

Controladoria-Geral da União

CONTROLADORIA - GERAL
DA UNIÃO / PR

Revista da CGU

Brasília, DF
Dezembro /2009

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU
SAS, Quadra 01, Bloco A, Edifício Darcy Ribeiro
70070-905 - Brasília /DF
cgu@cgu.gov.br

Jorge Hage Sobrinho
Ministro-Chefe da Controladoria-Geral da União

Luiz Navarro de Britto Filho
Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União

Valdir Agapito Teixeira
Secretário Federal de Controle Interno

Eliana Pinto
Ouvidora-Geral da União

Marcelo Neves da Rocha
Corregedor-Geral da União

Marcelo Stopanovski Ribeiro
Secretário de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas

A Revista da CGU é editada pela Controladoria-Geral da União.

Tiragem: 1.500 exemplares

Periodicidade: semestral

Distribuição gratuita

Diagramação e arte: E Pissaia Editoração Eletrônica Ltda.

É permitida a reprodução parcial ou total desta obra desde que citada a fonte.

O conteúdo e as opiniões dos artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores e não expressam, necessariamente, as opiniões da Controladoria-Geral da União.

Revista da CGU / Presidência da República, Controladoria-Geral da União. - Ano IV, n.º 7, Dezembro/2009. Brasília: CGU, 2009.

136 p. Coletânea de artigos.

1. Prevenção da corrupção. I. Controladoria-Geral da União.

ISSN 1981- 674X
CDD 352.17

S umário

Nota do editor5

Artigos

Recebimento de obras e serviços de engenharia.....8

Marcelo Neves

Falácias da corrupção e percepção da corrupção
no Programa Bolsa Família: o caso do Paraná18

Fabiano Mourão Vieira

Improbidade administrativa por enriquecimento ilícito:
o problema da inversão do ônus da prova39

Leonardo Valles Bento

Prescrição disciplinar: breves considerações
acerca da prescrição disciplinar à luz da lei nº 8.112/90.....50

Salmon Carvalho de Souza

Gerência de empresas privadas por servidores
públicos federais: breves comentários sobre os
modelos brasileiro e norte-americano61

Aline Cavalcante dos Reis Silva

Visão geral das agências norte-americanas contra a corrupção numa análise comparativa com a Controladoria-Geral da União.....	79
---	----

Alzira Ester Angeli

Reflexões sobre o combate à corrupção no Brasil e nos EUA	96
--	----

Wagner Rosa da Silva

Legislação

Atos normativos	108
Legislação em destaque.....	112

Jurisprudência

Julgados recentes do TCU – Acórdãos	124
Julgados recentes de Tribunais	128

Gerência de empresas privadas por servidores públicos federais: breves comentários sobre os modelos brasileiro e norte-americano

Aline Cavalcante dos Reis Silva, advogada especialista em Direito Público, farmacêutica clínica e industrial, Analista de Finanças e Controle, Corregedora Setorial do Ministério da Previdência Social da CGU.

1. Introdução

É razoável afastar a proibição do exercício da sócio-gerência por servidores públicos federais em face do ordenamento jurídico vigente? E aqueles servidores que detêm jornada de trabalho reduzida por lei e que, portanto, não optaram por tal carga horária, poderão exercer a sócio-gerência de empresas quando não houver conflito entre os interesses postos em consideração?

As restrições impostas pelas leis de improbidade administrativa e de licitações e contratos, bem como do Código de Conduta da Alta Administração Pública Federal, não seriam exceções à proibição constante do artigo 117, inciso X, da Lei

8.112/90 quando tratam da questão relativa ao conflito de interesses?

Surgem, ainda, dúvidas acerca da aplicação, ou não, do referido dispositivo nos casos em que a alteração contratual, que retira a condição de sócio-gerente do servidor investigado, ocorre depois de instaurado o processo administrativo disciplinar.

Existe o entendimento de que, em razão do princípio da legalidade estrita, ao qual se vincula a Administração Pública, a penalidade de demissão deve ser aplicada ao servidor que incidir na citada proibição. A adoção de tais providências em todos os casos atenderia aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade?

Alguns consideram que a adoção dessa tese viola os mencionados princípios. Os defensores dessa ideia afirmam que é necessário analisar a questão da sócio-gerência com cautela, pois a pura e simples aplicação da penalidade de demissão aos servidores, a partir de uma interpretação literal de sua regra, poderia trazer prejuízos à Administração e à continuidade dos serviços públicos essenciais.

O presente estudo objetiva trazer o leitor para um debate sobre o assunto, de modo a permitir o aprofundamento da discussão do tema, inclusive tecendo alguns comentários sobre a realidade dos *civil servants* (servidores públicos) norte-americanos, cuja legislação aborda a matéria de forma diferente.

2. A sócio-gerência na realidade cotidiana

A questão da gerência de empresas por servidores públicos deve ser enfrentada com serenidade em razão de sua repercussão para o serviço público, especialmente quando se trata da obrigação legal de se instaurar processos disciplinares em desfavor de servidores que se enquadram no artigo 117, X, da Lei 8.112/90.

De acordo com o ensinamento de Hely Lopes Meirelles, abaixo descrito, o impedimento de um servidor participar de gerência de empresa privada foi estabelecido com o objetivo de garantir o bom desempenho da função pública pelo sujeito.

