

Revista do CNMP

Ministério Público e o Combate à Corrupção

Novas ferramentas de atuações resolutivas

N. 6, ano 2017





CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO



Revista do CNMP

**Ministério Público e o
Combate à Corrupção**

Novas ferramentas de atuações resolutivas

Revista do CNMP - N. 6, ano 2017

EXPEDIENTE

© 2017, Conselho Nacional do Ministério Público
Permitida a reprodução mediante citação da fonte

Composição do CNMP

Rodrigo Janot Monteiro de Barros (Presidente)
Cláudio Henrique Portela do Rego (Corregedor Nacional)
Antônio Pereira Duarte
Marcelo Ferra de Carvalho
Esdras Dantas de Souza
Walter de Agra Júnior
Fábio George Cruz da Nóbrega
Gustavo do Vale Rocha
Otavio Brito Lopes
Fábio Bastos Stica
Orlando Rochadel Moreira
Sérgio Ricardo de Souza

Conselho Editorial

Rodrigo Janot Monteiro de Barros (Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público)
Enrique Ricardo Lewandowski (Presidente do Supremo Tribunal Federal)
Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (Ministro do Tribunal Superior Eleitoral)
Bruno Dantas (Ministro do Tribunal de Contas da União)
Leonardo Henrique de Cavalcante Carvalho (Conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público)
Antônio Pereira Duarte (Conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público)
Cláudio Henrique Portela do Rego (Conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público)
Walter de Agra Júnior (Conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público)

Organização

Comissão de Acompanhamento Legislativo e Jurisprudência (CALJ)

Projeto gráfico e diagramação: Gráfica e Editora Movimento

Impressão: Gráfica e Editora Movimento

Supervisão editorial, arte de capa e revisão: Assessoria de Comunicação do CNMP

Tiragem: 500 exemplares

Conselho Nacional do Ministério Público

Revista do CNMP : Ministério Público e o Combate à Corrupção : novas ferramentas de atuações resolutivas/ Conselho Nacional do Ministério Público.
– Brasília : CNMP, 2017. Nº 6.
178 p.

Publicação anual
ISSN 2236-2363

1. Ministério Público. 2. Combate à corrupção. 3. Combate à improbidade administrativa.
I. Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público.

Biblioteca/CNMP

CDD – 341.413

Sumário

Apresentação	7
Introdução.....	9
Ministério Público e a proteção do patrimônio público <i>Cláudio Smirne Diniz</i>	11
Os parâmetros da atuação extrajudicial do Ministério Público no combate à corrupção <i>Carlos Vinícius Alves Ribeiro</i>	33
Prevenção à corrupção no manejo de soluções consensuais de conflitos pelo estado <i>Bruno Grego-Santos</i>	63
Inquérito civil: entre avanços e retrocessos – análise crítica do PLS nº 233/2015 <i>Cláudio Smirne Diniz, Eduardo Cambi e Mauro Sérgio Rocha</i>	83
Prueba indiciaria - reina de las pruebas en el combate contra corrupción <i>Leonardo Augusto de A. Cezar dos Santos</i>	109
Self-cleaning: a reabilitação de empresas impedidas de participar de licitações no Brasil <i>Rafael Wallbach Schwind.....</i>	137
Alienação antecipada de bens em processos de apuração de atos de improbidade administrativa <i>Rodrigo Monteiro da Silva e Adriano Sant’Ana Pedra</i>	153

APRESENTAÇÃO

Nesta sexta edição da publicação da Revista do CNMP, o Conselho Nacional do Ministério Público reúne uma coletânea de artigos que abordam a atuação resolutiva do Ministério Público no combate à corrupção, destacando o seu papel institucional intransigente de defesa do princípio da moralidade e, sobretudo, sua condição de agente indutor de boas práticas que visem ao fortalecimento das bases éticas da coletividade e à compreensão do fenômeno da corrupção como problema de ação coletiva.

O Conselho Nacional do Ministério Público, em seus doze anos de existência, para além de exercer sua missão constitucional no controle externo do Ministério Público brasileiro, desenvolveu e vem desenvolvendo projetos e ações que também o fortalecem institucionalmente, reafirmando com tintas fortes a necessidade de uma conectividade densa e indissociável com a sociedade brasileira.

Nesse contexto, a sexta edição da Revista do CNMP reúne autores que propõem uma reflexão sobre temas relevantes em momento mais que propício, necessários ao aperfeiçoamento do Ministério Público na tutela dos interesses transindividuais diante do estágio evolutivo da sociedade, sobretudo dos instrumentos de combate à corrupção à disposição da instituição, quer na perspectiva repressiva, quer na perspectiva preventiva e resolutiva.

Por fim, agradecemos os articulistas pelo valioso conteúdo, os conselheiros, membros auxiliares, membros colaboradores e servidores do CNMP, especialmente da Comissão de Acompanhamento Legislativo e Jurisprudência e da Assessoria de Comunicação Social.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público

INTRODUÇÃO

No atual panorama sociopolítico brasileiro, a corrupção desponta como nefasto fator de instabilidade de nossa democracia, sendo responsável pela dilapidação de recursos públicos e erosão da credibilidade das instituições pátrias perante a sociedade.

Conquanto sejam relevantes os resultados de investigações criminais voltadas à apuração de ilícitos perpetrados contra a Administração Pública, as quais demonstram o amadurecimento e o aperfeiçoamento de nossos órgãos de controle, é forçoso reconhecer que o problema da corrupção ainda se apresenta como um desafio, não só para juristas e profissionais da área jurídica, mas para todo o povo brasileiro.

Nesse contexto, a missão do Ministério Público, instituição incumbida da defesa da ordem jurídica e do regime democrático, avulta em importância, cabendo-lhe exercer seu papel de protagonismo na repressão dos maus agentes públicos que, de forma parasitária, debilitam o Estado brasileiro e, assim, restaurar a confiança que deve existir entre a Administração Pública e administrados.

A grandeza da tarefa exige, em contrapartida, atentas reflexões para garantir a melhor compreensão da natureza do problema a ser enfrentado, o aprimoramento dos métodos já utilizados e, também, o desenvolvimento de novas soluções a serem empregadas pelo Parquet no combate à corrupção, razão pela qual a troca de experiências entre membros ministeriais e a realização de estudos científicos acerca do tema oferece inestimável apoio para o desafio aqui posto.

Atento a esse cenário, o Conselho Nacional do Ministério Público, em cooperação com membros dos Ministérios Públicos da União e dos Estados, vem, por meio desta Revista, oferecer sua contribuição para o estudo da temática da corrupção, esperando, assim, trazer luzes acerca da matéria.

Otávio Brito Lopes

Conselheiro Nacional do Ministério Público

MINISTÉRIO PÚBLICO E A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Cláudio Smirne Diniz¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Controle da Administração Pública: conceito e finalidades. 3. A Constituição de 1988 e os novos contornos do Ministério Público. 4. Dos avanços que ainda se espera em relação ao desenho institucional e às estratégias de atuação do Ministério Público. 5. Das medidas que devem ser cobradas da Administração Pública. 6. Do aperfeiçoamento do controle mediante inovações legislativas. 7. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente ensaio, contextualizado nos índices alarmantes de corrupção que afligem a sociedade brasileira, aborda a insuficiência da atividade de controle da Administração Pública, especificamente aquela desenvolvida pelo Ministério Público. A partir dessa constatação, e com o propósito de contribuir para a melhor atuação na área de proteção ao patrimônio público, serão destacados certos aperfeiçoamentos esperados em relação ao desenho institucional do Ministério Público, posturas a serem adotadas em relação à Administração Pública e a indicação da necessidade de aprimoramento do controle mediante inovações legislativas.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Controle da Administração Pública. Atuação do Ministério Público. Inovações legislativas.

ABSTRACT: This text is contextualized in alarming levels of corruption that plague Brazilian society, it addresses the failure of the control activity of the Public Administration, specifically the one developed by the prosecution. From this evidence, and in order to contribute to the best performance in the area of protection to public property, they will be highlighted certain improvements expected in relation to the institutional design of the Public Ministry, postures to be adopted in relation to public administration and the indication of the need to control the improvement by legislative innovations.

KEYWORDS: Corruption. Control of Public Administration. Acting prosecutors. Legislative innovations.

1. INTRODUÇÃO

A corrupção, possivelmente, constitui-se na maior ameaça que assola a República Brasileira. Afeta governos, cidadãos, entidades

¹ Promotor de Justiça. Doutor em Direito. Professor de Direito Administrativo.

públicas e empresas privadas. E, diga-se, afeta-lhes significativamente, pois compromete o desenvolvimento econômico, na medida em que se constitui em fator de desencadeamento da concorrência desleal, da elevação de custos e da fuga de investimentos.

A constatação que se faz não é fato novo. Ao contrário, a história da Administração Pública brasileira é marcada pela cultura viciada da apropriação privada daquilo que é público. Esta apropriação vem a ser um dos principais pilares de sustentação do patrimonialismo de grupos privilegiados, marca fundamental da estrutura social do país.

A estes mecanismos deturpados de sustentação, acresce-se a contribuição de um sistema político sectário e distante dos propósitos de natureza coletiva. Trata-se de prática típica da República Velha, por meio da qual os coronéis locais estabeleciam alianças com o governo federal, assegurando-lhe os votos dos seus currais eleitorais, conquistados pelo sistema do cabresto, comprometendo, por óbvio, a legitimidade do sistema representativo.

E, nos dias atuais, remanescem as distorções, inclusive quanto às incongruências do sistema político e eleitoral, ensejador dos financiamentos milionários das campanhas e, conseqüentemente, indutor de corrupção. Os mandatários do poder vivenciam, em detrimento de todos, os efeitos nocivos do presidencialismo de coalizão.

Em decorrência de tal sistemática, os Chefes do Poder Executivo apresentam-se fortes sob o aspecto jurídico, porém fracos politicamente, pois possuem evidentes dificuldades para comporem maioria, assim como para manterem a fidelidade dos aliados. Em consequência disso, surge um sistema de cooptação, havendo, em troca ao apoio, o repasse de recursos e a “distribuição” de cargos públicos.

O resultado de tudo isso está nos alarmantes índices de corrupção, agravados pela insuficiência dos mecanismos de controle, observada, dentre outras, na inoperância dos meios de prevenção aos desvios de recursos públicos e na generalização da impunidade, haja vista que as investigações e os processos judiciais arrastam-se por vários anos, sendo baixíssimos os índices de efetiva punição.

A par de tudo isso, o controle da Administração Pública e a probidade administrativa constituem-se em direitos fundamentais e, portanto, devem ser adequadamente tutelados pelo Estado. Segundo Juarez Freitas:

Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem².

Está-se a tratar, portanto, de direitos de envergadura constitucional e, por isso, invoca-se o moderno sistema de proteção de direitos, o qual, há muito, superou o modelo absenteísta característico da primeira dimensão dos direitos fundamentais, assim como evoluiu em relação à perspectiva do princípio da proporcionalidade, calcada na vedação dos excessos estatais.

Refere-se, assim, à concepção atual do dever estatal de não somente vedar os excessos, como também de dispensar a devida proteção aos bens jurídicos fundamentais. Vale dizer, o Estado corre o risco de faltar com o seu dever de proteção quando atua de modo insuficiente, o que ocorrerá naquelas hipóteses em que de sua atuação resultar níveis de proteção inferiores ao mínimo constitucionalmente projetado.

É nesse sentido que expressiva doutrina tem admitido a existência daquilo que se denomina princípio da proteção eficiente. Para Lênio Luiz Streck:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador³.

A intenção desse ensaio é analisar a atividade de controle sobre a Administração Pública, concebida como instrumento para assegurar a probidade administrativa, exercida pelo Ministério Público. A partir disso, destacar-se-á, à luz do princípio protetivo antes mencionado,

² FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22.

³ STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Ano XXXII, nº 97, março/2005, p.180.

os avanços que ainda se espera em relação ao desenho institucional e em relação às estratégias de atuação do Ministério Público, as medidas que devem ser exigidas da Administração Pública e a necessidade do aperfeiçoamento do controle mediante inovações legislativas.

2. CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONCEITO E FINALIDADES

Todas as distorções acima anunciadas revelam o mau andamento da Administração Pública e, portanto, sugerem a indispensabilidade do adequado controle, concebido como a própria fiscalização acerca da regularidade do ato. Destina-se à imposição de limites ao administrador público e, dessa forma, à condução para a melhor utilização dos recursos disponíveis, assegurando seu emprego de forma responsável, eficiente e moral. É o que sustenta Evandro Martins Guerra:

Em síntese, controle da Administração Pública é a possibilidade de verificação, inspeção, exame, pela própria Administração, por outros Poderes ou por qualquer cidadão, da efetiva correção na conduta gerencial de um Poder, órgão ou autoridade, no escopo de garantir atuação conforme aos modelos desejados e anteriormente planejados, gerando uma aferição sistemática. Trata-se, na verdade de poder-dever, já que, uma vez determinado em lei, não poderá ser renunciado ou postergado, sob pena de responsabilização por omissão do agente infrator⁴.

No exercício do controle, há que se verificar se o ato administrativo atende aos parâmetros da legalidade, da legitimidade e da economicidade. A legalidade é a vinculação da atuação administrativa à lei. A legitimidade avança em relação à análise da legalidade e alcança a verificação do atendimento, pelo ato, do quanto se busca por meio das políticas públicas, ou, sob o prisma político, constitui-se na verificação da “conformidade da ação do Estado com a vontade política dominante na sociedade, recolhida pelos meios igualmente por ela aceitos”⁵. A economicidade é a maior realização do interesse público, mediante o menor custo possível.

Em suma, os diferentes meios de controle voltam-se à verificação da adequação entre o exercício da atividade administrativa e o regime jurídico-administrativo, aplicando-se, caso pertinente, as sanções correspondentes ao ilícito praticado.

4 GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 90.

5 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 558.

O controle pode ser interno, existente no seio da própria Administração Pública, ou externo, exercido pelo Poder Legislativo, pelos Tribunais de Contas, pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público e pelos cidadãos, o chamado Controle Social. Esta parte da ideia de que a democracia não se limita à participação pela via do voto, mas estende-se na perspectiva de que a atividade administrativa deve ser acompanhada pelo povo. Diante disso, o cidadão detém a legitimidade, por exemplo, para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Ministério Público e o Tribunal de Contas.

O exercício do controle tem a finalidade de orientar o gestor público e, ainda, de revisar as atividades administrativas. De fato, o exercício do controle, em que pese seu objetivo primeiro ser o caráter preventivo, pode levar à revisão das atividades administrativas, por meio, inclusive, da anulação do ato administrativo.

Em outro plano, pode ensinar a responsabilização dos agentes públicos e privados envolvidos. A responsabilização pode se dar em diversas esferas, independentes entre si, a saber: i) no campo civil; ii) no campo penal; iii) no campo da responsabilidade administrativa ou funcional; iv) no campo da responsabilidade política; e v) no campo da responsabilidade por improbidade administrativa, tendente a punir os atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito (Lei 8.429/92, art. 9º), que causem prejuízo ao erário (Lei 8.429/92, art. 10), que atentem contra os princípios da Administração Pública (Lei 8.429/92, art. 11) e, ainda, os atos das pessoas jurídicas praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira (Lei 12.846/2013).

Fez-se este apanhado acerca da atividade de controle da Administração Pública para o fim de enfatizar que o Ministério Público exerce relevantes funções neste segmento, conforme se passa a examinar.

3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS NOVOS CONTORNOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Diante do quadro de tantos desacertos e da premência de se adotar um sistema de controle realmente eficiente, a Constituição da República de 1988 representa uma mudança de paradigma em relação aos preceitos até então vigentes, na medida em que fez inserir, no ordenamento jurídico brasileiro, princípios verdadeiramente republicanos, a exemplo da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência e da participação.

