



## III Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Estado de São Paulo

21 a 23 de outubro de 2015

**MPSP** Ministério Público  
DO ESTADO DE SÃO PAULO



**ceaf. esmp**  
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional  
Escola Superior do Ministério Público de São Paulo

**CAO** PATRIMÔNIO PÚBLICO  
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL CIVIL E DE TUTELA COLETIVA

# CADERNO DE TESES

## ÍNDICE

<b>A IMPROBIDADE CULPOSA E A ÉTICA DA BOA GESTÃO</b> Ernani de Menezes Vilhena Junior.....	02
<b>A INTERVENÇÃO PREVENTIVA EXTRAJURISDICIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE À CORRUPÇÃO - ESCALA DE AÇÃO PROGRESSIVA COMO FATOR DE EMANCIPAÇÃO SOCIAL</b> Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis.....	09
<b>A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA EM CASOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA</b> Leonardo Duque Barbabela.....	20
<b>A PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR AGENTES PÚBLICOS NA CRIAÇÃO E PROVIMENTO DE CARGOS EM COMISSÃO EM AFRONTA ÀS RESTRICÇÕES CONSTITUCIONAIS</b> André Vitor de Freitas e Ernani de Menezes Vilhena Junior.....	29
<b>A RELATIVIVIZAÇÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO À LIVRE NOMEAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO</b> Mário Coimbra.....	38
<b>ADOÇÃO DO SISTEMA DA SOLIDARIEDADE NO CRIME E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DE PREFEITOS MUNICIPAIS</b> André Medeiros do Paço.....	47
<b>PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA E PREFEITOS MUNICIPAIS</b> André Medeiros do Paço.....	60
<b>COMBATE À CORRUPÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E ATUAÇÃO INTEGRADA: EM BUSCA DE MAIOR EFICIÊNCIA E UNIDADE DE ATUAÇÃO</b> Leonardo Romano Soares.....	63
<b>COMPARTILHAMENTO DE PROVAS NA OPERAÇÃO “FRATELLI”</b> Cleber Takashi Murakawa.....	66
<b>O MINISTÉRIO PÚBLICO E O DESENVOLVIMENTO DE NORMAS RELATIVAS A PRESERVAÇÃO DE ELEMENTOS DE PROVA DA PRÁTICA DE ATOS COM AUSÊNCIA DE CONFORMIDADE COM A LEI (COMPLIANCE)</b> Carlos Daniel Vaz de Lima Júnior.....	73
<b>AS HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE E O PREJUÍZO AO ERÁRIO NÃO RESSARCIDO COMO IMPEDIMENTOS PARA NOMEAÇÃO A CARGOS PÚBLICOS EM COMISSÃO OU FUNÇÕES DE CONFIANÇA</b> Leonardo Romano Soares.....	77
<b>DEFESA ESTRATÉGICA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO</b> Daniel Serra Azul Guimarães.....	80

# A IMPROBIDADE CULPOSA E A ÉTICA DA BOA GESTÃO

**Ernani de Menezes Vilhena Junior**

## 1. Introdução

O legislador admitiu expressamente no art. 10 da Lei nº 8.429/1992 a possibilidade da culpa para a caracterização do ato de improbidade administrativa.

A despeito de ter o Superior Tribunal de Justiça já reafirmado a legitimidade do ato de improbidade culposo, a maior parte dos debates jurídicos sobre o assunto questiona a existência de uma suposta incongruência entre os conceitos de improbidade, corrupção, e de conduta culposa.

A pretensão do presente trabalho é demonstrar que a conduta da improbidade culposa está fundamentada na desconsideração do que se pode chamar de “ética da boa gestão”.

## 2. As normas de conduta do agente público como corolário da conduta ética na vida privada

As normas que regem a atuação do agente público na esfera administrativa nada mais são do que o reflexo dedutível de regras de conduta triviais, impostas a qualquer indivíduo que pretenda adotar um padrão minimamente ético no seio social.

A ideia da necessidade da administração de contratação pelo melhor preço, por exemplo, deflui não de uma concepção jurídica dos princípios norteadores da administração pública, e sim de um conceito imanente à moral humana.

Se existe uma preocupação natural com o bom emprego do próprio dinheiro, tal preocupação é para o homem ético sempre redobrada quando se trata de dispor do dinheiro alheio. Quando se compra um determinado bem para atender a encomenda de terceiros, é natural que haja a precaução em consultar mais de uma oferta para assegurar a aquisição mais vantajosa, documentando o valor da compra com o pedido da nota fiscal. Situação similar ocorre quando se pleiteia o ressarcimento de um dano, via de regra com a apresentação de dois ou três orçamentos para assegurar ao devedor o direito de escolher a melhor oferta. E o raciocínio não poderia diferir em se tratando do emprego do dinheiro público, bem de todos, cujo dispêndio há de observar a

regra da economicidade, que deflui de princípios comezinhos da Administração Pública e da vida privada, como a moralidade.

Tais princípios estão internalizados no senso comum de qualquer cidadão, sendo certo que todos esperam que o governante, o agente público, honrem o cargo com ética e honestidade (moralidade), com transparência de seus atos (publicidade), e competência (eficiência em seus resultados).

Muito além do mandamento legal ou da interpretação jurídica, a prática de atos de improbidade administrativa, na maioria das vezes, tem como fundamento a afronta a situações facilmente apreciáveis pelo senso comum.

Independentemente de conhecimento jurídico ou experiência na Administração Pública, o entendimento da conduta ética é perfeitamente acessível a qualquer pessoa com um mínimo de capacidade cognitiva e, com muito mais razão a pessoas presumivelmente qualificadas que venham a integrar ocupar um cargo público.

### 3. A ética da boa gestão como ônus do poder estatal

A ética da boa gestão pode ser definida como o conjunto de valores relacionados à probidade e eficiência que constitui parte integrante do poder outorgado pelo povo aos agentes públicos.

Fabio Medina Osório, analisando o pensamento de Hauriou, esclareceu sobre a existência de:

*(...) uma moralidade administrativa segundo a qual o administrador ficava vinculado a regras de conduta inerentes à disciplina interna da Administração Pública, o que significava a obediência necessária a pautas de boa administração, transcendendo as minúcias ou previsões expressas nas regras legais <sup>1</sup>.*

E, mais a frente, concluiu:

*(...) ninguém duvida de que hoje em dia exista um princípio essencial de boa gestão pública nas Constituições democráticas, como disse muito acertadamente o Parlamento Europeu, ao anunciar que tal princípio suporta uma série de deveres de boa gestão, deveres iminentes ao sistema e não necessariamente explícitos. A confiança ou o trust entre administradores e administrados, que está no coração das democracias contemporâneas, exige a boa gestão pública, já que os primeiros têm que prestar contas de seus atos aos segundos, como disse García de Enterría, já mencionado, numa relação contínua e*

---

<sup>1</sup> OSORIO, Fabio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 42/43.

*permanente, que não pode se esgotar no processo eleitoral, até porque o administrador não ganha um “cheque em branco” para governar*<sup>2</sup>.

Trata-se, na verdade, de elemento integrante da própria investidura em cargo público, como efeito inerente ao sistema democrático. O raciocínio é bastante simples: O Estado Democrático de Direito é estruturado no exercício do poder através da representatividade popular<sup>3</sup>. Aos representantes do povo incumbe a realização dos objetivos fundamentais da República (art. 3º da Constituição Federal), dentre os quais se destaca a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e promover o bem de todos. A consecução de tais objetivos só poderá ser viabilizada se o agente público, no exercício do poder estatal, pautar suas ações pelos valores da probidade administrativa, cujo alcance vai além da simples honestidade.

De acordo com Fabio Medina Osório, *“não basta aos homens públicos a honestidade. Quer-se muito mais dos homens públicos, os quais detêm a confiança do cidadão. Exige-se que sejam os funcionários públicos eficientes, diligentes e, sobretudo, justos”*<sup>4</sup>.

Por óbvio, quem quer que se candidate a um cargo público, ou preste concurso público, jamais conseguirá ser empossado prometendo que o poder será utilizado apenas para a satisfação de seus interesses individuais, do desvio de recursos públicos em proveito próprio, da distribuição de cargos a apaniguados. As promessas políticas, ou as intenções declaradas pelo candidato em concurso público, em suas mais diversas especificações, sempre estarão abrangidas pelos objetivos fundamentais da República previstos no art. 3º da Constituição Federal.

Por conseguinte, como parte da própria estrutura democrática, a investidura no poder estatal pressupõe a atribuição de um ônus, a ética da boa gestão, como condição para o desempenho do mandato ou de cargo público.

#### 4. A ética da boa gestão como modelo de conduta

Como já demonstrado acima, a ética da boa gestão não é constituída por um tratado filosófico de complexas regras jurídicas, mas de um conjunto de preceitos morais, experimentados no seio da sociedade, explicados pela ética como ciência, refletidos na honra do agente e que construíram o conceito de probidade administrativa, acessível a qualquer pessoa.

Qualquer do povo é capaz de analisar a conduta ímproba do administrador público e formar um juízo moral de valor. Os princípios constitucionais da administração pública explícitos no *caput*

---

<sup>2</sup> Op. cit. p. 43/44.

<sup>3</sup> Art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal.

<sup>4</sup> Op. cit. p. 70;

do art. 37 da Constituição Federal representam valores perfeitamente inteligíveis por qualquer pessoa na apreciação de ato que os afronte. O cidadão rurícola, de pouca instrução, pode não saber o que significa “princípio da eficiência”, mas saberá formar juízo de valor sobre o ato do agente público que em atitude de descaso imperdoável, deixa de verificar o atendimento de requisito básico para o emprego de vultosa quantia de dinheiro público, causando prejuízo ao erário. E se o cidadão sabe o que espera do agente público, o ocupante de cargo público, que tantas promessas fez para a obtenção do voto, ou que tanto se dedicou para obter aprovação em disputados concursos, se comprometendo com a consecução dos objetivos fundamentais da República, com muito mais razão terá internalizada a consciência de que a ética da boa gestão deve constituir seu modelo de conduta, como a boa fé objetiva.

#### 5. A ética da boa gestão e a boa fé objetiva

Na definição de Miguel Reale:

*(...) a boa-fé objetiva apresenta-se como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal*<sup>5</sup>.

Ao que se deduz, a ética da boa gestão nada mais é do que a efetiva prática da probidade, da boa fé objetiva na administração pública, regra que, se exigível nas relações de Direito Privado, com muito mais razão é erigida a condição *sine qua non* para o exercício da função pública.

Mais uma vez, Fabio Medina Osório esclareceu sobre a responsabilidade do agente público com a boa fé e a ética no exercício de suas funções:

*A tendência é a de que as responsabilidades devem existir já em patamares mínimos, como o seria uma responsabilidade situada no patamar daquilo que se designa como um mínimo eticamente exigível*<sup>6</sup>.

Quando o agente público rompe seu compromisso com a ética da boa gestão, deixando de assumir um mínimo grau de responsabilidade exigível para o exercício do cargo e afasta-se dos caminhos da boa fé objetiva, estará trilhando as veredas da improbidade.

#### 6. A estrutura da improbidade culposa

Emerson Garcia, ao analisar o *iter* do ato de improbidade administrativa assegura que num primeiro momento:

---

<sup>5</sup> REALE, Miguel. A Boa-Fé no Código Civil. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>.

<sup>6</sup> Op. cit. p. 51.

*o iter a ser percorrido para identificação do ato de improbidade haverá de ser iniciado com a comprovação da incompatibilidade da conduta com os princípios regentes da atividade estatal, vale dizer com a inobservância do princípio da juridicidade, no qual avultam em importância os princípios da legalidade e da moralidade*<sup>7</sup>.

Para um segundo momento, estabeleceu o referido autor a análise do elemento volitivo do agente: dolo, dolo eventual ou culpa<sup>8</sup>.

O que se pode concluir é que quando o agente, a partir de uma conduta voluntária de ação ou omissão, viola a ética da boa gestão com afronta aos princípios da administração pública, estará faltando com seu dever de probidade, eficiência e lealdade à instituição que deve servir, tendo sido aperfeiçoada a primeira etapa do ato de improbidade administrativa.

Na segunda etapa, partindo-se da premissa que não se admite responsabilidade objetiva nos atos de improbidade, a investigação, no caso da culpa, será direcionada para a verificação de um dos elementos fundamentais da conduta culposa: a previsibilidade do resultado.

A análise da previsibilidade não se presta apenas à caracterização da culpa pura e simplesmente, pois, nos casos de improbidade administrativa, constitui elemento fundamental para o aperfeiçoamento da própria ideia de improbidade, que deve guardar relação com o conceito constitucional estabelecido pelo art. 37, § 4º.

Se o conceito de improbidade, como já visto, tem seus alicerces fincados na violação de regras morais, no desvio de padrões éticos e na afronta à ideia de honra do agente público e também da administração pública, só poderá ser considerado ato de improbidade, a conduta que estiver contida nesses limites.

A partir dessa premissa, por óbvio, estar-se-á expurgando do âmbito da improbidade os atos acidentais e as falhas escusáveis, reservando à improbidade culposa apenas aquelas condutas marcadas pelo erro grosseiro, capaz de ofender a lealdade e a eficiência (culpa grave); as situações onde o resultado danoso foi efetivamente previsto (culpa consciente); e os eventos onde houve deliberada ofensa aos princípios da administração, com a superveniência de dano previsível (conduta preterdolosa), cujas consequências, evidentemente, deverão observar a razoabilidade e proporcionalidade para que não sejam equiparadas às condutas dolosas.

## 7. A culpa grave

Culpa grave é o erro grosseiro, o descuido injustificável e imperdoável às vistas do homem comum, sendo equiparada ao dolo.

---

<sup>7</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

<sup>8</sup> Op. cit. p. 316.

O agente público que comete erro grosseiro, imperdoável, viola o dever de lealdade à instituição que está servindo, dever este que vai além da simples obrigação de ser honesto. O dever de lealdade implica em servir com fidelidade, cuidado e eficiência que compõem a ética da boa gestão, e como já explicado, constitui ônus da investidura em cargo público.

Se por um lado é certo que a falibilidade humana pode justificar desvios desses atributos de fidelidade, cuidado e eficiência; certo também é de outra banda que a ética da boa gestão inclui graus mínimos de fidelidade, cuidado e eficiência que quando não observados implicarão em deslealdade com a instituição e irão macular a conduta do agente público com a nódoa da improbidade.

Mais uma vez, Fabio Medina Osório elucidou:

*Neste passo, podem-se castigar os agentes ímprobos, transgressores de normas de ética institucional, na medida em que se revelarem desleais, corruptos ou intoleravelmente ineficientes*<sup>9</sup>.

O mínimo que se espera de um agente público quando assume o cargo é que procure se inteirar de conceitos básicos de suas funções, para que atinja ao menos um grau mínimo de eficiência; que empregue um mínimo de prudência em suas ações e que não seja negligente a ponto de omitir-se na apreciação de questões importantes, exercendo assim um cuidado mínimo indispensável para a satisfação do interesse público.

A consciência daquilo que lhe é minimamente exigível é facilmente alcançável por qualquer pessoa, por constituir a base da moral comum, como já explicado acima. Assim, todas as vezes que o agente público se afasta dos padrões mínimos de cuidado e eficiência e incide em erro grosseiro, estará rompendo com a ética da boa gestão, com a lealdade devida à instituição, contrariando as regras da moral, maculando sua honra e comprometendo a probidade de sua conduta.

## 8. Conclusão

Traçadas as bases da improbidade culposa, pode-se concluir que:

- a) Constitui ônus do exercício de cargo público a adoção de um comportamento ético, comprometido com a consecução dos objetivos fundamentais da República, e o comprometimento com um grau mínimo de eficiência no desempenho da função pública para atingir os resultados impostos pelo interesse público.

---

<sup>9</sup> Op. cit. p. 68.



- b) O resultado da combinação de um padrão ético de conduta e um grau mínimo de eficiência pode ser denominado “ética da boa gestão”.
- c) Quando o agente público abandona os cuidados mínimos indispensáveis para o exercício da ética da boa gestão, e se depara com circunstância em que o resultado dano ao erário seja previsível, sua conduta poderá ser considerada ato de improbidade administrativa na modalidade culposa.
- d) O cerne do conceito de improbidade na conduta culposa está na consciente desconsideração da ética da boa gestão, em atitude que revela deslealdade para com a instituição pública com plena previsibilidade do resultado danoso.

## 9. Bibliografia

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

OSORIO, Fabio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa. São Paulo: Ed. RT, 2007.

REALE, Miguel. A Boa-Fé no Código Civil. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>.

# A INTERVENÇÃO PREVENTIVA EXTRAJURISDICIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE À CORRUPÇÃO - ESCALA DE AÇÃO PROGRESSIVA COMO FATOR DE EMANCIPAÇÃO SOCIAL

**Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis\***

## 1 INTRODUÇÃO

Os fenômenos de interação e desenvolvimento sociais, notadamente nos regimes de governo democráticos, vêm propiciando à coletividade o conhecimento e acesso às informações atinentes à administração pública, a cujos atores incumbe a esmerada gestão do patrimônio público<sup>1</sup>.

Rotineira e infelizmente, noticiam-se atos de corrupção praticados nos mais diversos setores sociais. Cada vez mais sofisticadas e abrangentes, essas condutas ilícitas geram consequências nefastas e impeditivas ao desenvolvimento social, na medida em que o desvio de finalidade e o abuso do poder direcionam os benefícios ilícitos das ações e omissões apenas aos seus autores ou a quem lhes convenha, em detrimento da coletividade (custo social da corrupção).

Diante desse quadro, levando-se em conta a inevitabilidade/irreversibilidade dos danos ao patrimônio público e, ainda, que sistemas de controle interno e externo dos poderes da República vêm se mostrando incapazes de combater satisfatoriamente a corrupção, é que exsurge a necessidade da intervenção preventiva extrajurisdicional do Ministério Público no combate à corrupção, através da proposta de uma “*escala de ação progressiva*”, lastreada no princípio da eficiência, como instrumento de emancipação social.

---

\* Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais, graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos, em julho de 2004; Pós Graduado em Direito Privado, Tese de Direito Penal, pela UCAM – Universidade Cândido Mendes, em julho de 2006.

<sup>1</sup> O patrimônio público, tanto sob o aspecto subjetivo (titularidade individual e coletiva), quanto sob o aspecto objetivo (ordem jurídica), foi forjado, externa e internamente, como direito fundamental, porquanto se trata de conjunto de bens transindividual e solidarizado, a bem da dignidade da pessoa humana, sendo parâmetro básico para a interpretação e concretização da própria ordem jurídica e da fixação dos parâmetros e valores do próprio Estado Democrático de Direito. Merece, pois, assim como a moralidade administrativa, tutela ampla e irrestrita, posto que, conforme Fernando Rodrigues Martins (MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 64), “*a malversação do patrimônio público fere a concepção deontológica de um direito fundamental e importa na desapropriação violenta e lesiva de uma coletividade*”.

## 2 CORRUPÇÃO E SEU CUSTO SOCIAL. PATRIMÔNIO PÚBLICO COMO OBJETO DA CORRUPÇÃO

A difícil tarefa de definir conceitualmente o vocábulo *corrupção* demanda, necessariamente, uma análise histórica balizada em contextos linguísticos altamente diferenciados no tempo. Não há uma única abordagem linguística ou normativa totalizante sobre a corrupção, que está referida a contextos de linguagens e interlocuções práticas dinâmicas, conforme os diferentes problemas que configuraram a história política.<sup>2</sup>

Tomando-se por base o referencial dos interesses (público e privado), na base liberal do pensamento político, a corrupção representa os vícios dos agentes públicos, praticados na dimensão do Estado<sup>3</sup>, cujos elementos distintivos, com propriedade, prelecionam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

Sob o prisma léxico, múltiplos são os significados do termo corrupção. Tanto pode indicar a ideia de destruição como a de mera degradação, ocasião em que assumira uma perspectiva natural, como acontecimento efetivamente verificado na realidade fenomênica, ou meramente valorativa. Especificamente em relação à esfera estatal, a corrupção indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca de obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma. Desvio de poder e enriquecimento ilícito são elementos característicos da corrupção.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Nesse sentido, o regresso à experiência do mundo antigo e medieval revela que a corrupção estaria ligada a processos mais amplos de degeneração das instituições políticas, relacionando-se com o sentido da palavra *diaphthora*, no grego, e *corruptere*, no latim, que têm sua significação em torno de ideias como putrefação, destruição, ruína. A corrupção estaria relacionada aos momentos de decadência de impérios e reinos, representando o momento no qual o governo se degenera para formas injustas ou eticamente consideradas ruins. Esta compreensão da corrupção relacionada a processos mais amplos de decadência é uma marca forte da herança do pensamento grego no pensamento ocidental, em especial se considerarmos as filosofias de Platão e, principalmente, de Aristóteles. (FILGUEIRAS, Fernando; MONTANDON, Ana Maria; OLIVEIRA, Bárbara Magalhães Aguiar de; ABREU, Ivana Mascarenhas. Corrupção, cultura política e reformas no Brasil. *Revista de C. Humanas*, Vol. 10, Nº 2, p. 318-334, jul./dez. 2010)

<sup>3</sup> Na chave liberal do pensamento político, a corrupção representa os vícios dos agentes públicos, praticados na dimensão do Estado. Não se trata de pensarmos sociedades pautadas na virtude, mas sociedades que são regidas pelos interesses. Tomando essa premissa dos interesses, a corrupção é analisada a partir de três ângulos diferentes: (1) a corrupção realizada pelos políticos profissionais, na dimensão da representação, envolvendo, especialmente, governantes e parlamentares; (2) a corrupção de funcionários públicos, que usam seu poder e prestígio para auferir vantagens indevidas, isto é, a corrupção da burocracia e do aparato administrativo do Estado; e (3) a corrupção de membros de instituições centrais do Estado, como a polícia e o Judiciário. (FILGUEIRAS, Fernando; MONTANDON, Ana Maria; OLIVEIRA, Bárbara Magalhães Aguiar de; ABREU, Ivana Mascarenhas. Corrupção, cultura política e reformas no Brasil. *Revista de C. Humanas*, Vol. 10, Nº 2, p. 318-334, jul./dez. 2010).

<sup>4</sup> GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. Emerson e Rogério Pacheco Alves. 6. ed, ver. e ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 7.

A corrupção não esgota, em si, as espécies de condutas ilícitas, com desvio de finalidade e em benefício do interesse particular (de quem corrompe, de quem é corrompido e de quem se beneficia da corrupção), mas, ao contrário, representa apenas uma das facetas dos atos de improbidade, os quais possuem maior amplitude significativa, definida pela Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa.

*Corrupção*, no âmbito estatal é, portanto, uma espécie de improbidade administrativa, qualificada pelo abuso do poder<sup>5</sup> exercido por um agente público, para obter uma vantagem indevida para si ou para outrem, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma. É a sobreposição ilícita dos interesses públicos pelos privados, em detrimento do patrimônio público - objeto material - com severos custos sociais.

