Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 6 – abril/maio/junho de 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

CORRUPÇÃO ADMINISTRATIVA

Prof. Lúcia Valle Figueiredo

Professora Titular de Direito Administrativo da PUC/São Paulo. Desembargadora aposentada do Tribunal Regional federal da 3ª Região. Consultora Jurídica em São Paulo.

1. Em 1985, no V Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, em Belo Horizonte, sob a Presidência do Professor Paulo Neves de Carvalho, fui convidada a fazer palestra exatamente sobre o tema "Corrupção Administrativa: causas e remédios".

Inicialmente, a palestra dever-se-ia realizar em anfiteatro menor, uma vez que haveria programas simultâneos. Todavia, dado o interesse despertado pelo tema, o local teve de ser mudado para um auditório maior, que ficou absolutamente repleto.

Relembro esta passagem somente para enfatizar que o tema não é novo, talvez já tão velho quanto à humanidade. Todavia, o que diferencia a corrupção havida num país, ou noutro, é o grau de repulsa do ordenamento jurídico e, de um modo geral, principalmente, da comunidade jurídica.

2. Por que depois de reinstituída a democracia, muito embora ainda seja frágil e cambaleante, como um recém-nascido ao ensaiar seus primeiros passos, persiste a corrupção de tal forma e com tal gravidade a fazer de nosso país um dos mais desafortunados no que tange a tão espinhoso problema?

Dirão alguns: tudo isso deve ser fruto da impunidade, da falta de cidadania, não obstante a acusada Constituição de 1988 tenha trazido inúmeros instrumentos de controle da Administração Pública, controles estes exercidos primordialmente pela cidadania.

Se não há falta de controles legais, de mecanismos do direito, por óbvio devem estar faltando controles de fato, ou aperfeiçoamento dos existentes, à míngua de entendimentos obsoletos do que seja a *res publica*, a coisa pública.

3. Normalmente, os Poderes da República, esquecem-se que exercem *função,* portanto atividade destinada a determinado fim público.

Habitualmente os detentores do Poder (e, repito, se o Executivo é, talvez, o que mais adota práticas extremamente viciadas, delas também não escapam o Legislativo e Judiciário, felizmente, este último, bem menos). Digo, felizmente, não por espírito de corpo, eis que egressa da magistratura, aonde passei quase dezessete anos, mas, porque o Judiciário é, sem dúvida, ***por definição constitucional***, o guardião da democracia. Assim, quando práticas de corrupção são detectadas no Judiciário, a gravidade se nos afigura muito maior.

4. A moralidade administrativa consubstancia-se no conjunto de *standards* comportamentais, pelos quais os Poderes da República devem se pautar.

A Constituição de 1988 não somente introduziu expressamente a princípio da moralidade administrativa, como, também deu os mecanismos de controle.

Além de ter introduzido o princípio da moralidade administrativa, deixou expressa, a Constituição de 1988, no artigo 5º, inciso LXXIII, a possibilidade de interposição de ação popular para ***anular ato lesivo ao patrimônio público*** ou de entidade de que o Estado participasse***, à moralidade administrativa***, etc.

5. O art. 70 da Constituição da República, reforça, mais ainda, o princípio ao afirmar que o exame e fiscalização, contábil, financeira e orçamentária, operacional e patrimonial da União, incidirá sobre legalidade, legitimidade e economicidade.

Ora, legítimo é mais do que legal, como se verifica em André Lalande[1]. Ou, como afirma Lucio Levi, no Dicionário de Política, organizado por Norberto Bobbio. Na linguagem comum (a que deve ter sido utilizada pela Constituição) no significado genérico do termo, assim define-a Lúcio Levi:

[1] Lalande, Andre, Vocabulaire Téchnique et critique de la langue philosophique, verbete "légitime"."A. Sens génèral. Se dit de tout acte, de toute attitude, de tout sentiment, de toute parole, dont le sujet est considéré, comme étant à cette égard, dans son bon droit...Le mot, en ce sens, dit plus que legal* "

"No seu significado genérico legitimidade tem, aproximadamente, o sentido de justiça, de racionalidade (fala-se na legitimidade de uma decisão, de uma atitude, etc)."