Por outro lado, definiu diversas Instituições e a forma de convívio harmônico e equilibrado entre elas. Além disso, instrumentalizou o combate à corrupção, por meio de variados mecanismos de controle, visando à prevenção de ilícitos, à revisão dos atos administrativos, à recomposição dos danos e à responsabilização dos agentes.

Por fim, dentro do que importa destacar neste ensaio, estabeleceu os contornos de um Ministério Público forte, concebido como uma Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, desvinculada de quaisquer dos três Poderes, dotada de autonomia financeira e administrativa e de todos os mecanismos que lhe propiciem a liberdade de atuação, decorrentes, entre outros fatores, das garantias asseguradas a seus membros, tais como a vitaliciedade, a inamovibilidade, a irredutibilidade de subsídios (CF, art. 128, § 5º, I) e a independência funcional (CF, art. 127, § 1º).

Sua estrutura volta-se à consecução das finalidades contempladas no art. 129 da Constituição Federal, dentre as quais se realça a titularidade da ação penal (inc. I), o papel de *ombudsman* do Estado (inc. II) e a tutela dos interesses transindividuais, inclusive o patrimônio público (inc. III), campo no qual detém a exclusividade do Inquérito Civil.

Trata-se este de instrumento inquisitivo, facultativo e unilateral a ser presidido pelo Ministério Público, com a finalidade de coletar provas e possibilitar o exercício responsável do direito de ação, sem se olvidar de sua finalidade voltada à composição extrajudicial de conflitos, notadamente por meio das recomendações administrativas e dos termos de ajustamento de conduta.

Vale dizer, no bojo do Inquérito Civil, é contemplada a possibilidade de encaminhamento de recomendações administrativas ou de celebração de termos de ajustamento de conduta⁶, com eficácia de título executivo extrajudicial. Estes mecanismos constituem-se em relevantes ferramentas de controle do patrimônio público, caracterizadas, respectivamente, pelo viés preventivo e pela prevalência da composição extrajudicial de conflitos, em detrimento de sua judicialização.

Por todos esses contornos, passou o Ministério Público a contribuir, decisivamente, para a efetivação do controle da Administração Pública. Assim destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

⁶ Faz-se a ressalva de que os Termos de Ajustamento de Conduta não podem ser utilizados nas hipóteses em que o ilícito também configura improbidade administrativa, por expressa vedação constante do § 1º do art. 17 da Lei 8.429/92.

Atualmente, uma instituição que desempenha importante papel no controle da Administração Pública, é o Ministério Público, em decorrência das funções que lhe foram atribuídas pelo artigo 129 da Constituição. Além da tradicional função de denunciar autoridades públicas por crimes no exercício de suas funções, ainda atua como autor na ação civil pública, seja para a defesa de interesses difusos e coletivos, seja para a repressão à improbidade administrativa. Embora outras entidades disponham de legitimidade ativa para a propositura da ação civil pública, a independência do Ministério Público e os instrumentos que lhe foram outorgados pelo referido dispositivo constitucional (competência para realizar o inquérito civil, expedir notificações, requisitar informações e documentos, requisitar diligências investigatórias) fazem dele o órgão mais bem estruturado e mais apto para o controle da Administração Pública⁷.

E, no exercício dessa atividade, para além das medidas preventivas e de ajustamento que possam ser tomadas, o Ministério Público apura fatos determinados e relevantes, que possam constituir crime ou improbidade administrativa, os quais, uma vez constatados, ensejam a provocação para a atuação do Poder Judiciário.

4. DOS AVANÇOS QUE AINDA SE ESPERA EM RELAÇÃO AO DESENHO INSTITUCIONAL E ÀS ESTRATÉGIAS DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Considera-se, por óbvio, que o Ministério Público restou fortalecido com a Constituição Federal de 1988. Entretanto, há pontos que ainda o tornam vulnerável e, portanto, há espaço para avanços justificáveis em seu desenho institucional, de forma a permitir, dentre outras funções, o melhor exercício da atividade de controle.

Um ponto vulnerável quanto ao grau de independência do Ministério Público está na forma de eleição do Procurador-Geral, com forte interferência do Chefe do Poder Executivo, maior no âmbito federal, porém também presente, em menor escala, no Ministério Público dos Estados.

Pondera-se que o Procurador-Geral possui a atribuição de perquirir acerca da responsabilidade do Chefe do Executivo (Lei 8.625/93, art. 29, VIII) e, nessa medida, não se mostra razoável que o controlador seja escolhido pelo próprio controlado. Observa-se que, não raras vezes, esta sistemática de escolha propicia uma indesejada aproximação entre referidas autoridades, extrapolando os limites das necessárias relações republicanas, o que, eventualmente, compromete o bom andamento de investigações. É nesse sentido que

7 DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 623.

se faz necessária a alteração da forma de eleição do Procurador-Geral, de maneira que ocorra exclusivamente no âmbito da classe.

Por outro lado, é fundamental que o Ministério Público reflita constantemente sobre suas incumbências constitucionais, agindo sempre com estratégia e responsabilidade. Isso porque a Constituição Federal conferiu imensa gama de atribuições ao Ministério Público, todas elas dotadas de significativo componente político, na acepção pura do termo. Vale dizer, a atuação do Ministério Público interfere decisivamente nos rumos da República e, portanto, seu agir deve ser não somente responsável, como também deve ser estratégico. Sem responsabilidade, não contribuirá para os bons rumos da Nação e, sem estratégia, não atingirá os resultados desejados.

Nessa perspectiva, o primeiro tópico, relacionado ao enfrentamento da multiplicidade de tarefas e da intensa litigiosidade inerente às suas funções, está na elaboração de pauta de atuação. A ausência de plano preestabelecido, que direcione a atividade dos órgãos de execução, traz como consequência a prestação de serviços de forma ineficiente, desordenada, isolada e, por vezes, conflitantes entre si.

A impressão que se tem é a de que, diante de certo acontecimento noticiado pelo interessado ou pela mídia, o Ministério Público deflagra investigações, como se fosse razoável que os órgãos de comunicação ditassem a agenda da Instituição. Na verdade, reconhece-se que a imprensa, sobretudo a de natureza investigativa, contribui decisivamente para que os fatos sejam trazidos ao conhecimento do Ministério Público, o que não significa que a atividade institucional deva estar atrelada, incondicionalmente, às notícias do momento.

Nesse mesmo sentido, as limitações, ainda presentes no planejamento estratégico, dificultam a atuação com viés preventivo, comprometendo o êxito das atividades, já que, ao invés de se procurar evitar o ilícito e, portanto, as consequências dele decorrentes, opta-se, impensadamente, por tentar reaver os prejuízos, muitas vezes insuscetíveis de recomposição.

A eficiência da atividade de controle poderia também ser buscada pela instituição de Promotorias Regionais para atuação na área do patrimônio público. Tal modelo se justifica pelo grau de especialização que a matéria exige e pela facilidade de melhor estruturação de alguns núcleos de atuação, para atendimento de áreas territoriais mais amplas, ao contrário do que ocorreria com a manutenção de diversas pequenas unidades, concebidas para o exercício em regiões espacialmente restritas.

O modelo que se imagina seria de atribuição concorrente entre a Promotoria regional e a Promotoria local, de forma que, naturalmente, os casos que envolvam investigações mais extensas ficariam a cargo das regionais, enquanto situações mais pontuais, repetitivas, de pouca produção de provas, seriam atendidas pelas promotorias locais. Outra forma de se obter resultados semelhantes seria por meio da composição de forças-tarefas, instituídas para se solucionar demandas ocasionais, de elevada complexidade⁸.

Outro aspecto está em que o aperfeiçoamento da atuação na área de proteção ao patrimônio público necessita da capacitação dos membros em técnicas de investigação. Sabe-se que os mecanismos de corrupção revestem-se de elevada sofisticação, enquanto as técnicas investigativas são demasiadamente obsoletas, sem falar na ausência, salvo raras exceções, de formação dirigida neste campo. É preciso, nesse sentido, que se incremente a consulta a bancos de dados (internos e externos), assim como se profissionalize a obtenção de dados junto a redes sociais e *sites* de busca, bem como que se fomente esta prática, posto que nem mesmo os poucos instrumentos já disponíveis são utilizados com habitualidade.

O aperfeiçoamento das técnicas investigativas passa, ainda, pela incorporação definitiva dos mecanismos integrantes da denominada investigação financeira, verificando-se, no ilícito em apuração, o fluxo do dinheiro, desde a sua origem, desvio, até sua destinação, tudo isso a partir da utilização de avançados sistemas informatizados que possibilitam o cruzamento de dados.

Tal forma de proceder recomenda a aproximação com o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), órgão criado no âmbito do Ministério da Fazenda, instituído pela Lei 9.613/1998. Esta parceria mostra-se pertinente na perspectiva de se realizar a análise do patrimônio do investigado (origem, extratos bancários, declarações de renda, sindicância patrimonial e sinais exteriores de riqueza) e, partir daí, a verificação da compatibilidade com as fontes de renda.

As consequências da defasagem, estrutural e de formação, na seara investigativa, refletem-se no anacronismo das diligências usualmente encetadas e na ineficiência na produção das provas que, muitas vezes, dissipam-se no decorrer do tempo, em virtude da inadequação dos métodos de investigação.

É exatamente nesse sentido que se dá, também, a proposição de estruturação, dentro do âmbito do Ministério Público, de sistemática

8 O Ministério Público Federal tem utilizado, de forma exitosa, esta metodologia de trabalho.

voltada à recuperação de ativos, inclusive com a celebração de acordos de cooperação internacional, com o específico propósito de se ver recompostos os constantes danos ao patrimônio público, provocados pelos sucessivos desvios de recursos.

Há, por outro vértice, a necessidade de racionalizar a utilização dos limitados recursos humanos e materiais do Ministério Público, frente à demanda desmedida de atividades na área da proteção ao patrimônio público. Tal racionalização exige a priorização de certas investigações de maior vulto, em detrimento de outras menos importantes⁹. As mais relevantes devem ensejar a constituição de grupos de trabalho, para que a resposta esperada e necessária seja dada com a maior celeridade possível, sob pena de se comprometer a própria credibilidade da Instituição.

Ainda, é preciso que o Ministério Público supere a dificuldade que encontra em acompanhar rigorosamente as ações judiciais que propõe. Assim, verifica-se ser bastante comum que se enfatize a atividade desenvolvida durante a fase investigatória até o efetivo ajuizamento da ação. No entanto, após o ajuizamento, possivelmente pela herança cultural da época em que a atuação ministerial restringia-se à condição de *custos legis*, costuma-se aguardar o impulso judicial para a prática dos atos processuais, inclusive na fase probatória, fazendo com que, não raras vezes, os processos judiciais fiquem relegados ao segundo plano, à sorte de um tratamento não prioritário e incompatível com a relevância dos interesses judicializados.

Com esse mesmo fim, e com maior razão, mostra-se de absoluta pertinência o acompanhamento dos julgamentos perante os Tribunais Superiores, inclusive com sustentação oral, sobretudo os das ações propostas pelo Ministério Público dos Estados, considerando, para tanto, a legitimidade recentemente assegurada (STF. RE 593.727/MG. Rel. Min. Cezar Peluso. J. 21.6.2012)¹⁰.

5. DAS MEDIDAS QUE DEVEM SER COBRADAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Há, no entanto, outra ordem de medidas, as quais, independentemente de nova lei e da própria reestruturação do Ministério Público, podem, desde já, ser exigidas da Administração

9 Não está aqui a se referir à aplicação da insignificância em matéria de patrimônio público. Defende-se apenas que os casos graves devem ser atendidos de forma prioritária, enquanto os demais devem ser atendidos dentro da rotina normal de trabalho.

10 Sobre o tema, consultar: DINIZ, Hirminia Dorigan de Matos. Atuação do Ministério Público dos estados junto aos Tribunais Superiores. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, ano 1, nº 1, dez./2014, p. 105-122.

Pública. Trata-se de uma série de providências que representam eficiência na proteção do patrimônio público.

A primeira delas diz respeito ao controle da constitucionalidade das leis que instituem cargos de provimento em comissão. Estes devem ser ocupados por pessoa da confiança da autoridade nomeante e somente nas hipóteses em que esta mostrar-se imprescindível para o exercício das funções. Esta relação de fidúcia não é aquela exigida de qualquer servidor público, mas deve ser compreendida como a fidelidade às diretrizes estabelecidas pela autoridade nomeante.

A partir desta concepção, destaca-se que os cargos comissionados prestam-se ao exercício das funções de chefia, direção e assessoramento. Por isso, será inconstitucional a lei que criar cargo em comissão fora destas hipóteses normativas, especialmente quando houver: i) contradição entre as funções constitucionalmente previstas e aquelas efetivamente exercidas; ii) ofensa à regra constitucional da prévia aprovação em concurso público para a investidura em cargos públicos; e iii) violação aos princípios da igualdade, impessoalidade e moralidade (STF. ADI. 4.125. Rel^a Min. Cármen Lúcia. J. 10.06.2010. DJ 14.02.2011; STF. ADI 3.706/MS. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 15.8.2007. DJ 05.10.2007; STF. ADI 3.233/PB. Rel. Min. Joaquim Barbosa. J. 10.05.2007. DJ 14.09.2007).

O controle em relação aos cargos em comissão, dentro dos parâmetros constitucionais, seria fundamental para a redução do uso político que muitas vezes se faz desses cargos, privilegiando-se o recrutamento de pessoal mediante critérios de qualificação, aferidos por meio de concurso público.

Outra medida está na adequação das relações estabelecidas entre a Administração Pública e o Terceiro Setor, as quais também devem ocupar a atenção do Ministério Público. Refere-se, aqui, ao papel assumido por entidades privadas que não somente desempenham atividades estatais, como também, e por isso, são destinatárias de repasses de recursos, de doações de bens e de cessão gratuita de servidores, todos eles de origem pública. Evidente, portanto, a necessidade de submissão dessas entidades privadas a rigorosos mecanismos de controle.

Segundo Ronaldo Porto Macedo Júnior:

Assim, cada vez mais é necessária a criação de mecanismos que garantam a transparência e *accountability* do Terceiro Setor, não somente em razão da origem pública de parcela significativa de seus recursos como também, e principalmente, em razão da finalidade social de seus investimentos e ações. É importante notar que a

questão da *accountability* não se refere apenas ao controle contra a malversação do dinheiro das ONGs e Fundações, mas também a garantia de padrões mínimos de eficácia¹¹.

Os ilícitos, envolvendo o Terceiro Setor, decorrem de irregularidades no próprio repasse de verbas, por exemplo, por não terem sido observados os requisitos legais para a habilitação da entidade ou pela previsão, no instrumento jurídico, de atribuições vagas e sem especificações ou da ausência, neste mesmo instrumento, de metas a serem atingidas ou de mecanismos para a avaliação dos resultados¹². Outra ilicitude frequente decorre da utilização de entidades do Terceiro Setor para a contratação de mão de obra¹³, sem o prévio concurso público, ou a contratação de serviços, sem a prévia licitação¹⁴.

Mais uma frente de atuação está relacionada à gestão financeira. Em relação a esta vertente, a Lei de Responsabilidade Fiscal integra um conjunto de instrumentos normativos que compõem o chamado Plano de Estabilização Fiscal. Para tanto, estabelece mecanismos que procuram implementar a gestão responsável dos recursos públicos, equacionando a dívida pública. Em suma, prevê proibições aos agentes públicos e estímulos ao controle institucional e social, com a intenção de aprimorar o controle financeiro sobre bens, recursos e dispêndios públicos, o que é feito por meio da observância dos comandos traçados por dois princípios: da transparência e do planejamento¹⁵.