Como consequência social negativa, estimou-se, em 2010, conforme dados da Federação das Indústrias de São Paulo (Fiesp), que o custo da corrupção no Brasil fica entre R\$ 41,5 e R\$ 69,1 bilhões por ano. Isto representa entre 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB).<sup>6</sup> Em recente relatório realizado pela consultoria britânica Capital Economics, apontou-se que, embora seja difícil precisar, os impactos gerados pela corrupção na empresa pública brasileira Petrobrás, investigados pela exitosa “Operação Lava-Jato”, incluindo os efeitos de redução de investimentos na companhia e outras implicações, perfaz o montante de 0,5 do PIB nacional, apenas em 2015.<sup>7</sup>

Analisando teleológica e deontologicamente a corrupção<sup>8</sup>, com o reforço dos dados empíricos expostos alhures, fica claro perceber que seu objeto material é o patrimônio público, alvo inexorável, de dilapidação. Como esposado, referido comportamento ilícito e

---

<sup>5</sup> Abuso de poder é o ato ou efeito de impor a vontade de um sobre a de outro, tendo por base o exercício do poder, sem considerar as leis vigentes. Desta maneira é evidente que a palavra ‘abuso’ já se encontra determinada por uma forma mais sutil de poder, o poder de definir a própria definição. Assim que o abuso só é possível quando as relações de poder assim o determinam. A democracia direta é um sistema que se opõe a este tipo de atitude. O abuso de poder pode se dar em diversos níveis de poder, desde o doméstico entre os membros de uma mesma família, até aos níveis mais abrangentes. O poder exercido pode ser o econômico, político ou qualquer outra forma a partir da qual um indivíduo ou coletividade têm influência direta sobre outros. O abuso caracteriza-se pelo uso ilegal ou coercivo deste poder para atingir um determinado fim. O expoente máximo do abuso do poder é a submissão de outrem às diversas formas de escravidão. (VELLOSO, Gabba. *Desvio de poder*: jurisprudência e aplicação prática. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 48).

Tecnicamente, existem duas dimensões de abuso de poder: *excesso de poder* e *desvio de poder*. A primeira é aquela em que o agente público atua fora dos limites de sua competência e, a segunda, aquela em que o agente público atua dentro de seu âmbito competencial, porém, com desvio de finalidade pública.

<sup>6</sup> Disponível em: <[http://www.brasileconomico.com.br/noticias/corruptao-no-brasil-custa-ate-r-691-bilhoes-por-ano\\_82676.htm](http://www.brasileconomico.com.br/noticias/corruptao-no-brasil-custa-ate-r-691-bilhoes-por-ano_82676.htm)>. Acesso em: 07 ago. 2015.

<sup>7</sup> Disponível em: <<http://www.infomoney.com.br/petrobras/noticia/3876272/corruptao-petrobras-pode-tirar-pib-diz-capital-economics>>. Acesso em: 07 ago. 2015.

<sup>8</sup> No mesmo sentido, apontando ser a moralidade administrativa eminentemente finalística, assim se pronuncia Emerson Garcia: *Assumindo espontaneamente o ônus de gestor da coisa pública, tem o agente o dever de agir em harmonia com as finalidades institucionais próprias do órgão que ocupa, o que demonstra que o conceito de moralidade administrativa tem índole eminentemente teleológica*.

GARCIA, Emerson. *A moralidade administrativa e sua densificação*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_35/artigos/Art\\_emerson.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_35/artigos/Art_emerson.htm)>. Acesso em: 17 set. 2015.

moralmente deformado causa, inevitavelmente, severos prejuízos ao desenvolvimento nacional, ao passo que propicia o desvio de recursos indispensáveis à promoção da saúde, da educação, da segurança pública e de demais setores essenciais da sociedade, representando verdadeira afronta aos fundamentos e objetivos da república, bem como entrave à emancipação social<sup>9</sup>.

### **3 INTERVENÇÃO PREVENTIVA EFICIENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ESCALA DE ATUAÇÃO PROGRESSIVA. FATOR DE EMANCIPAÇÃO SOCIAL**

A atividade de combate à corrupção deve ser levada a efeito por atividades de controle e fiscalização de todos os poderes republicanos, a exemplo dos órgãos de controle externo e interno do Poder Executivo, pelo Poder Legislativo, pela coletividade e pelo Ministério Público.<sup>10</sup>

Em que pese a ausência de especificação normativa expressa sobre o momento para a deflagração do controle e da defesa do patrimônio público, no exercício da função institucional de combate à corrupção, o que direciona a intervenção ministerial para o viés preventivo é a *evitabilidade* do resultado lesivo ao patrimônio público e a *irreversibilidade*, quase constante, dos danos aos direitos patrimoniais e extrapatrimoniais sociais – custo social da corrupção.<sup>11</sup>

Diante da amplitude do sistema jurídico de proteção ao patrimônio público e de combate à corrupção, não se pode mais conceber a ideia de inércia das instituições protetoras e nem uma atuação meramente repressiva, sob pena de irreversibilidade danosa ou compensação insuficiente. Exige-se, assim, do Ministério Público, uma mudança de paradigma de atuação, que direcione seu o mister executivo, preferencialmente, à prevenção extrajudicial da corrupção, valendo-se de todo o instrumental administrativo que lhe é dado, da maneira mais eficiente possível.

Sob o influxo do princípio da eficiência, o que se propõe é a referida atuação preventiva extrajudicial de combate à corrupção, em alguns casos, siga uma *escala de ação progressiva*, lançando-se mão da *Recomendação* e, em seguida, do *Compromisso de Ajustamento de Conduta*,

---

<sup>9</sup> Citamos os artigos 1º, II e III e o artigo 3º, I a IV, todos da Constituição da República, de 1988.

<sup>10</sup> Essa ilação pode ser aferida da interpretação sistemática dos artigos 23, I, 31, 70 e 129, III, da CR/88.

<sup>11</sup> Nesse sentido são as sábias lições de Gregório Assagra de Almeida: [...] muitos danos, especialmente os de dimensão social (aqueles que afetam o ambiente; a saúde do consumidor; a criança e o adolescente; o idoso; a saúde pública etc.), não são possíveis de reparação in natura. Portanto, só restaria nesses casos uma tutela repressiva do tipo compensatória ou do tipo punitiva, que é espécie de tutela jurídica apequenada, já que não responde ao direito, a uma tutela jurídica genuinamente adequada, na sua condição de garantia fundamental do Estado Democrático de Direito (arts. 1º, 3º e art. 5º, XXXV, da CF/88). [...] Além de combater repressivamente os atos de improbidade, é razoável priorizar a atuação para evitar que ocorram atos dessa natureza, especialmente os que geram dano ao Erário [sic]. Muitas vezes torna-se impossível a recuperação dos ativos desviados, o que resulta em enormes prejuízos para a sociedade. A priorização da atuação preventiva pelos Promotores de Justiça, Procuradores de Justiça e Procuradores da República será um caminho legítimo e eficaz para proteger o patrimônio público. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores da ampliação de sua legitimação social*. In: CHAVES, Cristiano et al. (Coord.) *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 17-60.

visando à solução mais rápida e menos custosa da demanda, sem prejuízo da eventual ajuizamento de ação civil pública para a responsabilização por ato de improbidade administrativa, em casos de patente ilícito ímprobo.

O fator diferenciador da melhor utilização dessas peças de atuação pelo Ministério Público, especificamente na prevenção à corrupção é a aplicação do *princípio administrativo da eficiência*<sup>12</sup>. Em outras palavras, vislumbrada a ameaça ou a lesão ao patrimônio público, ao órgão de execução do Ministério Público cabe a escolha do mais eficaz aparelho procedimental de atuação, levando em conta, inexoravelmente, a melhor relação entre a produtividade e economicidade.<sup>13</sup>

A *audiência pública* é o exemplo mais eloquente de participação social nos rumos administrativos do patrimônio público, eis que proporciona, de maneira prévia, a efetivação da democracia dialética (LEITE DA SILVA, 2014). A participação do Ministério Público, instituição expoente da função de Ombudsman, em audiências públicas cujo tema seja, direta ou indiretamente, a gestão do patrimônio público (combate à corrupção), é fator de legitimação social e controle preventivo, pela prévia análise de todos os aspectos legais das ações propugnadas pela Administração Pública ou por particulares.

Tal ferramenta funciona como ótima fonte de elementos de informação para a formação da convicção ministerial, principalmente em casos de corrupção, nos quais agentes e beneficiários desenvolvem esquemas cada vez mais sofisticados de escamoteamento de bens e valores ilicitamente auferidos, bem como de informações. Propicia-se, assim, uma visão global da demanda e permite um vislumbre da melhor maneira de instrumentalizar a prevenção à corrupção.

Também ligada à perspectiva de atuação ministerial como *Ombudsman*<sup>14</sup>, surge a ferramenta da *recomendação*, cuja previsão normativa se encontra no art. 129, II, da CR/88 e nos arts. 27, parágrafo único, IV, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), e 6º, XX, da Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União). Em resumo, a recomendação tem natureza jurídica de ato administrativo<sup>15</sup> e se presta, no bojo de um

---

<sup>12</sup> Conforme Hely Lopes Meirelles assim define que: o referido princípio da eficiência como sendo um dos deveres da Administração Pública, sendo aquele que “*exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional*”. E arremata: “*a partir da Emenda Constitucional 45/2004 a eficiência passou a ser um direito com sede constitucional*.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2008. p. 98-99).

<sup>13</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 27.

<sup>14</sup> Trata-se configuração de agente apolítico e independente, de investidura temporária, receptor das vozes inconformadas do povo contra as ações ou omissões ilícitas do Poder Público. No modelo jurídico-constitucional o Ministério Público assumiu esse mister, ainda que não exclusivamente, fulcrado no art. 129, II, da Constituição da República, o que ganha especial relevo quando se trata de patrimônio público

<sup>15</sup> Não há dissonância doutrinária a respeito da natureza jurídica da recomendação, pelo que citamos, por todos. Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 231.

procedimento administrativo ministerial (inquérito civil ou procedimento preparatório)<sup>16</sup>, a apontar conduta ou perspectiva de conduta ilícita e diagnosticar sua correção. A recomendação funda-se em fontes normativas e na força persuasiva (jurídica, moral e política) do Ministério Público, com o fito de pontar a anomalia e convencer o agente a saná-la.

Basicamente, a recomendação pode expressar um conteúdo positivo (fazer algo ou suprir alguma omissão) ou negativo (não mais fazer algo). Não obstante essa dualidade de conteúdo, é inegável a importância e a força de seus efeitos indiretos para a atuação preventiva à corrupção, pois servem para: a) influenciar juridicamente as ações e/ou omissões do agente recomendado; b) agir de forma psicológica na etapa precedente à ação e/ou omissão do destinatário; c) obrigar o destinatário a se manifestar; d) acaso atendida, gera o reconhecimento implícito da inadequação da conduta atestada e soluciona, extrajudicialmente, a ilegalidade; e) quando não acatada, serve de indicador do elemento subjetivo do agente para sua eventual responsabilização civil e/ou criminal; f) serve de instrumento de direcionamento da atuação institucional do próprio Ministério Público.

Desses efeitos exsurge a importância tática e prática da utilização da recomendação na prevenção à corrupção, posto que, à luz princípio da eficiência, funciona, independentemente da vontade do recomendado, como meio de apontamento da ilegalidade e de cientificação do corrupto e do beneficiário do ilícito, resultando no impedimento ou na correção da ilegalidade antes da ocorrência do dano. A partir da recomendação e de sua publicação, afasta-se do agente corrompido ou do beneficiário a possibilidade de alegação de desconhecimento da ilegalidade e, ao mesmo tempo, recomendam-se a ele a adoção das devidas providências sanatórias, prevenindo-se eventual intento corrupto. Esse expediente age, ainda, na configuração do elemento subjetivo do agente e/ou beneficiário, viabilizando a caracterização do dolo, exigido em alguns casos, para a responsabilização civil, administrativa e penal.

Por isso tudo, o uso da recomendação deve ser comedido, sob pena de banalizar-se o poder extrajudicial de solução de ilicitudes do Ministério Público e reduzir sua eficácia.

No mesmo sentido, praticamente com os mesmos efeitos, porém acrescido de caráter cominatório/coercitivo e com natureza jurídica de submissão (dimensão material) e de título executivo extrajudicial (dimensão processual), segue o *compromisso de ajustamento de conduta*, previsto no artigo 5º, §6º, da Lei nº 7.347/1985. Por meio do TAC, o compromissário reconhece irregularidade de sua conduta e assume, por título executivo extrajudicial (art. 585, II, do Código de

---

<sup>16</sup> A nomenclatura dos procedimentos administrativos pode variar de acordo com cada Ministério Público Estadual. Tomando-se de exemplo o Ministério Público de Minas Gerais, as recomendações somente poderão ser expedidas nos autos de um Procedimento Preparatório ou de um Inquérito Civil, conforme o art. 22 da Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 3/2009.

Processo Penal), as obrigações determinadas, sob penalidade cominatório- financeira e execução judicial, em caso de descumprimento. Assim como a recomendação, entre outras valências, serve de delineador do elemento subjetivo do agente, cuja produção probatória, em casos de ações civis públicas de improbidade administrativa, não é tarefa das mais fáceis, sobretudo pela forçosa exigência jurisprudencial para condenação.

No âmbito da atuação resolutiva do Ministério Público, constatada a perspectiva de prática de condutas corruptas na administração do patrimônio público, é que surge, a dúvida: qual o melhor instrumento de atuação a ser utilizado? Não há regra de determinação da atuação funcional, sobretudo por conta do princípio institucional da independência funcional, expressa no art. 127, §1º, da CR/88. Todavia, com bases firmes no princípio da eficiência, o que se propõe é traçar uma *linha de atuação funcional extrajurisdicional escalonada*: em primeiro lugar, utiliza-se a *Recomendação*, como meio pedagógico e persuasivo (ciência ilicitude e proposta de correção), que não depende da vontade do corrupto ou corruptor para ser exteriorizado; acaso ineficaz e ainda incabível o ajuizamento de Ação Civil Pública ou não constatada a improbidade, colhe-se o *Termo de Ajustamento de Conduta*, com o imanente reconhecimento da ilicitude e a eficiente estipulação de multa civil cominatória.

A *audiência pública* pode constar como passo inaugural da escala proposta, quando ainda incipiente a demanda, ausente um lastro mínimo de informações e presente a conveniência da promoção de uma dialética com a comunidade local que, muitas das vezes, frutifica em elementos homiziados, de má-fé, pela própria Administração Pública.

Para trazer uma abordagem prática da utilização das ferramentas de atuação ministerial extrajurisdicional, cita-se uma tormentosa questão afeta à curatela do patrimônio público: a delegação permissiva da prestação do serviço público de transporte individual – TÁXI.<sup>17</sup>

Em inúmeros municípios brasileiros existem delegações ilegais e personalizadas da prestação do serviço público de transporte individual – TÁXI. Não raras vezes, o Chefe do Poder Executivo Municipal, em patente desvio corrupto de poder e para atender prioritariamente a interesses privados, em troca de apoio político, procede à delegação da prestação desse serviço a determinados administrados, sem a necessária precedência de procedimento licitatório próprio, como determinam, expressamente, os arts. 37, XXI e 175, da Constituição da República e as Leis 12.587/2012, 8.987/1995 e 8.666/1993. Tal conduta ilícita traz a perspectiva de ato de corrupção e, por sua vez, de improbidade administrativa, ao menos, por violação aos princípios da administração

---

<sup>17</sup> O serviço público de transporte individual de passageiros (TÁXI) foi recentemente disciplinado pela Lei 12.587/2012, que determinou, expressamente, a delegação aos particulares prestadores através de permissão (Lei 8.987/1995), que atrai a necessidade imperiosa de prévia licitação, conforme os arts. 37, XXI e 175, da CR/88, e a Lei 8.666/1993.



pública, conforme art. 11 da Lei 8.429/1992 e, também, na espécie inserta no artigo 10, incisos VIII a mesma lei, podendo ocasionar danos ao erário.<sup>18</sup>

Acaso ainda inexistentes as referidas delegações do serviço de táxi ou, se existentes, porém outorgadas sem a precedência de licitação, o órgão ministerial poderia lançar mão da *audiência pública*, como instrumento eficiente de colheita de informações relevantes, em geral sonegadas pelos corruptos e corruptores, para a regularização da querela, tais como: número potencial de usuários do serviço; melhores pontos de embarque e desembarque de passageiros; necessidade do serviço nas zonas urbana e rural; capacidade econômica dos usuários, etc..

De posse desses dados, caberia expedir uma *Recomendação*, por meio da qual o Ministério Público traçaria os padrões de legalidade a serem observados em futuro certame licitatório, ou apontaria as ilegalidades e indicaria as soluções extrajurisdicionais para o caso. Uma vez atendida a recomendação, encerrar-se-ia o procedimento em que fora expedida, como resultado eficiente de prevenção contra a corrupção.

De outro giro, não acatada a recomendação, ocorrendo delegações ilegais ou persistindo as irregulares já existentes, surgiriam duas opções ao *Parquet*: ajuizar uma ação civil pública, com pedidos de cumprimento de obrigações de não fazer (impedir novas delegações) e de fazer (realização de licitação), ou tomar um compromisso de ajustamento de conduta, para viabilizar a solução extrajurisdicional.

A opção pela precedência da recomendação se justifica porque esse instrumento, ao contrário do TAC, não depende da manifestação de vontade do recomendado, servindo assim, dentre outros efeitos indiretos já citados, de apontamento da ilegalidade, de sugestão de correção e de delineador do elemento subjetivo do corrupto ou corruptor.

De outro giro, a escolha pela judicialização ou não da demanda para cumprimento das obrigações legais indicadas na recomendação deve ser analisada à luz dos princípios da legalidade, da proporcionalidade e da eficiência. Quanto à improbidade, na espécie de corrupção, uma vez constatada, cabe ao Ministério Público buscar a responsabilização do agente público e dos beneficiários, em juízo, posto que os direitos lesados são indisponíveis, aos quais não se pode renunciar, sobretudo em se tratando de legitimidade processual extraordinária.

Em nome da eficiência, privilegia-se a solução extrajurisdicional da querela, especialmente nos casos de ilegalidade sem patente constatação de prejuízo ao erário. Nessas hipóteses, nas quais

---

<sup>18</sup> Cite-se o caso prático do Inquérito Civil nº MPMG. 0435.13.000008-4, vivenciado na comarca de Morada Nova de Minas/MG, em que se seguiu a *escala de ação progressiva*, primando-se pela resolutividade, com ótimos resultados. Constatada a ilegalidade, em primeiro lugar, expediu-se uma Recomendação; posteriormente, tomou-se um TAC e, por fim, bem delineado o elemento subjetivo, ingressou-se em juízo com as ações civis públicas correspondentes (ACP de execução do TAC, ACP de execução da multa cominatória e ACP por Improbidade Administrativa).

o serviço de transporte esteja, efetivamente, sendo prestado (ainda que de forma ilegal), a utilização do TAC pode ser bastante à regularização e mais eficiente do que um longo e debatido processo judicial, até mesmo para evitar a descontinuidade do serviço e o enriquecimento sem causa do município.

A atuação preventiva proposta ocasiona efeitos positivos e negativos, tais quais aqueles advindos da pena.<sup>19</sup>

Especialmente ao corrupto e aos beneficiários da corrupção, há o efeito negativo de pronta resposta à ilicitude detectada e, de outro viés, o efeito positivo, com o cunho pedagógico de redirecionar a conduta corrupta aos estritos ditames legais e à finalidade pública.

Genericamente, à coletividade gera-se o efeito negativo de inibição às propensas condutas corruptas, ao passo que se opera o efeito positivo de sensação de vigência e cogência das normas anticorrupção.

É justamente sob essas perspectivas de produção de efeitos, diretos e indiretos, que a atividade de prevenção contra a corrupção, levado a cabo, em especial, pelo Ministério Público, propicia a emancipação social.

O redirecionamento da administração pública à finalidade pública primária proporciona, de forma imediata, a correção das ilegalidades e, reflexamente, a correta aplicação dos recursos públicos em vias de serem desviados ou, indevidamente, (des) apropriados pelo agente corrupto ou por quem se beneficiaria de sua conduta ilícita.

#### 4 CONCLUSÃO

A prática da corrupção, enquanto espécie de improbidade administrativa cujo alvo é o patrimônio público, representa verdadeira violação aos direitos fundamentais e serve de barreira ilícita ao desenvolvimento social, com expressivo custo social.

Por sua própria definição institucional e pelas funções institucionais que lhe foram conferidas, o Ministério Público assume papel de relevância no combate à corrupção que, conforme demonstrado, com fundado no princípio da eficiência, deve ser executado, preferencialmente, de forma preventiva e extrajudicial, em uma *escala de atuação progressiva*.

Essa atuação escalonada gera efeitos mediatos e imediatos, que servem, ao final, como fatores de emancipação social, na medida em que inibem e impedem o desvio corrupto de recursos

---

<sup>19</sup> A referência pertine à teoria relativa das penas, do Direito Penal, em que se define a prevenção geral e especial, negativa e positiva, como efeitos das penas.

a fins privados, vertendo-os à concretização de todos os dos direitos fundamentais assegurados pela Carta Maior, tais como a vida, a liberdade, a igualdade e a segurança<sup>20</sup>.

Daí decorre a emancipação social, como verdadeira libertação pelo exercício dos mais mezinhos direitos fundamentais, aviltados e tolhidos pela nefasta conduta ímproba da corrupção.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales [Theorie der Grundrechte]*. Tradução de Ernesto Garzon Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores da ampliação de sua legitimação social*. In: CHAVES, Cristiano et al.(Coord.) *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_. *O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores da ampliação de sua legitimação social*. In: CHAVES, Cristiano et al.(Coord.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Jurisdicional Cautelar e Atos de Improbidade Administrativa*. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. (Org.). *Improbidade administrativa, questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais*. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DALLARI, Adílson de Abreu. *A Responsabilidade do Agente Político*. In: Boletim de Direito Administrativo, fevereiro de 2001.

FARIAS, Luciano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagi; GHIGNONE, Luciano Taques. *Estudos sobre improbidade administrativa*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, *Licitações e contratos e outras normas pertinentes*. 10. ed. São Paulo: Fórum, 2009.

FERRAZ, Sérgio. *O Controle da Administração Pública na Constituição de 1988*. In: *Revista de Direito Administrativo* nº 188/64.

---

<sup>20</sup> Os direitos e garantias fundamentais estão previstos, em rol exemplificativo, no Capítulo I, Título II, da CR/88.

GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. Emerson e Rogério Pacheco Alves. 6. ed, ver. e ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GHIGNONE, Luciano Taques. In: Farias, Luciano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagi; GHIGNONE, Luciano Taques. *Estudos sobre improbidade administrativa*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

HORTA, Raul Machado. Improbidade e corrupção. In: *Revista de Direito Administrativo* nº 236/121, 2004.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. Improbidade administrativa. In: *Revista dos Tribunais* nº 787/791, 2001.

LEITE DA SILVA, Bartolomeu. Habermas e a Dialética do Esclarecimento. *En Contribuciones a las Ciencias Sociales, diciembre 2011*. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/cccss/16/>>. Acesso em: 10 out. 2014.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A lei de improbidade administrativa. In: *Justitia*, São Paulo nº 174/46, 1996.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *Improbidade administrativa: Alguns Aspectos Controvertidos*. In: *Revista de Direito Administrativo* nº 235/61, 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. As Sanções da Lei 8.492/92 aos Atos de Improbidade Administrativa. In: *Revista dos Tribunais* nº 766/88.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2002.

ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e a efetividade do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

## **A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA EM CASOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

**Leonardo Duque Barbabela<sup>1</sup>**

### 1. Considerações Iniciais.

O instituto da delação premiada ou “colaboração premiada” representa um grande avanço para o aparato repressivo criminal na efetividade da responsabilização dos autores de ilícitos penais e respectiva segregação destes do convívio social por meio da mais grave das penas previstas no sistema jurídico brasileiro que é a pena corporal.

Por meio da delação premiada o Poder Público, personificado nas instituições da Polícia, Ministério Público e Judiciário, tem conseguido êxito sem precedentes na descoberta de crimes, autores e objeto dos crimes, sem o que estes ilícitos jamais chegariam sequer a ser descobertos, tampouco se alcançaria a punição dos respectivos agentes criminosos.

A notória “Operação Lava Jato”, conduzida pelo Ministério Público e pela Polícia Federal, tem demonstrado seus exitosos resultados que nunca seriam alcançados sem a colaboração dos próprios agentes criminosos em formalizar declarações reveladoras de nomes de pessoas, modus operandi, destino do produto do crime, assim como, indicar as provas e evidências de todos os fatos declarados como requisito para obtenção dos benefícios da delação.

