENTIVO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

As formas de prevenção aos atos desonestos praticados por agentes públicos tem ganhado destaque em face de suas inquestionáveis

2 Maria Sylvania Zanella di Pietro, para quem, em sentido amplo, moralidade administrativa se identifica com probidade administrativa, afirma tratar-se de conceito jurídico indeterminado, i.e., “trata-se de conceito de valor, sem conteúdo jurídico preciso que possa ser definido pelo direito positivo” (*Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.696).

vantagens, das quais destacamos: evitar que o ilícito se perpetue, ou, quando menos, detectá-lo em sua fase inicial, quando o prejuízo patrimonial e social decorrente é menor e ainda passível de reparação.

O ordenamento jurídico contempla diversas formas de controle: princípios que orientam a atuação da Administração e consequentemente dos executores de seus atos materiais (i.e., os agentes públicos); normas éticas e deontológicas; sistema de fiscalização orçamentária, financeira, patrimonial e contábil; sistemas de controle externo; regras tendentes a evitar favorecimentos; e monitoramento da evolução patrimonial.

É desses mecanismos que passaremos a tratar.

2.1 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A estrutura da Administração Pública definida pela Constituição Federal de 1988 foi edificada sobre os pilares da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e, a partir da EC-19/98, da eficiência. São esses os alicerces, os princípios retores da Administração. O desrespeito a qualquer desses princípios ameaça de ruína a estrutura arquitetada pelo Texto Magno.

Ante sua importância, e com vistas a não tornar o presente trabalho enfadonho, passamos em celeridade revista aos princípios elencados.

Segundo o princípio da legalidade, é dado ao administrador atuar “se” e “quando” a lei o disser. Difere da chamada legalidade negativa, afeta ao administrado, que tudo pode exceto o que a lei veda. Portanto, o agente público restringe seu agir àquilo, e somente aquilo, que a lei determina que o faça.

O princípio da impessoalidade determina que a Administração opere em favorecimentos, sem privilégios, tratando de igual modo todos os administrados que se encontrarem na mesma situação. É a efetivação do princípio da isonomia por parte da Administração, que deve repudiar toda forma de distinção imotivada e injustificada. É também com base na impessoalidade que a Administração Pública responde, perante terceiros, pelos atos praticados por seus agentes. Isto porque o agente público é mero instrumento da vontade estatal (no mais, fundada em lei), não agindo em seu próprio nome ou interesse, mas no interesse e em nome da Administração.

Já o princípio da publicidade impõe o dever de transparência. Para alcançar eficácia e validade, os atos da Administração devem ser públicos, conhecidos pelos administrados. Não há ato administrativo válido e eficaz sem publicidade. Sua finalidade é permitir o controle dos atos da Administração. Apenas em tema de soberania nacional e segurança pública o princípio em debate sofre mitigação.

A eficiência, princípio inserido no rol do artigo 37 da Constituição Federal pela EC-19/98, consiste na adequada e racional utilização dos recursos públicos do modo mais econômico e mais vantajoso para o interesse público. É o dever de buscar o melhor resultado com os recursos que o administrador tem a sua disposição.

Por força do princípio da moralidade, o administrador deve agir com boa fé, lealdade e honestidade, respeitando valores éticos e abstendo-se de condutas maliciosas, sorrateiras e que possam confundir ou dificultar o exercício de direitos por parte dos administrados. A Administração não busca a vantagem, mas a plena satisfação do interesse público. Nesse passo, está proibida de adotar qualquer ardil tendente a prejudicar o interesse de terceiros.

Individualmente considerados, os princípios não representam mais que exortação ao bom desempenho da atividade administrativa. Por isso devem ser entendidos e respeitados como estrutura indivisível que alicerça a Administração Pública. Não basta observância da legalidade, ou da moralidade, ou da publicidade, e menoscabo aos demais postulados. Todos devem, igualmente, ser respeitados, sob pena de ruir o edifício.