[...] a proibição de participar de gerência ou administração de empresa privada, de sociedade civil ou de praticar o comércio identifica-se com a necessidade de garantir que tal atividade não venha a comprometer o desempenho do servidor durante o período de seu expediente. (MEIRELLES, 1995)

O exercício da gerência de uma empresa privada por servidor público nem sempre se subsume perfeitamente à regra que o proíbe. O mundo dos fatos pode apresentar situações singulares, conforme especifica o professor Cláudio Rozza: a) gerência exercida com cláusula apontando a responsabilidade gerencial, que será abordada detalhadamente nos itens 4 a 6 deste trabalho; b) gerência exercida de fato, mas sem cláusula apontando a responsabilidade gerencial; e c) apontamento da responsabilidade gerencial em cláusula contratual, mas sem o exercício de fato da sócio-gerência (ROZZA, 2008).

Na gerência exercida com cláusula apontando a responsabilidade gerencial, o servidor público é sócio de uma empresa e, no contrato social, está previsto que ele é o responsável pela sua gestão, o que configura, em tese, violação ao disposto no artigo 117, X, da Lei 8.112/90.

O exercício da gerência de uma empresa privada por servidor público nem sempre se subsume perfeitamente à regra que o proíbe

No segundo caso, o servidor, pessoalmente, comete o ato proibido pela lei quando opera apenas de fato a gerência, mesmo que seu nome não conste do contrato social. Ele utiliza a figura de um intermediário com a finalidade de manter formalmente a gerência de sua empresa, mascarando a realidade.

Assim, caso fique provado que o servidor usou seu cargo para, em razão de suas prerrogativas funcionais, beneficiar sua empresa, auferindo vantagem em relação às suas atividades privadas, ou que não tem cumprido sua jornada legal de trabalho para gerenciar a sociedade da qual faz parte, deverá ter sua conduta apurada e, caso se comprove tal prejuízo, deverá ser penalizado de forma dura, inclusive com demissão (OSÓRIO, 2005).

Pode acontecer, ainda, de o servidor não ter seu nome no contrato social como sócio-gerente, mas praticar um ato esporádico como tal em virtude de uma emergência, sem prejuízo de suas atividades no serviço público. Esse exemplo é dado por José Armando da Costa, que defende a flexibilização da regra disciplinar para o caso, conforme descrito adiante:

Esclareça-se que emergenciais, esporádicas e isoladas providências, tomadas em favor da empresa pelo servidor acionista, não caracterizam o defeso gerenciamento previsto na infração disciplinar in lide. O que pode muito bem ocorrer em pequenas firmas, onde o servidor quotista, detendo a expressiva maioria do

capital social, se veja, de repente, de inopino e de forma inesperada, abandonando pelo seu sócio-gerente. Diante de tais circunstâncias, obriga-se o sócio-quotista a tomar algumas providências rápidas, inclusive a emissão de cheques para pagamentos inadiváveis (por exemplo, pagamento de tributos, taxas e outras obrigações sociais da empresa) e demais medidas pertinentes e urgentes, para evitar soçobro, o naufrágio e o arruinamento da sociedade, até que escolha alguém que possa tocar os negócios da empresa (COSTA, 2004).

Para o citado autor, maior razão há, ainda, para não se aplicar demissão ao servidor se tais providências foram adotadas fora do horário de trabalho, de modo a não haver incompatibilidade com o exercício da função pública, *in verbis*:

Agregue-se, porém, que essas excepcionais providências somente se justificam quando realizadas fora da jornada de trabalho da repartição, e desde que ocorram dentro de lapso de temporal de pequena duração (COSTA, 2004).

Se for razoável defender que um servidor público exerça esporadicamente a gerência de uma empresa da qual é apenas formalmente sócio, por que não permitir que possa exercê-la normalmente, desde que, por óbvio, sua atividade não resulte em conflito de interesses ou em faltas ao trabalho e descumprimento de sua jornada laboral?

Quanto ao terceiro ponto, a Administração deve verificar, antes de qualquer outra providência, se há cláusula contratual que comprove o vínculo do servidor como sócio-gerente. Ainda que se comprove tal vínculo, pode ser que ele não mais exerça a atividade ou mesmo que, antes de ter tomado posse no cargo público, ele tenha solicitado o cancelamento ou a retificação de sua inscrição como sócio-gerente – seja porque não exerce mais a empresa ou mesmo porque deixou de administrá-la pessoalmente – e essa providência não foi adotada a contento pela junta comercial. Pode ocorrer, ainda, de o servidor apenas tomar conhecimento desse atraso após a instauração do processo disciplinar.

Conforme consta em seu Manual de Processo Administrativo Disciplinar, a Controladoria-Geral da União orienta no mesmo sentido:

[...] mesmo que o servidor não adote providências para deixar sua posição de comando ou, conforme o caso, encerrar o exercício da atividade empresarial, se esta nunca operou, não opera ou, na prática, opera com outra pessoa no comando [...], não haverá afronta à tutela da impessoalidade se o servidor figurar como tal na sociedade, visto que, na prática, não se cogitará de vantagem indevida, tanto a ele mesmo quanto à sociedade.

Para Cláudio Rozza, deve-se analisar se o servidor efetivamente atuou como sócio-gerente, pois, ainda que tenha seu nome no contrato social,

pode ocorrer dele não a ter exercido de fato, *in verbis*:

Se as testemunhas (fornecedores, clientes, empregados) são unânimes em declarar desconhecimento das atividades gerenciais, e se a checagem do controle de presença revela que não houve faltas, como subsumir à tipicidade a infringência caracterizada pela cláusula contratual em que aparece o nome de servidor com função de gerência? [...] Ainda que houvesse esporádicos atos gerenciais, a penalidade de demissão seria desproporcional ao modo como o bem jurídico foi ofendido. A proibição objetiva preservar a boa, contínua, regular e zelosa prestação do serviço exercido pelo agente público. (ROZZA, 2008).

Verifica-se, então, que não basta constar o nome do servidor como gerente da empresa para tipificar infringência à norma administrativa, apesar de ser suficiente o exercício de fato da atividade gerencial para configurar violação da regra disciplinar.