A transparência dos atos administrativos deve ser exigida dos gestores públicos, em decorrência direta do princípio constitucional da publicidade, de onde se extrai o mandamento de que a informação sob a guarda do Estado é pública, exceto em casos específicos.

Preocupa a constatação de que as informações não são publicizadas adequadamente sob o aspecto quantitativo, além de, sob o aspecto qualitativo, não serem cognoscíveis. Bem exemplifica o que se está a dizer a dificuldade de compreensão acerca das matérias de natureza orçamentária, muitas vezes adstritas ao campo cognitivo dos técnicos em contabilidade pública.

A maior dificuldade que se apresenta à efetivação da transparência reside em aspectos culturais. Vivencia-se, ainda nos dias atuais, os

11 MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. O Quarto Poder e o Terceiro Setor. O Ministério Público e as Organizações Não Governamentais sem Fins Lucrativos – Estratégias para o Futuro. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (Coordenadores). *Ministério Público II Democracia*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 258.

12 TJSP. Apelação com revisão nº 0004190-48.2009.8.26.0274. Rel. Des. Antonio Carlos Villen. J. 25.06.2012.

13 Em período recente, os entes públicos vinham usurpando a prática do concurso público por meio da contratação de cooperativas de mão de obra. O Terceiro Setor, em certa medida, substituiu essa antiga prática.

14 TRF-5. AC 552.166. Des. Francisco Barros Dias. J. 02.04.2013. P. 04.04.2013.

15 Destaca-se que o art. 73 da Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece que as infrações às suas disposições serão punidas nos termos da Lei 8.429/92.

reflexos de uma Administração Pública concebida para a tutela de interesses privados e sectários, embora os recursos que a integram pertençam a todos.

Sendo esta a perspectiva histórica, natural que, tradicionalmente, não se aceite qualquer medida de divulgação dos atos. Prepondera, no âmbito da gestão pública, o pensamento de que a circulação de informações apresenta riscos, pois, eventualmente, os dados acessíveis podem ser utilizados indevidamente. Logo, dentro deste raciocínio, o acesso às informações deve ser, tanto quanto possível, restringido.

Deve, portanto, o Ministério Público, estimular a expansão dos canais de comunicação entre o governo e a sociedade, de forma a viabilizar o acesso aos dados públicos, priorizando-se a divulgação espontânea dos dados, pela própria Administração. Vale dizer, as informações devem estar disponíveis, independentemente de provocação.

Sabe-se que quanto maior a transparência, mais depurado estará o regime democrático. A consequência de tudo isto, presume-se, estará na efetivação da democracia verdadeiramente participativa, onde cada cidadão, individual ou coletivamente, exercerá seu papel de sujeito ativo no planejamento, na gestão e no controle das políticas públicas. Após, os atos da Administração Pública passariam a ser fiscalizados, constituindo-se em eficaz instrumento de prevenção de práticas de corrupção.

Importa destacar que a adequada divulgação das informações públicas fortalece a participação social no processo de elaboração dos orçamentos públicos, principalmente por meio dos Conselhos, encarregados, entre outros, da tomada de decisões, fiscalização e controle dos gastos públicos, assim como da avaliação dos resultados alcançados nos segmentos em que atuam. O inverso também é verdadeiro: sem informação, não há participação, não há fiscalização, não há controle e, por conseguinte, não há como valorar os resultados.

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha:

Considerando-se que a Democracia que se põe à prática contemporânea conta com a participação direta dos cidadãos, especialmente para efeito da fiscalização e do controle da juridicidade e da moralidade administrativa, há que se concluir que o princípio da publicidade adquire, então, valor superior ao quanto antes constatado na história, pois não se pode cuidar de exercerem os direitos políticos sem o conhecimento do que se passa no Estado¹⁶.

16 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 241.

Oportuna, também, é a menção quanto aos benefícios que a implementação desta prática poderá trazer ao próprio trabalho do Ministério Público, considerando que as instruções das investigações a seu cargo tendem a se abreviar, em decorrência direta da dispensa de ofícios requisitórios de informações e documentos, justamente pela possibilidade de obtenção imediata.

E não somente isto. O acesso aos dados públicos, especialmente pelos denominados Portais da Transparência, disponibilizados via *internet*, possibilitam a elaboração de comparativos de preços e de contratos entre diversas administrações públicas, permitindo análises que, certamente, contribuirão para o avanço do controle.

Além da transparência e da participação, é objetivo da Lei de Responsabilidade Fiscal assegurar o equilíbrio fiscal. Vale dizer, a Lei traz uma série de mecanismos voltados a fazer com que a Administração Pública, ao assumir despesas, tenha consigo a respectiva previsão de receitas e, assim, discipline a capacidade dos gestores contraírem obrigações, devendo gastar rigorosamente dentro dos limites da arrecadação.

A gestão adequada das despesas deve observar os “limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em restos a pagar” (LRF, art. 1º, § 1º).

A Lei de Responsabilidade Fiscal procurou evitar o frequente problema da ausência de continuidade na execução dos projetos de obras públicas (LRF, art. 45). Como se sabe, muitas vezes por razões político-partidárias, o administrador público opta por iniciar a execução de novo projeto, procurando dele extrair dividendos políticos, em detrimento de obras ainda pendentes, iniciadas por outro grupo político.

As restrições à despesa pública estão previstas no art. 167 da Constituição da República, de onde se destacam a proibição de se iniciar programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem a indicação dos recursos correspondentes; a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa; e a concessão ou utilização de créditos ilimitados.

Nessa perspectiva, dispõe o art. 15 da LRF que serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atenda ao disposto nos artigos 16 e 17 da mesma Lei, os quais estabelecem requisitos para os atos que importarem em geração de despesa.

Frisa-se haver a necessidade de que preceda à despesa a estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes, acompanhada da metodologia de cálculo e premissas. Antônio Celso Nogueira Leiria explica a dimensão do dispositivo:

Significa que se deve fazer um estudo, mais precisamente, uma análise financeira e contábil sobre o custo da ação, ou de sua expansão, ou de seu aperfeiçoamento, e avaliar se a sua realização não vai afetar a normalidade da execução orçamentária e dos resultados pretendidos na LDO e na PPA. Se o impacto afetar o equilíbrio orçamentário é evidente que a realização da nova despesa é lesiva ao patrimônio público, conforme a inteligência do art. 15¹⁷.

Exige-se, também, a declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

O art. 42 da LRF disciplina aquilo que, em matéria orçamentária, denomina-se *restos a pagar*, definido no art. 36 da Lei 4.320/64 como “as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro”. Estabelece a vedação de que, nos dois últimos quadrimestres do mandato, a autoridade pública, no exercício de suas funções, assumam “obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para esse fim”.

O objetivo é coibir a prática usual em que o administrador público contraia obrigações que serão pagas pelo seu sucessor¹⁸. Antônio Celso Nogueira Leiria salienta que “os Restos a Pagar são um expediente de que muito se utilizou a administração brasileira para transferir, de um ano para outro, de um governo para outro, as dívidas que não tinha recursos para pagar”¹⁹.

O art. 18 da LRF prevê limites para os gastos com pessoal, ativos e inativos, além de definir despesa total com pessoal como sendo

17 LEIRIA, Antônio Celso Nogueira. *Lei de Responsabilidade Fiscal*. Caxias do Sul: Plenum, 2005, p. 97.

18 O art. 55, V, da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93) já determinava que a instauração do procedimento licitatório pressupõe a existência de dotação orçamentária.

19 LEIRIA, Antônio Celso Nogueira. *Lei de Responsabilidade Fiscal*. Caxias do Sul: Plenum, 2005, p. 215.

o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

O art. 19 da LRF estabelece os limites percentuais das despesas com pessoal, sendo: i) União: 50% (cinquenta por cento); ii) Estados: 60% (sessenta por cento); e iii) Municípios: 60% (sessenta por cento). Há, ainda, restrição de ordem temporal, prevista no art. 21 da LRF, considerando-se nulo de pleno direito o ato que resulte em aumento de despesa com pessoal, expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do poder ou órgão referido no art. 20.

A prática que se pretende coibir, costumeira em finais de mandato, consiste no agraciamento de pessoas simpatizantes do político em exercício com vantagens vencimentais na carreira pública, a exemplo daquelas promovidas por meio da reestruturação de carreiras ou elevação da remuneração acima dos índices inflacionários.

Disciplina o art. 11 da LRF que “constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação”. No respectivo parágrafo único, prevê sanção para o descumprimento da norma: “é vedada a realização de transferências voluntárias para o ente que não observe o disposto no *caput*, no que se refere aos impostos”.

A regra pretende eliminar a prática, muitas vezes demagógica, de se dispor dos tributos visando aos benefícios políticos. A vedação constitui-se em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, sobre o qual se assenta o regime jurídico administrativo.

A Lei da Improbidade Administrativa, nesse ponto, considera expressamente caracterizada a prática de ato ímprobo, quando se “agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do regime do patrimônio público” (LIA, art. 10, X).

Por fim, supõe-se que o controle interno da Administração Pública deva ser estimulado. Os arts. 31 e 74 da Constituição Federal estabelecem o dever de cada município estruturar seu sistema de

controle interno, com a finalidade de avaliar o cumprimento das metas orçamentárias, a execução dos planos de governo, analisar a legalidade e avaliar resultados da gestão orçamentária, financeira e patrimonial da administração pública, assim como exercer o controle de operações de crédito e apoiar o controle externo.

Entretanto, este sistema é notoriamente ineficiente na maior parte das Administrações Públicas. O aperfeiçoamento do controle interno, por meio de normas, técnicas e procedimentos e pela capacitação dos agentes públicos incumbidos de tais funções, constitui-se em importante instrumento de prevenção à corrupção.

Outro tema que merece a atenção do Ministério Público, na perspectiva de efetivar o controle da Administração Pública, é a fiscalização dos contratos de publicidade, marcados, sobretudo, pelos expressivos valores envolvidos. Atualmente, os contratos desta natureza tratam de serviços pouco especificados, os quais envolvem uma gama imensa de subcontratações. Todos estes aspectos dificultam demasiadamente a fiscalização e fazem com que tais contratos venham a se constituir em fonte de desvio de recursos públicos.

Raciocínio muito próximo disso ocorre em relação aos contratos na área de informática. Além da especificidade do objeto, muitas vezes estes contratos fazem com que a Administração Pública se torne dependente de determinado sistema operacional, tendo em vista que, por razões de incompatibilidade, sofre restrições em ter seus dados migrados para outro sistema que, em momento diverso, mostre-se mais vantajoso.

Há, no entanto, outra linha de controle, a qual, para sua implementação, faz-se necessária inovações na ordem jurídica. É o que se passa a examinar.

6. DO APERFEIÇOAMENTO DO CONTROLE MEDIANTE INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

O primeiro campo para o aperfeiçoamento legislativo está relacionado à disciplina do conflito de interesses. No espaço público, ocorre o conflito de interesses quando o exercício da atividade administrativa do agente público sofre influxos de interesses privados, constituindo-se ofensa ao princípio da moralidade administrativa (CF, art. 37). Infelizmente, esses conflitos fazem parte da realidade da Administração Pública.

No plano federal, diversas normas procuram conferir concretude ao princípio da moralidade, ao estabelecer regramentos, não necessariamente de caráter sancionatório, que disciplinam o tratamento a ser dispensado a eventuais conflitos de interesses. A Lei 12.813, de 16 de maio de 2013, trata do conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no Executivo Federal.

Destaca-se que, embora a referida lei tenha aplicação no plano da União Federal, poderá ser utilizada como balizamento, no âmbito municipal, nas eventuais hipóteses de omissão da legislação local. Além disso, imagina-se, poderá inspirar a normatização da matéria pelos demais entes federativos.

Enfim, a disciplina do conflito de interesses no âmbito estadual e municipal, nos moldes estabelecidos no plano federal, mostra-se de suma importância para o controle da moralidade administrativa.

Outra frente de avanço, mediante inovação legislativa, diz respeito à instituição da delação premiada em matéria de improbidade administrativa, nos moldes existentes na investigação criminal. Sabe-se a contribuição que tal instituto oferece em matéria probatória penal, sendo absolutamente pertinente e razoável que a investigação em matéria de improbidade administrativa contasse com tal possibilidade²⁰.

Além do mais, o tratamento legislativo atualmente conferido ao instituto, não o contemplando na área da improbidade administrativa, gera o desconforto ao investigador criminal que, nas negociações estabelecidas com o investigado que pretende colaborar com as investigações, não lhe pode oferecer o afastamento da ação de improbidade administrativa.

Mais uma situação a ser aperfeiçoada é a concernente ao recrutamento de servidores públicos. Embora as situações de fraude ao concurso público sejam frequentes, há uma nítida insuficiência legislativa em relação à matéria. É preciso que lei, de caráter nacional, regulamente o concurso público, seus requisitos mínimos, os contornos das contratações de empresas para realizar o recrutamento e os mecanismos de controle.

São estes os pontos que se traz à reflexão, na perspectiva de dispensar eficiência no controle das atividades da Administração Pública, desenvolvido pelo Ministério Público.

²⁰ Observa-se que o acordo de leniência, aplicável aos atos das pessoas jurídicas praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira, não resolve o problema que se aponta, pois não se estende às pessoas físicas envolvidas e, além disso, não prevê a participação do Ministério Público em sua celebração (Lei 12.846/2013, arts. 16 e 17).

7. CONCLUSÃO

Em conclusão, observa-se que a Administração Pública brasileira sofre de mazelas estruturais, ainda que diversos avanços tenham sido constatados. No entanto, verifica-se que o aprofundamento da democracia está diretamente relacionado ao pleno exercício dos mecanismos de controle, os quais recomendam a reorganização do Ministério Público, estratégias adequadas de atuação e inovações legislativas em diversos segmentos. É o que se espera que se efetive, para que se atinja a situação ideal de proteção eficiente do patrimônio público.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2002.

DINIZ, Hirminia Dorigan de Matos. Atuação do Ministério Público dos estados junto aos Tribunais Superiores. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, ano 1, nº 1, dez./2014, p. 105-122.

FIGUEIREDO, Marcelo. A Lei de Responsabilidade Fiscal – Notas Essenciais e Alguns Aspectos da Improbidade Administrativa. *Revista Interesse Público* n. 12, p. 108-121.

FREITAS, Juarez. *Discricioniedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LEIRIA, Antônio Celso Nogueira. *Lei de Responsabilidade Fiscal*. Caxias do Sul: Plenum, 2005.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. O Quarto Poder e o Terceiro Setor. O Ministério Público e as Organizações Não Governamentais sem Fins Lucrativos – Estratégias para o Futuro. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (Coordenadores). *Ministério Público II Democracia*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 248-263.

MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da transparência e a responsabilidade fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. *Aspectos relevantes da lei de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 129-146.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Improbidade administrativa e Terceiro Setor. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 161-193.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Terceiro Setor: contratações, responsabilidade civil e outras questões polêmicas. In: Interesse Público. Belo Horizonte, ano 11, n. 64, mar./abr./2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PACCAGNELLA, Luís Henrique. Controle da Administração pelo Ministério Público: Meio de Aprofundamento da Democracia. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (Coordenadores). *Ministério Público II – Democracia*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 177-192.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Ano XXXII, nº 97, marco/2005.

VIDAL, Hélvio Simões. Administradores e Provedores de entidades privadas prestadoras de serviços de saúde como sujeitos ativos de improbidade administrativa e a legitimação do Ministério Público para responsabilizá-los. *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, vol. 5, p. 223, out./2011.

OS PARÂMETROS DA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Carlos Vinícius Alves Ribeiro¹

SUMÁRIO: A atuação extrajudicial do Ministério Público. 1. Apresentação do problema. 2. A instauração de Inquérito Civil Público. 3. Instrução no Inquérito Civil Público. 4. Discricionariedade na atuação extrajudicial do Ministério Público. 5. Balizamento para a eleição dos mecanismos de agir. 6. Controles. Referências.