Reforça a idéia o fato de a Constituição também haver referido a economicidade. Deveras "economicidade" nada mais é do que a relação entre custos e benefícios, tendo em vista a possibilidade econômica daquele que faz as despesas, ou o empreendimento. De conseguinte, sem sombra de dúvida, vai se irradiar sobre a moralidade administrativa, sobre a proporcionalidade e razoabilidade.

6. As despesas, as alterações patrimoniais, as admissões de pessoal, sobretudo para os cargos que dispensam concurso, não se subtraem ao exame da finalidade, do efetivo interesse público buscado.

Destarte, a razoabilidade, a relação de congruência lógica entre os motivos (pressupostos fáticos) e o ato emanado, tendo em vista a finalidade pública a cumprir, será o crivo adequado para o exercício do controle da moralidade, que deverá ser exercido a fim de evitar a corrupção administrativa e, portanto, satisfazer o princípio constitucional do devido processo legal substancial.

7. O texto constitucional pretende o controle da Administração Pública por meio da Ação Popular, como já afirmamos, com seu objeto alargado, da Ação Civil Pública, do Controle pelo Congresso Nacional auxiliado pelos Tribunais de Contas, pelas Comissões Parlamentares de Inquérito.

Fosse pouco, a Lei de Improbidade Administrativa reforça o controle, estabelecendo os tipos de agressão ao patrimônio público em seus artigos 9, 10 e 11 e no 12, dispõe sobre as sanções.

Deveras, os atos de improbidade administrativa foram veiculados nos artigos 9º (atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito), no 10 (atos de improbidade que causam prejuízo ao Erário) e 11 (atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração) da mencionada Lei.

As penas encontram-se dispostas no art. 12 da mesma Lei 8.429/92 e, mesmo, na hipótese de ausência de enriquecimento ilícito ou prejuízo ao Erário (hipóteses do art. 11), as penas são bastante severas, draconianas mesmo algumas delas.

Todavia, o parágrafo único do art. 12 dá ao juiz - como, aliás, não poderia ser diferente - ***a possibilidade de levar em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente***.

8. Assim, sem dúvida deverá o juiz aplicar ***o devido processo legal em sua forma substancial***, como, aliás, entendemos desde que promulgada a Constituição, que essa teria sido a forma concebida pelo Constituinte de 1988, sob a salutar influência da aplicação da cláusula, que, fez a Suprema Corte Americana.

E, no tocante ***ao devido processo legal, em sua forma substantiva***, hão de estar necessariamente presentes os princípios constitucionais da ***igualdade, razoabilidade, proporcionalidade e possibilidade de ampla e efetiva defesa***.

9. Enfatize-se, nesse tópico, deixe-se curialmente claro que ínsitas necessariamente ao devido processo legal substantivo, encontram-se a *razoabilidade e proporcionalidade*. Deveras, somente no caso concreto, poder-se-á aferir se foi ou não cumprido o devido processo legal, que depende das circunstâncias, consoante bem disse o *Justice Holmes:* "*what is due process depends of circunstances*".

Deseja-se, pois, deixar dito que se deverá dar à Lei n.º 8.429/92 ***interpretação conforme à Constituição***, fazendo-se utilização plena da cláusula substantiva do devido processo legal.

Lembremo-nos que as garantias constitucionais foram concebidas exatamente para que constrições exercidas de forma ilegal ou abusiva pudessem ser energicamente repelidas. Ora, o direito de defesa, de ser **ouvido preliminarmente,** são das maiores garantias da cidadania.

10. Todavia, é inacreditável que, depois de todo esse aparato controlador, ainda tenhamos a corrupção nos níveis em que se encontra. Por isso entendemos que a forma de admissão aos altos cargos, ou, ainda, a não tão altos cargos, porém de provimento livre, está a facilitar essa onda desenfreada de corrupção, como vem acontecendo.