3. O tratamento normativo da sócio-gerência no Brasil

A legislação pátria que trata da sócio-gerência de empresas por agentes públicos nem sempre é uniforme ao disciplinar o assunto.

A Lei n.º 8.112/90, que trata do regime jurídico dos servidores públicos federais, estabeleceu expressa-

mente em seu artigo 117, inciso X, a proibição ao servidor de participar em gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não, assim como exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário.

A Exposição Ministerial – EM nº 00183-MP/2003, de 03 de junho de 2003, que apresentou o projeto de lei de alteração de dispositivos da Lei nº. 8.112/1990, dispôs, em seu item 2, o seguinte:

O comando exposto no artigo 117, inciso X, tem a finalidade de impedir que o servidor público tenha sua atenção voltada para finalidades diversas do exercício da atividade pública na qual está investido. Trata-se de regra que visa assegurar a primazia do interesse público sobre o privado, demonstrando a preocupação do legislador em evitar que o exercício de atividades privadas por servidores venha comprometer a sua imparcialidade e o correto desempenho de suas funções públicas.

O Código de Conduta da Alta Administração Pública Federal, que tem aplicação restrita aos servidores do alto escalão do governo, em seu artigo 5º dispõe que é obrigação da autoridade comunicar à Comissão de Ética Pública – CEP a aquisição direta ou indireta de controle de empresa (Resolução CEP nº 8, 2003), pois essas autoridades não podem exercer, em empresas privadas, atividades que, eventualmente, possam gerar conflitos entre o interesse público e o privado.

Ao especificar as atividades que, “em razão da sua natureza, seja incompatível com as atribuições do cargo ou função pública da autoridade”, e as que “possam implicar a prestação de serviços ou manutenção de vínculo de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão individual ou coletiva da autoridade”, o artigo 6º da citada Resolução impõe o afastamento obrigatório da empresa e obriga a autoridade a tornar pública sua participação na sociedade que negocie com o Poder Público, caso o percentual de participação seja maior que cinco por cento do seu capital.

Também o Código de Conduta dos Agentes Públicos em exercício na Presidência e Vice-Presidência da República, instituído por meio do Decreto nº 4.081/2002, regulou a vedação do exercício de atividade privada simultaneamente ao exercício do cargo público.

Por sua vez, a Lei nº 8.666, de 23 de junho de 1993, em seu artigo 9º, inciso III, disciplinou a questão quando proibiu o agente público de ser fornecedor de bens e serviços para o Estado, mediante contrato com a Administração por intermédio de empresa privada da qual tenha participação societária.

Os dispositivos legais que regulam a sócio-gerência foram estabelecidos com a finalidade de prevenir o exercício de atividades e a tomada de decisões que coloquem em risco a boa e regular prestação dos serviços públicos. A preocupação do legislador foi garantir que o servidor públi-

co não se utilize de seu cargo ou das facilidades que ele possa proporcionar para satisfazer interesses privados.

Entretanto, ao mesmo tempo em que estabeleceu normas proibindo a sócio-gerência, o ordenamento jurídico brasileiro facultou em determinadas situações a gerência de uma sociedade empresária, conforme se verifica da análise dos artigos 17 e 20 da Medida Provisória – MP nº 2.174-28, de 24 de agosto de 2001, que instituiu, no âmbito do Poder Executivo da União, o exercício de sócio-gerência de empresa por servidores que detêm de carga horária reduzida, nos seguintes termos:

Art. 17. O servidor poderá, durante o período em que estiver submetido à jornada reduzida, exercer o comércio e participar de gerência, administração ou de conselhos fiscal ou de administração de sociedades mercantis ou civis, desde que haja compatibilidade de horário com o exercício do cargo. [...]

§ 2º Aos servidores de que trata o caput deste artigo aplicam-se as disposições contidas no art. 117 da Lei 8.112, de 1990, à exceção da proibição contida em seu inciso X. [...]

Art. 20. Aplica-se o disposto no art. 17 ao servidor que estiver afastado em virtude de licença incentivada sem remuneração, exceto a exigência de compatibilidade de horário com o exercício do cargo.

A partir da MP 2.174-28/2001, facultou-se ao servidor público fede-

ral a redução de sua jornada de trabalho de quarenta horas semanais para trinta ou vinte horas, assim como o exercício da gerência de uma empresa, sem que, com isso, fique sujeito à proibição contida no artigo 117, X, da Lei 8.112/1990, e seja penalizado com demissão.

Apesar de ter disciplinado a questão da jornada de trabalho, a Medida Provisória não cuidou de eventual conflito de interesses. A norma permitiu, independentemente do tipo de atividade, o exercício de comércio e a participação em gerência, administração de sociedades mercantis ou civis, desde que haja compatibilidade de horário com o exercício do cargo, afastando expressamente a proibição do artigo 117, inciso X, da Lei nº 8.112/90, nos termos do artigo 17 supramencionado.

O ordenamento jurídico brasileiro possibilita, ainda, o exercício do comércio e da sócio-gerência em outros dois casos: pelo servidor aposentado e por aquele afastado para tratar de assuntos particulares, desde que não haja conflito de interesses, conforme dispõem, respectivamente, a Formulação – DASP nº. 186 e o artigo 117, parágrafo único, II, da Lei 8.112/90, *in verbis*:

Formulação-Dasp nº 186. O funcionário aposentado não está proibido do exercício do comércio.

Lei nº 8.112/90. Art. 117. [...]
Parágrafo único. A vedação de que trata o inciso X do caput deste artigo não se aplica nos seguintes casos: [...]

I - participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros; e

II - gozo de licença para o trato de interesses particulares, na forma do art. 91 desta Lei, observada a legislação sobre conflito de interesses.