RESUMO: O Ministério Público, desde o período imediatamente anterior à Constituição da República de 1988, recebeu novas funções que não faziam parte da clássica titularidade da ação penal pública. Juntamente com essa novel plêiade de funções, atribuiu-se também à instituição novas ferramentas para a consecução de suas finalidades, marcadamente ligadas à tutela e à defesa de interesses metaindividuais. O manejo desses instrumentos no âmbito do próprio Ministério Público possibilita, em grande medida, a resolução concertada de conflitos, contornando a morosidade e a onerosidade do sistema judicial. Essas atividades, que possuem natureza jurídica de função administrativa, apresentam muitas zonas de discricionariedade, que, mal interpretada e manejada, pode desbordar em arbitrariedade disfarçada de independência funcional. Com isso, filtros e balizas ao exercício dessas atividades extrajudiciais do Ministério Público são sugeridos, bem como se demonstram alguns mecanismos de controle que poderão ser utilizados, de maneira anterior ou posterior, para o exercício, pelo Ministério Público, de suas funções administrativas finalísticas na tutela e na defesa de interesses transindividuais.

PALAVRAS-CHAVE: Atividade extrajudicial (extrajudicial). Função administrativa. Discricionariedade. Desvios. Controle.

ABSTRACT: The Public Prosecution, since immediately before the promulgation of the 1988 Brazilian Federal Constitution, was endowed with new functions which went beyond its thitherto classic duty of solely acting in public criminal prosecutions. Along with its newly established goals, related to the defense of the so-called meta-individual interests. The use such tools by the Public Prosecution largely enables a concerted resolution of conflicts, by dodging the notorious dilatoriness and high costs of the judicial system. Nevertheless, because the juridical nature of these activities is that of administrative function, they might be tainted by an undesired degree of

¹ Promotor de Justiça no Estado de Goiás. Membro Auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público. Mestre em Direito de Estado pela USP. Doutor em Direito de Estado pela USP.

discretion. Therefore, a poor interpretation or manipulation of such activities might result in arbitrariness, dissembled as functional independence. For this reason, this paper suggests that filters and beacons be established to guide and limit these extrajudicial activities of the Public Prosecution. The paper also presents some control mechanisms, to be wielded either prior or prospective to the actual acting of the Public Prosecution when aiming at defending the people's interests by mean of its administrative functions.

KEYWORDS: Extrajudicial activity (proto-judicial). Administrative function. Discretion. Misconduct. Control.

A ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

1. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

O Ministério Público brasileiro, nos anos posteriores à Constituição de 1988, vem se afirmando como importante instituição de controle e garantia aos cidadãos de direitos coletivos e individuais indisponíveis, afirmação essa corrente e quase inegável.

Sem embargos, no exercício de suas funções extrajudiciais na defesa de interesses difusos ou coletivos, o Ministério Público dispõe, seja por outorga constitucional, seja por normas legais, uma gama de ferramentas colocadas à sua disposição que, mal utilizadas, acabam gerando danos colaterais bastante consideráveis.

O presente trabalho, ainda que de forma superficial, lança olhos sobre esses fatos, propondo, ao final, mecanismos de controle destinados a parametrizar e balizar a atuação deste relevante órgão constitucional de controle, o Ministério Público.

2. A INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO

Definida a necessidade de atuação do Ministério Público na tutela de interesses transindividuais, a primeira medida, necessariamente, é a instauração do inquérito civil público. Essa imposição de, obrigatoriamente, qualquer manejo de instrumentos extrajudiciais ser efetuado no bojo de inquéritos civis públicos, não obstante parecer “mera formalidade”, é a única maneira de se permitir o controle sobre o que se realiza na fase anterior ao ajuizamento de ações civis públicas pela própria instituição.

A possibilidade de instauração não de inquérito civil público, mas de procedimento preparatório, fica limitada à busca de complementos para as informações de que já dispõe a instituição necessárias à instauração do inquérito civil público.

Por mais que o inquérito civil seja apenas um procedimento administrativo, por si só carrega grande carga estigmatizante. Por essa razão, defende-se que, na incerteza, não sendo possível perceber a necessidade ou não de instauração do inquérito, poderá o membro valer-se de diligências preparatórias aos inquéritos para colher elementos que sanem suas dúvidas sobre a existência ou não de justa causa para sua instauração. Em caso de estes não aparecerem, não se deve instaurar o inquérito civil público, mas sim buscar a justa causa por diligências imediatas. Com isso, poderá o órgão buscar, de pronto, elementos de convicção para lastrear a abertura do inquérito: “Quando se trate, pois, de diligências preliminares imediatas e necessárias, é razoável que o promotor de justiça adie momentaneamente a decisão sobre se instaura ou não o inquérito civil” (MAZZILLI, 2008, p. 138).

Em tudo se aplicam, portanto, nessa fase, as considerações talhadas por Bernardo Strobel, referentes à fase judicial do Ministério Público na tutela de interesses transindividuais:

Predica-se, portanto, objetividade no exercício dessa função, o que impõe a presença de elementos que justifiquem a propositura da ação. Assim, nada obstante esta função não ser propriamente de natureza administrativa – pois não é pública, nem privada – parece razoável pensar na incidência dos princípios consagrados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

Em suma: o autor coletivo não pode propor ação porque quer, mas sim porque dispõe de elementos que demonstram que essa medida é adequada e atenderá os interesses subjacentes à atribuição em seu favor de uma prerrogativa pública. (STROBEL, 2010, p. 387)

Eventualmente, e apenas em situações absolutamente excepcionais, em que o órgão de execução ainda não possui o mínimo de elementos para gerar convencimento suficiente sequer para instaurar o inquérito civil, apesar de haver indícios da necessidade, é possível cogitar-se a instauração de procedimento preliminar.

Fundamental a compreensão de que, tomando o Ministério Público ciência oficiosa de fato que enseja o exercício de suas funções, deverá agir ou fundamentar o seu não agir, arrolando detidamente as razões, os motivos, justificando o porquê de não atuar naquele momento, ou, ainda, poderá haver a caracterização de silêncio do Ministério Público, que poderá ensejar, inclusive, a decadência ou prescrição do seu direito de atuar, como há muito anotou Temístocles Brandão Cavalcanti (1939, p. 579-580), que alertava que a inércia da administração na defesa de direitos da coletividade poderia ensejar a decadência do direito, quando a administração deixasse de atuar

quando era seu dever atuar de ofício, seja exercendo poder de polícia, medidas coercitivas, restrições a exercícios de direito, etc.

É exatamente por tal motivo que a motivação toma relevo. Quando o agente do Ministério Público, ciente de seu dever de atuação, não o faz, deverá motivar detidamente a sua não ação, para que não se corra o risco de se perecer direitos transindividuais ou, até mesmo, de que essa não ação, geradora em tese de prejuízo a terceiros, seja atribuída à instituição e, em última análise, ao agente omissor, que poderá, ao cabo, arcar com indenizações.

Na instauração do inquérito civil público é obrigatório, sempre e logo de início – mesmo existindo independência funcional, e ninguém questiona sua existência – um despacho do membro do Ministério Público com atribuição naquela matéria específica, narrando qual a circunstância fática que está sendo examinada e, obviamente, indicando as normas que lhe atribuíram competência.

Esse despacho, caso a seleção do fato tenha sido feita pelo próprio agente, será a portaria. Ela, então, estabelecerá, de partida, os limites da atuação do promotor de Justiça naquele inquérito civil público, bem como a razão de, diante de tantas outras situações passíveis de instauração de inquérito civil público, aquela matéria ter sido “eleita” de forma prioritária em detrimento de outras.

Interessante perceber que, se o inquérito se iniciou por conta de uma representação, esta fixará os limites das atividades do Ministério Público em seu bojo.

Em que pese parecer observação sem qualquer impacto prático, ao se admitir ser o membro do Ministério Público delegatário de discricionariedade, devendo valorar as circunstâncias fáticas em busca de sua competência, eleger as atuações prioritárias, eleger o melhor momento de agir, bem como a melhor forma de fazê-lo, é fundamental que a motivação na instauração do inquérito civil aborde todas essas questões adjacentes aos fatos, principalmente em se tratando de instauração por portaria.

Essa será a única maneira de, já no início do inquérito civil público, haver controle da instauração, seja pelo próprio Ministério Público, seja judicial. Se, por exemplo, um promotor de Justiça, com atribuição plena na área de direitos metaindividuais em sua comarca, instaura determinado inquérito visando a compelir o município a adotar determinada política na área do lazer ou da mobilidade urbana, conquanto é notório que a cidade não conta com nenhuma creche para mães trabalhadoras, é fundamental se sondar

o motivo que levou o Ministério Público a optar por uma atuação em detrimento de outra.

É interessante realizar um parêntese para notar que, não raro, a própria instituição que, por meio principalmente desses instrumentos extrajudiciais, controla a discricionariedade de outros atores do Estado, acaba não observando a limitação a essa mesma discricionariedade nela própria.

No exemplo citado, o próprio Ministério Público questionou se haveria ou não discricionariedade do administrador diante do fato de a Constituição ter dito ser a criança e o adolescente prioridade absoluta. Essa questão desaguou no Supremo Tribunal Federal, por meio do RE 410715 AgR/SP, e foi julgada em 2005, tendo aquela corte decidido que “os municípios não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais”.

Assim, o que decidiu a corte foi que sequer há de se falar em discricionariedade diante daquele mandamento constitucional. Ora, se não há discricionariedade para os entes políticos no momento da confecção de suas políticas públicas, frente a questões ligadas às crianças e adolescentes, com a mesma razão a discricionariedade outorgada ao Ministério Público na seleção de suas atuações fica afastada quando em jogo essa matéria.

Ao extremo, é de se afirmar que, no momento em que o agente do Ministério Público for criar a “lista de prioridades de atuação”, no topo desse rol deve figurar, primeiro, o que não é discricionário. Em se tratando de criança e adolescente, para ficar com o exemplo trabalhado, o artigo 227 da Constituição da República aparta do tema possíveis valorações discricionárias ao determinar ser dever do Estado assegurar, com absoluta prioridade, o direito à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária.

Bom seria, mesmo sendo de difícil implementação, que o agente do Ministério Público justificasse inclusive o seu não fazer naquele momento. Dessa forma, tomando ciência informal, sem representação, de fato que, em tese, deflagaria sua atuação, correto seria ou a instauração imediata do inquérito ou a comunicação ao Conselho Superior ou à Câmara de Revisão e Coordenação da ciência, expondo detidamente as razões de sua não atuação naquela oportunidade.

Isso possibilitaria o controle do silêncio do Ministério Público, da sua não ação em vários assuntos que são de ciência de todos, inclusive do membro da instituição que, cidadão, é também conhecedor de fatos notórios.

Portanto, é fundamental que haja motivação detalhada, principalmente indicando o objeto da investigação e o motivo da “eleição” daquele objeto naquele momento. A delimitação do objeto acaba por evitar outro grande desvirtuamento do inquérito civil público.

Isso porque a motivação é garantia não apenas aos interessados, mas à própria Administração Pública.

Não é raro perceber inquéritos sem objeto, abertos para investigar pessoas, justificando a instauração com a mera descrição de, por exemplo, inquérito instaurado para averiguar condutas irregulares do Prefeito no manejo da máquina administrativa.

Ora, inquéritos civis assim são verdadeiras armadilhas modernas, espécie de espada de Dâmocles sempre em riste para atingir a pessoa perseguida, revelando como o poder sem freios bem torneados acaba desbordando em arbítrio.

A motivação detalhada na portaria inaugural gerará, para o investigado ou para quaisquer outras pessoas ou grupos interessados, a possibilidade de controle vestibular do inquérito.

Aliás, bom que se deixe assentado que fundamentar a instauração está longe de ser justificar a instauração, ou mesmo dizer da sua conformidade jurídica (juridicidade):

[...] o dever de fundamentação expressa obriga a que o órgão indique as razões de facto e de direito que o determinaram a praticar aquele acto, exteriorizando, nos seus traços decisivos, o procedimento interno de formação da vontade decisória. [...] É claro que um dever de fundamentação assim compreendido só pode ser um dever instrumental, visando em última análise conseguir a correcção material dos actos [...]. (ANDRADE, 2007, p. 13)

E prossegue:

O dever de fundamentação expressa apresenta-se assim, como um ‘instituto’, tendo como centro de referência uma declaração que reúne todas as (quaisquer) razões que o autor assuma como determinantes da decisão, sejam as que exprimam uma intenção justificadora do agir, demonstrando a ocorrência concreta dos pressupostos legais, sejam as que visem explicar o conteúdo escolhido a partir dessa adesão ao fim, manifestando a composição

dos interesses considerados para adotar a medida adequada à satisfação do interesse público no caso. (idem, p. 22)

É nessa esteira que, principalmente nas instaurações por portaria, deve o membro do Ministério Público colacionar minimamente os elementos que o levaram à decisão de instauração.

Quando se analisa a motivação e a justificação para se instaurar o inquérito civil público, um ponto muito olvidado é a justa causa, em especial a verificação da existência ou não de prescrição quanto à instauração do inquérito.

Além da necessidade de absoluta demonstração e comprovação da justa causa para se iniciar um inquérito, dentro dessa justa causa é fundamental que se faça a análise da ocorrência ou não da prescrição, já que a ação ministerial não poderá retroagir para buscar fatos ilícitos praticados pelo investigado no período em que já se operou a prescrição do artigo 23, I e II, da Lei 8.429/92.

Se, por não ter conhecimento do fato ilícito que ensejaria a instauração do inquérito civil público, não tenha tomado medidas extrajudiciais a tempo, permitindo-se a ocorrência da prescrição quinquenal, não terá mais o membro do Ministério Público justa causa para a instauração do inquérito.

Agindo em sentido contrário, aquele que recebeu da Constituição da República o dever de zelar pela ordem jurídica estaria, ao fim, violando ela própria e, por conseguinte, seu dever funcional.

Nesse sentido, já há pronunciamentos judiciais louváveis, não obstante as imperfeitas anotações que restaram expressas no voto sobre a não obrigatoriedade:

Mandado de Segurança. Inquérito civil público instaurado por órgão do Ministério Público, para apuração de responsabilidade de ex-secretário de Estado, visando ação de improbidade administrativa, por fato perfeitamente definido e conhecido. Já estando prescrita a própria ação, inoportuna e desnecessária se mostra a continuidade do inquérito, uma vez que, ou a ação foi iniciada, não havendo notícia a propósito nos autos, ou não mais poderá sê-lo, face à prescrição já evidenciada. Ordem concedida.²

Ocorrendo, pois, o decurso do prazo legal de cinco anos e, por consequência, a prescrição do direito material, não há mais justa causa para que o Ministério Público maneje instrumento processual administrativo que possui a finalidade, justamente, de tutelar o direito material prescrito.

² TJ/RS. Rel. Des. Mário dos Santos Paulo, MS 2003.004.01648, 4ªCC, julgado em 10 de julho de 2007.

3. INSTRUÇÃO NO INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO

Uma vez reconhecida a necessidade de agir, e deliberado em agir naquele momento, sob aquelas circunstâncias, após instaurar – fundamentadamente – o inquérito civil público, chega-se ao momento instrutório propriamente dito, em que o Ministério Público lançará mão de algumas ferramentas para colher o máximo de elementos possíveis sobre o tema investigado para o seu inquérito.

Nessa fase, que aqui se denomina fase instrutória, alguns desvios também são observados e merecem apontamentos.