É preciso enfatizar que a delação premiada somente terá o poder de efetivamente beneficiar o autor da delação, com a redução da pena ou até mesmo completa exoneração de suas responsabilidades, se as provas que indicou puderem confirmar a autoria, a materialidade e a localização e recuperação de ativos e demais produtos dos crimes, nos exatos termos estabelecidos nas leis competentes.

No entanto, os atos de improbidade administrativa, cuja natureza é civil, são, via de regra, praticados com o emprego de modus operandi de alta complexidade, o que oportuniza não apenas o encobrimento dos verdadeiros agentes ímprobos, mas sobretudo favorece a dissimulação da própria ocorrência do ilícito eternamente.

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais Coordenador do CAOPP.

Surge então a necessidade de se questionar acerca da possibilidade de empregar o instituto da “delação premiada” na persecução civil de atos de improbidade administrativa, ainda que não expressamente prevista em lei, como meio de se obter a efetiva punição de agentes públicos que nunca poderiam ser responsabilizados se os fatos sequer fossem descobertos.

Conforme procuraremos demonstrar ao longo deste breve dissertação, se o instituto da delação premiada está positivado para amenizar a aplicação da mais grave das penas no sistema jurídico pátrio, ou seja, a pena corporal, vislumbra-se ser possível utilizar o instituto da colaboração premiada para desmascarar ilícitos administrativos, sua materialidade, localização de produto do ilícito, ressarcimento ao erário e demais vantagens indevidamente auferidas pelos agentes ímprobos.

Concorrentemente, considerando que a nova lei de combate à corrupção autoriza o acordo administrativo de leniência como medida apta à mitigação das sanções aplicáveis às pessoas que celebraram contrato com o Poder Público, afigurar-se-á cabível ao Ministério Público valer-se do instituto da delação premiada como instrumento conveniente e oportuno para que o conteúdo sancionatório da norma prevista na Lei 8.429/92 venha a alcançar os verdadeiros e mais poderosos autores de ilícitos contra a Administração Pública.

## 2. O Instituto da Delação Premiada no Brasil.

A delação premiada é uma estratégia de investigação utilizada para apuração de ilícitos penais em que os órgãos competentes podem oferecer aos partícipes ou autores de crimes vantagens legais, que vão desde a redução da pena até a exoneração total da responsabilização penal.

Os benefícios que eventualmente poderão favorecer o delator, que também seria um dos partícipes na prática criminosa, dependerão da utilidade de suas revelações para a apuração dos fatos ilícitos, da identificação dos culpados e da recuperação do produto dos crimes investigados.

A “delação premiada” foi denominada formalmente como “colaboração premiada” pelo art. 3º., inc. I da Lei Federal Nº 12.850/2013, que “define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado”.

A colaboração premiada é um dos meios de obtenção de prova a ser empregado em qualquer fase da persecução penal em casos de crimes praticados por organizações criminosas.

De acordo com o art. 4º. da Lei 12.850/2013, a colaboração que comprovadamente for útil para (i) identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas, (ii) revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa, (iii) prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa, (iv) recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações

penais praticadas pela organização criminosa e (v) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada, autorizará o juiz, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal (art. 4º. Da Lei 12.850/13) .

Anteriormente à edição da Lei 12.850/2013, outras normas brasileiras de natureza penal já previam benefícios para aquele que colaborasse com os órgãos estatais encarregados da persecução penal, notadamente Ministério Público e Polícia, no exercício de suas respectivas competências.

Entre estas normas, destaca-se inicialmente a Lei 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos. O parágrafo único do art. 8º do aludido diploma penal possibilita a redução da pena aplicada, de um a dois terços, ao participante e/ou associado que denunciar à autoridade competente o bando ou quadrilha, caso a colaboração venha a proporcionar o desmantelamento do bando ou quadrilha.

O Código Penal Brasileiro também traz uma hipótese de delação premiada quando, em seu art. 159, § 4º.2, estabeleceu que o partícipe no crime de sequestro e cárcere privado que comunicar o fato à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

A Lei 9.613/98, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores também criou hipóteses de colaboração premiada, no § 5º. do seu art. 1º., estabelecendo que a pena imposta poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Temos ainda a Lei 8.137/90, que define os crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo, e dá outras providências, que estabelece no Parágrafo Único de seu art. 16 que o coautor ou partícipe daqueles crimes quando cometidos em quadrilha ou coautoria que, através de confissão espontânea, revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

Finalmente, a Lei 9.807/99, que “estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal

---

<sup>2</sup> § 4º Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços. (art. 159 do CP)

de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal”, também prevê hipóteses de colaboração premiada, conforme estatuído em seus artigos 13, 14 e 153, ao indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal (i) na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, (ii) na localização da vítima com vida e (iii) na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços, assim como aplicação, em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, de medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.

3. A Possibilidade do emprego da colaboração premiada na persecução civil dos atos de improbidade administrativa.

A corrupção, em sua acepção ampla, significa toda a conduta, ativa ou omissiva, desonesta, imoral, e qualquer outra malferidora do princípios norteadores da Administração Pública que atente contra o patrimônio público e social.

No âmbito da tutela do patrimônio público, que é o que interessa neste breve estudo, é comum cometerem-se fraudes cujos efeitos, consequências e autores talvez nunca venham a ser conhecidos, ou possivelmente venham a ser descobertos muito tardiamente, impedindo até mesmo o ressarcimento ao erário pela dilapidação do proveito econômico obtido com a prática dos atos de improbidade administrativa.

Os motivos que favorecem a impunidade no âmbito da violação da probidade administrativa são diversos, mas o mais comum é que as fraudes contra o patrimônio público e social são cometidas na maior parte dos casos, de modo surpreendentemente dissimulado, mediante utilização de procedimentos e práticas de atos administrativos com aparência de verdadeiros ou legais, mas que na realidade seriam atos de improbidade administrativa de elevada gravidade.

Em que pese a gravidade de tais os atos e condutas ímprobos, os mecanismos e o modus operandi utilizados pelos transgressores, assim como a complexidade e burocracia imanentes à Administração Pública, consistem em obstáculos de difícil transposição por parte do Ministério Público e demais órgãos públicos encarregados do controle dos atos da Administração.

Além disso, os fraudadores do dinheiro público frequentemente se valem de “testas de ferro” ou “laranjas” para a prática da conduta delituosa, prejudicando ainda mais a identificação não apenas da autoria, mas muitas vezes da materialidade delitiva que acaba sendo encoberto pela própria burocracia estatal.

---



Tem-se observado ainda métodos, digamos, “modernos” de corrupção contra o patrimônio público, vg, a obtenção de vantagens indevidas algum tempo depois que o agente público desliga-se do cargo ou da função pública sob o manto da qual, valendo-se do cargo ou da função exercida, praticou os ilícitos e outros desvios de conduta dilapidando os recursos público.

A famosa “Operação Lava Jato” somente tomou a dimensão atual relativamente à descoberta de casos de corrupção bilionária contra recursos públicos, sem precedentes na História Brasileira, devido a colaboração premiada de alguns de dos infratores.

O mesmo se pode dizer do chamado “Escândalo do Mensalão” em que todo o esquema criminoso foi descoberto a partir da confissão de um dos protagonistas da quadrilha que na época dos fatos ocupava cargo de elevado status político na esfera de Poder Público Federal.

No entanto, inexistente, no âmbito das ações de improbidade administrativa, expressa previsão legal, autorizando o emprego da colaboração premiada que possibilite aos investigadores identificar todo o esquema ilícito perpetrado contra a Administração Pública, nele incluído os autores, os beneficiários do esquema ilícito, e a própria localização e recuperação dos recursos públicos eventualmente desviados.

Em que pese a inexistência de expressa previsão legal, a utilização do instituto da delação premiada na investigação civil nos afigura-se possível.

Primeiro, partindo-se da premissa de que muitos crimes de corrupção consubstanciam concorrentemente, atos de improbidade administrativa, afeição-se possível que o órgão de execução competente requeira, ao Juiz Cível, a utilização de provas obtidas a partir da delação premiada em sede criminal, como medida admissível para mitigar, ou até mesmo, dependendo do caso, exonerar completamente a responsabilidade civil do agente que praticar ato de improbidade administrativa quando a conduta, ao mesmo tempo, configurar crime em sentido estrito.

O emprego do instituto da delação premiada na persecução civil torna-se também produtora, na medida em que eventual benefício a ser obtido no âmbito da ação de improbidade administrativa poderia, presumidamente, estimular o delator a negociar a própria delação na esfera criminal, eis que as vantagens que eventualmente lhe beneficiarão não se limitarão aos efeitos exclusivamente criminais.

Importante ainda considerar que, muitas vezes, o partícipe de um ato de improbidade administrativa pode ter se envolvido nos fatos meramente por temor reverencial de seus superiores hierárquicos, de seus próprios colegas ou, não sendo servidor público, tenha sofrido ameaças físicas ou morais de qualquer natureza.

A título de ilustração, na Comarca de Belo Horizonte/MG, houve caso concreto em que certo empresário, após obter todos os licenciamentos administrativos para executar a construção de

um grande shopping na cidade, foi extorquido a pagar propina para que integrantes da edilidade local aprovassem a obra devido a sua magnitude. Após pagar a propina a alguns vereadores, outros vereadores passaram também a extorquir o empresário que decidiu declarar o fato e todos os seus partícipes ao Ministério Público, sem o que os fatos talvez jamais viessem a ser descobertos.

Após indicar as provas e o pagamento da propina, inclusive fornecendo espontaneamente os extratos bancários, o Ministério Público propôs a competente ação de improbidade, mas requereu a improcedência em relação ao empresário em virtude da eficácia de sua colaboração, o que foi deferido pelo juízo.

Disso deflui que o importante na utilização da colaboração premiada como meio de investigação é que, sem a colaboração do partícipe, os fatos e seus autores jamais teriam sido descobertos.

Cumprе lembrar que a Lei Federal 12.846/13, conhecida como Lei Anticorrupção, estabeleceu, em seus artigos 16 e 174, os acordos de leniência, que nada mais são que um verdadeiro acordo de colaboração premiada, em que se mitigam as sanções aos que celebrarem acordo com a Administração.

O aludido acordo de leniência, por força de lei, não necessita ser homologado em juízo, sendo celebrado por autoridades administrativas do próprio ente federativo.

É claro que, havendo suspeitas de que o acordo de leniência foi celebrado mediante fraude, o ajuste poderá ser anulado pela autoridade judicial a pedido do Ministério Público.

Outro fundamento que também sustenta a tese da utilização da colaboração premiada como método investigativo em sede de persecução por ato de improbidade administrativa é o princípio da analogia, expressamente previsto no art. 4º. e 5º. da Lei de Introdução do Código Civil, que autoriza o juiz, a decidir o caso concreto de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito quando a lei for omissa, assim como aplicar a lei às segundo as exigências do bem comum e os fins sociais a que ela se dirige.

Nesse azimute, considerando que a figura da delação premiada pode ser aplicada como método investigativo na persecução penal, que objetiva a cominação da mais grave das sanções no ordenamento jurídico brasileiro, que é a pena corporal, nada impediria que, fundado no princípio da analogia, o instituto da colaboração premiada possa ser empregado na persecução civil dos atos de improbidade administrativa.

O princípio da indisponibilidade também não é impeditivo para utilização do sistema de colaboração premiada em sede ação de responsabilização por ato de improbidade administrativa, eis

---

que a ação penal também está informado pelo pressuposto da indisponibilidade, mas o instituto da recompensa por colaboração eficaz pode ser perfeitamente utilizado na persecução penal.

É cediço que a Lei Federal 8.429/92, em seu art. 17, § 1º, veda a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa. Contudo, conforme já averbado, a lei 12.846/13 introduziu os acordos de leniência a serem celebrados na esfera administrativa, portanto sequer passam pelo crivo do judiciário.

Os acordos de leniência celebrados no âmbito administrativo estão acobertados por lei ordinária – Lei 12.846/13 – e entre os seus benefícios, possibilitam à empresa infratora permanecer fornecendo bens e serviços para Administração, ao teor dos já citados artigos 16 e 17 do novel diploma normativo.

Por outro lado, a Lei 8.429/92, que também é uma lei ordinária, prevê como uma das sanções por ato de improbidade administrativa a proibição de contratar com o Poder Público, por até 10 anos, dependendo da figura típica infringida.

Destarte, sendo ambas as normas de mesma hierarquia legislativa – Lei 12.846/13 e Lei 8.429/92 - a empresa que celebrar acordo de leniência lícito com a Administração não estará mais sujeita à eventual proibição prevista no art. 12 da Lei 8.429/92 – proibição de contratar e receber incentivos fiscais, já que o próprio legislador expressamente a exonerou da mencionada sanção.

Outrossim, a Lei 8.429/92, em seu art. 12, parágrafo único<sup>5</sup>, determina ao órgão julgador que, na fixação das sanções por ato de improbidade administrativa, leve em consideração a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. Ou seja, a lei expressamente considerou a possibilidade de mitigação das penas ao réu na ação de improbidade administrativa.

Destarte, a colaboração do réu, sem a qual nunca se descobriria a própria existência do fato ilícito e os seus autores, pode ser considerada como fato que reduziu ou possibilitou a redução da extensão dos danos causados ao patrimônio público, o que permite a mitigação das sanções conforme previsto no tangido art. 12, § parágrafo único da Lei 12.846/92.

### 3. Sanções cíveis e administrativas e o alcance da delação premiada.

A tese ora esposada não significa que todas as sanções por ato de improbidade administrativa, previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, poderiam ser alvo de exoneração da punição dos envolvidos que prestassem a colaboração premiada no âmbito das ações de improbidade administrativa.

---

<sup>5</sup> Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta Lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Com efeito, o ressarcimento ao erário, o pagamento de multas, a suspensão de direitos políticos, e a perda da função pública, a proibição de contratar com o Poder Público poderiam ser, na verdade, mitigadas ou algumas delas deixadas de ser aplicadas.

As penas de perda da função pública e ressarcimento ao erário são sanções que não podem ser alvo de exoneração.

A obrigação de ressarcir ao erário decorre diretamente da responsabilidade civil e da indisponibilidade do interesse público, portanto, ainda que as declarações do colaborador se mostrem eficiente e determinantes para a elucidação dos fatos ilícitos, o dever de ressarcir o erário, com juros e correção monetária é indeclinável.

A sanção correspondente à perda da função pública também nos parece, a primeira vista, de difícil possibilidade de ser mitigada ou mesmo deixada de aplicar, na medida em que os atos de improbidade administrativa decorrem de atos desonestos, imorais, e violadores dos princípios republicanos e democráticos mais fundamentais de nosso Estado.

Nada obstante, afigura-se cabível considerar, em relação à perda da função pública, a hipótese do colaborador que, sendo agente público, teria participado dos fatos por temor reverencial. Obviamente que, nesta hipótese, creio ser possível a exoneração relativa à sanção da perda da função pública.

Igualmente, a sanção correspondente à proibição de contratar com a Administração Pública também poderia deixar de ser aplicada, mesmo porque o acordo de leniência previsto nos artigos 16 e 17 da Lei 12.846/13, já prevê a possibilidade de a empresa continuar a fornecer bens e serviços à Administração, portanto não a impede de continuar contratando com o Poder Público.

A sanção de suspensão dos direitos políticos é outra que possibilitaria a mitigação ou exoneração total em benefício do colaborador.

Finalmente, a sanção correspondente ao pagamento de multa admitiria perfeitamente ser deixada de aplicar ao réu colaborador, sem prejuízo de eventual ressarcimento que os fatos ensejarem.

Importante asseverar que um eventual acordo de colaboração premiada no âmbito das ações de improbidade exigirão a homologação formal pelo juiz competente.

#### 4. Conclusão.

Pelo exposto, com base nos fundamentos ora esposados, é possível concluir pela possibilidade de celebração de acordo de colaboração premiada na área de tutela do patrimônio público, com subsequente mitigação das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, pelos seguintes fundamentos, a seguir sumariados:

1. As sanções criminais são as mais graves do sistema jurídico brasileiro, mas ainda assim admitem a mitigação das penas corporais nos casos de efetividade da colaboração do réu;

2. A lei 12.846/93 admite os acordos de leniência em sede administrativa;

3. A lei 8.429/92 estabelece que o juiz, na aplicação das sanções por ato de improbidade administrativa, deverá levar em conta a extensão do dano e a participação do réu, de modo que a eventual colaboração eficaz para a apuração dos fatos pode significar uma redução da extensão do dano, seja porque as fraudes foram interrompidas e proporcionou-se o ressarcimento do erário, seja porque foram identificados todos os partícipes dos fatos e localizados os recursos públicos desviados;

4. o réu colaborador pode ter agido por temor reverencial;

5. o ressarcimento do erário, com juros e correção monetária, é indeclinável;

6. o acordo de colaboração premiada deverá ser submetido, pelo Ministério Público, à homologação do juiz competente.

Por último, importa ressaltar que o combate à corrupção é indeclinável e fundamental para a garantia do princípio republicano e democrático, cabendo aos órgãos públicos do Estado Brasileiro, especialmente ao Ministério Público no seu desiderato de defender o patrimônio público e social, a adoção das medidas que não contrariem o ordenamento jurídico como um todo, e se mostrarem eficazes para identificação de condutas ilícitas contra a Administração e seus respectivos autores, assim como recuperação dos recursos públicos por eles desviados.

# **A PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR AGENTES PÚBLICOS NA CRIAÇÃO E PROVIMENTO DE CARGOS EM COMISSÃO EM AFRONTA ÀS RESTRIÇÕES CONSTITUCIONAIS**

**André Vitor de Freitas**

**Ernani de Menezes Vilhena Junior**

## *1. Introdução.*

A exemplo de tantos outros institutos existentes em nosso ordenamento jurídico cuja aplicação prática tem sido desvirtuada, de modo a criar ambientes nos quais afloram evidências de comportamentos imorais e lesivos ao interesse público, o tema da criação e do provimento dos cargos em comissão tem ganhado muito em importância nos últimos anos, sobretudo quando se analisa a questão sob aspectos quantitativos e qualitativos dos cargos comissionados e suas respectivas atribuições.

Alçado ao patamar de norma constitucional com inquestionável relevância na estruturação e no bom funcionamento da máquina administrativa, cujo caráter de excepcionalidade é de manifesta evidência quando analisado à luz do princípio da obrigatoriedade do concurso público como regra geral para acesso a cargos públicos (CF, artigo 37, inciso II), os cargos de provimento em comissão tiveram seu matiz constitucional restrito e atrelado às atribuições de chefia, direção e assessoramento, além de dever ser, parte deles, preenchida por servidores de carreira (CF, artigo 37, inciso V).

A tais expressões (chefia, direção e assessoramento), cuja interpretação deve ser a mais estrita possível justamente por estarmos diante de regras de exceção, agentes políticos de todos os níveis têm emprestado exegese das mais variadas possíveis, com larga amplitude e completamente esvaziadas de sentido, conteúdo, razoabilidade e pertinência, e que se apresentam como indisfarçáveis instrumentos de dissimulação de favorecimentos pessoais em detrimento do interesse público.

A realidade de algumas instituições públicas, notadamente do Executivo e Legislativo, tem se apresentado manifestamente abusiva – e, conseqüentemente, ofensiva aos princípios constitucionais que as regem - no que diz respeito à criação e provimento de cargos em comissão.

E esta mesma realidade, realçada pela experiência obtida pelos membros do Ministério Público que trabalham no enfrentamento destas violações constitucionais, permite a conclusão de que há uma relação umbilical entre algumas espécies de cargos em comissão e atos de corrupção.

O que pretendemos defender por meio desta tese apresentada neste III Congresso do Patrimônio Público do MPSP é a possibilidade de imputação da prática de atos de improbidade administrativa e aplicação das respectivas sanções ao agente público que atua na criação e/ou no provimento de cargos em comissão cuja natureza das atribuições – e, assim, independentemente de sua denominação – extrapole os limites constitucionais.

Evidente que, por força das exigências normativas que regulam o tema e da forma como a jurisprudência tem se assentado a respeito do assunto, há algumas circunstâncias que devem estar presentes no caso concreto para que se torne viável tal imputação, sobretudo aliando o ato de criação/provimento do cargo a uma situação que o qualifique como ato de corrupção, dentre outros aspectos que procuraremos expor adiante.

## *2. A responsabilidade dos edis.*

A perfeita estruturação e atuação de um Estado Democrático de Direito está assentada no exercício da representatividade popular pelos agentes políticos para a efetivação dos objetivos fundamentais da República indicados no art. 3º da Constituição Federal.

Destarte, o agente político, no caso o vereador, jamais poderá pautar sua atuação de acordo com interesses não republicanos, partidários ou pessoais, já que é mandatário de um poder que emana do povo, e que só pode ser exercido para a consecução dos propósitos de um Estado Democrático de Direito, cuja principal coluna de sustentação é exatamente a democracia representativa.

Assim, se é correto afirmar que o vereador pode (e deve) aprovar medidas que agasalhem o interesse público, de acordo com os preceitos da Constituição Federal, em sentido inverso também é correto dizer que o parlamentar está proibido de dissimular, sob a roupagem de uma liberdade de ação, o patrocínio de atos que atentem contra o princípio da legalidade, da moralidade e contra o próprio Estado Democrático de Direito, menosprezando os interesses maiores da comunidade, pondo à margem normas e regras superiores que devem nortear a conduta de todo agente político.

Não é esta a atitude que se espera e deseja de um agente político, que deve, sempre, ser dirigida à busca do bem comum. Esta é a orientação jurisprudencial:

**AÇÃO POPULAR. CITAÇÃO DOS MEMBROS DA CÂMARA LEGISLATIVA MUNICIPAL QUE PARTICIPARAM DA ELABORAÇÃO DO ATO IMPUGNADO. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO.** Já em 1966, Barbosa Moreira, comentando a Lei n.º 4.717/65, em trabalho publicado na Revista de Direito Administrativo aludia à possibilidade da ação popular ser dirigida contra ato legislativo, sustentando que "o diploma regulador não foi expresso a respeito, mas não há porque deixar de entender *latu sensu* a palavra "atos", no art. 1º, à semelhança do que se dá com relação a tantos outros textos, v.g., o art. 8º, parágrafo único, da Constituição de 1946 (cfr. o art. 1º, da Lei n.º 4.337, de 1º de junho de 1964). E prosseguiu: "Quid juris, aí, no tocante à legitimação passiva? As autoridades a que faz menção o art. 6º, da Lei n.º 4.717 são quaisquer autoridades – legislativas, inclusive – e têm de ser citadas; quanto a isso não há dúvida. (RDA 85/399) (STJ, REsp. 1.861, 2ª Turma, Rel. Min. José de Jesus Filho, j. 11.3.92, RSTJ 32/196).

Ainda:

Colhe guarida o recurso, na parte em que pugna pelo reconhecimento da legitimidade passiva dos Vereadores e do Prefeito Municipal, que obraram visando aprovar o conjunto de leis e regulamentos aptos a propiciar a instalação da co-ré nos limites do Município. Tais atos, nominados como lei ou decretos, constituem-se em atos administrativos, aos quais os agentes políticos não deve permanecer imune, cabendo-lhes responder pelo prejuízo a que deram causa pela atuação. Não se diga gozarem os Vereadores da denominada imunidade parlamentar pois é pacífico o entendimento de ser o parlamentar imune, salvo nos crimes contra a honra, enquanto no exercício de seu mandato, imunidade esta de caráter penal e não de caráter civil. Não é possível assim falar-se em imunidade parlamentar em relação a ações de caráter civil onde o escopo é a indenização do dano causado ao patrimônio público. Entender-se a imunidade parlamentar em outro sentido seria albergar-se a teoria da irresponsabilidade do parlamentar por atos por ele praticados, entendimento que positivamente não pode ser acolhido. Colhe-se, pois, o recurso, guarida neste ponto, para reconhecer-se a legitimidade de Prefeito e Vereadores para responder ação civil pública, cujo escopo é o de proteger o patrimônio público. (TJSP – 2ª Câmara de Direito Público, v.u., Apelação Cível n.º 079.460.5/0-00, Voto n.º 2764, Relator Lineu Peinado).