De um lado, existe a Lei 8.112/90 que proíbe o exercício da sócio-gerência de empresas, salvo nas mencionadas hipóteses. Por outro, a Medida Provisória nº 2.174-28/2001 permite, para os servidores que optarem por uma jornada reduzida de trabalho e, em caso de compatibilidade de horários, o exercício livre da sócio-gerência, apesar de não tratar da questão relativa a eventual conflito de interesses.

Em razão dessa falta de uniformidade ao tratar a matéria, é factível que se estabeleça uma incerteza jurídica quanto à aplicação da penalidade de demissão a servidores públicos que exercem a sócio-gerência de empresas, especialmente para aqueles que detêm jornada reduzida.

De acordo com o entendimento da Controladoria-Geral da União, em seu Manual de Processo Administrativo Disciplinar Avançado, a seguir transcrito, não poderá haver tratamento diferenciado em relação aos servidores que detenham jornada reduzida de trabalho, seja porque a lei facultou tal redução, seja por-

que o cargo do servidor originalmente a prevê. Todos deverão ter tratamento isonômico e, desse modo, se houver compatibilidade de horários, ao servidor público federal que cumpra uma jornada de trabalho reduzida, não deverá ser aplicado o inciso X do artigo 117 da Lei 8.112/90.

A Medida Provisória nº 2.174-28, de 24/08/01, que disciplina a redução de jornada e a licença incentivada para servidores efetivos, permite que o servidor optante por esses dois direitos possa exercer o comércio bem como a gerência e administração de sociedades. Pode-se dizer que o inciso II do parágrafo único do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, resolveu parte da distorção que havia com relação à mencionada Medida Provisória, pois tanto os servidores sob licença incentivada quanto aqueles sob licença para tratar de assuntos particulares passaram a receber o mesmo tratamento legal de dispensa da vedação de prática de atos de gerência ou administração de sociedades e de atos de comércio.

Todavia, na leitura literal do ordenamento, teria sido mantida a previsão legal de pena de demissão para o servidor que originalmente tem jornada semanal de vinte ou de trinta horas e que pratica a gestão de sociedades privadas, enquanto que não é alcançado por norma punitiva o servidor cujo cargo tinha originalmente jornada semanal de quarenta horas e que reduziu para vinte ou trinta horas com base naquela Medida Provisória, o que, decerto, não se coaduna com o princípio constitucional da isonomia.

Portanto, todos os servidores submetidos à redução de jornada devem estar sujeitos às mesmas regras. Havendo compatibilidade de horário, não haverá razão para proibir o exercício da gerência de empresa, nem razoabilidade na aplicação de eventual penalidade disciplinar.

Com isso, vislumbra-se a possibilidade de afastar a vedação peremptória para o exercício dessa atividade a todos os servidores. O que deve ser verificado é se a atividade privada é exercida durante o horário de expediente da repartição pública e se há conflito com o interesse público.

4. Conflito de interesses

O conflito de interesses passou a ser tema recorrente da agenda política governamental brasileira a partir da criação da Comissão de Ética Pública em maio de 1999 e da edição do Código de Conduta da Alta Administração Federal em agosto de 2000 (MORAIS, 2004).

Atualmente, existe no Brasil uma série de normas voltadas à questão do conflito entre o interesse público e o privado, tais como o Código de Conduta da Alta Administração, de Ética da Presidência, Vice-Presidência da República e do servidor público civil, a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei das Licitações, dentre outras.

Além disso, a Presidência da República encaminhou ao Congresso Nacional, em 26 de outubro de 2006, o Projeto de Lei nº. 7.528 da

Controladoria-Geral da União – CGU que normatiza, de forma específica, a questão do conflito de interesses no âmbito do Poder Executivo Federal (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2007).

De acordo com o artigo 3º do referido Projeto de Lei, considera-se conflito de interesses “a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública”.

Para José Roberto Godim, conflito de interesse “é um conjunto de condições nas quais o julgamento de um profissional a respeito de um interes-

Atualmente, existe no Brasil uma série de normas voltadas à questão do conflito entre o interesse público e o privado, tais como o Código de Conduta da Alta Administração, de Ética da Presidência, Vice-Presidência da República e do servidor público civil, a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei das Licitações, dentre outras.

se primário tende a ser influenciado indevidamente por um interesse secundário”. Segundo ele, o conflito de interesses não se identifica apenas com as situações que envolvem aspectos econômicos, mas também com outros aspectos importantes, tais como interesses pessoais, científicos, assistenciais, educacionais, religiosos e sociais (GODIM, 2008).

Por meio do “*Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service*”, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE ressaltou que “*a ‘conflict of interest’ involves a conflict between the public duty and private interests of a public official, in which the public official has private-capacity interests which could improperly influence the performance of their official duties and responsibilities*”, ou seja, o conflito de interesses envolve o conflito entre o dever público e o interesse privado de um servidor/empregado público, no qual o servidor tenha um interesse privado que possa influenciar, indevidamente, o desempenho de seus deveres e responsabilidades oficiais (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2005).

Essa incompatibilidade entre a atividade privada e a atuação pública do servidor é tratada pelo professor Themístocles Brandão Cavalcanti da seguinte forma:

Um funcionário civil não se deve colocar em posição que leve a um conflito entre o seu dever e o seu interesse, e por isso mesmo

a orientação de seus negócios particulares não deve ser levada a ponto de permitir uma suspeita de que tenha abusado da confiança. (CAVALCANTI, 1958).

José Leovegildo Oliveira Morais frisa que o conceito de conflito de interesses é bastante amplo e pode abranger regras de diferentes naturezas, ainda que destinadas ao alcance de resultados semelhantes, v.g., evitar que a conduta funcional do servidor público seja influenciada por seus interesses privados (MORAIS, 2004).