O agente que, atendendo uma necessidade pública, no exercício de sua competência legal, promove desapropriação de imóveis para a realização de obra pública, respeitando a publicidade necessária ao ato, sem que, para tanto, disponha de recursos orçamentários (inviabilizando, assim, todo o projeto), infringe o princípio da eficiência e, por conseguinte, pratica ato de improbidade. Aquele que edita ato normativo fixando em horas o prazo para o administrado impugnar decisão que lhe é desfavorável, mesmo respeitando os demais princípios afetos à Administração Pública, por ofender a moralidade administrativa, pratica ato de improbidade. Também o agente que, garantido por hipótese dispensa de licitação, atento aos demais princípios, contrata empresa titularizada pelo cônjuge, por ofensa à impessoalidade, viola a probidade administrativa.

Os princípios da Administração devem ser enxergados como um conjunto incindível, como um bloco monolítico e indivisível de deveres a serem cumpridos pelo agente no desempenho da função pública. O desrespeito, a um deles que seja, configura ato de improbidade administrativa, tal como prescrito no artigo 11 da Lei nº 8.429/92.

Portanto, a primeira forma de controle preventivo contra a improbidade administrativa é o agente ter conhecimento de que não basta o respeito a alguns dos princípios em exame, mas à sua totalidade. Se o agente tem sua conduta pautada pela legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência e publicidade, não poderá ser qualificado como ímprobo. Em outras palavras, somente haverá probidade se o atuar do agente público respeitar, em conjunto, esses princípios.

2.2 TRIBUNAL DE CONTAS

É clássica a distinção entre as formas de controle da Administração Pública: controle interno, exercido pelo próprio Órgão, e controle externo, exercido pelo Poder Legislativo secundado pelo Tribunal de Contas. Insere-se, pois, nas atribuições da Corte de Contas a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das Pessoas Políticas e da Administração Indireta, bem assim como de todos, pessoas naturais ou jurídicas, quantos utilizem, arrecadem, guardem, fiscalizem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens ou valores públicos, ou ainda que assumam obrigações pecuniárias em nome daquelas³.

A análise dos incisos I a VIII do artigo 71 da Constituição Federal leva à percepção de que os Tribunais de Contas exercem controle *'ex post facto'*, i.e., posterior à prática do ato. Não se trata, assim, de controle preventivo ao ato desonesto, mas controle posterior, e como tal, repleto dos aspectos negativos (e muitas vezes ineficientes) que cercam essa modalidade de fiscalização⁴.

Ocorre, todavia, que as competências das Cortes de Contas não se limitam aos incisos I a VIII do artigo referido. Outras há que põe em relevo sua vocação de prevenir a prática do ato de improbidade.

3 CF, art.70.

4 É dizer, o controle posterior não impede que o dano ao erário ocorra. Visa, segundo dissemos, evitar sua reiteração.

Nesse sentido merece destaque a atuação consultiva dos Tribunais de Contas. Antes de efetivar o investimento, ao agente público é franqueado indagar à Corte qual interpretação dos dispositivos legais e regulamentares é a adequada ao caso concreto⁵. Inequivocamente esta atuação tem o escopo de coibir desvios à legalidade e, conseqüentemente, a prática de ato de improbidade, quando menos, por infração aos princípios da Administração Pública⁶.

Uma vez detectada a ilegalidade do ato ou contrato, a Corte pode assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias à sua retificação, i.e., para que seja respeitada a legalidade⁷. Caso não adotadas as providências necessárias ao convalhecimento do ato, a Corte poderá suspender sua execução, de tudo comunicando o Parlamento⁸. Forte nessa competência, o Órgão de Contas evita sejam causados prejuízos ao erário, num primeiro momento obrigando o agente público a promover os reparos necessários no ato ou contrato administrativo, e num segundo momento impedindo que o negócio jurídico opere efeitos.

Vale, por oportuno, uma ressalva: em se cuidando de contrato administrativo, a primazia para frear sua execução é do Parlamento. Caso a inércia desta Casa se estenda por mais de 90 dias, instaura-se, a partir de então, a competência do Tribunal de Contas para suspender sua execução⁹.

Para o bom desempenho dessas atribuições, o Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento de que a Corte de Contas detém competência plena para o exame da constitucionalidade de leis e atos administrativos submetidos a seu controle (súmula 347: o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público). A justificativa é simples: o ato ou contrato administrativo submetido a exame pode

5 Dispõe sua Lei Orgânica que compete ao Tribunal de Contas da União responder “consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no regimento interno” (Lei nº 8.443/92, art.1º, XVII).