11. Não entendemos como, até hoje, o Ministério Público, tendo em vista tratar-se do patrimônio público envolvido, Ministério esse que, às vezes, tem-se utilizado, até com certa demasia, da ação civil pública para coibir as práticas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, ainda não atentou para o fato de que poderia tentar repelir certas nomeações, ou, até mesmo contratações viciosas, pois seria de alto interesse para preservar o patrimônio público tão dilapidado, e evitar o que vemos acontecendo e, lastimavelmente, com muita freqüência, quando se formam verdadeiros grupos, de qualificações altamente

duvidosas, cercando os chefes, grupos esses que o direito penal até qualificaria, ou poderia qualificar de outra forma.

12. Exemplos de tais nomeações podem ser mostrados, e, a mancheias, que se nos afiguram, deveriam ser repelidas, pois, na verdade, a intelecção adequada do ordenamento jurídico não as suportaria.

Nomeia-se para gerir Banco de alta importância quem era, até pouco tempo, alto executivo de mega-investidor. Nomeia-se para outro Banco, também de grande importância, devedor do próprio Banco, acusado de gestão temerária na Instituição que gerira. Nomeia-se para assessoramento especial de Governador de Estado quem deixa a Presidência de Companhia Estatal por ter seus bens indisponibilizados por supostos atos de inidoneidade, de improbidade administrativa.

13. Pode-se falar, é verdade, que, no texto constitucional, há a presunção de inocência, e, que esta é de tal importância que consta mesmo da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Não deixamos de lhe dar o devido valor, já que sempre fomos bastante preocupados com as garantias individuais.

Porém, ao que se nos afigura, para ocupar certos cargos, ainda mais, cargos ou contratações que dispensam concurso público, não se poderia deixar de exigir ***a comprovação atual***, se não de ilibada reputação, tão rara hoje em dia, pelo menos, de ***reputação condizente com standards razoáveis***.

14. Bem por isso, refletindo sobre qual ângulo, nós, como Presidente de Mesa, deveríamos abordar, pareceu-nos necessário falar sobre os quadros formadores das Instituições.

Quanto ao Legislativo, se mal escolhidos os legisladores, nada resta se não a educação do povo, o desenvolvimento cultural e a cobrança diária que a cidadania possa exercer, tal seja, a efetiva pressão.

E que a memória não seja tão curta, e na época de eleições haja a lembrança de todos aqueles envolvidos em escândalos, tenham ou não sido punidos.

Quanto ao Judiciário, não há, ***em regra***, vícios que se possam extirpar nas primeiras instâncias. Todavia, o mesmo não acontece nos Tribunais, em que as promoções por merecimento, nada tem a ver, em regra geral, com o efetivo merecimento daqueles que ascendem.

Tampouco as exigências feitas, por exemplo, para ingresso na magistratura, como da reputação, são esquecidas e os cargos passam a ser, repito, não mais para serem ocupados pelos melhores, mas, sim, por aqueles que conseguem melhores contactos políticos.

Deveras, inicialmente, os Tribunais aprovam suas listas, com enorme grau de subjetivismo. E subjetivismo não decorrente de avaliações diversas sobre o mérito de cada um dos concorrentes, mas de subjetivismos no que concerne a quem tem melhores condições políticas, e não de POLITICA em sentido aristotélico.

Pior ainda, e muito pior, desenvolve-se a escolha para os Tribunais Superiores. Aliás, quanto mais alto o Tribunal mais as injunções políticas são sentidas. E, isso a ponto de uma magistrada excelente haver declarado, e expressamente, que somente conseguira sua indicação para o Superior Tribunal de Justiça, após respaldar-se em senadores de alta projeção política.

15. Depois, segue-se, que quem deve controlar as indicações também não o faz, em flagrante e imperdoável omissão. Sequer são controlados os requisitos constitucionais exigidos, que passam a constituir-se em palavras "ocas" (Olivecrona), palavras que passam a ter, indevidamente, flexibilidade suficiente para abrigar qualquer conteúdo. É feito, então, verdadeiro simulacro de argüição, da "sabatina", preconizada pelo texto constitucional.