Destarte, o conflito de interesses se estabelece quando o interesse privado do agente passa a influenciar, de maneira imprópria, o cumprimento de seu dever como servidor do público.

4.1 O conflito de interesse na sócio-gerência de empresas

A legislação pátria restringe o exercício da sócio-gerência a fim de que o servidor não seja favorecido em suas relações privadas. Não obstante, o que se questiona é se sempre haverá favorecimento pelo simples fato de o servidor público gerenciar uma empresa. A depender da circunstância fática, poderá não existir conflito de interesses entre suas atividades pública e privada. Apenas a análise detida de cada caso concreto possibilitará a aplicação adequada da norma administrativo-disciplinar. Se foi preservada a regularidade dos serviços públicos, não há que se falar em violação grave à regra e que resulta sempre em demissão.

Se, da análise do caso concreto, existir elementos que comprovam que o servidor cumpriu seus deveres funcionais e sua jornada laboral, inclusive sem registro de ausências, sequer esporádicas, de modo a demonstrar o comprometimento de seu desempenho com a instituição pública, onde, por exemplo, registra invejável folha de assinalados serviços prestados, não há que se falar em qualquer perda para o bem jurídico tutelado, já que as tarefas a seu cargo foram realizadas com dedicação e zelo. (MEIRELLES, 1995).

Portanto, deve-se verificar se há efetivamente um conflito real de interesses entre a atividade privada e o exercício do cargo público, pois, além disso, pode ocorrer de o servidor gerenciar uma pequena empresa para complementar sua renda como servidor, que pode não ser suficiente para o sustento de sua família. Deve-se observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, conforme ressalta José Armando da Costa:

[...] a norma proibitiva em comento – tendo como objeto de tutela a regularidade e a desenvoltura do serviço público – não se predetermina a proclamar e a assegurar a pobreza do funcionário público, como parece entender alguns chefes de repartição, os quais ficam inconformados e tresloucados diante de legítimos e honrosos sucessos conseguidos por quem, mesmo como funcionário público do Brasil, souberam aplicar bem as suas sacrificadas poupanças (COSTA, 2004).

Fábio Medina ensina que o direito à liberdade profissional e pessoal é garantia constitucional do cidadão. Para ele “a pluralidade de opções pessoais e profissionais, no desempenho de atividades lícitas, é uma das marcas mais democráticas de um Estado de direito laico e liberal”. Adverte, ainda, que, “não se pode alimentar um campo fértil e ambíguo de supostas incompatibilidades, de tal sorte a esvaziar as alternativas pessoais e profissionais do ser humano, reduzindo o universo de seus direitos fundamentais” (OSÓRIO, 2005).

Se houver compatibilidade de horários e total ausência de conflito de interesses a ponto de tornar desarrazoada a aplicação da penalidade de demissão ao servidor, não há razão para a interpretação literal do dispositivo constante do artigo 117, inciso X, da Lei 8.112/90.

O que o servidor deve observar é se a atividade exercida de forma concomitante com o desempenho de sua função pública não gera conflitos entre o seu interesse particular e as atribuições do cargo público no qual se encontra investido, pois a finalidade da regra disciplinar é garantir a lisura na prestação dos serviços, de modo que o interesse público supremo seja preservado.

No mesmo sentido dispõe o Manual de Processo Administrativo Disciplinar Avançado da Controladoria-Geral da União, em sua página 163, *in verbis*:

Como forma de evitar que o fato de ser investido em cargo público propicie benefícios indevidos ao servidor ou à sociedade de que ele participe e tendo em vista também a existência de uma área de incompatibilidade entre a função pública e a iniciativa privada, a Lei veda ao agente público o exercício de algumas atividades empresariais: gerência e administração de sociedades privadas e atos de comércio. [...] O aplicador de qualquer norma, antes de se debruçar sobre os detalhes de sua literalidade, deve encará-la de forma global para tentar extrair de imediato a sua inteligência sistemática. [...] o que esse dispositivo quer tutelar, mais do que a questão de controle da prestação integral da jornada de trabalho, é sobretudo evitar conflito de interesses público e privado, ou seja, coibir a possibilidade de a sociedade obter qualquer beneficiamento, vantagem ou diferenciação pelo fato de que seu administrador ou gerente é um servidor público, dotado de prerrogativas. Em outras palavras, a inteligência da norma é evitar que, por ser servidor público, o administrador ou gerente de uma sociedade ou o comerciante atue em seu próprio favor de forma inescrupulosa.

Ao dispor sobre as vedações e impedimentos no exercício do cargo ou emprego, o Projeto de Lei/CGU nº. 7.528/2006 relaciona a gerência de empresas como sendo uma das hipóteses de conflito de interesses, asseverando, em seu artigo 5º, que é

vedado aos ocupantes de cargo ou emprego no Poder Executivo Federal:

II - exercer atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe; [...]

IV - exercer atividade que em razão da sua natureza seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego [...].

A própria Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992), com a finalidade de garantir a efetiva aplicação do princípio constitucional da moralidade pública, relacionou algumas condutas referentes à questão do conflito de interesses, nos seguintes termos:

Art. 9º. Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...].

VIII – aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade.

Com isso, vislumbra-se a importância da análise concreta do conflito de interesses na questão da proibição do gerenciamento de empresas privadas por servidores públicos, pois a simples aplicação da lei poderia abrir margem para injustiças, além de causar prejuízos ao bom andamento do serviço público.

5. Fundamentos legais e principiológicos para a aplicação de penalidade por sócio-gerência de empresa

Consoante já demonstrado, o artigo 117, inciso X, da Lei 8.112/90, proíbe a sócio-gerência de empresas por servidores públicos federais e impõe a aplicação da pena de demissão ao servidor faltoso. No entanto, ao enquadrar uma conduta como violação a esta regra legal, a Administração deveria observar se o ato gerencial do sujeito resultou em incompatibilidade de horário e/ou conflito de interesses.