6 Lei n. 8.429/92, artigo 11.

7 CF, art.71, IX.

8 CF, art.71, X.

9 CF, art.71 §§ 1º e 2º.

fundar-se em lei que ofende à Constituição. Nesses casos, a aferição da constitucionalidade da norma antecede o exame do ato concreto.

O controle externo da Administração Pública a cargo do Tribunal de Contas realiza-se, como visto, não somente após a prática de atos e a celebração de contratos administrativos, mas também prévia e concomitantemente à realização. Efetiva-se, assim, em momento onde é possível, ou evitar a prática do ato ímprobo, ou reduzir os prejuízos dele decorrentes.

Por fim, a Corte de Contas tem estrita atuação no combate ao enriquecimento ilícito. Ocupando-se em monitorar a evolução patrimonial dos agentes públicos¹⁰, pode exigir a comprovação de origem dos bens e rendas amealhados¹¹. Com isso previne-se que o agente desonesto possa acumular bens injustamente valendo-se das facilidades propiciadas pelo cargo.

2.3 CÓDIGOS DE CONDUTA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A improbidade floresce nos campos onde não é semeada a ética e não se colhem valores morais. A ética permite distinguir, com clareza, o que é certo e o que é errado. A moral orienta a retidão de conduta, a prática da equidade e o sentido da justiça. São preceitos metajurídicos que preenchem o ser humano e permitem o convívio social harmônico e equilibrado.

Na tradição ocidental, especialmente nos países de origem romano-germânica (*civil law*), a profusão de relações jurídicas travadas na sociedade moderna não se compraz com a adoção de regras implícitas, preceitos metajurídicos não escritos mas seguidos por costume, ainda que em tema de ética e moral.

Surge, daí, os códigos de ética profissional ou códigos deontológicos. São regras de condutas afetas a determinadas categorias profissionais (a exemplo dos advogados, médicos, engenheiros, etc), criadas e positivadas pelos próprios pares. Tais regras apelam respeito à eticidade e à moralidade do profissional, seja no trato entre colegas, seja na lida com os destinatários finais dos serviços profissionais.

10 Lei n. 8.730/93, art.1º, § 2º.

11 Lei n. 8.730/93, art.2º, § 7º, b.

O ponto marcante dos códigos de ética é a enunciação específica de deveres e vedações a serem observados pelos destinatários. A eticidade, portanto, consiste no objetivo respeito às suas disposições, conferindo-lhes operatividade e evitando discussões ou julgamentos prolongados e desgastantes.

De par com tratados internacionais para o combate à corrupção¹², foi criada, no âmbito da Administração Pública Federal, duas espécies de código de conduta profissional dos agentes públicos: o Código de Conduta da Alta Administração Federal (objeto da Exposição de Motivos nº 37, de 18/08/2000) e o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (Decreto nº 1.171/94). O primeiro dedica atenção às altas autoridades públicas da União, assim considerados os Ministros e Secretários de Estado, os titulares de cargos de natureza especial (NES) ou equivalente, os titulares de cargos do Grupo Direção e Assessoramento Superiores (DAS) nível 06, bem como os presidentes e diretores das pessoas jurídicas que integram a Administração Indireta. O segundo é voltado a todos os demais servidores civis do Executivo Federal.

No campo da prevenção aos atos de improbidade, relevantes são as obrigações das altas autoridades prestarem informações acerca de sua situação patrimonial que, real ou potencialmente, possa gerar conflito com o interesse público¹³; informar atos de gestão patrimonial que envolva transferência de bens a parentes, aquisição do controle de empresas, alterações significativas em seu patrimônio, ou ainda situações que possam gerar valorização substancial dos bens em decorrência de ato governamental¹⁴; e declarar seu impedimento para a prática de atos ou tomada de decisões, sempre que tal ocorra¹⁵.

Para conferir eficácia aos códigos de conduta, foi criado o Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal (Decreto nº 6.029/07). Trata-se de sistema unificado de controle da ética pública no âmbito da Administração Federal que se desenvolve através das atividades de

12 A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, em seu artigo 8.o, determina a edição de códigos de conduta para os agentes públicos como forma de difundir os deveres de honestidade, integridade e responsabilidade, indicando, como modelo, o Código Internacional de Conduta para os Agentes Públicos anexo à Resolução da Assembleia Geral nº 51/59, de 12.12.1996.