O primeiro diz respeito ao manejo de uma ferramenta de que dispõe o Ministério Público para o colhimento dos elementos de convicção, qual seja, a requisição. O equívoco mais observado tem sido o de utilizar esse instrumento fora do inquérito civil público ou do procedimento preliminar de colheita de elementos – já aqui enfrentado.

A gênese desse problema pode residir na redação do § 1º do artigo 8º da Lei de Ação Civil Pública, especialmente quando afirma que “o Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias”.

A única leitura possível da norma é a de que a requisição poderá ser manejada ou dentro do inquérito ou, motivadamente, no procedimento preliminar, quando o agente busque, antes de instaurar propriamente o inquérito civil, elementos que o convençam da necessidade de fazê-lo. Não é possível falar-se em requisições autônomas.

Não bastasse a dicção da Lei de Ação Civil Pública, a própria Constituição não autorizou o manejo livre de peias desse instrumento, especialmente no artigo 129, inciso VI, quando estabelece ser função do Ministério Público “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência”. Portanto, o legislador constituinte apenas autorizou a utilização da requisição nos procedimentos administrativos que competem à instituição.

Infelizmente essa tese não tem sido sufragada na jurisprudência, que permanece aplaudindo a utilização indiscriminada do instituto:

MANDADO DE SEGURANÇA. PREFEITO MUNICIPAL. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PESSOAS CONTRATADAS PELA PREFEITURA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535, DO CPC. SÚMULA 284/STF. DIREITO DE CERTIDÃO. DECISÃO NOS LIMITES

CONSTITUCIONAIS. INDEPENDÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIRETRIZES TRAÇADAS PELA ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR DO PARQUET ESTADUAL. OBRIGATORIEDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO CIVIL OU PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.

Não se faz necessária a prévia instauração de inquérito civil ou procedimento administrativo para que o Ministério Público requirite informações a órgãos públicos – interpretação do artigo 26, I, “b”, da Lei nº 8.625/93.³

A decisão demonstra que está sendo realizada a leitura isolada do dispositivo da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. A alínea “b” autoriza a instituição “a requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios”, mas, no *caput* e no inciso I, fica estabelecido:

No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

omissis

b – [...]

Se assim é, nem mesmo a Lei Orgânica autorizou – e se tivesse o feito seria inconstitucional –, ao contrário do que sustentam alguns, o uso da requisição de forma autônoma, independente.

Ainda no tocante à fase instrutória do inquérito civil, outra consideração deve ser feita: se o Ministério Público tem a possibilidade de requisitar a realização de perícias, é não apenas salutar, mas fundamental, a notificação dos envolvidos no inquérito civil público para tomarem conhecimento da perícia que será realizada e apresentarem – querendo – quesitos e, caso tenham interesse, nomearem auxiliares de perícia.

Essa abertura aqui defendida, repete-se, está plenamente alinhada ao fato de entender-se esse procedimento não como mecanismo de municiamento institucional para futura ação civil pública, mas como verdadeira arena extrajudicial de solução de conflito.

Na base disso, parece ser fundamental compreender que o inquérito civil é ferramenta de controle de que dispõe o Ministério

3 Resp 873.565/MG, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05.06.2007, DJ 28.06.2007, p. 880.

Público. E controle, defende-se, é instrumental a outras atividades principais, não meramente uma atividade sancionadora.

Desse modo, o controle, segundo parece, possui duas frentes de ataque: uma é o fomento da atividade principal, objeto do controle. A outra é a sanção decorrente do não cumprimento, pela autoridade que possui competência, de seu dever ligado à atividade controlada. De outro modo, defende-se que mais importante do que sancionar é garantir o bem da vida objeto do controle.

A partir desse ponto de vista, é fundamental trazer para o inquérito civil, desde o início, todos aqueles a quem ele interessa de alguma maneira, sendo possível, somente dessa forma, soluções extrajudiciais de conflitos.

Na fase instrutória, várias diligências poderão ser realizadas pelo membro do Ministério Público presidente do inquérito. Salvo nas exceções em que o sigilo será necessário, sob pena de colocar em risco a captura de provas, é não apenas prescrita, mas necessária a participação de todos os envolvidos no inquérito civil público, seja na oitiva de pessoas, seja na realização de vistorias, seja no acompanhamento de perícia. Isso possibilitará o afastamento do caráter inquisitorial do inquérito, transformando-o em um instrumento plural de solução de conflitos.

Ademais, se aqui está se reconhecendo ser o Ministério Público, no desempenho de suas funções extrajudiciais, como exercente de funções administrativas, não há nenhum motivo para não se aplicar, no todo, a lei de processo administrativo federal no inquérito civil público; afinal, é o inquérito, ao fim, um processo administrativo não no sentido de, ao final, obter-se um julgamento administrativo, mas, no mínimo, por considerá-lo capaz de solucionar eventual litígio e por haver uma valoração de situações que, se não solucionadas naquela rinha, serão levadas ao Judiciário.

Essa participação das partes envolvidas no inquérito na colheita de elementos, principalmente quando se trata de questões periciais, é relevantíssima, em especial pelo fato de, ainda, alguns Ministérios Públicos não contarem com um corpo de órgãos auxiliares periciais devidamente instalados, o que gera a dependência do órgão de execução de peritos externos e, portanto, pode a instituição, que é una, chegar a conclusões díspares para situações absolutamente similares.

Essa situação é facilmente imaginável em se pensando na disposição adequada do resíduo sólido urbano. Se em uma determinada promotoria de Justiça o presidente do inquérito

requisitou uma avaliação pericial de determinado técnico, que lhe apresentou uma solução como sendo a ótima, é bastante possível que, em uma promotoria de Justiça bastante próxima geograficamente, com as mesmas características de cubagem de lixo, geofísicas, etc., possa o promotor de Justiça chegar a uma conclusão da solução ótima em sentido diametralmente oposto, uma vez que se baseiam em avaliações periciais distintas, vindas de peritos distintos, com escolas e entendimentos diferentes.

A participação dos interessados, portanto, pode funcionar para equilibrar a relação, balizando a perícia e fazendo ponderações muitas vezes oportunas.

Aplicável no todo, também nesse ponto, as garantias contidas no artigo 38 da Lei Federal 9.784/99 e seus parágrafos:

[...] em primeiro lugar, devem ser aduzidas alegações e solicitada a produção de provas; em segundo lugar, deverá a autoridade administrativa julgar a admissibilidade das provas nos termos do § 2º; em terceiro lugar, deverão ser aceitas as provas pré-constituídas (principalmente documentais) e realizadas as provas não existentes (diligências e perícias etc.); enfim, caberá à autoridade considerar os elementos probatórios que foram admitidos no processo, solicitar alegações finais e proferir, motivadamente, sua decisão final. (NOHARA; MARRARA, 2009, p. 259)

O que ali fica resguardado, ao cabo, é o exercício do contraditório e da ampla defesa, devendo o agente proferir sua decisão final apenas após admitir o máximo de elementos ao inquérito, na tentativa de refletir, nesse instrumento procedimental, na máxima medida admitida pelo direito, a realidade fática que ensejou sua atuação.

Na tramitação, outro ponto relevante e que merece toda a atenção diz respeito ao prazo para a conclusão do inquérito civil. É inadmissível, como se nota amiúde, inquéritos se arrastando por dois, três ou cinco anos. O inquérito, ainda que se adote a posição aqui defendida de que é mecanismo de concerto e não propriamente de repressão, é um instrumento que estigmatiza o cidadão com ele envolvido. Manter a espada na cabeça das pessoas acaba por ferir seus direitos individuais, sua honra e sua imagem.

Frustrante, nesse ponto, a Resolução nº 23 do CNMP, especialmente em seu artigo 9º, que estabelece: “o inquérito deverá ser concluído no prazo de um ano, prorrogável pelo mesmo prazo e quantas vezes forem necessárias”. Ora, ou o inquérito deve ser concluído em um ano, ainda que com uma prorrogação fundamentada, ou não existe, como ocorreu com essa redação. Da

forma que ficou, admite o Conselho Superior do Ministério Público prorrogações infinitas.

A única forma de controle quanto ao prazo, ao que parece, é a feita pelo Conselho Superior do Ministério Público e pela Câmara de Coordenação e Revisão, quando o presidente do inquérito der ciência a esses órgãos de tal prorrogação (a ciência é compulsória).

A posição do Poder Judiciário no controle da tramitação dos inquéritos civis públicos tem sido pífia. Meia culpa seja atribuída aos deflagradores do controle. Está-se usando, rotineiramente, o *habeas corpus* como forma de trancar inquéritos civis públicos em andamento, sob a alegação de que as investigações ali desenroladas poderão desbordar também em ação penal, que poderá restringir a liberdade do investigado.

Duas observações: a primeira é que o inquérito civil público não é sucedâneo de inquérito policial. Caso, no curso do inquérito, imerja fato que possa redundar em ação penal, isso, por si só, não é motivo para o trancamento do ICP.

A outra observação é que, ao que parece, o instrumento adequado ao controle do prazo de tramitação de inquéritos civis é o mandado de segurança, mormente após a Emenda 45, em que a celeridade passou a ser garantia do cidadão. Todavia, esse controle não está encontrando guarida no judiciário.

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça (RMS 25.763/2010, Min. Humberto Martins) decidiu que o excesso de prazo no inquérito civil público não prejudica o investigado. Esse entendimento, fixado pela 2ª Turma do STJ, foi suficiente para rejeitar recurso em mandado de segurança impetrado para anular inquérito civil público que, é de causar vergonha, tramita durante 15 (quinze) anos.

Vergonhosa, assim como a atuação do Ministério Público, é a solução encontrada pelo Poder Judiciário.

Bom que se anote, sem a necessidade de repetir o que já foi dito anteriormente, que o inquérito civil sofre impacto direto da eventual prescrição do direito material. O instrumento somente é passível de manejo enquanto não prescrito o direito material que ele visa a tutelar.

4. DISCRICIONARIEDADE NA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Diante de uma circunstância que impõe sua atuação, é possível vislumbrar discricionariedade outorgada ao membro do Ministério Público que, ao atuar, “poderá escolher uma ou outra ferramenta” para a solução dos problemas que lhe foram apresentados.

Em uma situação *standard*, não envolvendo qualquer risco imediato ou agravamento da lesão, não há impedimento na utilização escalonada dos instrumentos extrajudiciais, especialmente em obediência à proporcionalidade, que em seguida será analisada.

Ao contrário, a partir do momento em que se reconhece na atuação extrajudicial do Ministério Público terreno melhor para a solução de conflitos que no Judiciário, onde demoraria muitíssimo para que a tutela efetivamente tivesse efeito, deve-se privilegiar tratamento processual amistoso, propiciador de concertos e acordos. É nessa trilha que se mostra necessário o uso “escalonado da força”.

O que se quer dizer com isso é que, de todo o ferramental extrajudicial do Ministério Público, alguns são mais lesivos, por assim dizer, que outros. Uma recomendação, sendo suficiente para a tutela do interesse que cabe ao Ministério Público zelar, é preferível a um ajustamento de conduta. E ambos são preferíveis ao ajuizamento de ação civil pública.

A recomendação, instrumento de solução semiespontânea, será preferível a qualquer outro.

O manejo de recomendação para adequar serviços ou regularizar situações que coloquem em risco ou gerem danos a direitos ou interesses tutelados pelo Ministério Público tem na base a confiança do agente ministerial de que, por vezes, a celeuma foi criada por desconhecimento, por desatenção, sem que haja com isso qualquer ilegalidade.

Ao apontar para o causador do dano sua posição, a instituição já indica a conclusão a que chegou, possibilitando, assim, que o conflito seja sanado pelo próprio gerador.

Nesse ponto, o equívoco mais percebido é, exatamente, o fato de membros do Ministério Público não manejarem a recomendação. Perde a instituição, por subtrair um campo de solução amistosa e rápida; perdem os cidadãos envolvidos, por não lhes ter dado o direito a solução menos gravosa.

Caso, sendo manejado, não surta efeito, aí sim deve caminhar o agente do Ministério Público em busca de sua próxima ferramenta, pouco mais grave, mas preferível a uma ação civil pública onerosa e demorada.

No ajustamento de conduta, mecanismo bem difundido e muito utilizado por membros do Ministério Público, também ocorrem alguns equívocos.

De pronto, deve-se destacar que o ajustamento de conduta é, como já encerra o próprio nome, um ajustamento. Ajustam, de um lado, o membro do Ministério Público, que tutela os interesses metaindividuais em jogo e, de outro, aquele que a instituição reputa causador do dano.

Por ser ajuste, as cláusulas devem ser discutidas e jamais impostas, sob pena de descaracterização do instituto. Mais, eventual coação para que seja firmado o termo caracteriza ilícito civil.

Outro ponto que merece atenção no ajustamento de conduta, por ser equívoco recorrente, reside no fato, que ocorre de forma reiterada, de pretender o Ministério Público a presença de cláusula de reconhecimento de culpa por parte do compromissário.

O ajustamento de conduta não pressupõe o reconhecimento dessa culpa e essa cláusula não é nem necessária, nem exigível. Nesse sentido:

A desnecessidade de confissão ou reconhecimento de culpa é elemento facilitador da celebração do ajuste, o que muitas vezes não consegue em juízo, quando a imagem do responsável já pode ter sido arranhada publicamente pelo só fato do ajuizamento da ação. Neste sentido a norma do *caput* do artigo 53 da Lei 8.884/94 que determina que a celebração do compromisso de concessão, espécie de ajustamento de conduta ‘não importará confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada’, deve ser interpretada como um estímulo à negociação. (RODRIGUES, 2002, p. 134)

Negociar, portanto, parece ser a chave de qualquer ajustamento de conduta. Ao Ministério Público não é lícito abrir mão dessa poderosa ferramenta, onde a solução burocrática do judiciário é afastada para dar lugar a uma solução retórica, que, principalmente em questões ligadas aos interesses metaindividuais, será capaz de considerar os fatores adjacentes às questões, bem como calcular o impacto de cada uma das decisões tomadas, até que se chegue à que melhor se ajusta aos interesses de todos.

Portanto, o ajustamento de conduta é ferramenta, se bem utilizada, poderosa na pacificação dos conflitos, pois os envolvidos, participando, são partes, e não mais objetos, como em uma decisão judicial. Não por outro motivo os franceses nominam essa forma de solução de conflitos de “*justice douce*” (JARROSON, 1997, p. 325).

Apenas quando não é possível a solução consensual é que será lícito o ajuizamento da ação civil pública. Isso porque, como se perceberá adiante e já se pôde notar até aqui, a arena extrajudicial é terreno naturalmente melhor, em todos os aspectos, para a busca da melhor solução para conflitos metaindividuais.

É por essa razão que, a cada passo do agente do Ministério Público no transcorrer do exercício de suas funções extrajudiciais, alguns limites e balizas devem ser observados, pois servirão não apenas de guia para a atuação do membro da instituição, mas também de parâmetro de controle do desempenho dessas funções.

5. BALIZAMENTO PARA A ELEIÇÃO DOS MECANISMOS DE AGIR

O que se convencionou chamar de atuação extrajudicial – atividade ministerial não desempenhada em juízo – é, em verdade, atividade administrativa, com margens de apreciações e valorações que descortina a cada passo do *iter* dessa atuação, campos de apreciação por parte do membro do Ministério Público.

Com esse reconhecimento, passa-se então a perceber que a atividade do Ministério Público, assim como qualquer função desempenhada por agentes do Estado, encontra limites e balizas no próprio sistema jurídico, não havendo um parassistema exclusivo ao Ministério Público que lhe permita deliberar sobre suas ações devendo obediência apenas à sua consciência.

É nessa trilha que se depara com filtros que o agente do Ministério Público, em cada passo de sua atuação extrajudicial, deverá aplicar para encontrar o caminho correto a seguir. Esses filtros, que aqui se percebe como um funil, acabarão permitindo que, ao final, o agente ministerial encontre a opção ótima para sua atuação.