Poder-se-ia argumentar que os vereadores são invioláveis por seus votos, nos termos do artigo 29, VIII, da Constituição Federal e, assim, não teriam qualquer responsabilidade pela opção de aprovar norma em flagrante afronta ao texto constitucional. Entretanto, tal argumento não deve prosperar, pois a inviolabilidade constitui cláusula de irresponsabilidade, prevista em favor do exercício do mandato dos parlamentares, "como garantia de sua independência perante outros poderes constitucionais" <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros, 11ª edição, pg. 505.



Como exceção da regra geral da responsabilidade, da qual não escapa sequer os Chefes dos Poderes, a norma sobre a inviolabilidade deve ser interpretada restritivamente. E, da leitura da regra constitucional verifica-se que a não responsabilidade incide, apenas, nos campos penal e civil: "Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos".

Este é o campo da inviolabilidade. A improbidade administrativa não tem caráter penal, já que a própria Constituição Federal cuidou de ressaltar que as penalidades deveriam ser fixadas sem prejuízo da ação penal cabível (artigo 37, § 4º).

Portanto, o fato da improbidade administrativa ter sido cometida por ocasião de um voto proferido por um parlamentar não afasta a possibilidade de ajuizamento da ação. Não fosse assim, teríamos inusitado caso de não incidência da Lei 8.429/1992 aos parlamentares. Aliás, a jurisprudência afasta qualquer tipo de questionamento:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - MALFERIMENTO A PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - APROVAÇÃO DE LEI QUE TRANSFORMOU ÁREA RURAL EM ÁREA DE EXPANSÃO URBANA - TENTATIVA DE REGULARIZAÇÃO DE LOTEAMENTO CLANDESTINO - POSSÍVEIS DANOS AO MEIO AMBIENTE - RECURSO VOLTADO CONTRA A DECISÃO QUE EXCLUIU DA LIDE OS VEREADORES DA CÂMARA MUNICIPAL - EDIS PODEM SER RÉUS EM ACÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, PORQUANTO A IMUNIDADE CIVIL E PENAL NÃO ABRANGE ATOS DESSA NATUREZA. RECURSO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO. (TJSP – Câmara Especial do Meio Ambiente – Agr. Instr. n. 516 428-5/9-00, 30-11-2006, Comarca de São José dos Campos/SP, Agravante: Ministério Público, Agravado: Henrique Martins Filho e outros).

Nesse sentido, também estabelece Wallace Paiva Martins Júnior:

"O direito protege a boa-fé, mas não tolera a posição daquele que se aproveita de ato ilegal ou imoral justamente para angariar vantagem. Quem age assim, movido por dolo ou por falta de diligência, não exerce direito regularmente, senão pratica abuso de direito, pois tira dividendos de situação jurídica ilegítima. (...) Exige-se boa-fé, e esta resume que não é dado participar de negócio ilícito (em sentido amplo), sob pena de assumir os riscos da sua nulidade e do reconhecimento da improbidade. Portanto, os beneficiários do ato são alcançados em razão da inexistência de boa-fé em suas condutas, marcadas pelo conluio com os agentes públicos ou pelo aproveitamento de situação benéfica de cuja ilicitude tem ciência. (...) Assim, não se verifica boa-fé o comportamento daquele que, ciente da ilicitude, se omite, e dela se aproveita para gozar do benefício instituído (STJ, Resp 440.178-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão,

8-6-2004, v.u., DJ, 16 ag. 2004). Sem boa-fé, portanto, o particular não se alforria das sanções da Lei n. 8.429/92." <sup>2</sup>.

Especificamente no que se refere à nomeação para cargos em comissão (com destaques nossos):

IMPROBIDADE. Itapeva. Câmara Municipal. Cargos em comissão. Desobediência ao art. 37 II e V da CF. Conduta dolosa dos agentes públicos. 1. Ilegitimidade passiva. As condições da ação se aferem pelo que a inicial contém, abstraídas as razões do pedido. A petição inicial indica a participação dos réus nos fatos e há formulação de pedido contra eles. São partes legítimas para responder a ação. 2. Litisconsórcio necessário. Há litisconsórcio necessário quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver que decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo (CPC, art. 47). A lide versa sobre a responsabilidade dos membros da Mesa da Câmara sobre a nomeação e exoneração de servidores para ocuparem cargos em comissão na Câmara Municipal de Itapeva; não há causa de pedir ou pedido em face dos servidores ocupantes dos cargos em comissão, que não possuem responsabilidade pela nomeação/exoneração. A lide não deve ser decidida de modo uniforme em relação a eles e não há razão para incluí-los no polo passivo. 3. Conexão. Ausência de mesmo fundamento fático e jurídico a justificar a conexão entre as ações de improbidade. Conexão não reconhecida. 4. Improbidade. Nomeação para cargos em comissão. *A conduta dos réus evidencia o escopo de burlar a exigência do concurso público; amparados em lei sabidamente inconstitucional e, diante do histórico de conduta anterior da Câmara, de contratos de trabalhos temporários, nomearam servidores para cargos em comissão que não se enquadram naqueles de direção, chefia e assessoramento. Não atenderam a recomendação do Ministério Público para adoção de providências com vistas à regularização da situação, denotando o intuito de não realização do concurso público. Hipótese em que evidenciada a ilegalidade e a má-fé configuradora do ato de improbidade administrativa.* 5. Sanção. É hoje pacífico que as sanções do art. 12 da LF nº 8.429/92 podem ser individualizadas e graduadas pelo juiz. Excessivo rigor da condenação. Procedência parcial. Recurso dos réus parcialmente providos para reduzir a multa civil e afastar a proibição de contratar. 0000234-02.2010.8.26.0270 Apelação / Improbidade Administrativa. Relator(a): Torres de Carvalho. Comarca: Itapeva. Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Público. Data do julgamento: 28/04/2014. Data de registro: 16/06/2014.

### 3. A responsabilidade dos alcaides.

No âmbito do Poder Executivo a criação e o provimento de cargos em comissão também se revelam, em alguns casos, expedientes que guarnecem a corrupção de agentes públicos, pois efetivadas em manifesta contrariedade aos comandos constitucionais e dissimuladoras de favorecimentos pessoais escusos.

---

<sup>2</sup> Probidade Administrativa. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 315/318.

Não raro, prefeitos criam e preenchem cargos em comissão inflando a estrutura administrativa do ente que presidem apenas e tão somente com o propósito de retribuir e favorecer pessoas que o apoiaram durante o período de campanha eleitoral, de modo que transformam o cargo público em verdadeira moeda de troca, completamente dissociado do interesse público e dos princípios constitucionais que delimitam as atribuições de tais cargos.

Contemplando as mais diversas atribuições, sem a mínima complexidade e desprovida de qualquer exigência de confiabilidade personalíssima entre nomeante e nomeado, cargos em comissão são criados nas mais distantes e distintas estruturas administrativas, permitindo verdadeiro loteamento de cargos entre pessoas ligadas aos alcaides por laços políticos, partidários ou simplesmente como forma de “presentear” com um cargo público qualquer indivíduo que tenha exercido alguma atividade em prol da campanha eleitoral daquele que foi eleito chefe do Executivo.

Recebendo denominações que apenas superficialmente os vinculam ao comando constitucional que os rege, cargos em comissão como, por exemplo, “chefe de cemitério”, “chefe de biblioteca” “coordenador de máquinas”, “assessor de apoio administrativo”, “assessor especial I”, “diretor de economia solidária”, “diretor de serviços administrativos”, dentre tantos outros, são criados de forma absolutamente esvaziada de conteúdo, em locais onde, muitas vezes, sequer há estrutura humana ou material que permita o desenvolvimento de atividades de verdadeira “chefia, direção ou assessoramento”, sendo suas atribuições manifestamente burocráticas, técnicas ou comuns, de modo que poderiam ser realizadas por qualquer indivíduo que se submetesse a um concurso público para alçar aquela condição.

Deste modo, quando prefeitos criam, alteram a denominação e dão provimento a cargos em comissão em manifesta e inquestionável afronta ao dispositivo constitucional que regula o tema, favorecendo pessoas que com ele possuem algum relacionamento prévio que tenha motivado aquela nomeação, dispensando, sem fundamento, a regra do concurso público e causando inchaço na estrutura de pessoal do ente público que presidem, com todas as nefastas consequências deste inchaço para os cofres e para o serviço públicos, estão agindo em contrariedade aos princípios da legalidade, proporcionalidade, moralidade e de lealdade às respectivas instituições, caracterizando o ato de improbidade administrativa.

Interessante e notável é a lição de Emerson Garcia acerca do tema (com destaques nossos):

“Havendo nítido desequilíbrio entre o número de cargos em comissão e as atividades a serem desempenhadas, ou mesmo a superioridade em relação aos cargos de provimento efetivo, ter-se-á a inconstitucionalidade da norma que os instituiu, restando violados os princípios da proporcionalidade e da moralidade. Nessa hipótese, *a norma não é adequada à consecução do interesse público; é desnecessária, ante a dispensabilidade dos cargos para o regular funcionamento do serviço público; impõe um ônus aos cofres*

*públicos sem a correspondente melhora na qualidade do serviço, o qual poderia ser realizado por um menor número de servidores com despesas inferiores para o erário; e se apresenta dissonante dos valores constitucionais, em especial da moralidade que deve reger os atos estatais, pois os cargos servirão unicamente para privilegiar os apadrinhados do responsável pela nomeação”<sup>3</sup>*

Devemos atentar para a regra inserta no §2º do artigo 37 da Constituição Federal, que estabelece claramente que “a não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei”.

O inciso II ali referido é o que estabelece o princípio da obrigatoriedade do concurso público para acesso a cargos públicos. Uma vez excepcionada tal regra por meio da nomeação para cargos em comissão (o que é permitido pelo próprio dispositivo em comento), exige-se que a exceção seja efetivada nos estritos limites em que a mesma Constituição a regula, ou seja, consoante as disposições do inciso V do mesmo artigo constitucional.

Se violados estes limites por qualquer situação que evidencie não serem os cargos em comissão atrelados a funções de chefia, direção e assessoramento, então estaremos diante da infringência a dois dispositivos expressos do artigo 37 da CF, quais sejam, os incisos II e V, pois, obviamente, a regra do concurso público estará sendo dispensada em situação não permitida pelo constituinte.

E, conforme já decidiu o STJ, “a contratação de servidor público sem a prévia aprovação em concurso público é considerada ‘violação principiológica de natureza palmar’, configurando a improbidade administrativa” (STJ, 2ª T., AGRG no AREsp n. 122.682/MG, rel. Min. Humberto Martins, j. 07/08/2012, DJE de 14/08/2012).

No mesmo sentido:

“A contratação de servidor, sem concurso público, para integrar o quadro de entidade autárquica, configura improbidade administrativa, ilícito igualmente praticado pelo administrador subsequente que tolera a situação ilegal, mantendo o status quo” (TJRS, 1ª CC, AP n. 70014184832, rel. Des. Irineu Mariani, j. em 30/05/2007, DJ de 22/06/2007).

#### *04 - A ciência da inconstitucionalidade como instrumento para a caracterização do dolo.*

São cada dia mais comuns situações nas quais o Ministério Público instaura inquérito civil, ou ajuíza ação civil pública ao deparar-se com inconstitucionalidades em cargos inadequados ao exercício de funções de direção, chefia ou assessoramento, mas providos por comissão.

---

<sup>3</sup> Garcia, Emerson. Improbidade administrativa. Emerson Garcia e Rogerio Pacheco Alves. 7ª ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 502/503.

Incomodados com a iniciativa ministerial, os agentes públicos providenciam nova norma que reorganiza o quadro funcional, extinguindo os cargos questionados e criando novos cargos, com nomenclatura diversa, mas que preservam praticamente todas as características dos cargos extintos, e mantêm o anterior ocupante, como uma maneira de “maquiar” a situação e frustrar a atuação do Ministério Público.

Instrumento bastante útil em tais casos para a caracterização do dolo é a expedição de recomendação ao agente público, apontando um a um quais cargos são considerados incompatíveis com o texto constitucional e explicando as razões da incompatibilidade, para ao final recomendar seu não provimento pelo comissionamento.

Nesse contexto, o edil que opta pela aprovação de norma que apenas produz uma “maquiagem” nos cargos, alterando-lhes a denominação e a descrição das funções, para manter o mesmo ocupante, com a mesma situação fática, acaba deixando claro que sua postura parlamentar não se direcionava à sedimentação dos valores de um Estado Democrático de Direito, mas sim ao atentado à legalidade, à moralidade administrativa, e à lealdade à instituição que deveria honrar, deixando evidenciado o dolo necessário à caracterização do ato de improbidade administrativa. O mesmo pode ser dito em relação ao alcaide que tem a iniciativa de projeto de lei com idêntico objetivo.

#### *4. O ato de improbidade administrativa.*

A conduta dos agentes públicos que aprovam norma flagrantemente inconstitucional, de cuja inconstitucionalidade tinham sido alertados, importa em grave violação ao dever de legalidade e lealdade às instituições, adequando-se ao disposto no art. 11 da Lei nº 8.429/1992:

*Art. 11 - Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:  
I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;*

Do mesmo vício padecem, pois, os atos praticados por agentes que, tenham ou não atuado na criação dos cargos com tais características, os preenchem nomeando e favorecendo pessoas que com ele mantinham algum relacionamento prévio, ainda que tal relação seja caracterizada apenas e tão somente pelo apoio prestado ao então candidato durante sua campanha eleitoral.

Tais situações caracterizam modalidade de corrupção como ato de improbidade administrativa que viola os princípios da Administração Pública, nos termos do dispositivo legal acima referido.

##### *5. Conclusões.*

Para a caracterização do ato de improbidade administrativa relacionado à criação e provimento de cargos em comissão, é necessária a existência de algumas das seguintes circunstâncias:

- a) Natureza das atribuições do cargo dissociada do comando constitucional inserto no inciso V do artigo 37, não guardando qualquer relação com atividades de chefia, direção ou assessoramento;
- b) Ausência de descrição das atribuições em lei, resultando na figura do “cargo sem função”;
- c) Provimento do cargo mediante nomeação de pessoas sem qualificação ou capacidade profissional, apenas motivado por favorecimentos ou retribuições pessoais;
- d) Alteração da denominação de cargos após adoção de providências administrativas ou judiciais pelo membro do Ministério Público que proporcione ciência da inconstitucionalidade, mantendo-se, no entanto, parcial ou totalmente, o conjunto de atribuições do cargo em afronta ao comando constitucional que o rege.

## A RELATIVIZAÇÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO À LIVRE NOMEAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO

Mário Coimbra

A Constituição da República albergou em seu artigo 37, incisos I e II o princípio da ampla acessibilidade aos brasileiros quanto à ocupação de cargos, funções e empregos públicos, com extensão aos estrangeiros, na forma da lei, mediante aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Ressalva a Lei Magna, contudo, que os cargos em comissão são de livre nomeação e exoneração, desde que previamente descritos em lei, devendo ser observado que a legislação deverá prever um percentual mínimo de cargos de direção, chefia e assessoramento que deverá ser preenchidos por servidores de carreira.

Os cargos de provimento em comissão, pela disposição normativa contida no preceito constitucional enfocado, podem ser definidos como “[...]aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual também pode exonerar *ad nutum*, isto é, livremente quem os esteja titularizando.”<sup>1</sup>

Verifica-se, assim, que o gestor público brasileiro se reveste do poder discricionário para nomear pessoas estranhas aos servidores públicos de carreira para ocupar cargos importantes na estrutura da Administração Pública.

Para que possa aquilatar a dimensão da liberdade do gestor na aludida nomeação impõe-se a análise do alcance do poder discricionário.

Se o princípio da legalidade estabelece modulagens estanques ao gestor na prática do ato e/ou contrato administrativo condicionando a sua eficácia ao prévio cumprimento do formalismo imposto pelo legislador, o poder discricionário, por sua vez, permite ao gestor público praticar determinados atos com inteira liberdade quanto à conveniência, oportunidade e conteúdo.

Muito a propósito, leciona Hely Lopes Meirelles que: “o poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.305-306

<sup>2</sup> *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p.121

Nunca é demais lembrar que esta liberdade concedida ao gestor público visa justamente instrumentalizar a Administração Pública de mecanismos eficientes para melhor deliberar de forma exitosa sobre desafios a serem enfrentados, que o legislador é incapaz de prever.

Se o gestor público não deve se afastar do ordenamento jurídico na realização dos atos administrativos, não se pode olvidar que seria impossível normatizar toda a sua conduta na gerência da Administração Pública sendo justificável, assim, a concessão de liberdade, como exceção, na realização de alguns atos e/ou contratos administrativos.

Assim embora todo ato de a Administração Pública deva se curvar ao formalismo legal a prática do ato discricionário rompe com as modulações estanques a permitir que o gestor realize o ato com a liberdade outorgada pela própria lei.

Bandeira de Mello define esta atuação discricionária, no sentido de que:

[...] em decorrência do modo pelo qual o Direito regulou a atuação administrativa, resulta para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação subjetiva sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos, assistindo-lhe, então, sobre eles prover na conformidade de uma intelecção, cujo acerto seja irredutível à objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa.<sup>3</sup>

É desafiador, no entanto, aquilatar a dimensão desta liberdade do gestor na prática do ato discricionário e aferir, principalmente, se os princípios constitucionais constituem mecanismos constritores da liberdade concedida ao Administrador na prática dos referidos atos.

Os princípios constitucionais como pilastras de sustentação do próprio ordenamento jurídico revestem-se dos “vetores condutores dos grandes valores consagrados na Constituição e no ordenamento jurídico, de modo a dotar-lhes de um sentido próprio”.<sup>4</sup>

A reverência a tais princípios não escapou à argúcia de Lúcia Valle Figueiredo para quem “[...]a discricionariedade, como foi escrita, deve provir da valoração do intérprete dentro de critérios de razoabilidade e da principiologia do ordenamento. E pode ser controlada pelo Judiciário”<sup>5</sup>.

Anota também Eberhard Schimdt-Assmann que:

[...]discricionariedade não significa ‘liberdade de escolha’. A Administração não escolhe livremente uma opção determinada, já que, como poder em todo momento dirigido pelo Direito, deve orientar-se segundo os parâmetros estabelecidos na Lei...A estes parâmetros

---

<sup>3</sup> *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2.ed.São Paulo: Malheiros, 1993, p.09.

<sup>4</sup> COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.50.

<sup>5</sup> *Curso de direito administrativo*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.207-208.



se unem os da Constituição...Ainda devem ser observados os critérios da eficácia econômica ou rentabilidade e de austeridade.<sup>6</sup>

Não é por outra razão que a Lei Federal nº 9.784/99 impõe à Administração Pública, no seu artigo 2º, a submissão a todos os princípios, com especificidade aos da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Mais incisiva, a legislação alemã determina expressamente que quando uma autoridade administrativa está autorizada a agir discricionariamente, não pode ela se afastar da finalidade de a autorização e dos limites do próprio poder discricionário. Também autoriza o tribunal a examinar o ato administrativo visando aferir se não foi ele praticado de forma antijurídica. Analisando a denominada lei do procedimento administrativo, ensina Hartmut Maurer que: “Ambas as prescrições mostram que não existe um poder discricionário livre, mas somente um juridicamente vinculado. Se a autoridade não observa essas vinculações, ela atua antijuridicamente”.<sup>7</sup>

Verifica-se, portanto, que os princípios norteadores da Administração Pública não podem ser ignorados pelo gestor, mesmo no ato discricionário. Neste sentido, leciona Ernst Forsthoff ensinando que:

O direito de exercitar seu poder discricionário, não libera a Administração de um comportamento adequado nem da observância do Direito. Também o exercício do poder discricionário se move, efetivamente, dentro do marco da ordem jurídica...O poder discricionário está submetido à chamada moralidade administrativa. ...A submissão da Administração à moral administrativa ...significa que a Administração não pode proceder nem caprichosa nem arbitrariamente. Uma ação é caprichosa quando está determinada exclusivamente por considerações subjetivas[...]<sup>8</sup>

Pondera, ainda, Patrícia Baptista, ao destacar o papel dos princípios no controle da Administração Pública que:

A mais destacada atuação dos princípios constitucionais no âmbito do direito administrativo se verifica no aperfeiçoamento do controle da Administração Pública, sobretudo no controle da discricionariedade[...]. A partir do reconhecimento de que o Direito é um sistema não só de regras, mas também de princípios igualmente vinculantes, a discricionariedade passou a ser considerada com um espaço de ponderação, reservada àqueles casos difíceis, de concorrência entre princípios.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Trad. de Mariano Bacigalupo *et all*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública/Marcial Pons, 2003, p.221

<sup>7</sup> *Elementos de direito administrativo alemão*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2001, p.50

<sup>8</sup> *Tratado de derecho administrativo*. Trad. Legaz Lacambra *et all*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p.138.

<sup>9</sup> BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovas, 2003, p.91

Vê-se, portanto, que se o gestor público detém o poder discricionário de nomear livremente os cargos em comissão há que se harmonizar o referido poder com o princípio da eficiência que, na lição de José Afonso da Silva significa:

[...]a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados.<sup>10</sup>

Complementa Floriano de Azevedo Marques Neto , ao se referir à eficiência da Administração que:

Trata-se de uma sinalização clara do dever (agora constitucionalizado) de que atuação e organização administrativas se voltem a eficazmente satisfazer as finalidades públicas. Mas o dever de eficiência ainda cumpre um segundo objetivo: deve ser entendido como parâmetro de controle, de aferição permanente do atendimento das finalidades na atuação do poder público, refletindo um direito subjetivo ao recebimento da boa prestação administrativa.<sup>11</sup>

Embora o cargo em comissão seja de livre nomeação, o gestor não pode olvidar do princípio da eficiência, de forma que, mesmo para tais cargos, há que se exigir um mínimo de qualificação, sob pena de a Administração Pública tornar-se um mero instrumento a serviço dos detentores do poder político e de seus apaniguados com gravíssimo fomento à corrupção administrativa.

De fato, o preenchimento dos cargos em comissão pelo denominado loteamento das repartições públicas, sem a preocupação de a nomeação recair em agentes descompromissados com os deveres ínsitos à Administração Pública constitui vilipêndio inaceitável aos princípios anotados. Nunca é demais lembrar que o poder concedido ao gestor público é relativizado pelos deveres inerentes ao cargo, com destaque para a reverência aos preceitos constitucionais.

Nunca é demais lembrar que o poder discricionário tem por escopo atingir uma finalidade pública e a liberdade concedida ao legislador visa justamente iluminar uma solução exitosa ao caso concreto que não se conseguiria atingir com fórmulas estanques.

Esposando a tese de que o ato discricionário pode ser revisto pelo Estado-Juiz leciona Costa Coelho que:

---

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.672

<sup>11</sup>MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p.208.