Se ficar comprovado, por exemplo, que o servidor exerceu, de forma esporádica, a gerência da empresa da qual é sócio, pode-se dizer que ele terá incorrido em falta de zelo, de cuidado em ter permitido a inclusão de seu nome como gerente em certos atos, configurando desobediência a deveres de lealdade e respeito às instituições públicas a que serve, bem como inobservância a normas legais e regulamentares (ROZZA, 2008), o que, em tese, poderia redundar na aplicação da penalidade de advertência, conforme artigo 116, II e III, da mesma Lei.

Caso o sujeito tenha exercido uma atividade gerencial que não tenha qualquer relação com as prerrogativas de seu cargo público, e restar provado que não houve prejuízo direto ou indireto para o erário ou para o serviço, é possível enquadrá-lo em outros dispositivos da Lei 8.112/90, tais como o inciso XVIII do artigo 117, c/c o *caput* do artigo 130 e inciso XIII do artigo 132, e puni-lo de forma legítima:

Art. 117. [...] XVIII – Ao servidor é proibido exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho. [...]

Art. 130 – A suspensão será aplicada em caso de [...] violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão. [...]

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: [...]

XIII – de transgressão dos incisos IX a XVI do artigo 117.

Quando a norma não der solução definitiva para um determinado caso concreto, até porque seria impossível regular todos os fatos que ocorrem na vida cotidiana, os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da lesividade das condutas podem servir como fontes de integração para a análise da questão.

De acordo com o posicionamento de José Armando da Costa, descrito a seguir, caso as normas disciplinares conflituem com princípios, perderão eficácia e não poderão ser aplicadas (COSTA, 2004).

Afrontar um princípio é mais grave que transgredir uma norma. Toda ciência se espalda e se funda em premissas principiológicas. Os princípios [...] servem como elementos informativos e interpretativos. [...] Predomina, na atualidade, o entendimento de que as normas constituem valores jurídicos não contrapostos aos princípios. (COSTA, 2004).

O Consultor-Geral da União, em Despacho de nº. 129/2005, de 04 de fevereiro de 2005, manifestou-se acerca da insignificância e baixo potencial lesivo de determinadas condutas, asseverando a possibilidade de afastamento da penalidade disciplinar em razão do referido princípio, nos moldes do que vêm entendendo os doutrinadores do direito em matéria penal.

Observo, inicialmente, que a reafirmação do entendimento contido em diversas manifestações desta Advocacia-Geral da União, no sentido da obrigatoriedade da aplicação da pena de expulsão quando configurada infração disciplinar prevista no artigo 132 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, vale como regra geral. Ocorre, entretanto, que, na linha do despacho do Consultor-Geral da União na apreciação da Nota nº. AGU/WM-24/2003, de 16 de junho de 2003, relativa ao Processo nº. 25100.004128/98-78, já aprovado por Vossa Excelência, não se exclui a possibilidade de, "quando for o caso, em face de infrações menores, de potencial insignificante, afas-

tar-se a aplicação da penalidade em razão de atipia, como a concebem os tribunais no campo penal". Em resumo, faltando objetiva relevância jurídico-administrativa, a conduta, mesmo irregular, pode ser considerada insuficiente para aplicar-se a penalidade.

Esse raciocínio, em tese, poderia ensejar a apuração do grau de significância da conduta, com vista ao seu enquadramento em um outro tipo, consoante o seu potencial lesivo.

O princípio da lesividade deve ser aplicado nos casos de pouca significância e com baixo potencial lesivo, de modo a garantir a correta subsunção do fato à norma – tipicidade formal e material (efetiva lesão ao bem jurídico protegido).

Além disso, também deve ser observado o princípio da proporcionalidade, de modo a permitir a correta individualização da sanção disciplinar a ser eventualmente imposta ao servidor, tendo em vista a natureza e a gravidade da infração, os danos que dela provieram para o serviço público e os antecedentes funcionais do investigado (ROZZA, 2008).

De acordo com José Armando da Costa, o princípio da proporcionalidade determina que a punição disciplinar deve ser adequada à falta cometida, pois a Administração não pode impor medida disciplinar mais grave do que a necessária para atingir a finalidade legal de atingimento do interesse público, sob pena de ferir

o princípio da legalidade e sujeitar o ato à revisão judicial (COSTA, 2005).

Assim sendo, deve-se aplicar o disposto no artigo 117, X, da Lei nº 8.112/90 com parcimônia, até mesmo porque não se pode afirmar categoricamente que o exercício da gerência empresarial sempre configura conflito de interesses e/ou prejuízo ao erário. Na análise de cada caso concreto devem ser observados os princípios jurídicos, em especial os da proporcionalidade, razoabilidade e lesividade, para se ter certeza da subsunção legal e legítima do fato à regra a ele aplicada.

6. O funcionalismo público norte-americano

Para uma melhor compreensão do assunto, importante conhecer como a matéria é tratada por outros ordenamentos jurídicos, a exemplo do sistema dos Estados Unidos da América.

Constituído por inúmeras leis que o regulamentam em os todos os níveis do serviço, o regime jurídico do funcionalismo público norte-americano se fundamenta no sistema de mérito. Os Municípios, Estados e União adotam legislações próprias para reger suas relações com os seus servidores (RODRIGUES, 1995), independentemente do *Office of Personal Management – OPM* (Escritório de Gerência de Pessoal) norte-americano, órgão responsável pelo sistema de carreira do serviço público federal dos Estados Unidos (NELSON, 1990).