Esses limites em nada se afastam dos normalmente utilizados pela própria instituição para controlar atos administrativos, tais como a legalidade, a interdição a arbitrariedade – ou *irregularidad caprichosa* nos dizeres de Recasens Siches –, dever de motivação adequada, finalidade, procedimentalidade, proporcionalidade,

razoabilidade, proteção da confiança legítima, eficiência, além, claro, do dever de proteção à confiança legítima, seja em decorrência dos precedentes, seja em decorrência dos critérios-guia prefixados pela própria instituição.

6. CONTROLES

É chegado o momento de, ciente do problema e com visão panorâmica das balizas, enfrentar nuclearmente o controle.

Se o Ministério Público é instituição destinada a tutelar interesses sociais e individuais indisponíveis, é certo que seus “clientes” são, ao final, os cidadãos. É exatamente por isso que, ao que parece, o controle anterior da atividade do Ministério Público deve iniciar por eles próprios.

Uma maneira sempre citada de controle anterior das atividades do Ministério Público é a escolha feita pelo chefe do executivo de um dos nomes que compõem a lista tríplice para o cargo de Procurador-Geral. Em última análise, a doutrina afirma que, quando a um representante dos cidadãos é atribuída a competência para indicar um dos nomes para a chefia do Ministério Público, em verdade quem está realizando a escolha são os cidadãos mesmos.

A construção teórica é perfeita, mas efetivamente nem aqueles que elegem seus representantes percebem ou se atentam para essa atribuição do chefe do executivo, e em nada influenciam na tomada dessa decisão.

Mais importante é o controle anterior realizado pelos cidadãos ao serem chamados pelo Ministério Público para participarem das audiências públicas nas quais serão eleitas as metas institucionais ou os planos de atuação. Ali, efetivamente, há controle anterior das ações ministeriais.

E não para por aí: os cidadãos sempre são legitimados a apresentarem representações, petições e requerimentos ao Ministério Público solicitando providências em assuntos que lhe interessam. Essas representações, uma vez internalizadas pela instituição, tramitarão nas promotorias e, deliberando o agente ministerial pelo arquivamento, obrigatoriamente notificará o representante para que tome conhecimento de sua decisão.

Mais uma vez o cidadão poderá interferir na sorte de sua pretensão, ao ser-lhe facultado recurso ao Conselho Superior do

Ministério Público contra a deliberação dada pelo agente ministerial em sua representação (seja da espécie que for a deliberação).

Em todos os Ministérios Públicos, ademais, existem hoje implementadas as ouvidorias – por determinação do Conselho Nacional do Ministério Público – e as corregedorias, arenas também de reparação das atividades do Ministério Público e de seus membros.

A cobrança dos cidadãos por atuação do Ministério Público é instrumento poderoso de controle institucional, principalmente pelo fato de a instituição trabalhar rotineiramente com o *marketing* de que existe para servir os cidadãos. Qualquer ranhura nessa imagem que o Ministério Público tenta passar será evitada por seus membros, razão pela qual talvez seja essa a melhor maneira de controle.

Já do ponto de vista do controle realizado por órgãos da administração superior do Ministério Público, o planejamento das atividades ministeriais, as balizas e as orientações partidas, seja do Procurador-Geral de Justiça, do Conselho Superior, do Colégio de Procuradores ou mesmo da Corregedoria, longe de ser afronta à independência funcional, é homenagem à unidade de atuação, servindo de importantíssimo limite aos exercícios da função, na medida em que a própria instituição lançará mãos de critérios guias para que seus agentes exerçam suas funções, mitigando, assim, deliberações tão díspares quanto são as convicções de cada um de seus membros em casos tão similares.

No mesmo sentido, esses órgãos efetuam importantíssimo controle posterior da atividade extrajudicial do Ministério Público, em especial o Conselho Superior do Ministério Público – CSMP. Se todo e cada ato realizado pelo agente da instituição no desempenho de suas funções extrajudiciais deve ser noticiado ao Conselho Superior, é ali a melhor arena para o controle dessas atividades.

Mais, é salutar que o Conselho seja mais ativo nessa atividade, seja compilando suas decisões, que servirão de guia aos membros e de orientação aos cidadãos, seja ditando trilhas seguras aos membros com atuações extrajudiciais para que desempenhem suas funções de maneira a não violar direitos e interesses de outros cidadãos, privilegiando a confiança legítima.

Não é possível, todavia, fechar os olhos para uma situação que praticamente impede o funcionamento desse controle administrativo hierárquico e praticamente passa despercebido daqueles que não pertencem à instituição.

A arquitetura do Ministério Público do Brasil, que privilegiou a ampla democracia e participação de seus membros na definição dos rumos da própria instituição, acabou por revelar a crueldade não do sistema em si, mas dos próprios seres humanos que a integram.

Quando se tem em mira que naquele microcosmos todos os cargos da administração superior são definidos por eleição direta, seja de Procurador-Geral, Corregedor ou Conselheiro, por prazo determinado, permitindo-se a recondução, os ocupantes desses cargos percebem-se reféns dos seus “eleitores”, na medida em que qualquer controle, seja anterior ou posterior, que gere descontentamento na classe redundará invariavelmente na não recondução ou no “enterro administrativo” do membro do Ministério Público.

Em última análise, acredita-se ser essa a essência da falha permanente das instâncias de controle interno, tímidas em exercerem seus misteres, acabando por aceitar os argumentos vazios da independência funcional como sendo uma blindagem aos eleitores – promotores.

Felizmente, o Conselho Nacional do Ministério Público surgiu para suprir essa falha. E tem feito avanços. Com composição híbrida, na qual coexistem membros dos Ministérios Públicos e agentes estranhos aos seus quadros, possui atribuição de rever atos de cunho administrativo – aqui vale observação feita anteriormente sobre a timidez do CNMP em intervir na atividade administrativa finalística da instituição –, com poderes disciplinares que lhe conferem o dever de aplicação de sanções e correção dos atos dos agentes Ministeriais (exceto a perda do cargo).

Parece haver, todavia, importante falha no sistema de controle do CNMP, residente na falta de previsão de quarentena para ocupação por partes de integrantes do Conselho de outras funções públicas que não dependam de concurso público, o que serve de estímulo às “trocas de favores”. Basta recordar, para a construção de uma hipótese, que o agente do Poder Executivo é um dos principais destinatários da atuação ministerial, tendo, não raro, interesse na punição disciplinar dos membros da instituição. Satisfazendo um conselheiro o interesse do agente político que se sente prejudicado pela atuação do Ministério Público, poderá receber, em um momento futuro, cargos ou favores em retribuição.

Em que pese, todavia, esse ponto de tensão no sistema do CNMP, a construção é digna de elogios, e muitos avanços já podem ser percebidos. Não obstante, muito há para se fazer, principalmente no controle das atividades extrajudiciais do Ministério Público,

onde, ao sentir deste trabalho, seria dever não apenas dos órgãos da administração superior, mas também do Conselho Nacional, aplicar a cada etapa os filtros e limites aqui apresentados, buscando, assim, uma atuação planejada, livre de voluntarismos políticos e sobressaltos ideológicos.

Finalmente, a última arena de controle da atuação extrajudicial do Ministério Público é, obviamente, o Judiciário, que, como já se demonstrou, mostra-se imensamente tímido em enfrentar questões ligadas ao controle da discricionariedade na atuação extrajudicial do Ministério Público.

Um controle judicial efetivo levaria em conta cada uma das etapas da atividade extrajudicial do Ministério Público, com avaliações feitas desde a instauração do procedimento correto – inquérito civil público – até a deliberação final, que deverá guardar relação com a proporcionalidade, conforme já visto, e com a eficiência, privilegiando sempre a solução menos gravosa e mais eficiente.

O afastamento do Judiciário do controle dessas atividades com a repetida afirmação de que as funções administrativas do Ministério Público são inquisitoriais e, portanto, afastadas dos princípios que garantem aos cidadãos acesso à atuação dos órgãos do Estado, contraditório, ampla defesa e busca de soluções menos danosas, é ignorar a própria destinação constitucional do Poder Judiciário. É olvidar que nada escapa ao seu controle.

A assunção, pelo Poder Judiciário, de seu dever de controlar os atos administrativos, inclusive os do Ministério Público, é o reconhecimento de que os atos praticados no bojo daquele procedimento são bem mais que uma busca de informações destinadas exclusivamente à própria instituição, sem reflexos nos cidadãos.

O inquérito civil impacta, de uma forma ou de outra, nos interesses dos cidadãos, seja por, não raro, macular-lhes a honra, seja por ser uma rinha onde eventuais conflitos poderão ser resolvidos de maneira célere e econômica, levando-se em conta, ao contrário do controle burocrático judicial, outras questões que cabem ao agente do Ministério Público compor.

Se tanto se investe em conciliações e justiça restaurativas, é dever do Judiciário reconhecer no inquérito civil público uma arena de concerto, arena essa com guias, balizas e freios que, em última análise, deverão ser checados por quem a Constituição atribuiu o controle final.

Essa aparente impossibilidade de controle judicial dos atos praticados pelo Ministério Público na tramitação do inquérito civil, bom destacar, levou, inclusive, à recente proposta pelo Deputado Federal por Goiás, João Campos, do Projeto de Lei 6.745/06, que, além de atribuir competência para a polícia civil, juntamente ao Ministério Público, presidir o inquérito civil público, também “possibilita” o controle judicial na tramitação do inquérito, aplicando-se as mesmas regras do inquérito policial.

Não bastasse a flagrante inconstitucionalidade em se atribuir competência à polícia civil para condução de inquérito destinado a soluções de questões não criminais, ligadas aos direitos transindividuais, o que o projeto pretende, na verdade, é a garantia de um controle judicial efetivo.

Esse controle não depende nem será promovido pela promulgação de uma lei. Para que ocorra, é fundamental uma mudança de postura do judiciário frente as atividades administrativas finalísticas do Ministério Público, reconhecendo serem estas, como repetidamente assentado, não mero campo de colhimento de provas para futuras ações civis públicas, mas direitos dos cidadãos em terem suas necessidades sanadas – ou ao menos que se garanta a tentativa da via – por meios mais céleres e eficazes, bem como direito dos envolvidos no inquérito de não sofrerem gravames além do necessário.

Interessante perceber que o papel do controle, em última análise o judicial, acaba por ditar os rumos dos campos de soluções de conflitos de uma nação. Reconhecendo o judiciário ser o inquérito civil e as atividades extrajudiciais finalísticas do Ministério Público mais que meros instrumentos para se colher elementos para formar a convicção do membro do Ministério Público, passando a ver no inquérito procedimento, pois o que verdadeiramente ele é, restará permitido ao cidadão acesso à carta de garantias próprias dos processos administrativos.

Os agentes ministeriais serão então forçados a compreender uma legalidade bem mais ampla que a estrita, considerando, inclusive, a legalidade formal, no sentido de que será obrigatória, sob pena de as várias decisões tomadas pelo membro do Ministério Público serem viciadas, a realização de todas as etapas do procedimento, demonstrando, de forma rigorosa, o caminho seguido até a tomada de decisão. Isso porque, como bem anotou Vitor Rhein Schirato (2010, p. 33), “a legalidade hodierna [...] estende-se, necessariamente, ao *iter* a ser percorrido pela Administração Pública para a formação do

ato, passando de legalidade meramente material para uma legalidade também formal”.

Com isso, o inquérito será finalmente arena para soluções concertadas de interesses, principalmente os interesses metaindividuais; aliás, campo preferível à solução burocrática do judiciário, alheio aos fatores sociais, econômicos e políticos que ladeiam a questão merecedora de tutela estatal, que acaba por desbordar, como anotou Jolowicz e Cappelletti (1975, p. 249), na “*formalisation of injustice*”. Essa postura judicial passa não apenas pelo abandono das saídas fáceis ao não enfrentamento de questões complexas, como é “futrizar no vespeiro” das atividades do Ministério Público. Passa antes, e com mais razão, no reconhecimento de que o judiciário deve ser arena última na solução de conflitos:

Un sistema de resolución de conflictos es eficiente cuando cuenta con numerosas instituciones y procedimientos que permiten prevenir las controversias y resolverlas, en su mayor parte, con el menor costo posible, partiendo de las necesidades e intereses de las partes, sobre la base del principio de subsidiariedad que se expresa así: ‘las cuestiones deberán ser tratadas al más bajo nivel en la mayor medida posible, en forma descentralizada; al más alto nivel sólo se tratarán los conflictos en que ello sea absolutamente necesario’. Obvio es que, el más alto nivel está dado por el sistema judicial. Los tribunales no deen ser el lugar donde la resolución de disputas comienza. Ellas deben recibir el conflicto después de haberse intentado otros métodos de resolución, salvo que, por la índole del tema, por las partes involucradas o por otras razones el tratamiento subsidiario no sea aconsejable. (HIGHTON; ALVARES, 1995, p. 24-25)

Dessa rápida análise, conclui-se que é passado o momento de perceber na atuação protojudicial do Ministério Público exercício de funções administrativas, inclusive, com outorga de competência discricionária.

Isso, longe de abrir ao membro da instituição a possibilidade de agir arbitrariamente, representa um dever de escolher, nos caminhos que se descortinam, o que garante eficiência e eficácia bem como o causador de menos lesão a todos envolvidos.

A proceduralização e a democratização efetiva do Ministério Público representará, na ponta, destacado progresso no exercício das próprias funções desempenhadas pela instituição.

REFERÊNCIAS

ALESSI, R. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Tomo I. Trad. de Buenaventura Pellisè Prats. Barcelona: Bosh, 1970. p. 07-08.

ALEXYS, R. Zum Begriff des Rechtsprinzips. In: _____. *Recht, Vermanft, Diskurs*. Frankfurt: Shrkamp, 1995.

ANDRADE, J. C. V. de. *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*. 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, ano 2007.

ARANTES, R. B. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Editora Sumaré, 2002.

_____. Ministério Público na fronteira entre a Justiça e a Política. *Justitia*, v. 197, p. 325-335, 2007.

BARNES, J. *La transformación del procedimiento administrativo*. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2008.

BASTOS, C. R. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BÉNÔIT, F.-P. *El derecho Administrativo Francés*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1977.

BONAVIDES, P. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CANOTILHO, J. J. G.. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Introdução ao direito do ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNELUTTI, F. *Tratatto del processo civile*. Diritto e processo. Napoli: Morano Editore, 1958.

CAVALCANTI, T. B. A teoria do silêncio no direito administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 77, ano 36, n. 427, p. 579-580, jan/mar. 1939.

CHIOVENDA, G. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e Cia, 1942.

DA SILVA, L. V. A. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 798, p. 26, abr. 2002.

DAL POZZO, A. A. F. Atuação Extrajudicial do Ministério Público: Dever ou faculdade de agir? In: RIBEIRO, C. V. A. (Coord.). *Ministério Público: reflexões sobre os princípios e funções institucionais*. São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

DAROCA, E. D. *Discricionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*. 2. ed. Navarra: Aranzadi Editorial, 1999.

DECOMAIN, P. R. *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1994.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo. Atlas, 2000.

_____. *Discricionariade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2001.

_____. O Ministério Público como instituição essencial à justiça. In: RIBEIRO, C. V. A. (Org.). *Ministério Público: Reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

DWORKIN, R. *A matter of principle*. Oxford: Clarendon Press, 1992.

_____. *Taking rights seriously*. London: Duckworth, 1987.

ENGLISH, K. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. de João Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

ENTERRÍA, E. G. *Democracia, jueces y control de la administración*. Madrid: Thomson Civitas, 2009.