13 Código de Conduta da Alta Administração Federal, art.4º.

14 *Idem*, art. 5º.

15 *Idem*, art. 10

consultoria, interpretação e julgamento das consultas e das condutas dos agentes públicos.

Inobstante eivado de mais efetivo caráter coercitivo¹⁶, os códigos de conduta orientam e controlam a atuação do agente público, prevenindo a concretização de atos tendentes a causar prejuízo ao erário, a ofender princípios da Administração Pública, ou mesmo a gerar enriquecimento sem causa.

2.4 OMBUDSMAN

Uma das mais eficazes formas de controle preventivo contra a improbidade é a existência de meios simples e diretos de comunicação e denúncia postos a disposição da sociedade. A certeza de que os eventuais desvios serão investigados, ainda que comunicados por uma simples ligação telefônica, e-mail ou carta, de um lado tranquiliza e conforta a população, e de outro, coloca o agente público em estado de vigilância e atenção (uma vez que a sociedade se põe a fiscalizar suas atividades).

A figura do ombudsman, surgida na Constituição sueca de 1809, atende a essa necessidade: um agente público, dotado das garantias funcionais de independência e inviolabilidade, se posta a fiscalizar a prestação dos serviços públicos e a receber as denúncias da sociedade, preliminarmente investigando-as e posteriormente encaminhando-as aos órgãos estatais repressivos. Assim, o ombudsman goza de trânsito livre pelos mais diversos órgãos estatais, podendo adotar todos os meios necessários ao bom desempenho de suas atividades (examinar documentos, realizar constatações *in loco*, expedir intimações, etc.).

No Brasil, essas atribuições são pulverizadas em diversos órgãos como as ouvidorias, a Corregedoria Geral da União e o Ministério Público.

As ouvidorias, criadas no âmbito das Pessoas Políticas, não são estruturadas em carreira, mas exercidas por meio de cargos em comissão. Suas atribuições, de modo geral, compreendem receber críticas, sugestões, consultas e denúncias relativas a uma atividade estatal específica (ouvidoria das Polícias Civil e Militar; ouvidoria do Tribunal de Justiça, ouvidoria de determinado hospital público, etc.).

¹⁶ Os órgãos do Sistema de Gestão da Ética podem somente aplicar a pena de advertência ou censura ao agente faltoso, e sugerir à autoridade competente sua exoneração do cargo em comissão, ou recomendar a instauração de processo administrativo disciplinar.

De posse do material informativo – a depender do perfil conferido à ouvidoria – o ouvidor poderá sugerir aperfeiçoamento na prestação dos serviços fiscalizados e solicitar ao órgão responsável a apuração dos desvios eventualmente ocorridos.

A crítica que se faz às ouvidorias é a inexistência de uma estrutura perene e profissionalizada, organizada em carreira, conferindo estabilidade e autonomia a seus integrantes. No mais das vezes, o órgão é criado por ato do Poder Executivo, e os cargos são de livre nomeação e exoneração. Assim, todas as vezes que a postura do ouvidor não se alinhar com os interesses e políticas do Chefe do Executivo, inobstante haja fundamento para críticas e apuração de desvios, estará sujeito a deixar o cargo e, por conseguinte, todo o trabalho de fiscalização que vinha realizando.

No âmbito da administração pública federal foi criada a Corregedoria Geral da União (CGU), órgão com status de Ministério, que além de englobar a atividade de ouvidoria, tem a vocação legal de prevenir e combater a corrupção¹⁷. Trata-se de órgão perene e estruturado em carreira, constituído pelo Ministro Chefe, Gabinete, Assessoria Jurídica, Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção, Comissão de Coordenação de Controle Interno, Secretaria Executiva, Corregedoria Geral da União, Ouvidoria Geral da União e mais duas Secretarias.

Suas atribuições compreendem assistir o Presidente da República em tema de defesa do patrimônio público, controle interno, auditoria pública e correição, desenvolvendo ainda as atividades de ouvidoria e incremento da transparência no âmbito da Administração Pública Federal.