Deveras, o Senado, que deve proceder à sabatina, a fim de que bem funcionasse o sistema de freios e contrapesos, sistema este tão necessário ao Estado de Direito, muita vez, quando a opinião pública está incomodada com o candidato, faz quase um simulacro de sabatina e, nesses precisos casos, com uma rapidez digna de elogios, se fora para captar os melhores, mais rapidamente.

Porém, o sentido é bem outro. É, de quanto mais depressa houver o fato concluído, a opinião pública acabará se esquecendo e em brevíssimo tempo.

16. Nas listas tríplices, por vezes, para não dizer, ***na maioria das vezes***, pois isso seria retirar os méritos dos que realmente mereceram ascender, são escolhidos não os de melhor currículo ou de melhor atuação na magistratura, mas aqueles mais aquinhoados por contatos políticos, e que, principalmente, encontram-se dispostos a usá-los à exaustão.

Pior ainda ocorre na escolha dos ocupantes de cargos em comissão dos diversos escalões. Os cargos são distribuídos rigorosamente dentro dos apoios políticos. As exonerações são feitas quando alguma ***rebeldia*** ocorre. E o que deve ser escolha técnica, passa a ser de um casuísmo terrivelmente chocante. Ou, então, prêmio para a fidelidade particular do candidato àquele que vai servir.

Na verdade, tudo resulta do erradíssimo entendimento de que a nomeação não deve traduzir critérios técnicos-jurídicos, mas, antes, a escolha deve-se dar por preferências pessoais, ao alvedrio, ao bel talante do administrador do momento. Os cargos, que deveriam ser técnicos, como já dito, passam a ser de quota partidária. Apenas alguns são da escolha dos Chefes dos Executivos, e, aliás, também, geralmente, não pessoal guardam o devido critério técnico.

17. Sabiamente entendeu a Constituição de outorgar competência discricionária, repetimos, ***discricionária***, e não ***arbitrária***, para nomeação de altos cargos, que seriam em comissão, de livre provimento e livre exoneração (exoneráveis *ad nutum,* é dizer, ao aceno de cabeça).

Todavia, devemos perquirir se tais cargos em comissão, de livre provimento e exoneração, são, na verdade, inteiramente livres.

18. Os princípios da Administração Pública, por óbvio, devem ser aplicados diretamente a todos os funcionários, a toda relação administração-servidor, e, via de conseqüência, aos cargos em comissão e funções de confiança.

Os cargos em comissão excepcionam a regra geral do concurso; e, destarte, devem ser traçados os limites dessa exceção. Esses cargos, de preferência, devem ser ocupados por integrantes da carreira, como, aliás, já disposto no texto constitucional de 1988, e, mais enfaticamente na Emenda 19/98, que determinou fossem reservados percentuais mínimos para os “servidores de carreira"

19. Todos os funcionários, quer ocupem cargo em comissão, quer sejam servidores concursados, de carreira, têm deveres importantíssimos; aliás as prerrogativas especiais do regime são para garantir os administrados. O antigo Regime Único, Lei 8.112/90, com suas alterações, inovou no tratamento dos cargos em comissão, quando determina que certos atos não podem mais ser suscetíveis somente de exoneração.[2]

Assim, em determinados casos de infração aos deveres estatutários, deverá ser o funcionário destituído da função mediante processo administrativo, ficando, em conseqüência, proibido de voltar ao serviço público, durante certo tempo, ou dependendo da falta, não poderá retornar.

[2]Era muito comum acontecer o seguinte: o funcionário que ocupava cargo em comissão, infringindo deveres funcionais, era apenas exonerado, o que acabava por ser um prêmio. Nenhuma sanção era aplicada.

Aliás, esta previsão, a nosso ver, é um dos pontos altos da Lei 8.112/90, que nada mais fez do que acompanhar a Constituição, atribuindo a indisponibilidade de bens etc. aos praticantes de atos de improbidade administrativa.