_____. *La lengua de los derechos*. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

_____.; FERNÁNDEZ, T.-R. *Curso de derecho administrativo I*. 14. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2009.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983.

FERRARI, R. M. M. N. *Direito Municipal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FERRAZ, A. A. M. de C. Anotações sobre os Ministérios Públicos Brasileiro e Americano. *Justitia*, São Paulo, v. 50, n. 144, out/dez 1988.

FINGER, J. C. O Ministério Público pós-88 e a efetivação do Estado Democrático de Direito: Podemos comemorar? In: RIBEIRO, C. V. A. (Org.). *Ministério Público: Reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

FORSTHOFF, E. *Traté de Droit Administratif Allemand*. Trad. de Michel Fromont. Bruxelas: Établissements Émile Bruylant, 1969.

FRAGA, G. *Derecho Administrativo*. México: Editorial Porrúa, 1973.

FRANCO, S. da C. Sobre a conveniência da ampliação das atribuições processuais do Ministério Público como *custos legis*. *Anais do I Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo*, 1971. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1973.

GALLIGAN, D. J. *Discretionary powers*. A legal study of Official Discretion. Oxford: Clarendon Press, 1992.

GARCIA, E. *Ministério Público*. Organização, atribuições e regime jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008. p. 7.

GARCIA, E. Ministério Público: essência e limites da independência funcional. In: RIBEIRO, C. V. A. (Org.). *Ministério Público: reflexões sobre os princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010.

GARCÍA, V. A. *El concepto de necesidad en Derecho Público*. Madrid: Ed. Cívitas, 1996.

GARRAUD, R. *Traite théorique et pratique de Droit Penal Français*. Tomo 1º. Paris: L. Larose et L. Tenin, 1913.

González Pérez, J.; González Navarro, F. *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*. Madrid: Civitas, 1994.

GORDILLO, A. A. *Tratado de Derecho Administrativo*. Capítulo IX, Las funciones del Poder, p. IX-3. Disponível em: <http://www.gordillo.com/tomos_pdf/1/capitulo9.pdf>. Acesso em: 02/02/2011.

GRAU, E. R. *O Direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GUIMARÃES, B. S. A justa causa nas ações coletivas. In: RIBEIRO, C. V. A. *Ministério Público: Reflexões sobre os princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010.

HART, H. L. A. *The Concept of Law* (“O conceito de Direito”). Trad. de Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HIGHTON, E. I.; ALVARES, G. S. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1995.

HYMAN, D. Utility consumer dispute settlement: a regulatory model for medication, arbitration and class advocacy. In: MILLS, Miriam K. (Ed.). *Conflict resolution and public policy*. New York: Greenwood Press, 1990.

JARROSON, C. Justice Douce. Les modes alternatifs de règlement des conflits: Présentation générale. *Revue internationale de droit comparé*, n. 2, p. 325, Avril/Juin. 1997.

JOLOWICZ, J. A.; CAPPELETTI, M. *Public interest parties and the active role of the judge in civil litigation*. New York: Oceana Publications, 1975.

KELSEN, H. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Trad. de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1939.

LIEBMAN, E. T. *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. de Cândido Rangel Dinamarco. v. 1. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Manual de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LIMA, F. A. N. *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil brasileiro como 'custos legis'*. São Paulo: Ed. Método, 2007.

LYRA, R. *Teoria e prática da promotoria pública*. Porto Alegre: SafE, 2001.

MACCORMICK, N. *On reasonableness*. Les notions a contenu variable em Droit. Bruxelles: Bruylant, 1984.

MACHADO, A. C. da C. *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MACHADO, S. M. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público I*. 2. ed. Madri: Iustel, 2006.

MALBERG, C. de. *Teoria general del Estado*. 2. Reimpressão. México: Facultad de Derecho/UNAM/Fondo de Cultura Económica, 2001.

MARQUES NETO, F. A. A nova regulamentação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005a. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 13 de dezembro de 2010.

MARQUES NETO, F. A. *Agências reguladoras independentes*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005b.

_____. Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração. In: SALLES, C. A. de. *Processo civil e interesse público*. São Paulo: RT, 2003. p. 181-198.

_____. Discricionariedade e regulação setorial: o caso do controle dos atos de concentração por regulador setorial. In: ARAGÃO, A. S. de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Entre a independência institucional e o neopatrimonialismo: a distorção da doutrina do promotor natural. In: RIBEIRO, C. V. A. (Org.). *Ministério Público: Reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Ed. Atlas, 2010. p. 135-163.

MATTARELLA, B. G. *L'attività in Trattato di Diritto Amministrativo*. In: CASSESE, S. Tomo Primo, Seconda Edizione. Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 2003.

MAZZILLI, H. N. *Manual do Promotor de Justiça*. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1991.

_____. *O inquérito civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

MEDAUAR, O. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008b.

_____. Administração Pública: do ato ao processo. In: ARAGÃO, A. S. de; MARQUES NETO, F. A. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008a.

_____. *O Direito Administrativo em Evolução*. 3^a ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017

MIRANDA, M. P. de. A recomendação ministerial como instrumento extrajudicial de solução de conflitos ambientais. In: CHAVES, C. et al. (Coord.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MIRANDA, M. P. de. *Comendários à Constituição de 1946*. Tomo III. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960.

MODESTO, P. Função Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Bahia, n. 5, jan./fev./mar./2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 12/12/2010.

MOREIRA NETO, D. de F. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MORENO, F. S. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976a.

_____. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico. *REDA*, n. 8, 1976b.

NERY, N. e R. *Código de Processo Civil comentado*. 8ª ed., São Paulo: RT, 2004

OLIVEIRA, R. F. de. *Ato Administrativo*. São Paulo: RT, 1978.

PASSOS, D. Ministério Público na Constituinte. Brasília: Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, 1985.

PIERANGELLI, J. H. O Ministério Público órgão da justiça. *Justitia*, São Paulo, PGJ/APMP, n. 61, p. 173, 1968.

PINHEIRO, I. Ministério Público novo de guerra. *Jornal Zero Hora*, 06/09/2000.

RASSAT, M.-L. *Le Ministère Public entre son passé et son avenir*. Paris: Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1967.

RECASENS SICHES, L. *Introducción al estudio del Derecho*. México: Porrúa, 1977.

RIBEIRO, C. V. A. (Org.). *Ministério Público: Reflexões sobre os princípios e funções institucionais*. São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

RIBEIRO, C. V. A. Os 20 anos da Constituição de 1988 e o exercício de funções administrativas pelo Ministério Público. *Fórum Administrativo*, Fórum, ano 8, n. 92, p. 54, 2008.

RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 5 ed., Paris: Précis Dalloz, 1970.

RODRIGUES, G. de A. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*. Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério Público: Inquérito Civil Público, Compromisso de Ajustamento de Conduta e Recomendação Legal. In: CHAVES, C. et al. (Coord.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SADEK, M. T. Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-fev-08/entrevista-maria-teresa-sadek-cientista-politica>. Acesso em: 9 de fevereiro de 2009.

_____. *Diagnóstico dos Ministérios Públicos dos Estados*. Disponível em: http://www.conamp.org.br/04_arquivos/pesquisa/diagMP171006.pdf. Acesso em: 05 abr. 2010.

_____. Palestra apresentada na Semana do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em 08/09/2008, com o tema “A construção de um novo Ministério Público Resolutivo”. Disponível em: <http://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/135/constru%C3%A7ao%20novo%20mp_Sadek.pdf?sequence=1>.

SCHIRATO, V. R. O processo administrativo como instrumento do Estado e da Democracia. In: MEDAUAR, O.; SCHIRATO, V. R. (Orgs.). *Atuais rumos do Processo Administrativo*. São Paulo: RT, 2010.

STROBEL, B. A justa causa nas ações coletivas. In: RIBEIRO, C. V. A. (Org.). *Ministério Público: reflexões sobre os princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010.

TROPPIA, Y. M. C. e S. *Função Administrativa no Estado Brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 1994.

SUNDFELD, C. A. *Direito Administrativo Ordenador*. 1. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1992.

TÁCITO, C. Ombudsman – o defensor do povo. *RDA*, Rio de Janeiro, p. 15-25, jan./mar. 1998.

TRASSARD, C. O Ministério Público em França. In: *O papel do Ministério Público*. Coimbra: Almedina, 2008.

PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO NO MANEJO DE SOLUÇÕES CONSENSUAIS DE CONFLITOS PELO ESTADO

Bruno Grego-Santos¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A adoção do consenso na solução de conflitos da Administração Pública. 3. Os riscos do recurso às soluções consensuais de conflitos. 4. Condicionamento da postura administrativa e prevenção da corrupção. 5. Conclusões. Referências.

1. INTRODUÇÃO

De modo no mínimo curioso, a análise da conduta dos gestores públicos no Brasil muitas vezes principia pela presunção de desvio. Esta circunstância demonstra que, ao mesmo tempo em que o pensamento comum acerca das raízes da corrupção é equivocado, equivocadas também são as medidas adotadas para coibir tais condutas.

No direito administrativo contemporâneo, um dos temas que mais atrai a resistência dos puristas é a adoção de soluções consensuais de conflitos pela Administração Pública. Ao lado de tantos argumentos baseados em concepções equivocadas acerca da suposta supremacia e da indisponibilidade do interesse público, de um hipotético regime de legalidade estrita, quebra de impessoalidade e tantas outras oposições, há os que sustentam que a adoção de soluções consensuais de conflitos no âmbito estatal constituiria verdadeira porta para a corrupção.

De pronto nos posicionamos pela absoluta essencialidade das medidas de solução consensual de conflitos para a legitimidade da

¹ Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com estágio de doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e intercâmbio acadêmico na University of Notre Dame Australia. Advogado. Professor da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Procurador Municipal licenciado. Conselheiro da OAB Maringá. Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública e delegado brasileiro na Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Urbano – UNHabitat III. Pesquisador do Centro de Estudos em Direito Administrativo e Urbanístico da Faculdade de Direito da USP. Membro do Grupo de Discussão Comparative Administrative Law Initiative da Yale Law School e membro acadêmico da Procurement Law Academic Network. Venceu o VII Prêmio Innovare na categoria Advocacia, a Láurea Acadêmica da Universidade Estadual de Maringá e a menção honrosa do II Prêmio Francisco Cunha Pereira Filho. bruno@gregosantos.com.br.

Administração Pública contemporânea. No entanto, não se pode sustentar que a solução negociada de conflitos – como qualquer outra atividade da Administração – seja imune a riscos e, portanto, o tema merece enfrentamento, o que se propõe no presente artigo.

É de se destacar que, como premissa investigativa, adota-se a hipótese de que a prevenção à corrupção nos programas de solução consensual de conflitos do Estado não reside em controles formais e procedimentais, mas sim na transformação profunda da postura administrativa, como este autor já teve a oportunidade de sustentar em diversos outros trabalhos (GREGO-SANTOS, 2015; GREGO-SANTOS, 2014-A; GREGO-SANTOS, 2014-B; GREGO-SANTOS, 2014-C).

Trata-se, no entanto, de um tema prospectivo, que nos apresenta mais perguntas que respostas. É o que se desenvolve a seguir.

2. A ADOÇÃO DO CONSENSO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O estudo dos novos paradigmas que a contemporaneidade imprime à Administração Pública se apresenta como um caminho composto por movimentos e tendências que, apesar de não ser linear, permite perceber convergências (GREGO-SANTOS, 2015, p. 71-73).

Nesse sentido, partindo de um câmbio pós-positivista que evolui da vinculação da Administração Pública à lei para a obediência ao direito (CASSESE, 2004, p. 8-10), pode-se perceber a crescente processualização dos mecanismos de tomada de decisão estatal, em um movimento que gradualmente abandona posicionamentos adotados por ato unilateral em favor de soluções construídas dialogicamente com os interessados (MEDAUAR, 2008, p. 405-419).

Essa evolução denota uma mudança essencial no entendimento acerca do interesse público, abrangendo especialmente a titularidade e o método para a sua definição. Assim como na passagem do ato para o processo administrativo, a nova visão acerca do interesse público implica no reconhecimento de que a Administração Pública não detém a prerrogativa de – sequer a legitimidade para – definir unilateralmente o que seria o interesse público a ser promovido por si, mesmo porque o estado atual da sociedade implica na multiplicidade de interesses aos quais pode ser aposto tal rótulo e aplicada a proteção dele consequente (MARQUES NETO, 2002, *passim*). A boa gestão desses interesses públicos, com vistas à

melhor realização possível dos misteres estatais, passa a ser vista como um direito que assiste ao cidadão, fazendo surgir a figura do direito fundamental à boa administração pública (BOUSTA, 2010, p. 461-469).

Diante de todo esse cenário de transformações axiais, verifica-se que a realização desse novo interesse público – ou desses novos interesses públicos –, em busca da realização do direito fundamental à boa administração pública, demanda um ferramental que não está plenamente à disposição da Administração Pública pela simples aplicação das figuras tradicionais contempladas pelo direito administrativo. Surge, assim, o recurso às formas tipicamente privadas, especialmente em matéria contratual, que abrem caminho para um relacionamento mais próximo entre entes públicos e particulares (ESTORNINHO, 1999, *passim*).

Essa aproximação vem cumprir um papel curativo do distanciamento observado nas relações entre o Estado e suas bases de legitimação democrática. Esse movimento de reaproximação se fia grandemente na busca pelo aprofundamento das relações entre os entes estatais e os cidadãos, abandonando-se os velhos posicionamentos marcados pela oposição público *versus* privado em favor da postura cooperativa em busca da realização dos interesses públicos legitimamente definidos.

Ocorre, no entanto, que o potencial transformador desses novos paradigmas não tem sido realizado em sua plenitude. Pelo contrário, esse novo cenário é gravemente ameaçado por uma tendência contraditória a todos os elementos evolutivos expostos: o comportamento da Administração Pública brasileira é marcado por uma crescente judicialização das relações entre os entes estatais e os cidadãos, ao ponto em que a Administração Pública se caracteriza, hoje, como o maior litigante no judiciário nacional (BRASIL, 2012). A situação posta reclama, portanto, por uma nova postura da Administração Pública, voltada à crescente adoção de métodos consensuais de solução de conflitos.

Posicionamo-nos, portanto, por revelar-se como instrumento ótimo à superação do distanciamento entre Estado e sociedade – decorrente grandemente, como sustentado, da sobrejudicialização de suas relações – a consolidação de uma postura de consensualidade na Administração Pública. No campo das demandas dos particulares em face da Administração – campo fértil para a judicialização exacerbada das relações –, a adoção de soluções consensuais de conflitos se revela como comportamento promissor para a promoção da proximidade entre Estado e cidadãos, colaborando assim com a

consolidação da legitimidade democrática das instâncias estatais e o resgate dos valores representados pelos novos paradigmas a vincular a Administração.

A construção desse entendimento, caracterizando a adoção das medidas consensuais de conflitos – com especial foco sobre a transação – como método preferencial de solução de contendas de que faça parte a Administração Pública, é objeto de extenso trabalho científico deste autor (GREGO-SANTOS, 2015), no qual se logrou concluir que a adoção de soluções consensuais de conflitos pelo Estado constitui corolário essencial de democraticidade na sua atuação.

Verifica-se, no entanto, que a adoção de soluções consensuais de conflitos pela Administração Pública não é livre de riscos. Dentre outros fatores – como, por exemplo, as alegações de afronta ao regime de precatórios, a suposta necessidade de controle ou a ultrapassada concepção acerca do óbice oriundo da indisponibilidade do interesse público –, o risco de corrupção na condução dos procedimentos consensuais é preocupação relevante que, sendo o mote deste artigo, é enfrentada nos tópicos seguintes.