Importa ressaltar que a existência de uma possibilidade de opção discricionária não torna imune a atividade administrativa ao controle jurisdicional, uma vez que sua atribuição ao administrador público não significa um ‘cheque em branco’ ou a possibilidade de opções desarrazoadas, personalíssimas, preconceituosas e, sobretudo, ofensiva aos vetores axiológicos do ordenamento jurídico...O que importa notar, portanto, é que o exercício de faculdades discricionárias não só não dispensa a administração pública do respeito à principiologia constitucional como ainda obriga a consagrá-las em todos os seus atos. Não há, portanto, no poder discricionário, nem vontade absolutamente livre do administrador nem a pretensa imunidade a seu controle.<sup>12</sup>

Tal posição doutrinária não destoaria da lição de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernández, os quais prelecionam que :

Pela maneira diferente de atuar, o exercício do poder discricionário da Administração comporta um elemento substancialmente diferente: a inclusão no processo aplicativo da lei de uma previsão subjetiva da própria Administração com a qual se completa o quadro legal que condiciona o exercício do poder ou seu conteúdo particular. Há que se anotar, entretanto, que essa previsão subjetiva não é uma faculdade extralegal que emerge de um suposto poder originário da Administração, anterior ou marginal ao Direito; ao contrário, é uma previsão cuja relevância decorre de haver sido citada expressamente pela Lei justamente com esse caráter. Por isso, a discricionariedade, frente ao que se pretendia antiga doutrina, não é uma suposição de liberdade da Administração frente à norma, bem ao contrário, a discricionariedade é um caso típico de remissão legal: a norma remite parcialmente para completar o quadro regulativo do poder e as condições para o seu exercício[...].<sup>13</sup>

Assim, embora a nomeação dos cargos em comissão deva, de fato, ser discricionária, pela própria natureza da função, não pode ser olvidada a diretriz constitucional estabelecida pelo próprio “caput, do artigo 37 que impõe a reverência aos princípios citados.

Evidentemente, a liberdade concedida ao gestor traz implicitamente sua capacidade gerencial de escolher bem agentes públicos e/ou políticos para ocupar tais cargos visando justamente o que preconizou a Constituição ao excetuar a regra geral do concurso público, que é impulsionar a Administração Pública trazendo para servi-la cidadãos comprometidos com medidas inovadoras de modernização da gerência pública de forma a torná-la mais acessível e eficiente.

O desafio paradigmático à sociedade brasileira e às instituições públicas do país ainda constitui alcançar os objetivos fundamentais da República Federativa no Brasil emoldurados no artigo 3º da nossa Carta.

A existência de uma Administração Pública fortalecida com agentes vocacionados ocupantes de cargos estratégicos destinados à livre nomeação constitui conquista plausível a se atingir o desiderato objetivado pela Constituição da República.

---

<sup>12</sup> *Op.cit.*, p. 49.

<sup>13</sup> *Curso de derecho administrativo*. Bogotá: Palestra-Temis, 2006. T.I., p.491/492.

Verifica-se, assim, que a aplicação do princípio da discricionariedade na nomeação dos cargos em comissão encontra-se vinculada a uma finalidade pública tangível que é a eficiência na gestão pública, para que possa a Administração atingir os fins já preconizados.

Contudo, é digno de preocupação o depauperamento da moralidade administrativa que tem levado agremiações políticas travestidas de partidos políticos detentores do poder político e do executivo a partilharem cargos públicos impulsionados pela denominada corrupção institucionalizada com gravíssima lesão aos princípios enfocados.

Neste sentido, é oportuna a lição de Sérgio Habib:

[...]a corrupção não é sinal característico de nenhum regime, de nenhuma forma de governo, mas decorrência natural do afrouxamento moral, da desordem e da degradação dos costumes, do sentimento de impunidade e da desenfreada cobiça por bens materiais, da preterição da ética e do exercício reiterado e persistente da virtude, substituindo-se pelas práticas consumistas e imediatistas tão caras ao hedonismo. Esta constatação é possível pelo cotejo da história, pelo estudo da trajetória do homem através dos tempos, donde se infere que a corrupção esteve presente por todo o tempo, contida e limitada, em alguns períodos, crescente e fortalecida em outros, incomensurável e avassaladora em outros tantos. Nenhuma outra fase do Brasil-República, decerto, terá suplantado a que se instalou a partir dos anos sessenta, chegando aos dias atuais, tal o nível de corrupção a que se atingiu e tamanha e indignação popular, face à postura cínica dos que nela se envolveram.<sup>14</sup>

De fato, o loteamento de cargos públicos no Brasil alimentado pelo clientelismo político e a necessidade de perpetuação no poder, representa, também, gravíssimo atentado ao princípio da moralidade administrativa., além é claro, da ofensa aos postulados da eficiência e da finalidade.

Frise-se que o princípio da moralidade administrativa, na lição de Bandeira de Mello consiste no fato de que: “[...]a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito”.<sup>15</sup>

Comentando dispositivo semelhante da constituição colombiana, leciona Jaime Orlando Santofimmio G. que:

[...]a moralidade a que faz referência o constituinte não é outra que a de um adequado comportamento do servidor público a respeito das formalidades e finalidades que se derivam do princípio do respeito para com a legalidade. A moralidade do servidor público como tal só pode ser medida diretamente com os parâmetros deduzidos de os princípios, valores e normas às quais se encontre sujeito.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> HABIB, Sérgio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1994, p.26.

<sup>15</sup> *Op.cit.*, p.119.

<sup>16</sup> *Tratado de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998, T.II., p.102.

Assim a utilização da máquina administrativa, para obtenção de proveito pessoal para si ou para outrem, postergando-se o interesse público, constitui, conduta traduzida como repugnante e atentatória aos princípios norteadores da administração pública, notadamente o da moralidade.

E se o conceito popular de moralidade foi mitigado, no decorrer das centúrias, o mesmo não ocorreu com o da moralidade administrativa, expressão da ética que deve pautar a conduta do agente público.

No entanto, se ainda poderia subsistir dúvida sobre a necessidade do gestor atentar para um mínimo de eficiência e moralidade administrativa na escolha do agente para ocupar um cargo em comissão, o advento da Convenção de Mérida descortinou o oráculo da moralidade administrativa e da reverência que o gestor deve ter para com os princípios constitucionais e os cidadãos coletivamente considerados estampando de forma clarividente a imperatividade de a escolha do agente público recair sobre cidadãos comprometidos com a Administração Pública.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção realizada em Mérida, Yucatan, México, no período de 09 a 11 de dezembro de 2003, entrou em vigor, no dia 14 de dezembro de 2005, por ter reunido na aludida data, a ratificação mínima de trinta Estados Partes, de conformidade com a disposição normativa contida no seu artigo 68.

A aludida Convenção foi ratificada no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Além de o comprometimento dos Estados-Partes com a introdução de medidas preventivas e repressivas à corrupção, merece encômio o fato de tal ação tornar-se um estandarte modulado pelo Direito Internacional.

Registre-se que, além da Convenção focar a corrupção como gênero de outras figuras atentatórias ao patrimônio público e à probidade administrativa, como o peculato, a prevaricação, a advocacia administrativa, também enriqueceu o ordenamento com a figura da corrupção no setor privado, fomentando os Estados Partes a reprimirem também tal modalidade de corrupção, com a imputação de responsabilidade, inclusive, à pessoa jurídica.

Neste sentido, o Estado brasileiro, através da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, normatizou a responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública.

Quanto ao funcionário público, assim, definido no artigo 2º, como toda pessoa que ocupe um cargo, uma função ou que preste um serviço público no legislativo, executivo ou judiciário, de forma permanente ou temporário, remunerado ou honorário, verifica-se que a aludida Convenção, exige expressamente no artigo 7º, 1, a que a contratação ou convocação seja embasada “em

princípios de eficiência e transparência e em critérios objetivos como o mérito, a equidade e a aptidão”.

Além da eficiência expressamente exigida de todos os agentes públicos e/ou políticos a Convenção enfocada também estabeleceu em seu artigo 8º, item 2 que: “.

Em particular, cada Estado Parte procurará aplicar, em seus próprios ordenamentos institucionais e jurídicos, códigos ou normas de conduta para o correto, honroso e devido cumprimento das funções públicas.

Vê-se, portanto, que há uma claríssima preocupação da Convenção no sentido de que os agentes públicos palmilhem o caminho da probidade administrativa.

Registre-se, por oportuno, que a Convenção enfocada, após a aprovação pelo Congresso Nacional e a ratificação pelo Presidente da República, passou a ter plena vigência e eficácia no ordenamento jurídico brasileiro.

A internalização, portanto, da Convenção de Mérida complementa os princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, já contemplados pela Constituição da República, no sentido de que todos os agentes detentores de cargos em comissão devem se revestir de um mínimo de vocação para o cargo, de forma a reverenciar os princípios da eficiência, finalidade e da moralidade administrativa.

Conclusões:

A acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos no Brasil é permitida através de concurso público, sendo que uma das exceções apontadas pela Constituição da República constitui o provimento de cargos em comissão de livre nomeação e exoneração.

Em face da impossibilidade de normatizar toda a conduta gerencial do gestor público o legislador lhe concede o poder discricionário, como exceção, para a realização de alguns atos administrativos, dentre eles, o poder de nomear agentes para ocuparem cargos em comissão.

A discricionariedade, contudo, encontra limites no próprio fim preconizado pela lei e pela Constituição da República, notadamente, pelos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, de forma que a liberdade do gestor é apenas aparente, já que está ela modulada pelos princípios enfocados.

Assim, a nomeação de agentes para cargos em comissão deve ser guiada pelo princípio da eficiência, de forma que o agente nomeado deve ter um mínimo de vocação para o cargo.

A Convenção de Mérida descortinou o oráculo da moralidade administrativa e da reverência que o gestor deve ter para com os princípios constitucionais e os cidadãos coletivamente

considerados estampando de forma clarividente a imperatividade de a escolha do agente público recair sobre cidadãos comprometidos com a Administração Pública.

O artigo 7º da aludida Convenção não deixa dúvida sobre a necessidade de se atentar para os princípios da eficiência e da transparência, na nomeação do funcionário público, aqui considerado em sentido lato.

O texto em exame evidencia, ainda, a reverência à probidade administrativa que deve partir de todo agente público e/ou político.

## ADOÇÃO DO SISTEMA DA SOLIDARIEDADE NO CRIME E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DE PREFEITOS MUNICIPAIS

**André Medeiros Do Paço<sup>1</sup>**

*Romae omnia venalia esse*

Dentre os crimes que no exercício de suas funções ou em razão delas os ocupantes do cargo de Prefeito Municipal eventualmente podem praticar, e que maior ofensa causam à cidadania, estão o peculato, a corrupção e a concussão. A esses crimes correspondem praticamente todos os atos de improbidade descritos na Lei n. 8.429/92.

E por quase sempre conviverem com esses delitos, ganham especial relevo os crimes contra a licitação.

No Decreto-lei n.201, de 21 de fevereiro de 1967, alterado pela Lei n.10.028, de 19 de outubro de 2000, que cuida de infrações penais relacionadas à responsabilidade fiscal, são contemplados tipos penais em seus vinte e três incisos, os quais são tradicionalmente chamados de crimes de responsabilidade de prefeitos municipais, mas que não passam de "crimes comuns", como o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de esclarecer (HC-70.671/PI, Tribunal Pleno, Relator Ministro CARLOS VELLOSO, j.13.4.94,DJ 19-05-95 PP-13993). Porém, tirando os dois primeiros incisos, que cuidam de peculato-apropriação, peculato-desvio e peculato de uso, os demais referem-se a condutas administrativas impróprias, alçadas à categoria de infrações penais.

Os Prefeitos Municipais são ordenadores de despesa. A decisão sobre como e onde gastar o dinheiro público no município depende deles. As obras, serviços de engenharia ou de qualquer outra espécie e as compras realizadas pela administração pública, envolvem muitas vezes somas expressivas e não raro somente ocorrem após a determinação do chefe do Executivo, que homologa a adjudicação do objeto da licitação ao vencedor, assina o contrato administrativo e os cheques emitidos para pagamento do contratado.

No entanto, se um Prefeito usa seu poder para desviar ou se apropriar de bens públicos, cometendo assim peculato, o mais grave dos crimes contra a Administração Pública, ou incide na concussão ou na corrupção passiva, pergunta-se de que forma o processo penal brasileiro poderia

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça Assessor em exercício no Setor de Crimes cometidos por Prefeitos Municipais da Subprocuradoria de Justiça Jurídica da Procuradoria Geral de Justiça



adequar-se ao atual estágio de preocupação com a defesa da cidadania, do que é exemplo a bem sucedida utilização da Lei n.º 8.429, de 02.6.1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis, no âmbito civil, aos agentes públicos, nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 os Prefeitos Municipais adquiriram foro por prerrogativa de função (art. 29, X), tendo em vista o fato dos Municípios passarem a integrar a organização político-administrativa da federação.

Assim, qualquer infração penal que cometam é julgada diretamente em segunda instância e obedece ao rito previsto na Lei n. 8.038, de 28.5.90, que regula a ação penal originária perante o Supremo Tribunal Federal, órgão competente para o processo e julgamento do Presidente da República nas infrações penais comuns (Constituição Federal, artigo 102, I, b), e que foi estendido aos Prefeitos em razão do disposto na Lei n.º 8.658, de 26 de maio de 1993.

O foro privilegiado restringe-se à matéria penal - embora seja inegável a gravidade das sanções cominadas na Lei Anticorrupção - , de forma que a ação civil pública contra o ato de improbidade previsto na Lei n. 8.429/92 corre em primeira Instância.

Ações penais públicas originárias contra Prefeitos Municipais têm sido instruídas com material probatório obtido em inquéritos civis instaurados pelo Ministério Público para promoção das ações civis públicas contra atos de improbidade previstos na referida Lei n. 8.429/92 .

Como ensina o mestre HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO, “o direito de agir, manifestado perante órgãos da Jurisdição, tem por fundamento a mesma natureza jurídica, quer se trate de Jurisdição Penal ou de Jurisdição Civil”<sup>2</sup>. Conferida ao Ministério Público legitimidade para as duas ações, tem se revelado muito mais eficiente a ação civil pública, e a explicação para esse sucesso em grande parte pode ser tributada à investigação direta levada a efeito pelo *Parquet*.

### *Lei da Ação Civil Pública*

RENÊ ARIEL DOTTI assinala : “A literatura científica registra que foi durante os anos 1960/1970 que a defesa dos interesses difusos ganhou ressonância coletiva nos países europeus (MARTIN MATEO, Derecho Ambiental, Madri, 1977, pág. 15 e JEAN CALAIS-AULOY, Droit de la consommation, Paris, 1980, págs. 1 e segs.), referindo-se aos interesses do meio ambiente e do consumidor. Para tanto, surgiram duas grandes vertentes a projetar o sentimento de reação contra os agravos praticados pelas novas formas de lesão através de modernas máquinas, dos novos inventos

---

<sup>2</sup>PORTO, Hermínio Alberto Marques Porto. *Júri, procedimentos e aspectos do julgamento, questionários*. 8.ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1996, p.28.

da ciência e da tecnologia e também de eficientes meios de propaganda fazendo com que as modalidades artesanais do estelionato se transformassem em vitimização massiva: o ambiente e o consumo”<sup>3</sup>.

Acompanhando esse movimento, surge no Brasil a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985), no exato ano em que o poder era devolvido aos civis. A Lei da Ação Civil Pública trouxe o inquérito civil, peça de investigação que é realizada diretamente pelo Ministério Público, legitimado ativo para a propositura da ação. O sucesso da defesa dos interesses difusos firma-se nessa relação direta do Promotor com os acontecimentos, instrumentalizada pelo inquérito civil.

#### *O papel do Ministério Público na construção da cidadania*

Saindo o Brasil de um longo período de regime de exceção, e com esse novo instrumento de defesa dos direitos de todos os cidadãos, uma Instituição, que somente pode existir verdadeiramente no ambiente democrático, ganhou especial destaque frente a sociedade civil: o Ministério Público.

Em 1983 anotava NELSON NERY JUNIOR<sup>4</sup>: “O eminente jurista italiano Vincenzo Vigoriti noticia uma pesquisa feita por ele junto ao Ministério Público italiano, manifestando sua perplexidade ao verificar que foram propostas apenas duas ações civis públicas para dissolução de sociedade irregular, sendo que a maioria dos procuradores entrevistados desconhecia, até, que o Ministério Público tinha legitimidade ativa para tanto!! Ora, a meu ver estes óbices não se colocam relativamente ao Ministério Público brasileiro. Aqui, a experiência tem demonstrado que há, efetivamente, exercício da ação civil pública pelo Ministério Público”<sup>5</sup>, cuja atuação primordial sempre residiu – e residirá – na esfera criminal, mas passou a ocupar praticamente todo o espaço que a Lei n. 7.347/85 reservou à sociedade civil, quando concedeu legitimidade às associações.

O Ministério Público obteve na Constituição Federal de 1988 o reconhecimento de sua competência na defesa dos interesses difusos, razão pela qual foram fixados, como integrantes de suas funções institucionais, a promoção do 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 (art 129,III).

---

<sup>3</sup> DOTTI, Renê Ariel. *A Atuação do Ministério Público da Proteção dos Interesses Difusos*. Revista Justitia, Seção Criminal, v.132, 4º trimestre de 1985

<sup>4</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *A Ação Civil Pública*. Conferência proferida, na reunião do "Grupo de Estudos da Média Sorocabana", do Ministério Público de São Paulo, no Fórum da comarca de Ourinhos, São Paulo. Revista Justitia, Seção Civil, v.120, 1º trimestre de 1983

<sup>5</sup> A Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispunha sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, dera legitimidade ao Ministério Público para propor ação de responsabilidade civil, por danos causados ao meio ambiente.

Nesse quadro, o surgimento da Lei n.8.429/92 veio fornecer importantes armas ao *Parquet* para defender a sociedade civil contra administradores públicos desonestos, encontrando-se pacificado no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o Ministério Público possui legitimidade para propor ação civil pública visando o ressarcimento de danos ao erário<sup>6</sup>.

#### *Lei da Improbidade Administrativa*

Atendendo a previsão contida no artigo 37,§4º, da Constituição Federal<sup>7</sup>, foi promulgada a Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992, que revogou expressamente as Leis ns. 3.164/57 e 3.502/58.

O rigor das sanções da Lei n.8.429/92 levou à afirmação de existência de *bis in idem* porque elas teriam natureza penal e é comum que o agente público também seja processado criminalmente em razão do ato de improbidade.

A tese foi afastada pelo Superior Tribunal de Justiça :

“Conquanto caiba ao STJ processar e julgar, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho (Constituição, art. 105, I, a), não lhe compete, porém, explicitamente, processá-los e julgá-los por atos de improbidade administrativa. Implicitamente, sequer, admite-se tal competência, porquanto, aqui, trata-se de **ação civil**, em virtude de investigação de natureza civil. Competência, portanto, de juiz de primeiro grau”. (Corte Especial , Reclamação n. 591/SP, DJ 15.5.00, Min. NILSON NAVES; Quinta Turma, RHC 8.749/MG, Min. FELIX FISCHER, DJ 13.9.99; Sexta Turma, RESP 150329/RS, Min.VICENTE LEAL,DJ 05.4.99; Quinta Turma, HC 8.491/SP,DJ 14.8.00, Min. FELIX FISCHER).

Como enfatiza MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA, ao ser cometido ato de improbidade, “o dano a ser considerado não é apenas o pecuniário, o financeiro, mas também o decorrente da violação dos princípios que norteiam a gestão da coisa pública, motivador de eventual quebra de confiança dos administrados em relação ao administrador”<sup>8</sup>.

Divide a lei os atos de improbidade em três categorias, descrevendo-os circunstanciadamente, com técnica semelhante à utilizada na construção de tipos penais : a) os que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º.); b) os que causam prejuízo ao erário (art.10); c) os que atentam contra os princípios da administração pública (art.11).

<sup>6</sup> RESP 119.827/SE, Primeira Turma,Min. Garcia Vieira, DJ 01.7.99.

<sup>7</sup> Art.37, §4º - *Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.*

<sup>8</sup> SOUZA,Motauri Ciocchetti de.*Interesses Difusos em Espécie*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p.119

A capitulação de condutas desonestas do servidor público, embora voltada somente para o enriquecimento ilícito, já constava na “Lei Bilac Pinto”. A Lei n. 8.429/92 preocupou-se em fixar primeiramente cláusula genérica no “caput” dos arts. 9º, 10 e 11, para depois pormenorizar os atos de improbidade nos incisos. Com isso abriu completamente o espectro de enquadramento, tornando certo que nem todo ato de improbidade pode vir a constituir crime, embora o contrário seja verdadeiro.

Anota FÁBIO MEDINA OSÓRIO que “o mais grave no eventual entendimento de que haveria natureza criminal nas condutas dos agentes políticos que tipificassem improbidade administrativa é que, por esse raciocínio, se estaria abrindo sério precedente de ampliação das redes do direito penal ao arrepio do princípio da legalidade, o que merece pronto repúdio!”<sup>9</sup>.

Em sua maioria, os atos de improbidade descritos na Lei n. 8.429/92, não obstante a independência das sanções nela previstas, guardam correspondência direta com o peculato e a corrupção passiva, valendo lembrar que o art.4º da Lei n. 3.502/58 registrava expressamente a aproximação entre as figuras que definiam improbidade e os crimes contra a administração pública :

*Art. 4º O enriquecimento ilícito definido nos termos desta lei equipara-se aos crimes contra a administração e o patrimônio público, sujeitando os responsáveis ao processo criminal e à imposição de penas, na forma das leis penais em vigor.*

Poderá haver infração das duas normas pelo Prefeito Municipal, e mais de uma conduta administrativamente desonesta pode referir-se a um só delito, do que é exemplo o peculato-apropriação, que constitui enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário.

#### *Interesse privado e interesse público*

Ensina JOÃO MENDES DE ALMEIDA JUNIOR que “nos primeiros tempos, na Grécia, em Roma, na legislação visigótica, a ação pública se confunde com a ação da parte ofendida; a idéia de um interesse geral, superior ao interesse privado, só mais tarde veio despontando. O direito de proceder contra o ofensor era um direito individual que não admitia exceção : ao ofendido e a sua família competia vingar a ofensa, posto que , não mais por vindita privada , mas por vindita legalmente regulada, perante a justiça pública. Não foi senão em relação aos crimes mais graves, que, para apoiar ou suprimir a ação privada, surgiu o concurso de cidadãos aptos para a acusação, concurso que, constituindo um elemento novo, representava, ao lado do interesse privado, até então senhor da ação, o interesse geral da sociedade. Quando faltou este elemento, surgiu um terceiro

---

<sup>9</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa, Observações sobre a Lei n.8.429/92*. 2.ed. Porto Alegre: Síntese Editora, 1998, p.219.

elemento : a intervenção do próprio juiz, a iniciativa do próprio juiz, ao lado da ação dos cidadãos. Em Atenas, o juiz não procede, mas designa um acusador; em Roma, o juiz, o próprio juiz acusa, procede *ex-officio*...No século XIV, nasce e desenvolve-se o Ministério Público : a ação pública passa a constituir atribuição de um funcionário especial”<sup>10</sup>.

E em 1866, na exposição do projeto para a instituição do Ministério Público no Brasil, assim se manifestava o Ministro da Justiça :

“...É certo que, em quase todas as organizações judiciárias, o Ministério Público entra como parte essencial. Na França, na Bélgica, na Itália, Portugal e outros povos cultos está consagrada como fundamental a independência da ação pública e da ação privada, compreendendo aquela a aplicação das penas, e esta a reparação do dano causado pelo delito. Para que esta independência se torne uma realidade, para que a punição dos crimes seja imparcial e inexorável, não uma contingência do interesse privado, que cede e transige à custa da sociedade, é essencial que a ação pública seja extensiva a todos os crimes, excetuados somente aqueles que motivos de honra e o próprio interesse das famílias podem querer que fiquem no silêncio. Se a extensão da ação pública é um princípio fundamental, não é menos incontestável a necessidade da supressão do procedimento oficial : sabeis que não se podem combinar bem os dois caracteres de autor e juiz do mesmo processo”<sup>11</sup>.

Na lei processual penal, a reparação do dano causado pelo crime circunscreve-se ao interesse patrimonial privado. Nos termos do art.63 do Código de Processo Penal , “transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido , seu representante legal ou seus herdeiros”.

