

A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, O AFASTAMENTO CAUTELAR DO AGENTE PÚBLICO E O PRINCÍPIO DO PERIGO OPOSTO

Geilton Costa da Silva¹

RESUMO

O presente artigo aborda a questão atinente ao afastamento cautelar do agente público de suas atividades profissionais enquanto processado por improbidade administrativa. Realiza uma releitura do artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa e com base no Princípio do Perigo Oposto e na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida), da qual a República Federativa do Brasil é signatária, sugere alteração legislativa para que durante o processo judicial seja o agente caso necessário, afastado de suas funções, mas ainda que provisoriamente, transferido para outras atividades públicas, como forma de se evitar a percepção de vencimentos sem a correspondente contraprestação do serviço durante a tramitação do processo, o que vem ocorrendo atualmente no país, gerando ao sentimento do autor o enriquecimento ilícito do agente investigado e uma violação do Princípio da Moralidade Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de Improbidade Administrativa. Agente Público. Afastamento Cautelar. Princípio do Perigo Oposto. Combate à corrupção. Convenção de Mérida. Proposta de alteração legislativa.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Considerações gerais sobre a Lei de Improbidade Administrativa e a previsão legal do afastamento cautelar do agente público de suas atividades. 3. O Tratado Internacional de Combate a Corrupção e o Princípio do Perigo Oposto. 4. Conclusão. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A Lei Nacional nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa, inspirada pela constitucionalização do Princípio da Moralidade Pública (art. 37, *caput*, CRFB) inaugurou em nosso ordenamento jurídico um momento de maior controle sobre os atos dos agentes públicos.

¹Juiz de Direito e Juiz Eleitoral no Estado de Sergipe. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte/UFRN. Professor da Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: geilton.costa@tjse.jus.br.

Um avanço em comparação à Lei Bilac Pinto – Lei nº 3.502/58 que regulava o sequestro de bens nos casos de “*enriquecimento ilícito por influência ou abuso do cargo ou função*” e que restou abrogada pela Lei 8.429/92.

A Lei Bilac Pinto em relação ao afastamento do agente improbo de suas atividades regulares, objeto focal deste artigo, de forma inadequada não tinha nenhuma previsão de sanção direta e específica ao agente (à exceção da perda dos bens adquiridos ilicitamente), o qual continuaria exercendo o cargo até que sua conduta fosse novamente aferida em outro processo distinto.

Com a edição da Lei 8.429/92 ocorreu avanço nesse ponto, pois conforme o seu artigo 12 positivou-se a pena de perda da função pública, dentre as diversas outras sanções ali previstas aos que praticarem atos de improbidade.

Em face da gravidade dessa sanção e em respeito aos postulados centrais do Estado Democrático de direito, a perda da função pública só se efetiva com o trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme previsto no artigo 20 da norma em comento.

Nesse pervagar, o Parágrafo Único do artigo 20 da Lei de Improbidade previu em bom tempo a possibilidade de medida cautelar “*de afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual*”.

Todavia, na prática o que se tem visto é que a mais das vezes o agente improbo é afastado completamente de suas atividades profissionais sem prejuízo da sua remuneração e além disso, o processo de conhecimento eterniza-se em longa demora na sua tramitação em 1º e 2º graus.

Com isso, fica o agente público, em especial o servidor ou funcionário público por meses e até anos a fio recebendo seus vencimentos integrais literalmente sem trabalhar ou oferecer qualquer contraprestação em trabalho para fazer moralmente jus ao seu salário.

Algo contraditório, pois em face da moralidade o agente é afastado, mas de forma também imoral continua recebendo seus vencimentos sem trabalhar.

Este artigo aborda esta questão, oferecendo sugestões para possível alteração legislativa que solucione ou minimize o problema.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A PREVISÃO LEGAL DO AFASTAMENTO CAUTELAR DO AGENTE PÚBLICO DE SUAS ATIVIDADES

Em especial no Brasil, a alta carga tributária e o contraditório e permanente discurso da escassez de recursos públicos, traz a todos a consciência de um imperativo ético da boa gestão pública.

Não olvidemos contudo, que o conteúdo do que podemos dizer “boa administração” é muito mais político, cultural e econômico do que propriamente jurídico.

Isso porque efetivamente a interferência do Poder Judiciário nem sempre traz soluções definitivas em benefício da sociedade, nas hipóteses identificadas como de “má administração”.

É dizer em outras palavras: O controle judicial sobre a Administração Pública não traz soluções definitivas para a má gestão, porquanto esta última é efetivamente campo de atuação e investigação de outra ciência, a da Administração.

Todavia, à parte essas observações, a Lei 8.429/92 para a consecução da suas sanções máximas – perda da função pública e suspensão dos direitos políticos garante que estas só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Eis a norma: “Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.”