A CGU recebe denúncias e representações versando lesão ao patrimônio público, cabendo-lhe dar o andamento necessário à apuração, por si ou por outros órgãos de controle da União, mas sempre zelando pela efetiva apuração dos fatos comunicados. No vezo de proteger a coisa pública, é permitido que atue de ofício, requisitando a instauração de sindicâncias e procedimentos investigativos que se fizerem necessário,

17 Lei nº 10.683/03, art.17. À Controladoria-Geral da União compete assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições quanto aos assuntos e providências que, no âmbito do Poder Executivo, sejam atinentes à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal.

podendo inclusive avocar os processos administrativos em curso com o objetivo de corrigir-lhes o andamento, promovendo a aplicação da penalidade cabível.

Deparando-se com práticas que configuram ato de improbidade, a CGU deverá solicitar à Advocacia Geral da União a instauração de ação de improbidade administrativa e a adoção de medidas judiciais voltadas a tornar indisponíveis os bens dos agentes públicos envolvidos e ressarcir o erário. Sempre que necessário, poderá solicitar auxílio do Tribunal de Contas da União, da Secretaria da Receita Federal do Brasil e dos demais órgãos de controle interno do Poder Executivo Federal. Por fim, quando os fatos investigados configurarem infração penal, deverá comunicar o Departamento de Polícia Federal e o Ministério Público Federal para as apurações pertinentes.

O Ministério Público também desempenha a função de receber denúncias e apurar desvios no exercício da atividade estatal. Dentre suas atividades insere-se a de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”¹⁸ e “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”¹⁹.

Para o bom desempenho de tais responsabilidades foi assegurado ao membro do Ministério Público as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e independência funcional. Ademais, o Órgão cerca-se de autonomia funcional e administrativa, sendo-lhe franqueado elaborar sua própria proposta orçamentária. Portanto, foi conferida à Instituição toda a infraestrutura necessária ao pleno exercício da atividade preventiva de combate à improbidade administrativa.

A experiência nacional, todavia, demonstra que, inobstante os ares democráticos trazidos pela Constituição de 1988, o Ministério Público nacional como um todo ainda foca a quase totalidade de seus esforços na atuação criminal. São tímidas as iniciativas de aparelhamento e difusão de estrutura no combate preventivo a atos desonestos praticados por agentes públicos. Resta-nos, então, aguardar que o *Parquet* tome seu

18 CF, art.129, I.

19 CF, art.129, II.

lugar na história e faça valer sua missão constitucional na mais ampla inteireza.

2.5 INCOMPATIBILIDADES

Como dito alhures, a Administração fundamenta todo o seu agir, dentre outros, no princípio da impessoalidade, de modo que lhe é interdito atuar com favoritismos, preferências ou, de qualquer modo, conferindo tratamento desigual aos administrados. Para prevenir condutas desse quilate é que são criadas as incompatibilidades, i.e., hipóteses em que o agente público – ante sua pessoal situação (por laços de amizade, familiares, econômicos, etc.) – deve abster-se de atuar, fazendo-se substituir por outro colega, ou afastando-se de uma atividade privada para que possa exercer a atividade pública.

Tais situações são previstas na norma e classicamente são categorizadas em impedimentos e suspeições. Os primeiros, de natureza absoluta, desrespeitados que sejam, tornam o ato nulo porque o grau de ofensa, ainda que potencial, ao princípio da impessoalidade é tamanha que nada o fará convalescer. Os segundos, de natureza relativa, tornam o ato anulável a depender da violação concreta à impessoalidade e dos danos ocasionados.

O traço marcante das incompatibilidades, seja impedimento, seja suspeição, é o objetivo de prevenir a ofensa à impessoalidade. O legislador identifica, em abstrato, a situação que pode ferir de parcialidade o agente público e define meios de neutralizá-la (seja determinando a substituição do agente público, seja vinculando sua posse ao afastamento da atividade privada, seja afastando-o de certas atividades privadas após o exercício do cargo, p.ex.).

Várias são as hipóteses de incompatibilidade, não sendo objeto desse trabalho exauri-las. Todavia, dada sua relevância, elencaremos as hipóteses que se nos afiguram mais importantes.