O interesses particular e coletivo não são necessariamente os mesmos, conforme acentuou ESPÍNOLA FILHO : “Quando o indivíduo, vivendo em sociedade, tem um procedimento contrário ao direito, quer por ação, quer por omissão, se resulta dano individual, prejuízo particular, entra em ação o direito civil para sancionar a violação do direito; movimentando-se, com o mesmo intuito sancionatório, o direito penal, se desse procedimento antijurídico provém, com a ofensa do interesse social, um dano público, criada uma situação de perigo para a coletividade. No primeiro caso, o agente torna-se civilmente responsável; no segundo o é criminalmente”<sup>12</sup>.

E anota BORGES DA ROSA : “Dessas duas ações resultantes do delito, a penal é a principal, porque interessa à coletividade, à ordem social, à tranqüilidade pública. A civil é acessória, porque afeta um direito particular, com o qual nada tem que ver a coletividade. É por isto

---

<sup>10</sup> ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Tipografia Baptista de Souza, 1920, v.II, p.176.

<sup>11</sup> NABUCO, Joaquim. *Um Estadista do Império*. v.I. 5ed.. Rio de Janeiro: Topbooks, 1998, p.600

<sup>12</sup> ESPINOLA FILHO, Eduardo, Op. cit., p.13

que se considera a satisfação do dano, resultante da infração penal, como um acessório da ação penal, satisfação que pode não ter lugar se a parte ofendida a ela renuncia expressa ou tacitamente”<sup>13</sup>

Com a criação do inquérito civil e a concessão de legitimidade ao Ministério Público para a defesa de interesse difuso decorrente de ato de improbidade, que pode caracterizar crime contra a administração pública, esse panorama exige nova avaliação.

HÉLIO TORNAGHI<sup>14</sup> lembra que a sede em que irá correr a ação civil fundada em ilícito penal é objeto de quatro sistemas:

- a) o da *solidariedade*, onde, no mesmo processo, há duas ações diferentes, uma penal e outra civil, ambas diante do mesmo juiz, o criminal;
- b) o da *livre escolha*, no qual é facultativo cumular as ações no processo penal ou fazê-las correr nas sedes civil e penal, respectivamente;
- c) o da *separação*: “quem quiser mover ação civil terá de fazê-lo na sede civil”. É o adotado pelo Brasil, concedendo-se ao juiz cível a “faculdade” de suspender o curso da ação civil até o julgamento definitivo da criminal” (CPP, artigo 64, parágrafo único).
- d) o da *confusão*: uma única ação, civil e penal ao mesmo tempo. Ensina ainda TORNAGHI terem sustentado os positivistas a excelência deste sistema. “Como a reparação (*lato sensu*) da ofensa causada pelo delito só é total se à pena se soma a compensação do dano, patrimonial ou moral, sofrido pelo ofendido, a ação, ainda mesmo que pública e movida apenas por um órgão do Estado, o Ministério Público, é a exigência de sentença na qual o juiz imponha a satisfação integral, penal e civil”.

Henrique Ferri ressaltou que a Escola Positiva, desde os seus primórdios, pôs em grande relevo a condição jurídico-social da parte lesada ou vítima do crime e a obrigação, além da conveniência social, de lhe tutelar mais eficazmente os direitos e interesses<sup>15</sup>.

ARY AZEVEDO FRANCO refere-se a três sistemas nas legislações: “1º.) o da independência absoluta, adotado pelo direito inglês, alemão e norte-americano, segundo o qual as duas ações, penal e civil, se mantêm alheias entre si, correndo perante jurisdições diferentes, podendo ser intentada, antes, depois, ou concomitantemente, uma em relação à outra, sem que influência alguma exerça a decisão de uma sobre a decisão da outra; 2º) o da interdependência, adotado pela legislação francesa, e segundo o qual, postas as duas ações, penal e civil, relativamente

---

<sup>13</sup> ROSA, Inocêncio Borges da. *Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Oficina Gráfica da Livraria do Globo, 1942, v.1, p.202.

<sup>14</sup> TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. v1. 3ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1983, p.81 a 94

<sup>15</sup> FERRI, Henrique. *Direito Criminal*. tradução de Luiz de Lemos D'Oliveira. São Paulo :Livraria Acadêmica Saraiva, 1931, p.395.

independentes, têm certo laço de dependência processual, podendo a civil ser, indiferentemente, intentada na jurisdição civil, ou na jurisdição criminal, conjuntamente com a ação penal, e, neste caso, ficando suspensa a ação civil, até que se decida a ação penal, que tem influência predominante sobre o julgamento da civil; 3º) o da dependência solidária, ou da solidariedade, sustentado pelos partidários da Escola Positiva, correndo as duas ações conjuntamente, sempre, entretanto, na jurisdição criminal, cabendo ao Ministério Público promover a indenização civil do dano, independentemente de provocação da parte interessada”<sup>16</sup>.

Afirmava PIMENTA BUENO que “todo o crime sujeita o delinqüente a duas condições legais : a sofrer a sanção penal pelo delito que cometeu, e a reparar o mal ou dano que por ele causou; dá portanto origem a duas ações, uma criminal e outra civil”<sup>17</sup>.

A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, ao tratar da reparação do dano *ex delicto* (n. VI) rejeitou “o instituto ambíguo da constituição de parte civil no processo penal”, enaltecendo a argumentação de Sá Pereira na “Exposição de Motivos” do seu “Projeto de Código Penal”:

“A meu ver, o que há de verdade nessas alegações (favoráveis ao ‘deslocamento da reparação do dano *ex delicto* para o campo do direito público’) não atinge os dois pontos seguintes : 1) que a reparação do dano é matéria de direito civil, e 2) que a repressão sofreria, se, no crime, a pleiteássemos. Se há lesão patrimonial, a reparação há de ser pedida a um outro patrimônio, e se me afigura impossível deslocar esta relação entre dois patrimônios do campo do direito privado para o do direito público, como querem os positivistas. Abrir no processo-crime a necessária margem à ação reparadora seria, ou fazer marcharem simultaneamente as duas ações no mesmo processo, o que se tornaria tumultuário, ou paralisar o processo-crime para que o civil o alcançasse no momento final de pronunciamento da sentença que aplicasse a pena e fixasse a indenização. Não creio que a repressão ganhasse com isto alguma coisa; ao contrário, perderia muito de sua prontidão e rapidez”.

De fato, considerando somente o patrimônio particular, outra solução pareceria inadequada.

Mas, com a entrada em cena da ação civil pública por ato de improbidade e a legitimidade conferida ao Ministério Público, se as duas responsabilidades, civil e criminal, decorrentes do desvio ilegal do dinheiro público, pudessem ser resolvidas perante o mesmo juiz, não ganharia com isso a sociedade ?

---

<sup>16</sup> FRANCO, Ary Azevedo. Op. cit..p.153.

<sup>17</sup> BUENO, José Antônio Pimenta. *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*. Edição anotada, atualizada e complementada por José Frederico Marques. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1959,p.187.

O Código de Processo Penal adota o sistema da separação, conforme dispõem os artigos 63 a 68, que cuidam da ação civil *ex delicto*.

Todavia, GALDINO SIQUEIRA anota que “pelo antigo direito português as ações penal e civil reputavam-se em regra *cumuláveis*, e o mesmo vem estatuído pelo nosso Código Criminal de 1830, art.31, e Código do Processo Criminal de 1832, arts. 269 § 5 e 338”<sup>18</sup>

Sobre o tema, FREDERICO MARQUES ressalta que embora a jurisdição penal contenha, implicitamente, atribuições jurisdicionais civis quando aprecia e julga o conflito entre o *jus puniendi* e os direitos de liberdade, permitindo até a participação do ofendido como assistente de modo a obter título executivo judicial que lhe assegure o direito de indenização do dano *ex delicto*, o exercício da ação civil conjuntamente com a ação penal não foi adotado pelo código. Assinala ainda que “na legislação brasileira, o que se atribui ao juízo penal é o conhecimento e julgamento de medidas cautelares tendentes a garantir a indenização, como o seqüestro de bens adquiridos com os proventos da infração (artigos 125 e 132), e a hipoteca legal sobre imóveis do indiciado (artigo 134), e também a decisão sobre a restituição de coisas apreendidas que não envolva questões de alta indagação sobre o *jus in re* (artigo 120)”<sup>19</sup>.

A respeito, explana TOURINHO FILHO : “A ação penal e a *actio civilis ex delicto* não se confundem. É verdade que ambas tendem a um fim comum : ‘o restabelecimento do direito violado’. Mas, sem embargo desse ponto em comum, as diferenças entre elas são marcantes : 1.º) a ação penal tem por escopo realizar o Direito Penal objetivo, isto é, visa à aplicação de uma pena ou medida de segurança ao criminoso. A *actio civilis* tem por objetivo precípua e único o ressarcimento do dano produzido pela infração; 2.º) a ação penal, de regra, é pública, isto é, somente poderá ser promovida pelo Ministério Público”<sup>20</sup>

Como visto acima, todos os mestres explicam as razões para a opção brasileira pelo sistema da separação, que está intrinsecamente ligada à lesão ao patrimônio particular.

Ressalto que a separação não é absoluta, já que o juiz da ação civil pode suspender o curso desta, até o julgamento final da ação penal (art.64,parágrafo único, CPP), cujo resultado refletirá na esfera cível se a sentença penal reconhecer que ocorreu alguma causa excludente da antijuridicidade (art.65, CPP) ou afirmar a inexistência material do fato (art.66, CPP).

### *Sistema da solidariedade e a improbidade administrativa*

<sup>18</sup> SIQUEIRA, Galdino. *Curso de Processo Criminal*. 2ed. São Paulo: Livraria de Oficinas Magalhães, 1917, p.71.

<sup>19</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v1ree. Campinas: Bookseller, p.185, 1998

<sup>20</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 16ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, 2v.p.4.



Se o fundamento da escolha pelo sistema da separação no Brasil está na insuperável ausência de sintonia entre os interesses público e privado - aquele de regra presente e este muitas vezes não - , quando o delito atinge verbas e bens geridos pelo Prefeito Municipal esse fundamento deixa de existir porque há ofensa a interesse difuso que deverá ser reparado.

Legitimado para as duas ações o Ministério Público, é incontestável o interesse da sociedade, tanto na resposta penal quanto nas providências civis pertinentes.

Ademais, a conduta que configura o crime de peculato constitui ato de improbidade administrativa.

Abre-se portanto a possibilidade de ser usado o sistema do processo único, quando provocada a jurisdição pelo Ministério Público.

#### *Unidade de investigação*

Diante de um fato que caracterize peculato, corrupção passiva ou concussão e, por conseqüência, ato de improbidade administrativa de Prefeito Municipal, convém seja realizada uma única investigação sob a supervisão do Ministério Público, titular das ações penal e civil públicas.

Nada recomenda a instauração simultânea de inquérito policial e inquérito civil para um mesmo fato, que darão ensejo a medidas judiciais atinentes ao interesse público.

Haveria trabalho conjunto entre a Procuradoria-Geral de Justiça, através de sua assessoria de crimes de prefeitos, e a Promotoria de Justiça da Cidadania.

Admitido o sistema da solidariedade, as duas ações, dada a prevalência da matéria penal sobre a civil, correriam no foro criminal, isto é, diretamente na segunda instância, tendo em vista a regra de competência absoluta do foro privilegiado.

Se é justificado o destaque da jurisdição penal quando a ação reparatória atende a interesse exclusivamente privado, que dirá tratando-se de ação civil pública, cujo objeto são os interesses difusos.

O foro privilegiado atende à importância das funções exercidas pelo imputado<sup>21</sup>. Atuam na investigação e processo dos delitos profissionais mais experientes e o Supremo Tribunal Federal admite que os Tribunais de Justiça dêem a órgão fracionário competência para o processo e julgamento de Prefeitos<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> PAÇO, André Medeiros do. *Foro por Prerrogativa de Função: Prefeitos Municipais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.35 e segs.

<sup>22</sup> STF-HC 73.917/MG, Primeira Turma, j. 24.9.96.

Se adotado o sistema da solidariedade mudaria apenas o órgão julgador, que passaria a ser o criminal, de segunda instância, mantendo-se obviamente os instrumentos processuais e as sanções previstas na Lei n. 8.429/92.

Quanto ao processo, se adotado o sistema da solidariedade, a primeira conclusão a que se chega é a de que muito se ganharia em tempo - e em economia do dinheiro do contribuinte - se um só órgão do Poder Judiciário cuidasse do fato que constitui peculato e ato de improbidade administrativa. No que diz respeito ao Ministério Público poderia haver trabalho integrado entre a Procuradoria-Geral de Justiça, através de seu setor especializado em crimes de Prefeitos Municipais, e a Promotoria de Justiça da Cidadania da Comarca à qual pertencesse o município do alcaide implicado.

Duplicidade de depoimentos e audiências, possibilidade de decisões contraditórias, gasto de homens-hora com promotores e juízes absolutamente desnecessário, tudo isso pode ser evitado com o sistema da solidariedade.

A separação das jurisdições criminal e civil prevista no Código de Processo Penal existe em função do interesse exclusivamente privado, que está na dependência da vontade da vítima particular ou de sua família. Enquanto elas têm a faculdade de abrir mão de seu direito de reparação, o Estado não pode deixá-lo.

Se por um lado algumas vezes é possível haver maior agilidade em primeiro grau de jurisdição no trato da ação civil pública por improbidade administrativa, dada a prioridade de apreciação que essa espécie de causa tem, de outro é sabido que as liminares podem ser reformadas de imediato pelo Tribunal, consoante norma prevista no art.12,§1º, da Lei n. 7.347/85, ao passo que, adotado o sistema da solidariedade, o processo seria julgado diretamente em única e última instância.

Outrossim, se não há ninguém melhor do que os Promotores das comarcas para conhecer os problemas apresentados por elas na órbita dos interesses difusos, nem todos esses profissionais, principalmente os que atuam em localidades pequenas, possuem o necessário tempo para dedicar-se ao inquérito civil, face a quantidade e variedade de atribuições que têm - muitas delas anacrônicas -, sem falar na falta de apoio material e na própria especialização.

Por isso que em função da existência do foro privilegiado para os Prefeitos, bipartindo a titularidade das ações criminal - que estabelece esse foro para solução das causas - e civil, o trabalho poderia ser feito conjuntamente pelo Procurador-Geral de Justiça, através de sua assessoria para crimes de Prefeitos, e os Promotores de Justiça das comarcas com atribuição na área da cidadania.

As medidas assecuratórias de seqüestro e de afastamento seriam solicitadas ao Desembargador 2º Vice-Presidente. Ressalte-se que o afastamento previsto na Lei n. 8.429/92, por atender com muito mais proficiência ao objetivo desse requerimento excepcional do que idêntica medida prevista no Decreto-lei n.201, de 21 de fevereiro de 1967, seria o instrumento mais adequado.

A investigação do ato de improbidade que caracteriza peculato seria feita através de inquérito civil, com a contribuição da Polícia Judiciária, sob o comando e a orientação do procedimento por seu destinatário, o Ministério Público.

Por conta disso, passaria a ser admissível *habeas corpus*, e não mandado de segurança, para trancar o inquérito civil, ao contrário do que ocorre hoje<sup>23</sup>.

Em resumo, por todas as vantagens da unidade de investigação, processo e julgamento dos peculatos cometidos por Prefeitos, que também representam atos de improbidade, adotar-se-ia o sistema da solidariedade : com o fruto de uma só apuração, que poderia ser feita através de inquérito civil, o Procurador-Geral de Justiça moveria a ação penal originária, para alcançar as sanções penais e civis. Tendo em vista a preponderância da jurisdição criminal e a norma de competência absoluta referente ao foro privilegiado, caberia ao Tribunal de Justiça o processo e julgamento. Se encerrado o mandato, um única ação penal competiria ao Promotor de Justiça da Comarca.

Com um só órgão judicial cuidando das duas ações não haveria possibilidade de decisões contraditórias, o que afastaria a incidência dos arts. 64, parágrafo único, 65 e 66 do CPP.

### CONCLUSÕES

1 – O dano social causado pelo peculato à sociedade civil brasileira é enorme quando cometido por ordenadores de despesa, como os Prefeitos Municipais. É conduta que impede a construção da cidadania.

2 – O peculato sempre importa em ato de improbidade administrativa e a proteção do patrimônio público constitui interesse difuso, podendo ser defendido através da ação civil pública, instruída pelo inquérito civil.

3 – Desarticulada , a sociedade civil brasileira encontrou no Ministério Público o principal defensor dos interesses difusos, podendo ser atribuído o êxito de sua atuação ao fato de conduzir o inquérito civil.

---

<sup>23</sup> STJ-RHC 5.873/PR, 6ª Turma, Rel.Min. Vicente Leal,j.24.11.97,DJ 19.12.97

4 – Situação totalmente diversa ocorre na esfera criminal, onde o autor da ação penal está completamente apartado do conhecimento direto das provas, nada impedindo a utilização da investigação civil para a propositura da ação penal originária.

5 – Dado que o peculato também caracteriza ato de improbidade administrativa, que uma só investigação é suficiente, nada justifica a existência de duas ações : penal originária e civil pública.

6 – A lei processual penal acolheu o sistema da separação da ação civil *ex delicto* da ação penal tendo em consideração que aquela visa sempre o interesse privado. Se o fato constitui peculato e improbidade administrativa, legitimado para as ações penal e civil públicas é o Ministério Público, e o interesse é exclusivamente público.

7 – Adotado o sistema da solidariedade nesses casos, poderia ser alcançada maior eficiência na prestação jurisdicional pela concentração do conhecimento do fato.

8 – O foro competente é o criminal, devido a responsabilidade criminal ser mais grave que a civil.

9 – A ação penal originária é de iniciativa do Procurador-Geral de Justiça, que pode delegar essa atribuição a integrantes de setor especializado, em atuação conjunta com o Promotor de Justiça da Cidadania.

10 – Possuindo os Prefeitos Municipais foro por prerrogativa de função, caberia ao órgão fracionário do Tribunal de Justiça previsto em seu regimento interno o processo e julgamento da ação penal originária pelo delito de peculato, para imposição das sanções fixadas na lei penal e na lei de improbidade administrativa.

Diante do exposto, PROPÕE-SE seja adotado o Sistema da Solidariedade no Crime e na Improbidade Administrativa de Prefeitos Municipais.

## **PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA E PREFEITOS MUNICIPAIS**

**André Medeiros do Paço<sup>1</sup>**

Cremos ser impróprio para os crimes cometidos por Prefeitos Municipais que o termo inicial para contagem do prazo prescricional, antes de transitar em julgado a sentença final, dê-se a partir da data do fato, como estabelecido pelo art. 111, inciso I do Código Penal.

Exercendo a chefia do Poder Executivo Municipal por 04 (quatro) anos ou mesmo 08 (oito) anos, em caso de reeleição, o Prefeito mal-intencionado possui condições de encobrir qualquer conduta delituosa que praticar, dificultando sua descoberta e as providências para sua responsabilização penal, de maneira que muitos ilícitos podem chegar ao conhecimento das Autoridades quando já cobertos pela prescrição.

Lembre-se que com exceção dos peculatos previstos nos incisos I e II do art. 1º do Decreto-lei 201 de 27 de fevereiro de 1967, com pena de 02 (dois) anos a 12 (doze) anos de reclusão, os outros 21 (vinte e um) delitos previstos nos incisos III a XXIII daquele artigo, apresentam pena de 03 (três) meses a 03 (três) anos de detenção, como definido no art.1º, §1º do referido diploma legal.

De acordo com o inciso VI do art. 111 do Código Penal se o máximo da pena é inferior a 01 (um) ano a prescrição da pretensão punitiva surge em 03 (três) anos.

Portanto, se no primeiro ano da gestão o Prefeito Municipal, por exemplo:

- "desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas" ;
  - "alienar ou onerar bens imóveis, ou rendas municipais, sem autorização da Câmara, ou em desacordo com a lei";
  - "negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente" ;
- ou

---

<sup>1</sup> 63º Promotor de Justiça Assessor em exercício no Setor de Crimes cometidos por Prefeitos Municipais da Suprocuradoria de Justiça Jurídica da Procuradoria Geral de Justiça.

- "deixar de fornecer certidões de atos ou contratos municipais dentro do prazo estabelecido em lei."

**Conhecendo-se o fato apenas ao término do mandato, incidirá a causa de extinção da punibilidade em apreço.**

É sabido que todo ano as Prefeituras são auditadas pelo Tribunal de Contas. Se encontradas irregularidades na gestão do dinheiro público feitas pelo Prefeito Municipal naquele exercício, as contas municipais serão rejeitadas, cabendo pedido de revisão - art. 72, "caput" da Lei Complementar 709/1993.

E segundo o parágrafo único do art.32 dessa Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo : "*Diante de indícios de ilícito penal, o Tribunal de Contas determinará a remessa de peças ao Ministério Público, para adoção das providências cabíveis.*".

Todavia, conhecidas as dificuldades inerentes ao exame das contas anuais dos mais de 640 (seiscentos e quarenta) Municípios do Estado, não é improvável que a conclusão e a comunicação acima mencionadas estejam prontas somente após 03 (três) anos.

Outro crime que surge com alguma frequência é o de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais, apenado com detenção de 03 (três) a 05 (cinco) anos e multa no art.89 da Lei nº 8.666/93. Aqui o prazo prescricional é de 08 (oito) anos para a pena mínima.

A propósito do tema lembre-se também que com relação aos crimes contra a ordem tributária o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 81.611/DF, ocorrido em 10 de dezembro de 2003, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, decidiu:

***“Sem o lançamento definitivo ainda não há crime e também não começa a correr o prazo prescricional, nos termos do art. 111, inciso I, Código Penal”***

Por fim, inegável que todo crime praticado pelo Chefe do Executivo Municipal no exercício de suas funções envolve improbidade administrativa, valendo recordar o que a Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992 dispõe sobre o tema:

#### **CAPÍTULO VII**

#### **DA PRESCRIÇÃO**

**Art. 23.** *As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas:*

***I - até 5 (cinco) anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;***

#### **CONCLUSÕES**

1 - a grande maioria dos crimes previstos no Decreto-lei 201 de 27 de fevereiro de 1967, cometidos por Prefeitos Municipais, prescreve em 03 (três) anos;

2 - os demais delitos também podem ser descobertos depois de passados 04 (quatro) ou 08 (oito) anos, se houver reeleição ;

2 - o início da contagem do prazo prescricional do dia em que o crime se consumou pode permitir o transcurso da causa extintiva da punibilidade antes do término do mandato;

3 - o dia inicial dessa contagem deve ser o primeiro após o término do mandato, como, aliás, está disciplinado na Lei de Improbidade Administrativa.

Diante do exposto, até por ser condizente com o **Princípio da Moralidade** previsto no art. 37 da Constituição Federal, PROPÕE-SE que qualquer espécie de infração penal atribuída a Prefeito Municipal e coautores tenha por início o primeiro dia após o término do exercício do mandato daquele.

## COMBATE À CORRUPÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E ATUAÇÃO INTEGRADA: EM BUSCA DE MAIOR EFICIÊNCIA E UNIDADE DE ATUAÇÃO

**Leonardo Romano Soares**

A grande maioria dos controles externos a que a Administração Pública está submetida entram em ação depois da sua atuação, ou seja, após a edição do ato, da assinatura do contrato, da execução da despesa. São, portanto, controles *a posteriori*. Ministério Público, associações, partidos políticos, Tribunal de Contas, além do cidadão (eleitor) têm à disposição uma ampla gama de instrumentos para investigar atos, corrigir ações e punir agentes públicos. Tanto esses órgãos quanto as ferramentas de que dispõem são inegavelmente amplas, bastante poderosas (em tese) e já bastante empregadas. Contudo, ainda impera a sensação desalentadora de que, em muitas situações onde se identifica alguma ilegalidade, resta pouco a fazer. O prejuízo é fato consumado, a reversão do dano é difícil, morosa, custosa, as chances de reaver o dinheiro público são remotas, a promessa de punição não sai nunca do papel. Como se costuma dizer, vulgarmente, o controle apenas passa o atestado de óbito.