20. Deveras, tanto se pode exonerar por determinação do administrador como a pedido, mas o que não havia era *destituição do cargo em comissão*, *como sanção*; portanto, a destituição do cargo ocorre por fatores muito graves e sérios.

21. Para clareza, transcrevemos os artigos citados:

> "Art. 127. São penalidades disciplinares: (...); V – destituição de cargo em comissão; (...)."
>
> "Art. 137. A demissão, ou a destituição de cargo em comissão por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos.
>
> "Parágrafo único. Não caberá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído de cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII e XI."
>
> "Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: I – crime contra a Administração Pública; (...); IV – improbidade administrativa; (...); VIII – aplicação irregular de dinheiros públicos; (...); X – lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; XI – corrupção; (...)."

O art.132 da Lei 8.112/90, prevê a demissão do funcionário; e, exatamente, um dos fundamentos seria o da improbidade administrativa, que é tratada no seu inciso IV tal seja, aplicação irregular do dinheiro público do qual se tenha apropriado em razão do cargo ou função.

22. Expressamente está dito que a demissão ou a destituição de cargo em comissão nos casos dos incisos IV, VII, X e XI do mencionado art. 132, implica em ***indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível***. Acrescentou-se, todavia, a impossibilidade de retorno ao serviço público federal, em certas circunstâncias.

Em algumas hipóteses somente poderá haver o retorno após longo período, e, em outras hipóteses, não poderá haver retorno à Administração Pública.

Isso, acreditamos, constitui grande avanço na responsabilidade do servidor e dos ocupantes dos cargos em comissão, pois se aplica a todos. Deve-se aplicar a Ministros do Executivo, assessores – enfim, a todos os

servidores, pois todos são funcionários ocupantes de cargos em comissão.

23. O cargo de Ministro é de provimento em comissão, no Quadro Geral de Cargos. Os cargos de maior graduação são, normalmente, cargos em comissão, não somente funções. Portanto, os ocupantes de tais cargos, na verdade, são passíveis de sofrerem aplicação de penas desse tipo, e não de pura e simples exoneração, como sói acontecer.

Se essas disposições normativas fossem observadas, é possível que a corrupção, se não possível de ser totalmente debelada, pelo menos, ocorresse de maneira muito mais acanhada, em escala menor, em conseqüência de se verificar o cumprimento de verdade do ordenamento jurídico. Espera-se que fosse, pelo menos, na verdade, um pouco tolhida.

24. Todos os instrumentos estão disponíveis - e são muitos - e- devem ser utilizados à exaustão para que nosso país não fique incomodamente dentre os mais corruptos do mundo. Uma cidade como São Paulo, terceiro orçamento da Federação, não pode passar pelas humilhações e vergonhas com que vem convivendo.

25. Entretanto, gostaria de lembrar e enfatizar que o respeito aos princípios constitucionais são o baluarte da democracia. E o *devido processo legal, em seu viés substantivo, garante-a.*

Portanto, as garantias constitucionais, como a ação civil pública, ação constitucional para defesa de valores priorizados pelo texto constitucional, é instrumento de ouro, que não poderá ser inutilmente desgastada, porém utilizada com o rigor necessário a frear a corrupção.

26. Faz-se necessário verificar qual o nível de ilegalidade praticada para que esta se conforme, se justaponha à figura da improbidade administrativa, certamente um *"plus"* relativamente à ilegalidade.

Lembremo-nos, que, mesmo no direito penal, o nível de agressão ao ordenamento tem tratamentos diversos, e, em alguns casos, são considerados, vulgarmente como "crimes bagatelas", arrimados no princípio da insignificância.

Entretanto, lembremo-nos que, todos nós, temos a obrigação, como cidadãos, com as armas constitucionais disponíveis, de combater a corrupção, porém***, dentro do primado da democracia, da cidadania e do devido processo legal***.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Corrupção Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 6, abril/maio/junho, 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site www.direitodoestado.com.br

Publicação Impressa:

Informação não disponível.