Entretanto, em benefício da instrução processual, tanto a autoridade administrativa, quanto a autoridade judicial podem afastar cautelarmente o agente indigitado como improbo.

Eis a norma:

Art. 20 (...);

Parágrafo Único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

Todavia, o que merece uma análise mais acurada é a expressão “sem prejuízo da remuneração” contida na norma.

Relembrada aqui a distinção entre cargo público e função pública e entendendo-se esta última como um *plus* ao detentor do cargo que goza de maior responsabilidade na hierarquia administrativa, podendo sem prejuízo da estabilidade no cargo ocupar esta ou aquela função (sempre com remuneração maior), torna-se um contrasenso a possibilidade do afastamento da função com a exigência legal de não ocorrer prejuízo à remuneração do agente.

Ora, se a função é de livre indicação da alta administração e a qualquer momento

o detentor da mesma pode perdê-la a juízo discricionário (conveniência e oportunidade) do administrador, não devemos interpretar o impedimento ao prejuízo da remuneração nessa hipótese.

Por sua vez, no que se refere ao cargo, realmente seria de enorme gravidade a quem se presume inocente (em virtude da garantia constitucional de presunção de inocência) o afastamento cautelar com prejuízo à remuneração.

Ocorre que, em face do Princípio do Perigo Oposto, melhor que se encontrem nessas hipóteses soluções mais inteligentes e criativas à aparente antinomia axiológica.

Afastar o agente indigitado como improbo sem prejuízo da sua remuneração por suspeitas de atos prejudiciais ao patrimônio público e ao mesmo tempo gerar o enriquecimento ilícito do mesmo, com também prejuízos ao erário em face de receber o agente público seus vencimentos sem trabalhar?

Isso sem falar que, nos casos em que o afastamento se der por decisão administrativa, poderão ocorrer riscos ao patrimônio público com possíveis questionamentos no Judiciário em face de danos subjetivos sofridos pelo agente com o seu afastamento.

Como em regra os Tratados Internacionais ingressam em nosso ordenamento como normas infraconstitucionais de mesmo *status* das leis ordinárias, penso que a solução para a aparente antinomia aqui mencionada, está na aplicação do que prevê o Decreto 5.687/2006, que positivou em nosso sistema o Tratado Internacional de Combate à Corrupção.

É o que veremos a seguir.

3 O TRATADO INTERNACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO

A República Federativa do Brasil é signatária da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção de 2003, também conhecida como Convenção de Mérida.

Concluída de 9 a 11 de dezembro de 2003 na Cidade de Mérida, México, o Brasil foi o 41º Estado a assiná-la, tendo sido aprovada pelo Decreto Legislativo 348, de 18.05.2005, ratificada em 15.06.2005 e vigente em nosso ordenamento jurídico desde 31 de janeiro de 2006, com a sua promulgação pelo Decreto Presidencial nº 5.687.

Em seu artigo 30, que versa acerca do processo judicial, sentença e sanções, no item 6 há menção acerca do afastamento do agente públicos nos seguintes termos:

6. Cada Estado-Parte considerará a possibilidade de estabelecer, na medida em que ele seja concordante com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico,

procedimentos em virtude dos quais um funcionário público que seja acusado de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção possa, quando proceder, ser destituído, suspenso ou transferido pela autoridade correspondente, tendo presente o respeito ao princípio de presunção de inocência”

Como vemos, a Convenção de Mérida apresenta a possibilidade de estabelecimento pelos Estados-Partes de medidas cautelares em relação ao agente público acusado de delito de corrupção, que envolvam não só a destituição e suspensão das funções, como é o caso do que temos no Brasil, mas também, a razoável e interessante possibilidade de transferência do envolvido para outras atividades enquanto durar o processo e sempre respeitado o princípio da presunção de inocência.

Essa possibilidade infelizmente não tem previsão legal em nosso ordenamento.

A inteligência dessa norma da Convenção nos conduz a uma reflexão acerca do princípio do perigo oposto a que se refere Giovanni Sartori, expresso na idéia de que 'toda conduta, se ultrapassa um certo limite (o que tende a provocar o rompimento do equilíbrio), se inverte, transforma-se no seu oposto, isto é, provoca efeitos contrários aos que produzia anteriormente'. “A proposta do equilíbrio sugerida pelo princípio do perigo oposto, na dicção de Sartori, pode ser sintetizada da seguinte forma: 'na medida em que um ideal é realizado próximo de seu ponto teórico de realização máxima, precisará ser reproporcionado, e reajustado à realidade (que é a realidade que o exprime), para que ao persegui-lo nossa ação não nos leve ao princípio [perigo] oposto”.

Nessa ordem de idéias, temos que a transferência cautelar do funcionário público ainda não definitivamente julgado em relação à prática de atos de corrupção torna-se mais razoável à preservação do objetivo da Lei de Improbidade – preservação da moralidade - evitando-se o perigo oposto, justamente na odiosa idéia para a comunidade, de que o funcionário afastado e tido por corrupto, termina recebendo um prêmio ao receber seus vencimentos sem trabalhar enquanto o processo não é definitivamente julgado.