Ainda que a corrupção seja gestada no escuro, são bastante conhecidas as relações férteis que propiciam a sua gênese. As formas mais cruas, grosseiras da corrupção encontram manancial abundante no patrimonialismo, que é a confusão entre o público e o privado. Ele se manifesta sob diversas formas, como o clientelismo (condicionar serviços públicos ao apoio pessoal), o fisiologismo (condicionar exercício das atribuições públicas a benesses pessoais), o nepotismo (acolher parentes na Administração Pública).

Há uma perversa captura do recurso público para atendimento de interesses pessoais. Além de perversa, é disseminada, adotando formas razoavelmente uniformes, de modo que as temáticas enfrentadas são sempre as mesmas, repetindo-se no tempo. Caso emblemático é o do mau emprego de cargos comissionados em todas as esferas e poderes. Existem outros pontos que, igualmente, são fonte de corrupção, como a ausência de procuradoria jurídica efetiva, controladoria interna, ouvidoria, falta de registro e controle sobre o trabalho dos servidores, não implantação/implantação defeituosa da lei da transparência, práticas incorretas ou má utilização da licitação, estabelecimento de convênios sem respeito às de regência, especialmente financeiras.



Vários desses problemas têm sido enfrentados há anos pelo Ministério Público, através de ferramentas como termos de ajuste de conduta, ações civis públicas, recomendações e ações diretas de inconstitucionalidade. Entretanto, não se enfrentam os problemas fundamentais que são fonte de corrupção de modo uniforme, global, padronizado. A retrógrada divisão de atribuições de execução no espaço, quase sempre em função dos limites comarca, faz supor que tais problemas também respeitam, na sua dimensão espacial, os limites do território onde exercida a jurisdição. Em realidade, as práticas patrimonialistas estão culturalmente disseminadas, entranhadas na Administração Pública, sendo a lógica principal de fazer política, contaminando o agir administrativo.

Ainda que venha colhendo sucessivos êxitos no combate à corrupção, o Ministério Público Estadual atua, interna e externamente, de modo desarticulado, amador, ineficiente e individualista.

Atua, externamente, de modo desarticulado porque coloca-se numa posição passiva frente ao Tribunal de Contas, recebendo tardiamente os acórdãos relativos a contas de anos longínquos, quando a realidade atual mudou bastante.

Internamente, a dinâmica de trabalho do Parquet, parece contaminada por uma visão distorcida que se tem da independência funcional. O agir de acordo com a consciência (essência da noção) não pode ser encarado como incompatível com as determinações dadas pela Administração Superior do Parquet, quando esta indica a necessidade de agir. Diante de uma situação que justifique a intervenção ministerial, o órgão de execução não pode deixar de atuar, tem o dever de agir. “Essa obrigatoriedade deve ser bem compreendida. Não se admite que o Ministério Público, *identificando* uma hipótese em que deva agir, recuse-se a fazê-lo: nesse sentido, sua ação é um dever.”<sup>1</sup>

Com isso, queremos defender que a Procuradoria-Geral de Justiça, através dos órgãos a ela subordinados (Centros de Apoio, Assessoria Jurídica, Núcleo de Políticas Públicas) deve definir questões específicas a serem investigados, planejar e controlar a investigação a ser desenvolvida por intermédio das promotorias.

Os dados seriam coletados em todo Estado, obedecendo ao mesmo cronograma. As respostas teriam as mesmas informações, em formato idêntico, com remessa virtual. Esses dados seriam processados de modo informatizado.

Relatórios individualizados seriam emitidos, com realce para possíveis não conformidades. Enviados para as promotorias, os órgãos de execução examinariam com ampla liberdade esses relatórios e escolheriam os melhores caminhos a adotar para resolver o problema identificado.

---

<sup>1</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 84.

O software de análise poderia ser disponibilizado ao órgão de execução, que, autonomamente, confeccionaria o relatório pertinente.

Para pôr em marcha a solução que repute mais adequada, teria à disposição um kit padrão, bem elaborado, mas adaptável ao caso concreto, para facilitar e agilizar as providências necessárias. Em caso de proposta de ação civil pública, uma equipe de promotores e procuradores (força tarefa) seria destacada para trabalho conjunto com o órgão de execução, principalmente perante os tribunais locais e as instâncias superiores.

As vantagens desse esquema de ação são inúmeros: evitam-se soluções muito discrepantes no seio da instituição, conferindo unidade de ação (inclusive para evitar a omissão); confere-se maior impessoalidade na ação do órgão de execução, cujas ações quase sempre são atribuídas à sua pessoa (que, à vista do controlado, é inimiga, age de forma abusiva, autoritária, irresponsável) ao invés da instituição; ganha-se em eficiência, através de objetivos bem definidos, procedimentos padronizados, com metas e prazos bem estipulados; cria-se rico banco de dados, que propicia melhor conhecimento da realidade, a melhor forma de trabalhá-la e a reflexão sobre a experiência obtida, visando correção de rumos. Além disso, parte das informações do banco de dados poderia ser acessível ao público, em especial aos gestores públicos.

#### TESES

Em função do exposto, defende-se que o Ministério Público deve:

1) Externamente, nos conhecidos focos de corrupção, atuar em articulação com o Tribunal de Contas, especialmente o Ministério Público de Contas, recebendo ou solicitando os pareceres e as análises técnicas que instruem os processos de tomada de contas, assim que emitidos, sem aguardar o trânsito em julgado da decisão da Corte de Contas;

2) Internamente, por impulso e determinação da Administração Superior, realizar projetos padronizados e obrigatórios de investigação a situações que são foco de corrupção, com coleta e análise informatizada de dados, e apoio de força-tarefa para uniformizar a atuação ministerial, criando banco de dados para registro de informações.

## COMPARTILHAMENTO DE PROVAS NA OPERAÇÃO “FRATELLI”

Cleber Takashi Murakawa

### I- BREVE INTRODUÇÃO

O combate à corrupção tem tomado grande interesse da coletividade hodiernamente, haja vista a grande repercussão na mídia da atuação dos órgãos estatais de repressão, principalmente o Ministério Público em conjunto com a Polícia Federal, Controladoria-Geral da União e Tribunais de Contas.

A atuação integrada dos órgãos estatais foi consagrada em recentes operações, podendo ser citadas a “Lava Jato”<sup>1</sup>, “Máfia dos Fiscais”, entre outras. Além disso, o escândalo político do “Mensalão” pode ser considerado um marco no combate à corrupção, visto que o processo criminal da competência originária do E. Supremo Tribunal Federal culminou com condenações de vários agentes públicos e políticos, afastando alguns prenúncios de impunidade.

Conforme a precisa constatação do mestre HUGO NIGRO MAZZILLI<sup>2</sup>, *“A questão, porém, assumiu outra proporção quando, por força da abertura e das garantias trazidas pela Constituição de 1988, o Ministério Público brasileiro começou a processar altas autoridades, políticos e poderosos. Hoje, milhares de empresários, prefeitos, parlamentares, agentes públicos até do mais alto escalão passaram a frequentar o banco dos réus, em inquéritos civis, inquéritos policiais e processos civis e penal – coisa até então inédita neste país”*.

No mesmo contexto, a Operação FRATELLI<sup>3</sup> surgiu como uma força tarefa montada entre os Ministérios Públicos do Estado de São Paulo e da União, juntamente com a Polícia Federal, que acabou por dismantelar uma organização criminosa que atuava fraudando licitações e desviando recursos de emendas parlamentares (estaduais e federais), destinadas a municípios para serviços de pavimentação, recapeamento asfáltico, colocação de guias e sarjetas, além de construção de galerias de águas pluviais, entre outras obras públicas.

---

<sup>1</sup> No dia 16 de abril de 2015, houve autorização judicial para o compartilhamento das provas colhidas na operação com a Receita Federal, Tribunal de Contas da União e a Controladoria Geral da União. A decisão pode ser consultada na seguinte página eletrônica:

<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/04/despachomorosigilo.pdf>.

<sup>2</sup> A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, p. 386.

<sup>3</sup> **Significado do nome:** órgãos estatais irmanados para o combate à corrupção e fraudes em licitações na região noroeste paulista, bem como a alusão à **união de irmãos para formarem quadrilha para lesar os cofres públicos** (o nome da principal empresa da organização criminosa é **DEMOP**, as iniciais dos irmãos **Dorival, Edson, Mauro, Olívio e Pedro Scamatti**)

Também já se percebia a finalidade de atuação integrada na Operação FRATELLI, porquanto esta decorreu da fusão de investigações prévias existentes nas três instituições: Operação “Asfalto Limpo” (Ministério Público do Estado de São Paulo), Operação “Ouro Negro” (Ministério Público Federal) e Operação “Betume” (Polícia Federal).

## II- POSSIBILIDADE DO COMPARTILHAMENTO DE PROVAS

Nota-se que o incessante combate às atividades de organizações criminosas revelou que uma série variada de ilicitudes (fraudes fiscais, pagamentos de propina, desvios de verbas públicas, superfaturamentos, formação de cartel, simulação de licitações, criação de empresas de fachada, etc.) que dilapidaram o patrimônio público de todas as esferas de governo, configurando ao mesmo tempo atos de improbidade administrativa, crimes e infrações disciplinares.

Nesse sentido, o compartilhamento de provas constitui um dos instrumentos que fortalecem a atuação integrada no combate à corrupção, precipuamente por permitir o intercâmbio de informações entre os órgãos investigativos nos âmbitos civil, criminal e administrativo. Cabe ressaltar que o Ministério Público do Estado de São Paulo já disciplinou o modo de interagir entre Procuradores e Promotores de Justiça, inclusive integrantes dos Grupos Especiais, conforme o Ato Normativo nº 897/15-PGJ.

Como é cediço, a utilização da chamada prova emprestada é amplamente admitida na doutrina e na jurisprudência pátria, porquanto somente “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”, a teor do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República de 1988.

Dessa forma, o compartilhamento das provas criminais viabiliza a utilização nas investigações de natureza civil (inquérito civil ou procedimento preparatório de inquérito civil) de algumas ferramentas poderosas como as interceptações telefônicas e de sistemas de telemática, desde que haja autorização judicial e produção de forma lícita. Isso porque não há previsão legal para a realização da interceptação telefônica em inquéritos civis destinados à apuração de atos de improbidade administrativa. Atendendo a diretriz constitucional (artigo 5º, inciso XII, parte final, da Constituição Federal), os requisitos exigidos na Lei nº 9.296/96 permitem a quebra de sigilo telefônico somente para fins de persecução penal, pois deve “*o fato investigado constituir infração penal*” apenas com reclusão (artigo 2º, inciso III).

Especificamente no tocante à Operação FRATELLI, o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Fernandópolis e da 1ª Vara Federal de Jales permitiram o compartilhamento das provas obtidas nas investigações criminais, para que fossem utilizadas pelas Promotorias de Justiça do Patrimônio Público e Social nas apurações dos atos de improbidade administrativa relacionados

com fraudes em licitações, pagamento de vantagens indevidas e outras ilicitudes praticadas por integrantes do Grupo SCAMATTI e demais investigados.

Com efeito, esse compartilhamento dos elementos obtidos nas investigações criminais, inclusive o resultado das interceptações telefônicas e telemáticas, robusteceu o conjunto de provas destinadas à apuração dos atos de improbidade administrativa e de ressarcimento ao erário.

No caso de inadmissibilidade das interceptações no processo civil, estar-se-ia configurada uma situação de total incongruência, uma vez que as gravações de conversas telefônicas reveladoras de crimes (por exemplo, confissão de desvio de recursos públicos) não seriam hábeis a comprovar e a enquadrar as condutas ímprobas nas sanções previstas na Lei nº 8.429/92.

A esse respeito, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já admitiu a validade da utilização das interceptações telefônicas como prova emprestada<sup>4</sup> nas ações de responsabilidade por ato de improbidade administrativa nos casos relacionados à “Operação FRATELLI”. No julgamento nos autos do Agravo de Instrumento nº 2040363-44.2013.8.26.0000 (TJ-SP, 5ª Câmara de Direito Público, j. 06/05/2014, v.u.), o Desembargador Relator, Dr. MARCELO BERTHE, manteve a indisponibilidade de bens dos requeridos e ressaltou que:

*“Primeiramente, quanto à utilização de prova emprestada no âmbito da ação civil pública, tem-se perfeitamente possível a utilização de gravações telefônicas utilizadas em processo criminal. Nesse sentido, é a orientação do C. Superior Tribunal de Justiça...”*

No mesmo sentido, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu favoravelmente à utilização das escutas telefônicas nas ações de improbidade administrativa (STJ – 2ª Turma, RESP 1.115.399/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. 02/03/2010), conforme o aresto:

*“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. PESSOA JURÍDICA. LEGITIMIDADE PASSIVA. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. PROVA EMPRESTADA. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF.*

---

<sup>4</sup> Em sentido contrário, Luiz Flávio Gomes sustenta que: “Ao permitir a interceptação, como quebra que é do sigilo das comunicações, somente para ‘fins criminais’, já fazia uso da ponderação e da proporcionalidade, que agora não pode ser ampliada na prática. Impõe-se por último, acrescentar: essa prova criminal deve permanecer em ‘segredo de justiça’. É inconciliável o empréstimo de prova como o segredo de justiça assegurado no art. 1º”. (Finalidade da Interceptação Telefônica e a Questão da Prova Emprestanda. In: Repertório IOB de jurisprudência, v. 4/97, p.75).

1. *A recorrente insurge-se contra acórdão do Tribunal Regional Federal que manteve o recebimento da petição inicial de Ação Civil Pública por improbidade administrativa relacionada a suposto esquema de corrupção constatado na Procuradoria do INSS de Mato Grosso, envolvendo o favorecimento de advogados e empresas devedoras da referida autarquia com a emissão indevida de certidões negativas de débito, ou positivas com efeitos negativos.*

2. *As pessoas jurídicas que participem ou se beneficiem dos atos de improbidade sujeitam-se à Lei 8.429/1992.*

3. *A Lei da Improbidade Administrativa exige que a petição inicial seja instruída com, alternativamente, "documentos" ou "justificação" que "contenham indícios suficientes do ato de improbidade" (art. 17, § 6.º). Trata-se, como o próprio dispositivo legal expressamente afirma, de prova indiciária, isto é, indicação pelo autor de elementos genéricos de vinculação do réu aos fatos tidos por caracterizadores de improbidade.*

4. *O objetivo do contraditório prévio (art. 17, § 7º) é tão-só evitar o trâmite de ações clara e inequivocamente temerárias, não se prestando para, em definitivo, resolver - no preâmbulo do processo e sem observância do princípio in dubio pro societate - tudo o que haveria de ser apurado na instrução. Precedentes do STJ.*

5. *Se não se convencer da inexistência do ato de improbidade administrativa, da flagrante improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, o magistrado deve receber a petição inicial (art. 17, § 8º).*

6. *Inexiste ilegalidade na propositura da Ação de Improbidade com base nas apurações feitas em inquérito policial, porquanto serão submetidas ao contraditório durante a fase instrutória.*

7. *Os dispositivos da Lei 9.296/1996 não possuem comando hábil a infirmar o acórdão recorrido, tendo em vista que o Tribunal apenas acenou com a possibilidade de utilização dos resultados da interceptação telefônica determinada no processo criminal como prova emprestada na Ação de Improbidade. Súmula 284/STF.*

8. *Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido*”.

Como observou o Juiz Federal SÉRGIO FERNANDO MOURO<sup>5</sup>: “*Já há significativa jurisprudência em casos de compartilhamento de provas colhidas em interceptação telefônica para finalidades públicas que não a instrução criminal. Merecem referência específica precedentes do Plenário do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos das Questões de Ordem suscitadas no Inquérito 2424/RJ, quando a Corte decidiu, em caso de sua competência originária, deferir o compartilhamento de resultado de interceptação telefônica para utilização em processo administrativo disciplinar contra agentes públicos, dentre eles magistrado (Questão de Ordem no Inquérito 2424/RJ – Pleno do STF – Rel.: Min. Cezar Peluso – por maioria – j. 25.04.2007 – DJ de 24.08.2007, e Questão de Ordem no Inquérito 2424/RJ – Pleno do STF – Rel.: Min. Cezar Peluso – por maioria – j. 20.06.2007 – DJ de 24.08.2007). O mesmo entendimento é apropriado para prova colhida através de outros métodos especiais de investigação e igualmente quando o compartilhamento atender ao interesse público*”.

Também foi admitida a utilização das interceptações telefônicas no recurso interposto no processo cível da “Operação FRATELLI” em trâmite perante a Vara Distrital de Tabapuã, quando a Desembargadora VERA ANGRISANI consignou que: “*Em relação às escutas telefônicas obtidas em investigação criminal, não obstante a viabilidade de sua utilização nas ações de improbidade e até em procedimento administrativo disciplinar e independentemente da nomeação de Administrador Judicial, fato é que, como também já observado, as acusações de irregularidades elencadas na inicial da ação civil não estariam fundadas apenas em interceptações telefônicas. A ex-Prefeita de Tabapuã e corré Maria Campos Arroyo, em depoimento transcrito a fls. 262, assim declarou...*” (TJ-SP, Agravo de instrumento nº 2013334-82.2014.8.26.000, 2ª Câmara de Direito Público, j. 29/04/2014, v.u.).

Com isso, os monitoramentos telefônicos realizados pelo GAECO de São José do Rio Preto e pela Polícia Federal permitiram a comprovação do conluio entre representantes de empresas investigadas para fraudar licitações nos diversos municípios do Estado de São Paulo, indicando malversação na utilização de recursos públicos de origem federal, estadual e municipal. Outras conversas telefônicas captadas com autorização do Juízo criminal possibilitaram a identificação física dos autos da licitação em que as propostas estavam simuladas pelas empresas, como aconteceu nos Municípios de Piacatu, Magda e Santa Adélia

---

<sup>5</sup> Essa decisão de compartilhamento pode ser consultada na seguinte página eletrônica: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/04/despachomorosigilo.pdf>.

Também diversas conversas telefônicas interceptadas com autorização judicial permitiram discernir a condição das empresas como efetivas licitantes ou “parceiras” do Grupo *SCAMATTI*.

Dessa forma, a responsabilidade das empresas “parceiras” e dos respectivos sócios deflui expressamente do artigo 3.º da Lei Federal n.º 8.429/92, que responsabiliza qualquer pessoa física ou jurídica que *“mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”*.

Outro fator importante do compartilhamento está relacionado com o cumprimento dos mandados judiciais de busca e apreensão em domicílios e em sede de empresas para comprovação dos ilícitos, momento em que fica mais evidente a atuação ministerial na obtenção direta das provas. A esse respeito, merece ser destacado ser de grande proveito a participação de Promotores do Patrimônio Público no cumprimento das buscas em Prefeituras e empresas, principalmente com escopo de elucidar fraudes em licitações com apreensão de notas de empenho, livros de registros de contratos, atestados de execução de serviços e outros documentos específicos.

Ademais, a análise dos autos das licitações investigadas, em cotejo com as interceptações telefônicas e o conteúdo dos discos rígidos de computadores apreendidos, permitiu a identificação de outras empresas “parceiras” do Grupo *SCAMATTI*, que eram desconhecidas até a data da deflagração da Operação FRATELLI (09/04/2013). Outras situações ainda poderão ser elucidadas, caso apareçam novas provas em eventual cooperação jurídica internacional.

Com o advento da Lei nº 12.846/2013, surgiu a necessidade de o compartilhamento judicial de provas ser estendido aos processos administrativos de responsabilização das pessoas jurídicas como forma de incrementar a sua instrução. Também com base na referida lei de combate à corrupção, há informação de que o Ministério Público Federal requereu que a Justiça Federal autorize o compartilhamento de todas as provas e documentos custodiados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que estão relacionados com o acordo de leniência<sup>6</sup> realizado pela empresa SIEMENS LTDA.

### III – CONCLUSÕES

Ante o exposto, é indubitável que o compartilhamento das provas favorece o combate à corrupção nos âmbitos civil, criminal e administrativo, podendo ser realizados os seguintes apontamentos conclusivos:

---

<sup>6</sup> Notícia disponível na seguinte página eletrônica:  
[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=visualiza\\_noticia&id\\_caderno=20&id\\_noticia=101977](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=visualiza_noticia&id_caderno=20&id_noticia=101977).



- a utilização da prova emprestada é amplamente admitida na doutrina e na jurisprudência pátria, porquanto somente “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*” (artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal);

- o compartilhamento robustece o conjunto de provas destinadas à apuração dos atos de corrupção, permitindo a utilização de interceptações telefônicas e de sistemas telemáticos, que não seria possível em investigação de natureza meramente civil;

- há necessidade de autorização do juízo criminal para a utilização da interceptação telefônica como um importante mecanismo de investigação da prática de atos de improbidade administrativa;

- a atuação integrada das Promotorias de Justiça Criminal e do Patrimônio Público favorece o aproveitamento do resultado das medidas de busca e apreensão com ordem judicial e a elucidação das atividades espúrias de corrupção, inclusive para eventual cooperação jurídica internacional (artigo 16, § 2º, da Lei nº 8.429/92).

# O MINISTÉRIO PÚBLICO E O DESENVOLVIMENTO DE NORMAS RELATIVAS A PRESERVAÇÃO DE ELEMENTOS DE PROVA DA PRÁTICA DE ATOS COM AUSÊNCIA DE CONFORMIDADE COM A LEI (COMPLIANCE)

**Carlos Daniel Vaz de Lima Júnior<sup>1</sup>**

## 1. Exposição do tema

O Programa de Integridade de Pessoa Jurídica, compreendido como adoção de princípios de Governança Corporativa (dentre eles o de conformidade com a legislação – *compliance*), não é novidade na cultura empresarial, mas o relevo da sua existência foi realçado com a edição da Lei 12.846/13 e o Decreto 8.420/15.

Estas normas estenderam os efeitos desses programas possibilitando que fossem tomados como parâmetros na dosimetria da pena e como elemento de fundamentação para a extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem econômica. Além disso, ressaltamos que o Programa de Integridade de Pessoa Jurídica também pode trazer formas de preservação de provas para a delação premiada e acordos de leniência.

Um Programa de Integridade de Pessoa Jurídica deve observar princípios e práticas éticas e legais, seja qual for o tamanho da organização, natureza jurídica ou tipo de controle. Desde a firma individual até as diversas formas de Sociedades (Limitada, Simples, Anônimas de capital fechado, Anônimas de capital aberto e Cooperativas) um programa de integridade, quando desenvolvido de forma adequada as características da organização, propicia um correto direcionamento das atividades empresariais.

Um dos primeiros documentos que irá compor o programa de integridade será o Código de Ética ou Código de Conduta, onde estarão reunidas diretrizes e orientações relativa a padrões de conduta, políticas e procedimentos de integridade, e sua obrigatoriedade a todos os empregados,

---

<sup>1</sup> LIMA JR, C. D. V. - Promotor de Justiça Designado para atuar na Procuradoria de Habeas Corpus e Mandado de Segurança Criminal no Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Processos Cognitivos em Ambientes Digitais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Currículo Lattes <http://lattes.cnpq.br/3358750576726754>

administradores, conselheiros, e, ainda, a exigência de igual atenção e observância dessas diretrizes e orientações, por aqueles que pretendam se relacionar comercialmente com a organização.<sup>2</sup>

Está dentro do contexto do Código de Ética a possibilidade de existência de instrumentos de registro das atividades de todas as pessoas acima mencionadas, de forma que tais registros possam ser consultados na solução de controvérsias e na elaboração de planejamento das atividades desenvolvidas.