O Texto Constitucional traz elenco de incompatibilidades afetas aos parlamentares. A fim de evitar que favores sejam concedidos ao particular com recursos públicos diretos ou indiretos, o deputado federal e o senador devem, de modo geral, afastar-se de atividades privadas que mantenham relações comerciais com a Administração Pública²⁰.

20 CF, art.54, I e II, alíneas 'a' a 'c'.

A Lei Geral de Licitações e Contratos impede que determinadas pessoas participem do certame uma vez que, por óbvio, poderão violar a isonomia necessária ao procedimento. A primeira delas é o agente público que integra o órgão contratante ou que seja responsável pela licitação. Também impedida de tomar parte no procedimento é a pessoa, física ou jurídica, que elaborou, no todo ou em parte, o projeto cuja execução é licitada²¹.

A Lei nº 9.784/99, que disciplina o processo administrativo federal, em seus artigos 18 e 20, estabelece a incompatibilidade do servidor que: tenha interesse direto ou indireto na matéria examinada no processo; tenha funcionado como perito, testemunha ou representante, ou se o seu cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau tenha ocupado tais funções; esteja litigando com o interessado ou o respectivo cônjuge ou companheiro; tenha amizade ou inimizade com o interessado, seu cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau.

Os estatutos de servidores públicos costumam estabelecer ao menos duas incompatibilidades a seus funcionários: representar interesses de terceiros na repartição pública (exceto em tema previdenciário para ascendente, descendente e colateral até o segundo grau); e ocupar cargo de gerente ou sócio administrador de pessoas jurídicas com fins lucrativos. É o caso do estatuto dos servidores civis da União, Lei nº 8.112/90, que em seu artigo 117, incisos X e XII, estampa ambas as vedações²².

A incompatibilidade não se prende ao exercício atual do cargo, podendo estender-se a período ulterior ao afastamento do agente. É a chamada quarentena, i.e., período em que as autoridades ficam impedidas de exercer determinadas atividades privadas após deixarem o cargo público. Os membros da magistratura e do Ministério Público estão, pelo período de 03 anos, impedidos de exercer a advocacia perante os juízos e Tribunais em que se deu o afastamento²³. Os presidentes e diretores de agências reguladoras estão impedidos, por determinado tempo, de ocupar cargos nas empresas pertencentes ao setor regulado ou de representá-las junto ao órgão regulador do qual se afastaram²⁴.

21 Lei nº 8.666/93, art.9º.

22 A exceção fica, evidentemente, por conta da participação no conselho fiscal e de administração das empresas estatais pertencentes à União (Lei nº 8.112/90, art.117 parágrafo único).

23 CF, art.95, parágrafo único, V, e art.128, § 6º.

24 Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), criada pela Lei nº 9.427/96, em seu art.9.o, prevê a quarentena de 12 meses; Agência Nacional do Petróleo (ANP), criada pela Lei nº 9.478/97, em seu art.14, prevê a quarentena de 12 meses; Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), criada pela Lei

Em todos esses casos a medida encontra a mesma justificativa: evitar que o ex-agente público, na defesa de interesses privados, valha-se de informações privilegiadas angariadas no exercício do cargo, ou que influencie os colegas que remanesçam no serviço ativo.

Uma vez impedindo que o agente público seja exposto a situações capazes de por em dúvida sua imparcialidade, a probidade na Administração é posta a salvo.

2.6 MONITORAMENTO DE RENDAS E DA EVOLUÇÃO PATRIMONIAL

Os indícios mais veementes da improbidade administrativa se materializam no acréscimo patrimonial incompatível com as rendas do agente público. Tanto assim que o ato fica configurado por seus efeitos: independentemente dos meios porque ocorra, o enriquecimento sem causa constitui ato de improbidade, ainda que desacompanhado de prejuízo ao erário ou de inobservância aos princípios da Administração Pública, tal qual definido no artigo 9.º da Lei nº 8.429/92.

O agente público pode auferir rendimentos em decorrência de outros vínculos de prestação de serviço (quando o cargo não exigir dedicação exclusiva), do recebimento de aluguéis, de investimentos financeiros, da participação societária em empresas, etc. Em consequência, torna-se imprescindível o monitoramento das rendas e da evolução patrimonial dos agentes públicos de modo a identificar acréscimos patrimoniais a descoberto. Disso tratam as Leis n.os 8.429/92 e 8.730/93.