Assim, o ideal e melhor é que, de lege ferenda, o Parágrafo Único do artigo 20 da Lei 8.429/92 tivesse a seguinte redação:

Art. 20 (...);

Parágrafo Único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá provisoriamente determinar a transferência do agente público para o exercício de atividades idênticas ou correlatas ao cargo de origem, em unidades diversas do mesmo Poder ou mediante convênio em Poderes diversos, enquanto a medida se fizer

necessária à instrução processual e excepcionalmente determinar o seu completo afastamento do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, caso em que tal hipótese não poderá ultrapassar o prazo máximo de 90 (noventa) dias.

Tal redação atenderia ao conteúdo prospectivo da Convenção de Mérida, evitando-se os efeitos do perigo oposto.

Nada obstante a lacuna normativa da Lei de Improbidade, somos do entendimento de que em face do Poder Geral de Cautela do Juiz e em face da vigência da mencionada Convenção em nosso sistema, pode o magistrado, fundamentadamente, com base em seu Poder Geral de Cautela adotar tal solução.

Importante ressaltar que seja a transferência do agente, seja o seu afastamento, são medidas extremas e que para o seu deferimento pelo magistrado, obviamente devem passar pelo exame da proporcionalidade, em seus aspectos necessidade, adequação e ponderação.

Não se deve obviamente transformar a medida cautelar excepcional em regra, sob pena de graves prejuízos aos direitos individuais do agente investigado ou processado, a mais das vezes apenas ineficiente, porém honesto.

Nessa linha de pensamento a lição de Fábio Medina Osório acerca da distinção entre o controle da eficiência e o controle da probidade:

(...) em suas atuações, os agentes não possuem, certamente, invariavelmente, no marco da probidade, deveres de resultado, mas sim deveres de cuidado, de diligências, de correção ética e juridicamente vinculantes do ponto de vista dos meios empregados em suas atividades, o que não os exime de determinados fins a serem alcançados cogentemente. É possível que, em determinados supostos, cobrem-se resultados dos agentes públicos, mas a regra geral impõe a observância de deveres de meios ou de atividades. Os deveres de resultados ficam inseridos noutras esferas de responsabilidades e deveres gerenciais, normalmente cobrados pelas Cortes de Contas ou por esquemas de controles internos, mediante monitoramento de seus indicadores. A probidade requer uma complementação mais densa de deveres, a partir de conteúdos éticos nos tipos sancionadores das condutas proibidas.

A ilicitude é globalmente considerada desde distintas valorações, inclusive tendo em conta as diversas dimensões de responsabilidades: penal, administrativa, civil, política. Além disso, dentro do direito administrativo, já o dissemos, existem várias modalidades de controle da Administração Pública e de seus agentes (...)

4 CONCLUSÃO

Diante da possibilidade legal de afastamento cautelar do agente público objeto de investigação pela suposta prática de atos de improbidade administrativa, prevista no parágrafo único do artigo 20 da Lei 8.429/92, sugestiva e coerente com a proporcionalidade é a transferência provisória daquele do posto de trabalho ocupado para lotação diversa, respeitadas as suas habilidades.

Tal medida seria mais coerente com a previsão existente no artigo 6 do Tratado Internacional de Combate à corrupção, do qual a República Federativa do Brasil é signatária e também não ocorreria a incidência de violação ao Princípio do perigo oposto.

REFERÊNCIAS

- 1 MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente : doutrina-jurisprudência-glossário**. 3. ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2004, p.746.(citação de Giovanni Sartori)
- 2 OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: Má gestão pública. Corrupção. Ineficiência**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 127.

RÉSUMÉ: Cet article traite de la question concernant la suppression de l'agent de précaution publique de ses activités professionnelles en tant poursuivi pour conduite irrégulière. Effectue une réinterprétation de l'article 20 de la loi sur les fautes administratives et basé sur le principe du danger en face et la Convention des Nations Unies contre la corruption (Convention de Mérida), don la République fédérative du Brésil est signataire, suggère que des changements législatifs à la le processus judiciaire est l'agent, si nécessaire, loin de leurs emplois, mais même un transfert temporaire à d'autres

activités publiques, comme un moyen d'éviter la perception de salaires sans contrepartie correspondant du service au cours de procès, ce qui se passe actuellement dans le pays, créant ainsi le sentiment de l'agent de l'enrichissement illicite de l'auteur étudié et une violation du principe de la moralité publique.

MOTS-CLES: La loi de comportement répréhensible. Agent du gouvernement. Suppression de secours. Principe du danger en face. Lutte contre la corruption. Convention de Mérida. Proposition de modification législative.