Existem, ainda, no âmbito do governo federal, agências, tal como o *Federal Bureau of Investigation – FBI* (Escritório Federal de Investigação), que detêm sistemas individuais de mérito diferenciados e que são considerados exceções ao sistema individual de mérito do OPM, pois foram elaborados com base nos seguintes objetivos, conforme diz o professor Nelson:

[...] facilitar o recrutamento de profissionais, dar a agência maior flexibilidade na contratação e demissão do que permitido no sistema do Civil Service, e permitir métodos mais simplificados de seleção (NELSON, 1990).

No âmbito do serviço público, o sistema de mérito é supervisionado por uma agência independente do governo denominada *Merit System Protection Board – MSPB* (Conselho de Proteção ao Sistema de Mérito), criada em 1978 com a finalidade de garantir a observância dos princípios do sistema e das prerrogativas dos funcionários contra abusos e irregularidades. Além disso, a *Federal Labor Relations Authority – FLRA* (Autoridade Federal de Relações Sindicais) e o *Office of Special Counsel – OSC* (Escritório do Conselheiro Especial) são as outras duas instituições norte-americanas responsáveis, respectivamente, por arbitrar disputas trabalhistas nas agências federais e proteger funcionários de práticas de pessoal proibidas.

Esse sistema de pessoal é regido pelo *Civil Service Act* (Ato do Serviço Público), de janeiro de 1883

(RODRIGUES, 1995), alterado pelo *Civil Service Reform Act* (Ato da Reforma do Serviço Público), de 1978. Apenas não estão incluídos no regime desta Lei os integrantes das Forças Armadas e os ocupantes de cargos eletivos (SHAFRITZ, 1988).

De acordo com Ricardo Rodrigues, “a legislação de pessoal foi concebida com o intuito de garantir que o recrutamento, a promoção ou a demissão de funcionários aconteça com base no desempenho e habilidade de cada indivíduo, e não devido a motivos políticos” (RODRIGUES, 1995). Conforme consta do *U.S. Code* (Código dos Estados Unidos), “nenhum servidor federal tem o direito de propriedade sobre o cargo que ocupa”; por outro lado, para o mesmo Código, “seria um péssimo negócio dispensar funcionários competentes e com experiência por motivos triviais”. Entretanto, mesmo após efetivado, o funcionário não goza de uma garantia contra demissões.

Conforme ensina Michael Nelson, a legislação dos Estados Unidos “considera um funcionário ‘efetivo’ (a palavra estável sequer existe no texto da lei) quando o mesmo cumpre com êxito seu período de estágio probatório de um ano” (NELSON, 1990).

Quanto ao gerenciamento dos conflitos de interesses, o Departamento de Ética do Governo dos Estados Unidos é o órgão responsável por instituir instruções gerais e regulamentares para o programa de ética administrativa de qualquer agência executiva que trate

da questão. O chefe de cada agência tem responsabilidade pela administração e cumprimento do programa. No entanto, cada uma delas deve contar com um funcionário designado para administrar as atividades cotidianas de gerenciamento dos conflitos de interesses (RAILE, 2004).

The Standards of Ethical Conduct for Employees of the Executive Branch (As Normas de Conduta Ética dos Funcionários do Poder Executivo Federal), instituídas pelo *U.S. Office of Government Ethics* (Departamento de Ética Governamental dos Estados Unidos) dispõem, em seu § 2635.101 – Subparte A, que – os funcionários não deverão ter interesses financeiros que entrem em conflito com o desempenho consciencioso de seu dever”.

Além disso, especifica que “não deverão se envolver em emprego ou atividades externas, incluindo a busca ou negociação de emprego, que entrem em conflito com as funções e responsabilidades oficiais do Governo”. Por outro lado, existe a possibilidade de aprovação prévia para o exercício do cargo público e das atividades externas privadas (§ 2635.803 § Subparte H).

Para o § 2635.603 – Subparte F do Código de Conduta Ética, emprego significa

qualquer forma de emprego não federal ou relacionamento comercial envolvendo a prestação de serviços pessoais pelo funcionário, quer sejam realizados ao mesmo tempo ou após o emprego federal. Inclui, entre outros,

serviços pessoais como executivo, gerente, diretor, funcionário, agente, advogado, consultor, contratante, sócio solidário ou fiduciário.

Em seu § 2635.401 – Subparte D, o Código de Conduta Ética dispôs que “um funcionário poderá adquirir ou manter qualquer interesse financeiro não proibido pela § 2635.403”. Este último dispositivo assevera que um funcionário não deverá adquirir nem manter qualquer interesse financeiro cuja aquisição ou manutenção seja proibida por lei ou regulamento do órgão, e que possam levar uma pessoa sensata a questionar a imparcialidade e objetividade com a qual os seus programas são administrados.

Interesse financeiro, para os norte-americanos, inclui “qualquer propriedade, patrimônio ou direito real de garantia atual ou contingente em bens móveis ou imóveis ou em uma empresa e pode incluir qualquer dívida ou relacionamento empregatício remunerado. Inclui, por exemplo, [...] participação em sociedade, [...]”. Além disso, inclui serviço, remunerado ou não, como executivo, fiduciário, sócio solidário ou funcionário de qualquer pessoa, incluindo entidades sem fins lucrativos, cujos interesses financeiros sejam imputados ao funcionário (§ 2635.403 – Subparte D).