A Lei nº 8.429/92 condiciona a posse e o exercício de cargo público à apresentação de declaração de bens e direitos que compõem seu patrimônio. Deve incluir bens e direitos pertencentes aos dependentes do agente público, uma vez que não é incomum a tentativa de iludir o enriquecimento ilícito através da transmissão de bens a terceiros. A declaração será atualizada anualmente e também quando do afastamento

nº 9.472/97, em seu art.30, prevê a quarentena de um ano; Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), criada pela Lei nº 9.782/99, em seu artigo 14, prevê a quarentena de um ano; Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada pela Lei nº 9.961/00, em seu artigo 9.º, prevê a quarentena de 12 meses; Agência Nacional de Águas (ANA), criada pela Lei nº 9.984/00, não define prazo de quarentena porque o dispositivo que a continha (art.15) foi vetado; Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), criadas pela Lei nº 10.233/01, em seu artigo 59, prevê a quarentena de um ano; Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), criada pela Lei nº 11.182/05, no artigo 19 de seu Regulamento, aprovado pelo Decreto nº 5.731/06, prevê a quarentena de quatro meses.

do exercício da função pública. A omissão em sua apresentação implica na demissão do agente, sem prejuízo de outras sanções cabíveis²⁵.

Inobstante a clareza da norma ao impor a obrigação aos “agentes públicos”, alguma dúvida surgiu quanto a sua aplicação aos denominados “agentes políticos”. Com vistas a espantar quaisquer dúvidas foi editada a Lei nº 8.730/93, que expressamente obriga à apresentação de declaração de rendas, bens e direitos ao Presidente e ao Vice Presidente da República, aos Ministros de Estado, aos membros do Congresso Nacional, aos membros da Magistratura Federal, aos membros do Ministério Público da União, e, enfim, a todos quantos exerçam cargos eletivos, empregos ou funções de confiança na Administração Pública, direta ou indireta, de qualquer dos poderes da União²⁶.

Embora fazendo menção expressa às autoridades federais, a Lei nº 8.730/93, em seu artigo 7.º, estabelece que suas disposições devam ser observadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Enfim, seja por conta do disposto no artigo 13 da Lei nº 8.429/92, seja pela conjugação dos artigos 1.º e 7.º da Lei nº 8.730/93, todos os agentes que exerçam cargo, emprego ou função pública para qualquer dos Poderes, incluída a Administração Indireta, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, estão obrigados a informar regularmente suas rendas, bens e direitos, como instrumento de controle da probidade na Administração Pública.

O monitoramento da evolução patrimonial dos agentes públicos representa mais um salutar instrumento de prevenção à prática de atos de improbidade administrativa não apenas na modalidade enriquecimento ilícito, eis que serve de indicativo de condutas tendentes a causar prejuízo ao erário ou que infrinjam os princípios da Administração Pública.

3 CONCLUSÃO

A avidez por vantagem ilegítima não é fenômeno exclusivamente brasileiro. Existe em toda comunidade, variando apenas o grau de reprovação social da conduta e a efetividade em seu controle, tanto preventivo quanto repressivo. É justamente este o ponto que identifica os países em desenvolvimento: a menor reação social aos atos de corrupção e desídia no trato da coisa pública, e a eficácia no controle dos desvios de conduta.

25 Lei nº 8.429/92, art. 13.

26 Lei nº 8.730/93, art. 1º.

É justo esperar de quem ocupa função pública a retidão de conduta, a honestidade, a eticidade, o respeito a valores morais, ao administrado e à coisa pública. O agente público não deve buscar, através do exercício do cargo, vantagens para si, para terceiros ou mesmo para a Administração Pública. Esta almeja atender às necessidades dos cidadãos, ainda que para isso tenha que pagar alto preço. A tarefa, portanto, do agente público é executar a lei sem descuidar o respeito aos princípios da Administração e os fins sociais da norma. Toda vez que se aparta desse caminho o agente público ingressa no campo da improbidade administrativa.