Indo mais além, entendemos que a existência desses registros é de grande importância para fornecer subsídios à análise do Ministério Público e do Magistrado durante o processamento da colaboração premiada em relação a crimes contra o patrimônio público<sup>3</sup>, e também para a Administração durante o processamento do acordo de leniência<sup>4</sup>.

Esse é o objetivo desta tese, possibilitar que o Programa de Integridade de Pessoa Jurídica, por meio de seu Código de Conduta, no tocante a conformidade com a legislação (*Compliance*), seja adequado para fornecer provas úteis ao Ministério Público no exercício de suas atribuições relativas a delação premiada.

## 2. Desenvolvimento do Tema

Os Programas de Integridade de Pessoa Jurídica devem estar em conformidade com a legislação pertinente (aspecto esse conhecido como *compliance*), o que inclui, evidentemente, a possibilidade das pessoas que a ele se submetem poderem participar de acordo de delação premiada ou acordo de leniência no caso de se verem envolvidas em apurações criminais ou administrativas.

Ao investigar uma ação praticada por uma organização criminosa, percebemos que existem pessoas que integram o núcleo destas organizações, agindo com acentuado dolo, e pessoas que transitam tão somente periféricamente pelas atividades criminosas, muitas vezes apenas consentido com a prática por parte dos integrantes do núcleo criminoso, mas também auferindo ilícitas vantagens. No curso do processo, vemos que esse segundo escalão na organização criminosa tende a deixar de respeitar o código de silêncio imposto e procura a possibilidade da colaboração. Já os integrantes no núcleo da organização criminosa, defendem o respeito absoluto ao código de silêncio, até mesmo anunciando punições a quem o desrespeitar.

---

<sup>2</sup> IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. “Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa.” Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. 02 de Outubro de 2015. [www.ibgc.org.br/userfiles/files/Codigo\\_Final\\_4a\\_Edicao.pdf](http://www.ibgc.org.br/userfiles/files/Codigo_Final_4a_Edicao.pdf)

<sup>3</sup> Artigo 4º da Lei 12.850/13; Artigo 1º, §5º da Lei 9.613/98; Cap. II da Lei 9.907/99;

<sup>4</sup> Artigo 16 da Lei 12.846/13 e artigo 86 da Lei 12.529/11

Por esse motivo, a colaboração pode ser entendida como subsídio na individualização das condutas e do grau de envolvimento na estrutura e hierarquia criminosas.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do HC 90.962, apontou que não basta que o investigado confesse sua participação no crime. Ainda que conte detalhes de toda a atividade ilícita e incrimine seus comparsas, ele só fará jus aos benefícios da delação premiada se suas informações forem efetivamente eficazes para a resolução do delito.<sup>5</sup>

Por sua vez, no julgamento do HC 84.609, a Quinta Turma se pronunciou favoravelmente pela independência da delação premiada em relação a confissão, enquanto causa da redução de pena. Ainda nesse julgado ficou assentado que preenchidos os requisitos da delação premiada, previstos no art. 14 da Lei n.º 9.807/99, sua incidência é obrigatória.

Dessa forma, o uso dessa possibilidade de colaboração deve ser compreendido dentro do contexto do Direito de Defesa em conjunto com a compreensão de tratar-se de importante instrumento no exercício da persecução criminal pelo Ministério Público, sendo, muitas vezes, única fonte de prova para desbaratar organizações criminosas.

Feitas essas breves considerações, passamos a discutir a conveniência da existência de seções no Código de Conduta que assegurem a eficácia de uma eventual delação premiada, sempre que se verifique ausência de conformidade nas ações praticadas em relação as Leis vigentes.

### 3. O Código de Conduta e as disposições que afetam a colaboração premiada

Nossa pretensão é que alguém ao elaborar um Código de Conduta possa contar com a sugestão do Ministério Público de redação de uma seção dedicada a assegurar o registro das atividades da organização. A forma e o conteúdo dessas disposições não encontram espaço para serem convenientemente debatidas nesta tese, cujo objetivo é ver aprovada a recomendação para que isso ocorra no Ministério Público, contudo, exemplificamos alguns tópicos e sugerimos uma forma de divulgação:

- a) o Código de Conduta deve explicitar a inaplicabilidade de qualquer acordo ou cláusula de confidencialidade em relação a atos com ausência de conformidade com as Leis.
- b) o Código de Conduta deve possibilitar o registro pessoal e privado dos atos que a pessoas participar, como reuniões, conversas, encontros, etc, sem que isso implique em represálias dentro da empresa.
- c) Também deve prever o acesso aos registros gerais feitos de todos os atos praticados pela administração

---

<sup>5</sup> [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/noticias/noticias/A-dela%C3%A7%C3%A3o-premiada-e-as-garantias-do-colaborador](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/A-dela%C3%A7%C3%A3o-premiada-e-as-garantias-do-colaborador)

d) A redação desses dispositivos poderá ser apresentada à sociedade no próprio site do Ministério Público para que o interessado inclua esta seção normativa no Código de Conduta que está sendo elaborado.

#### 4. Conclusão

Pelo exposto, apresentamos a tese de que cabe ao Ministério Público desenvolver e oferecer à população, por meio de seu site, minuta de seção do Código de Conduta, integrante de Programa de Integridade de Pessoa Jurídica, que assegure o registro das atividades da organização, para fornecer subsídios à análise do Ministério Público e do Magistrado durante o processamento da colaboração premiada em relação a crimes contra o patrimônio público, e também para a Administração durante o processamento do acordo de leniência, sempre que verificado ausência de conformidade das ações em análise com a legislação a ser respeitada.

# **AS HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE E O PREJUÍZO AO ERÁRIO NÃO RESSARCIDO COMO IMPEDIMENTOS PARA NOMEAÇÃO A CARGOS PÚBLICOS EM COMISSÃO OU FUNÇÕES DE CONFIANÇA**

**Leonardo Romano Soares**

## **II – AS INELEGIBILIDADES**

Quanto aos cargos eletivos, a lei n. 64/90 é bem clara em tornar inelegíveis apenas aqueles que são condenados por órgão colegiado por ato de improbidade que causa prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito, bem como os que tenham as contas rejeitadas por ato doloso de improbidade administrativa. Nesses casos, a pessoa fica alijada da vida política, não podendo chefiar o Executivo ou ocupar cargo de vereador, deputado ou senador.

O sistema repressivo do ato de improbidade evoluiu bastante para impedir o acesso aos cargos eletivos àqueles que (a) praticaram ato ímprobo prejudicial ao erário; (b) ato ímprobo que ocasionou enriquecimento ilícito, e (c) cujas contas foram rejeitadas por força do cometimento de ato doloso de improbidade.

No entanto, esse sistema deve ser aperfeiçoado.

Em primeiro lugar, enquanto há robusta disciplina tendente a obstar a recondução de agentes políticos ímprobos ao poder, não há o mesmo rigor quanto aos cargos inferiores da Administração Pública, de nomeação livre. Os secretários, os ocupantes de cargos em comissão e os exercentes de funções de confiança são nomeados e não eleitos. Logo, a eles não se aplica a Lei Complementar n. 64/90.

São frequentes, especialmente em municípios menores, grupos políticos cujos integrantes se substituem e se sucedem no exercício do poder, inclusive nomeando uns aos outros. Assim, não é infrequente que um ex-prefeito que se tornou inelegível retorne ao seio da Administração Pública através da nomeação para uma secretaria ou assessoria.

Se o agente político não é considerado digno do exercício de novo mandato, inclusive para chefiar a Administração Superior, com muito mais razão é imoral que este mesmo indivíduo, ou qualquer outra pessoa que tenha sofrido as mesmas e graves punições que conduzem à inelegibilidade possam ocupar cargo de secretário, cargo em comissão ou possam executar função de confiança. Já se demonstrou que são maus gestores, que prejudicaram o erário ou que se

enriqueceram ilicitamente. Logo, lhes deve ser vedado tanto o acesso aos cargos políticos, eletivos, quanto aos cargos e funções de confiança.

Para que isso ocorra, deve-se defender a tese de que ofende a probidade administrativa (moralidade) a assunção dos referidos cargos e funções por pessoas que tiveram as mesmas condenações conducentes à inelegibilidade, fundadas na prática de ato de improbidade.

Como mecanismo de aperfeiçoamento das leis, especialmente municipais, deve-se recomendar que os poderes legislativos aprovem lei que estabeleça, como condição à assunção de cargo comissionado ou exercício de função de confiança, que não tenha se enquadre em alguma das hipóteses de inelegibilidade previstas na Lei Complementar n. 64/90.

### I – O PREJUÍZO AO ERÁRIOO

Como se sabe, a Lei n. 8.429/92 prevê como hipóteses de ato ímprobo os que envolvem enriquecimento ilícito, os que causam prejuízo ao erário e os que atentam contra princípios da Administração Pública. Quando da condenação do agente público por ato de improbidade, pode ser que não seja aplicada a pena de perda do cargo público e suspensão dos direitos políticos, mas apenas a multa civil, por exemplo. Em outras hipóteses, principalmente quando prescrita a pretensão à imposição de alguma sanção por ato de improbidade, a única condenação é ao ressarcimento de algum dano causado ao erário.

Além disso, é comum os Tribunais de Contas imputarem débitos aos gestores, correspondentes a prejuízos que tenham causado ao erário. Essas decisões, inclusive, constituem títulos executivos.

Quanto mais corriqueiras têm se tornado essas decisões, sejam oriundas do Poder Judiciário, sejam das Cortes de Contas, tanto mais habitualmente são descumpridas, solenemente ignoradas. Fica o prejuízo, discutido em intermináveis processos de execução, quase sempre sem êxito.

Ora, aquele que causou prejuízo ao erário e não o ressarcir não pode, de novo, ocupar posto público eletivo ou comissionado, já que é, a um só tempo, mau gestor e mau devedor. Essa combinação pessoal não é compatível com o elevado zelo, diligência e retidão que se esperam de um gestor público. Fosse numa empresa, o executivo não teria mais condição pessoal de continuar administrando-a. Não deve ser diferente perante o poder público.

É por tal razão que a própria Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar n. 64/90) deveria ser modificada para impedir o acesso ao posto eletivo àquele que não ressarcir o erário (de qualquer ente público, da Administração Pública Direta ou Indireta), salvo se a execução, de alguma forma, for garantida ou liminarmente suspensa.

A mesma regra deve aplicar-se àqueles que pleiteiam cargos em comissão e funções de confiança.

#### TESES

Em função do exposto, defende-se que:

1) As hipóteses de inelegibilidade, previstas na Lei Complementar n. 64/90, devem servir como condição negativa para (impedir) o preenchimento de cargos em comissão e funções de confiança na Administração Pública, pois o nomeado não tem idoneidade moral. Para positivar esse entendimento, o Ministério Público deveria recomendar a modificação das leis de regência dos cargos e funções de confiança para adotar essa condição negativa para cargos e funções de livre provimento;

2) A própria Lei Complementar n. 64/90 deveria ser alterada para prever como hipótese de inelegibilidade o prejuízo ao erário não ressarcido, com execução pendente, salvo prova da garantia do juízo ou decisão liminar suspendendo a exigibilidade do crédito exequendo. Mesma alteração deveria ser recomendada pelo Ministério Público aos entes federativos, servindo como condição negativa para preenchimento de cargos comissionados e exercício de funções de confiança.



## **A DEFESA ESTRATÉGICA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**Daniel Serra Azul Guimarães**

Por força dos comandos presentes nos arts. 37, *caput* e § 4º, 127 e 129, II e III, entre outros, da Constituição da República, o Ministério Público tem o dever de defender a probidade administrativa, direito fundamental de titularidade indeterminável.

Vinte e oito anos após a promulgação da Constituição e vinte e três anos após a aprovação da Lei nº 8.429/92 (conhecida como Lei de Improbidade Administrativa), a despeito do considerável número de investigações bem sucedidas, condenações obtidas e sanções executadas, não se pode afirmar que a sociedade brasileira tenha experimentado avanços significativos em direção à superação do problema da corrupção.

Isto impõe aos membros do Ministério Público uma necessária reflexão sobre o nível de efetividade de sua atuação.

Assim, faz-se necessária uma reflexão sobre a maneira como a instituição tem lidado com a matéria, com o fim de que sejam identificados possíveis caminhos a serem trilhados para uma atuação capaz de apresentar melhores resultados na redução da incidência da corrupção na administração pública.

Inicialmente, é preciso compreender a tutela coletiva em termos de litígio estratégico, no sentido de se considerar que o processo judicial não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para a busca de objetivo mais amplo que o pedido nele formulado, em uma atuação com propósitos que vão além da situação litigiosa específica de cada caso.

Neste sentido, a primeira barreira a ser vencida é de natureza cultural, consistente nos problemas decorrentes da formação dos operadores do direito, marcada por forte tradição positivista e preponderância das disciplinas dogmáticas, o que leva muitas vezes à crença de que a atuação na área em questão se dê por mera subsunção entre fatos e normas.

Voltando à ideia de litígio estratégico ou, mais especificamente, de defesa estratégica da probidade administrativa, o objetivo mais amplo referido acima deve, necessariamente, se inserir no contexto da busca de concretização do projeto constitucional de construção do Estado Democrático de Direito, com os fundamentos estabelecidos no art. 1º da Lei Maior e os objetivos fundamentais presentes em seu artigo 3º.

Com efeito, o perfil institucional constante do art. 127 e as funções institucionais previstas no art. 129, ambos da Constituição da República, só podem ser adequadamente compreendidos no contexto do projeto constitucional de Estado Democrático de Direito, que traz em si a inequívoca manifestação da vontade constituinte de superação do estado de subdesenvolvimento econômico e social.

Neste contexto, em que a atuação do Ministério Público, conforme vêm sustentando os teóricos de vanguarda, deve ser caracterizada por um caráter reflexivo, proativo e resolutivo, impõe-se identificar qual o propósito mais abrangente, acima mencionado, em que se deve inserir a atuação do membro da instituição em cada caso, na área do patrimônio público e social.

Realizar o direito à probidade administrativa, em última análise, é construir, paulatinamente, um estado de coisas em que a administração da *res publica* se dê em um contexto livre de corrupção ou, ao menos, com menor incidência desta mazela.

Enfrentar o problema da corrupção é desafio que não se resume, obviamente, à busca de punição de pessoas físicas e jurídicas envolvidas em casos de corrupção. Não deve o Ministério Público, portanto, limitar-se a uma atuação punitivista, a partir do equívoco de subjetivar o problema em questão.

Muitas vezes, no entanto, a atuação da instituição na área do patrimônio público e social tem se dado de maneira isolada, casuística e fragmentada, limitando-se à resposta, por meio de investigações e ações judiciais, às demandas que chegam aleatoriamente às promotorias por meio das representações. Nisto, a atuação tem se assemelhado à pertinente à área criminal.

Em grande medida, a defesa estratégica da probidade administrativa – tida como direito fundamental de titularidade indeterminável – identifica-se com a defesa, frente à corrupção, do regime jurídico-administrativo, especialmente dos princípios que o informam. Esta ideia é abrangida, aliás, pelo conceito legal de improbidade administrativa, nos termos do art. 11 da Lei nº 8.429/92.

Para que esta afirmação seja compreensível, é necessário esclarecer – sem pretensão de rigor acadêmico, evidentemente – o que significam as expressões “corrupção” e “regime jurídico” administrativo nela empregadas.

Corrupção, aqui, é o desvirtuamento das funções estatais em razão do menosprezo aos fins que devem orientar a atividade administrativa do Estado, assim como aos meios que o ordenamento jurídico lhe outorga, tendo como resultado a sobreposição de interesses privados ao interesse público.

No Brasil, o conceito de corrupção tem sido fortemente influenciado pela ideia de sobreposição das relações pessoais às institucionais, a partir de uma teorização que prioriza a

dimensão cultural do problema e apresenta a cultura nacional como pré-moderna – a cultura do “homem cordial”. A corrupção seria uma característica atávica essencial das relações sociais no país.

Esta teorização, segundo a qual a corrupção se originaria de práticas personalistas de integrantes de um “estamento” estatal, além de consideravelmente pessimista, tem sido considerada conservadora, pois desconsidera os conflitos sociais subjacentes aos sistemas político e jurídico, desestimulando a ação transformadora.

Entre outros equívocos, a noção que parece marcar forte presença no senso comum restringe aos agentes estatais tal sobreposição das relações pessoais às institucionais. Percebe-se, nesta perspectiva, uma oposição entre um mercado idealizado e um Estado corrupto, o que só é possível a partir de uma simplificação e idealização do mercado, aliada a uma subjetivação e demonização do Estado. O singelo fato de serem ambos produtos humanos é desconsiderado.

Esta percepção equivocada do problema desconsidera que o mercado e o Estado são instituições ambivalentes e complementares, sendo que o raio de ação de cada um é definido por disputas concretas que se travam na sociedade.

Uma outra impropriedade na forma como é percebida a corrupção é a personalização do debate político. Ao invés de ideias e projetos em disputa, o que ocupa os noticiários e as discussões na sociedade é um suposto enfrentamento entre honestos e corruptos.

É de se perguntar, em uma abordagem crítica, a quem interessa esta verdadeira despolitização da política, que fica substituída por uma fabulosa batalha entre bons e maus. É de se indagar também a quem interessa a demonização do Estado, a referida dicotomia entre Estado e mercado, com a conseqüente neutralização das desigualdades presentes na sociedade e responsabilização do Estado pelo subdesenvolvimento.

As peculiaridades da Constituição Brasileira de 1.988 e da realidade sobre a qual espera-se que ela incida parecem exigir que se parta de uma concepção contratualista rousseauiana, que vê no processo de socialização do homem a raiz de sua corrupção. Este paradigma mais democrático, que toma a sociedade como ente constituído no tempo, situado na história, rompeu com o contratualismo lockeano, de caráter marcadamente individualista e conservador, que incorporava a ideia de que a sociedade é resultado de uma sequência de atos voluntários e intencionais. Surpreendentemente, este tipo de incompreensão, ainda exerce grande influência sobre a cultura jurídica hegemônica referida acima.

Parece mais adequado considerar que a sociedade é uma teia complexa de relações, constituída de uma série vultosa e praticamente irrefletida de atos, que, no processo histórico, adquirem constância e padrão.

Assim, a melhor maneira de compreender as origens da corrupção do homem em sociedade não é sua análise individual e fragmentada, sob critérios éticos e psicológicos.

Sem desconsiderar essa dimensão, que realmente existe, embora não tenha a proeminência que se extrai das crenças presentes no senso comum, mostra-se mais adequado, para tal compreensão, realizar uma reconstrução mental (segundo uma ordem lógica e não cronológica), partindo-se do alto grau de sociabilidade atual em direção à sociabilidade zero, ao homem associal, embrutecido, solitário, mas livre e inocente.

Esta perspectiva permite ver nas formas de organização social – e não na natureza dos indivíduos – a grande fonte da corrupção.

Nesta esteira, uma teorização mais compatível com a Constituição Brasileira de 1988 demanda que se considere a corrupção, em um sentido amplo, como um modo de vida da coletividade e não um ato individual. A função do contrato social é, assim, promover a reforma social necessária para a superação dos obstáculos que se opõem aos objetivos fundamentais da República, estando entre tais obstáculos a corrupção.

Atingido este ponto da exposição, faz-se necessário recordar que o sistema político brasileiro é marcado por um multipartidarismo flexível e pouco representativo, com financiamento de campanhas de origem predominantemente privada, em um sistema presidencialista de coalisão que favorece o casuísmo e sem um sistema de responsabilização pelo descumprimento dos programas e projetos apresentados ao eleitor, entre outras distorções. Apresenta-se, pois, o sistema político, como uma das principais fontes de corrupção.

Além do sistema político, mostra-se como elemento determinante o sistema sócio-econômico.

A mercantilização da política submete o Estado a interesses privados a tal ponto que qualquer tentativa de interferência estatal no processo produtivo empresarial é, no mais das vezes, prontamente rechaçada, em afronta à perspectiva do interesse coletivo em conservar as bases mínimas da solidariedade pressuposta pelo projeto constitucional de construção do Estado Democrático de Direito.

Além do conceito de corrupção, conforme afirmado acima, deve também ser esclarecido o outro conceito nuclear à ideia, exposta acima, de defesa estratégica da probidade administrativa pelo Ministério Público, o de regime jurídico-administrativo.

Todos temos uma ideia de regime jurídico-administrativo que gira, em maior ou menor medida, em torno de um sistema normativo composto por princípios e regras extraíveis, dedutivamente, dos postulados da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e da indisponibilidade do interesse público pelo administrador.

Ocorre que este sistema – presente em praticamente todos os cursos e manuais de Direito Administrativo – é construído a partir de um referencial teórico que reduz o Direito a um conjunto de normas, negando suas dimensões histórica e política.

Esta circunstância, aliada a uma subestimação das reflexões teóricas acerca do Direito e à tradição positivista, que reforça o abismo entre o discurso jurídico e a realidade, acaba por reduzir o regime jurídico-administrativo a um conhecimento puramente técnico, pautado por uma suposta neutralidade e descomprometido com a transformação social determinada pela Constituição da República.

Um bom exemplo é a conceituação genérica do interesse público como aquele assim identificado na lei, independentemente de representar um avanço no processo de construção do estado de coisas determinado pela Lei Maior, com liberdade, justiça, solidariedade, desenvolvimento, erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades e promoção do bem de todos.

Faz-se necessária, assim, uma revisão do regime jurídico-administrativo que lhe ponha em maior harmonia com o projeto constitucional e, em consequência, lhe atribua maior efetividade em relação à superação dos obstáculos que se opõem ao desenvolvimento, estando a corrupção entre eles.

Esta revisão deve passar, necessariamente, pela substituição da ideia do ato (ou mesmo processo) administrativo pela das políticas públicas como conceito nuclear.

A expressão “políticas públicas” é empregada aqui no sentido de um conjunto de medidas concretas, decorrentes de disputas existentes na sociedade, com planejamento, execução, acompanhamento e avaliação realizados por procedimentos democráticos, com o fim de cumprimento dos objetivos fundamentais da República Brasileira.

O regime jurídico-administrativo tomado nestes termos não deve abandonar ou menosprezar o sistema principiológico tradicional, baseado no republicanismo francês, mas sim colocá-lo a serviço das políticas públicas voltadas ao cumprimento dos objetivos fundamentais estabelecidos no art. 3º da Constituição da República.

Assim posta a questão, tem-se que deve o Ministério Público, na área do patrimônio público e social, priorizar a atuação estratégica em defesa do regime jurídico-administrativo – entendido nestes termos – em face dos mecanismos sociais que propiciam a sobreposição de interesses privados ao interesse público e, por consequência, o desvirtuamento da ação estatal.

Sem prejuízo da atuação repressiva, portanto, deve a instituição priorizar meios de atuação preventiva na área de que se trata, conforme já ocorre, em grande medida, nas demais áreas da tutela coletiva.

Devem estar necessariamente entre estes meios o fortalecimento dos mecanismos de controle e de participação social e a atuação em rede, mediante o diálogo com os mais variados atores políticos e sociais, entre os quais os conselhos de políticas públicas, os demais órgãos de controle interno e externo da administração e os membros da instituição que atuam nas áreas pertinentes às mais variadas políticas públicas.

Do acima exposto, extraem-se as seguintes conclusões:

1) Para que sua atuação na área do patrimônio público e social tenha maior efetividade, sem prejuízo de seguir aprimorando os meios de atuação repressiva, deve o Ministério Público priorizar atuação estratégica, de caráter preponderantemente preventivo, em busca do fortalecimento dos mecanismos de controle da administração pública e de participação social.

2) É necessário que o membro do Ministério Público que atua na área do patrimônio público e social desenvolva atuação integrada com os mais variados atores sociais e políticos, inclusive os conselhos de políticas públicas, os movimentos sociais, os órgãos de controle interno e externo da administração e os membros do Ministério Público que atuam em outras áreas com o fim de melhor identificar e buscar a superação dos mecanismos sociais geradores de corrupção.