No âmbito do governo federal dos Estados Unidos, caso haja incompatibilidade entre o exercício do interesse financeiro (participação em sociedade, por exemplo) e a função pública, é dado um período razoável

para que o funcionário renuncie ao seu interesse ou se desligue do serviço público (desqualificação) e, neste último caso, ficará proibido de participar de qualquer ato oficial relacionado ao seu interesse privado, conforme dita a lei penal norte-americana, *in verbis*:

Lei penal 18 U.S.C. 208(a): Um funcionário fica proibido de participar em ato oficial de qualquer assunto específico no qual, de acordo com seu conhecimento, ele ou qualquer pessoa cujos interesses lhe sejam imputados, tenha interesse financeiro, se o assunto específico tiver efeito direto e previsível sobre esse interesse.

A Seção 208 do Título 18 (crimes e procedimentos criminais) do *U.S. Code* (Código dos Estados Unidos) trata das penas a serem aplicadas àqueles que descumprirem tais normas. Nessa parte, consta que, se qualquer funcionário do Poder Executivo do Governo dos Estados Unidos, ou qualquer pessoa ou organização com quem estiver negociando, tiver um interesse pessoal satisfeito em detrimento da instituição pública, estará sujeito à pena de prisão, de multa ou ambas.

As proibições discriminadas anteriormente não se aplicam nos seguintes casos: a) se o interesse envolvido não for substancial a ponto de afetar a integridade dos serviços que o Governo espera do funcionário; b) se houver regulamento definindo que o interesse financeiro envolvido for demasiado remoto ou inconsequente para afetar a integridade dos

serviços; e c) se o funcionário responsável pela designação do envolvido atestar por escrito que a necessidade de seus serviços excede o potencial de conflito de interesses criado pelo interesse financeiro envolvido (Subparte D).

Portanto, caso não haja conflitos de interesses com as funções e responsabilidades públicas do servidor, a legislação federal dos servidores públicos norte-americanos não veda o exercício de outras atividades por estes, ainda que de gerenciamento ou administração de empresas privadas.

7. Conclusão

A interpretação literal do disposto no inciso X do artigo 117 da Lei 8.112/90 poderia resultar em consequências desarrasoadas tanto para o servidor sob investigação quanto para a continuidade do serviço público. Dessa forma, a questão da sócio-gerência por servidor público deve ser analisada de forma sistemática, aplicando-se os princípios jurídicos às diversas situações postas em consideração quando da instrução de processos administrativos e aplicação de penalidades disciplinares.

Se for preenchido o requisito da compatibilidade de horário e se não houver conflito de interesses públicos e privados que compro-

ve que o servidor utilizou sua função pública para atender um interesse particular, a Administração deverá enquadrar o ato do sujeito de forma a que a penalidade eventualmente aplicada seja proporcional e razoável, a depender da situação concreta.

Nos Estados Unidos não há proibição de o funcionário gerenciar uma empresa, desde que o exercício dessa atividade não prejudique seu desempenho como funcionário público e que não haja conflito entre os interesses em jogo. Se o negócio envolvido não for capaz de afetar a integridade dos serviços públicos, ou é remoto o suficiente para tanto, não há que se falar em violação da regra legal. Por outro lado, qualquer transgressão do servidor poderá resultar em um processo penal em seu desfavor.

O estudo da legislação norte-americana que rege a matéria pode servir como parâmetro para um maior aprofundamento da discussão. O exemplo do ordenamento jurídico dos Estados Unidos pode servir como guia na interpretação da legislação brasileira de forma justa visando garantir ao servidor público, e gerente de uma empresa, a aplicação de regras claras, razoáveis e proporcionais quando da verificação da compatibilidade do exercício de sua atividade privada com o interesse público supremo.

Referências Bibliográficas

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *O funcionário público e seu regime jurídico*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, Tomo II, 1958.

CONTROLADORIA – GERAL DA UNIÃO. *Balço de Ações para o exercício de 2007*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/BalancoAcoes/Arquivos/Balanco2007.pdf>>. Acesso em 04 nov. 2008.

COSTA, José Armando da. *Direito administrativo disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

_____. *Processo administrativo disciplinar*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

Exposição Ministerial nº 00183-MP/2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/163142.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2008.

GODIM, José. *Conflito de interesses na área da saúde*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/conflit.htm#Thompson>>. Acesso em: 05 nov. 2008.

Manual de Processo Administrativo Disciplinar Avançado da Controladoria-Geral da União, p.163. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/>>. Acesso em: 14 nov. 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed, São Paulo: Malheiros, 1995.

MORAIS, José Leovegildo Oliveira. *Forum on Implementing Conflict of Interest Policies in the Public Service. Estudo de caso: a experiência do Brasil na administração de conflitos de interesses no serviço público*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/55/4/31830902.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2008.

NELSON, Michael (ed). *Guide to the Presidency*. Washington, D.C.: Congressional

Quarterly, 1990.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service*, 2005. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/51/44/35365195.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005.

RAILE, Eric. *Gerenciamento de conflitos de interesses nas américas: um exame comparativo*. Disponível em: <http://www.usoge.gov/international/int_files/conflicts_americas_raile_ptgse_0305.htm>. Acesso em: 04 nov. 2008.

RODRIGUES, Ricardo José Pereira. *Regime jurídico do servidor público nos Estados Unidos*. Disponível em: <<http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/publicacoes/estnottec/pdf/510256.pdf>>

ROZZA, Cláudio. *Gerência de empresa privada por servidor público*. Disponível em: <<http://www.claudiorozza.com.br/noticias.php?id=37>>. Acesso em: 14 nov. 2008.

SHAFRITZ, Jay M. *Dictionary of American government and politics*. Chicago: Dorsey Press, 1988.

UNITED STATES. *U.S. Code*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1988, title 5.

US. OFFICE OF GOVERNMENT ETHICS. *The Standard of Ethical Conduct for Employees of Executive Branch*. Disponível em: <http://www.usoge.gov/ethics_docs/publications/reference_publications/rfsocportgse_02.pdf>. Acesso em 04 nov. 2008.