O controle prévio dos atos praticados pelos agentes públicos traz a vantagem de evitar que o ilícito se concretize. Mesmo que tal se afigure impossível em algumas situações concretas, a vantagem se traduz na possibilidade de precocemente identificar o desvio de conduta, permitindo sua retificação ou anulação e reparação dos danos ainda na etapa inicial, quando o prejuízo tende a ser menor.

Em tema de prevenção ao ato ímprobo, o primeiro controle reside na observância, pelo agente público, dos princípios da Administração. Tais princípios representam um todo indivisível, de sorte que para aperfeiçoar-se como probo, o ato deve render respeito, conjuntamente, a todos eles. A inobservância a um deles que seja, ainda que o ato venha desalijado de prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito, deságua na improbidade administrativa.

Os Tribunais de Contas atuam no controle prévio, concomitante e posterior dos atos da Administração. As competências de consultoria, fixação de prazo para retificação da ilegalidade e sustação do ato ou contrato, aliadas ao controle de rendas e patrimônio dos agentes públicos, desempenham importante papel no combate à improbidade.

A adoção de códigos de ética, contemplando deveres e proibições no exercício da função pública, reflete diretamente na conduta dos agentes, fazendo-os desviar-se de práticas escusas que certamente deságua na improbidade. Igualmente importante é a existência de sistemas de gestão da ética pública, órgãos voltados ao controle efetivo do respeito aos códigos de ética por parte dos agentes públicos.

A existência de canais rápidos e diretos de comunicação com a população traduz medida eficaz de prevenção aos atos desonestos. As ouvidorias, a Corregedoria Geral da União e o Ministério Público mantêm aberta esta linha de comunicação e promovem as averiguações

e encaminhamentos necessários, inclusive adotando, quando for o caso, por si (no caso do Ministério Público) ou por terceiros (no caso das ouvidorias e da CGU), as medidas judiciais necessárias a coartar o ilícito e assegurar o ressarcimento pelos danos causados.

A Administração Pública deve atuar sempre com impessoalidade, conferindo idêntico tratamento a todos os cidadãos. Para evitar ofensa a tal princípio são criadas hipóteses normativas de incompatibilidades, i.e., situações concretas que vedam ou condicionam a atuação do agente. Afastado que fica das situações em que sua imparcialidade é posta a prova, o agente atuará com a esperada probidade.

O monitoramento das rendas e patrimônio dos agentes públicos é instrumento de controle utilizado em diversos países. No Brasil a conjugação das Leis nº 8.429/92 e 8.730/93 torna obrigatório que todo e qualquer agente público apresente a declaração de rendas e bens quando do ingresso e afastamento da função, bem como durante todo o período que estiver em exercício.

Embora alvissareiros, os instrumentos de controle preventivo, de *per si*, restam inócuos se postos a disposição de uma sociedade passiva, leniente e complacente com os desvios de conduta. Concordamos, assim, com Emerson Garcia, para quem:

A prevenção pressupõe a solidificação dos padrões éticos, exigindo a implementação de uma política educacional apta a atenuar as mazelas atuais e a depurar as gerações vindouras, sendo igualmente importante o fortalecimento das instituições com a instalação e funcionamento de Tribunais de Ética, que funcionariam como órgãos de controle interno e atuariam como elementos de assepsia do sistema²⁷.

Todo e qualquer órgão estatal reflete a sociedade na qual se encontra inserido. Se há órgãos estatais corruptos é porque a coletividade admite, ou ao menos tolera, que assim o seja. É chegada a hora de dar um basta à ilegalidade, ao apadrinhamento, à desonestidade, à imoralidade, e, enfim, a qualquer desvio de conduta praticado por agentes públicos. Instrumentos de controle existem, mas permanecerão ineficazes diante de uma sociedade marcada pelo esvaecimento de valores morais e éticos.

27 GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.04.

O Brasil caminha a passos cada vez mais largos no combate à improbidade na Administração Pública. Não se faz necessário editar mais normas sobre o tema. Basta que a classe dominante tenha a coragem, o desprendimento e a altivez de aplicar os diversos instrumentos de combate, tanto preventivos quanto repressivos, à improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Enriquecimento ilícito de agentes públicos – evolução patrimonial desproporcional à renda ou patrimônio – Lei Federal nº 8.429/92. *Justitia*, São Paulo, v. 59, n. 177, p.95-110, jan./mar. 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