3. OS RISCOS DO RECURSO ÀS SOLUÇÕES CONSENSUAIS DE CONFLITOS PELO ESTADO

O estudo das soluções consensuais de conflitos na administração pública, mesmo em uma pesquisa perfunctória, revela de plano a existência de inúmeras resistências fundadas nos mais diversos posicionamentos (GREGO-SANTOS, 2015, p. 153-284). Cabe aqui, portanto, proceder com análise, ainda que breve, dos diversos riscos envolvidos na adoção de soluções consensuais de conflitos pela Administração Pública, reforçando apreciação já precedida em obra anterior.

A adoção de soluções consensuais de conflitos no âmbito estatal – especialmente quando empreendida em procedimento administrativo – não repousa, como não poderia deixar de ser, livre de questionamentos legítimos. Géraldine Chavier, ao tratar da adoção de tais instrumentos pela Administração Pública francesa, destaca que a falta concreta de um litígio instalado – ou seja, a mera expectativa de litígio, – poderia ser considerada motivo insuficiente para que o acordo seja entabulado. É que, ao considerarem-se as regras de direito financeiro relativas às despesas públicas, semelhantes às vigentes no Brasil, faltaria ao litígio em perspectiva

a certeza necessária para a liquidação do pagamento que seja objeto da negociação (2000, p. 548-566).

Tal cenário poderia dar azo, ainda, a dois riscos diferentes decorrentes da solução consensual de conflitos na administração pública, cujo conhecimento é essencial para a sua prevenção. O primeiro deles, menos grave, consistiria em eventual desídia dos servidores na apuração da existência de real litígio em potencial a justificar a firmatura de solução consensual, o que poderia levar a indenizações desnecessárias e, portanto, lesivas ao patrimônio público. Nesse caso, entendemos que a processualização dos procedimentos consensuais é elemento-chave para o sucesso da prática (BRASIL, 2001).

Nesse sentido, a atuação de diversos agentes na formação do entendimento do ente estatal sobre o caso – com a combinação de pareceres técnicos e jurídicos – e a participação dinâmica de órgãos de controle interno permitiriam a mitigação desse risco, sem se descuidar, no entanto, de que os mecanismos de regularidade não prejudiquem a celeridade que constitui um dos pilares da preferencialidade das soluções consensuais de conflitos.

O segundo perigo, de maior gravidade, consistiria na atuação de má-fé dos agentes públicos no sentido de, fomentando fraudes em favor de particulares, darem origem ao seu enriquecimento ilícito (DALLARI, 2005, p. 9-26) e a danos ao erário pelo deferimento de indenizações por procedimento consensual em casos em que não se faz presente litígio em potencial a prevenir, ou ainda pelo deferimento de indenizações desproporcionais à responsabilidade da Administração. No caso de solução consensual de conflitos em contratos administrativos ou no exercício do poder de polícia, tais riscos envolveriam a dispensa indevida do particular de obrigações que efetivamente tenha de cumprir para com a coletividade.

Nesse segundo caso, a atuação dos órgãos de controle interno se faz mais relevante, junto, é claro, da processualização já abordada. Essa atuação serviria, ainda, à garantia da observância da impessoalidade-isonomia no deferimento de soluções consensuais em processos administrativos, buscando assim evitar eventuais privilégios e perseguições que poderiam ser facilitados pela maior flexibilidade com que conta o gestor público ao lançar mão de soluções consensuais de conflitos (MACHADO, 2007, *passim*).

Outro risco da consensualidade na administração pública, que se mostra menos lesivo mas, talvez, com possibilidade de maior frequência, é que a assunção direta e voluntária pela Administração

da responsabilidade pela solução de conflitos relacionados à atuação de seus agentes acabe por gerar uma maior desídia dos servidores em suas atividades diárias, que acabariam por descumprir deveres de cuidado objetivo no cumprimento de suas competências. Vislumbramos o melhor enfrentamento a este risco pela cuidadosa atenção dos entes estatais com o exercício do direito de regresso em relação aos servidores que tenham dado causa ao litígio, curando para que a apuração dessa responsabilidade se dê, tanto quanto possível, no próprio processo administrativo que culmine com a assinatura de solução consensual.

Também pode ser considerado como risco relevante, em sentido inverso aos primeiros expostos, a possibilidade de injusta responsabilização dos agentes administrativos envolvidos no processo administrativo que culmina com a solução negociada. Nesse sentido, um importante elemento a gerar resistência por parte dos representantes da Administração Pública em relação à adoção de métodos consensuais de solução de conflitos – em especial, os membros da Advocacia Pública – reside no temor de responsabilização administrativa e judicial, tanto por parte de superiores hierárquicos quanto por ação dos órgãos de controle externo (FARIA, 2009, p. 93-103).

Encontramos importante iniciativa – ainda não testada na prática, por sua recência – no art. 40 da Lei nº 13.140/2015, que determina que os agentes públicos que tomem parte no processo administrativo que culmine em solução consensual de conflitos na seara administrativa “[...] somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem”.

Verifica-se, pois, que vários riscos relevantes podem ser apurados na adoção de soluções consensuais pela Administração Pública. Conclui-se, no entanto, que o caráter prático desses riscos não implica na impossibilidade teórica de recurso da Administração às soluções negociadas de conflitos; assim como em toda atividade administrativa, os riscos existem e devem ser combatidos pelos instrumentos de controle interno e externo à disposição do Estado.

O sucesso da prática depende, pois, consideravelmente da postura dos agentes estatais que a ela se dediquem. Diante de tal cenário, o movimento final do presente artigo se dedica à investigação do papel da postura do gestor público no fomento à adoção regular

de soluções consensuais de conflitos pela Administração Pública, em exercício que se desenvolve nas páginas seguintes.

4. CONDICIONAMENTO DA POSTURA ADMINISTRATIVA E PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO

Como proposto na introdução, todo o desenvolvimento empreendido no presente artigo leva a uma natural convergência do escopo de análise para o campo da postura do gestor estatal e sua importância para o sucesso das práticas de solução consensual de conflitos na administração pública.

Apesar de todos os fundamentos para a adoção de soluções consensuais de conflitos pela Administração Pública – expostos na primeira parte deste artigo –, o que se verifica é que o cenário atual se mostra consideravelmente árido a estas medidas negociadas. Assim, verifica-se que a concreta adoção de soluções preventivas aos litígios da Administração Pública ainda padece de enormes dificuldades para se consolidar.

Todo esse cenário nos leva a concluir que a Administração Pública brasileira carece de uma transformação da postura de seus gestores em direção ao acolhimento das soluções consensuais de conflitos como instrumentos a serviço da realização de sua missão institucional constitucionalmente substanciada. O movimento final deste artigo se dedica, pois, à investigação desse fenômeno, buscando formular respostas às relevantes questões que se apresentam.

A importância de tal debate se intensifica, a nosso ver, quando se discute a prevenção à corrupção em tais campos. Ora, adiantando entendimento que será edificado nas páginas seguintes, em diversos trabalhos anteriores (GREGO-SANTOS, 2015; GREGO-SANTOS, 2014-A; GREGO-SANTOS, 2014-B; GREGO-SANTOS, 2014-C) este autor se manifestou pela insuficiência de controles formais e procedimentais para a conformação da conduta do gestor público e, assim, a adoção de uma nova postura se faz necessária.

O papel da liderança e do exemplo se revela essencial para o fomento da consensualidade na Administração Pública, irradiando tal postura para toda a sociedade (SIMON, 1955, p. 15-55). Esse papel se relaciona axialmente, em nosso entender, à democraticidade da postura do gestor público.

O exercício do poder em um Estado democrático por um gestor sem intenção democrática nos leva ao “paradoxo democrático” descrito por Manuel Gonçalves Ferreira Filho, em que “a Democracia está em

toda parte, a Democracia não existe em parte alguma” (1979, p. 1-5). É dizer, apesar de profundamente permeado pelo ideal democrático, em nosso Estado, que o povo não se governa, mas simplesmente é governado. Isso nos leva a questionar a “intenção democrática dos democratas” (KEANE, 2004, p. 8-10).

Assim, a superação do “paradoxo democrático” está ligada axialmente às intenções democráticas do gestor público:

A realização da democracia possível, no grau máximo possível, exige que as instituições políticas caiam sob a direção de uma elite de origem democrática, selecionada de baixo para cima, movida pelo interesse comum (FERREIRA FILHO, 1979, p. 79).

Num sistema de separação de poderes, a questão da intenção democrática ganha corpo na medida em que, enquanto no parlamento a representação democrática é mais direta e a postura individual do representante é menos relevante, no executivo, apesar de sua vinculação aos lindes da juridicidade, a intenção do gestor pode cercear a democraticidade da atuação estatal pela sua relevância no exercício pessoal do poder. Isto explica Kelsen:

Não se deve crer, como poderia parecer à primeira vista, que a democracia da execução seja apenas a consequência da democracia da legislação e que a ideia democrática seja tanto mais satisfeita quanto maior é a abrangência do processo da execução pela forma democrática da formação da vontade (2000, p. 80).

O funcionamento satisfatório da administração democrática seria, assim, condicionado à existência de um amplo poder discricionário, mas essa discricionariedade faz com que o conteúdo democrático da atuação estatal esteja mais amplamente sujeito à intenção do gestor público. A intenção democrática pode ser delimitada, nesse cenário, como a postura do indivíduo que, fazendo parte de um sistema deliberativo posto, aceite o resultado da deliberação como vocalização do interesse público, disponibilize-se a adotar este resultado como sua vontade própria – seja ele correspondente ou não à sua vontade inicial – e comprometa-se a agir de acordo com esta visão de necessária proximidade relacional para a concretização do interesse público, de acordo com a “vontade coletiva”, num movimento de responsividade mútua (RICHARDSON, 1997, p. 349-382.).

Tratar-se-ia, portanto, do comprometimento do gestor público com o princípio da soberania popular, influenciado pelas ideias e sentimentos democráticos, tal como apreciado por Tocqueville (1945, V. I, p. 57-60, V. II, p. 303 ss.). Ocorre que, no cenário contemporâneo, a previsão e vigência de princípios já não é

suficiente a distinguir a discricionariedade do arbítrio (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNANDES, 2000, *passim*), e a democraticidade da atuação estatal acaba por depender profundamente da intenção democrática do gestor público (GREGO-SANTOS, 2014-B, *passim*).

Essas conclusões serão de suma importância para a análise da postura do gestor público na prevenção à corrupção nos programas de soluções consensuais de conflitos na administração pública, uma vez que, sem a sua adesão à ideia central, controles meramente formais e procedimentais são ineficazes em conter desvios na sua conduta.

Essa postura positiva e responsável da administração em relação aos instrumentos de consensualidade pode ser sintetizada num conceito de “abertura sincera” do gestor público à solução consensual de conflitos com os particulares (GREGO-SANTOS, 2014-B, p. 289). Abertura, porque a Administração deve tanto permitir o acesso dos cidadãos a processos administrativos para tanto direcionados quanto deve buscar a relação consensual com a sociedade; sincera, pois esse relacionamento há de ser pautado pela verdadeira intenção democrática de conferir consensualidade à atuação estatal, abandonando as práticas cooptativas e os desvios de finalidade.

A mudança de posturas depende assim da fixação de um referencial, de um *totem* externo, já que, no âmbito comportamental, não podemos deixar a contenção das ações do gestor público tão somente ao equilíbrio entre sua própria racionalidade, afetividade e instintividade (NARANJO, 2007, p. 65). Neste sentido, como Loewenstein sustenta,

[...] sendo a natureza humana como é, não nos cabe esperar que o detentor ou os detentores do poder sejam capazes, por autolimitação voluntária, de libertar os destinatários do poder e a si mesmos do trágico abuso do poder. Instituições para controlar o poder não nascem nem operam por si sós, visto que deveriam ser criadas de forma organizada e incorporadas conscientemente no processo do poder (1965, 149).

Como resta evidente da análise até aqui empreendida, apesar da ampla previsão no ordenamento jurídico pátrio de normas e princípios atinentes a garantir a regularidade da atuação estatal pela consensualidade, estes lindes nem sempre são suficientes à garantia de tal regularidade. Pode-se inferir, assim, que se trata de questão de fundo cultural, cuja solução ainda recebe formulações incipientes.

Para esse câmbio cultural, não basta a incorporação de técnicas e a adaptação de instrumentos; o desafio constitui-se em

modificar os próprios hábitos e rotinas da administração, bem como os sistemas de convicção e valores que vêm do próprio modelo de seleção de agentes públicos. Assim, a mudança deve ser prioridade política para o gestor, evitando que as resistências internas e a falta de consolidação de mudanças – fruto da brevidade do ciclo político-eleitoral – levem à “perda da memória” da evolução administrativa (LONGO, 2008, p. 21-22).

A preocupação com a postura do agente público e a relação desta postura com o dever de imparcialidade já há muito ocupa os estudos dos cultores do direito administrativo. Nesse sentido, interessante é a lição de Vieira de Andrade, para quem

[h]á-de ainda a lei salvaguardar a isenção dos funcionários, preferindo formas de recrutamento que facilitem a selecção (imparcial) com base no mérito (administrativo) – sobretudo nos escalões médios e inferiores –, e tomando medidas para que a disciplina partidária ou os interesses pessoais ou de grupos não afectem os serviços públicos. [...] Mas realmente importante é que se evite qualquer domínio ideológico do aparelho administrativo, o que não implica a proibição da actividade política aos funcionários (em certa medida, pelo contrário, estimula a diversidade), nem proscreeve a associação destes para defesa dos seus direitos e interesses, embora possa, especialmente nalguns setores, introduzir-lhes limitações (1966, p. 336).

Consideradas as adaptações demandadas a evitar anacronismos, discordamos respeitosamente em parte do entendimento de Vieira de Andrade. À evidência, é importantíssima a adequação da postura administrativa dos agentes dos escalões de execução; no entanto, entendemos que o campo mais promissor para a transformação da postura administrativa visando à concretização de uma “abertura sincera” – e à realização, assim, do projeto de “Estado Honesto” ou “Administração de Boa Fé” – reside nos estratos de planejamento, gestão e direção públicas.

Com suporte nas lições de Georg Jellinek, Hegel e António Barbosa de Melo, Ana Raquel Gonçalves Moniz expõe que “o poder do Estado de escolher e modelar os princípios e as normas que não integram a ordem jurídica positiva se encontra limitado por um ‘mínimo ético’, por ‘princípios primeiros’ indisponíveis para os poderes públicos” (2013, p. 33-71). Nesse sentido, o “imperativo do direito”, na fórmula de Hegel, alcançaria o seu mínimo ético na dignidade humana, valor último que vincularia toda a atuação estatal, seja do ponto de vista normativo, seja sob o prisma administrativo.

É significativa, nesse sentido, a lição de António Barbosa de Melo, para quem a autoridade administrativa deve atuar em busca

do interesse público, organizando a sua ação com vistas à realização do que lhe parecer reto (1984, p. 115). Desse posicionamento podemos extrair não somente um, mas dois sentidos possíveis para a vinculação da Administração Pública por valores éticos, como interpreta Ana Raquel Gonçalves Moniz.

Num primeiro momento, exsurge da lição de António Barbosa de Melo o já consolidado posicionamento (*topos* que traria fundamento à própria autoridade estatal) de que a atuação do Estado deve ser orientada à consecução do interesse público, do bem comum, tema sobre o qual já nos debruçamos em obra anterior (GREGO-SANTOS, 2015, p. 207-247). Este primeiro aspecto ético seria carregado, pois, de uma perspectiva normativa, frente à subordinação da Administração à regra de precedência (MONIZ, 2013, p. 33-71).

Num segundo sentido, a penetração de valores na atuação estatal resultaria da “articulação privilegiada que [...] se faz sentir entre os princípios da democracia e do Estado de direito”. Tais vinculações importariam na necessária defesa de um conjunto de valores públicos na administração pública, “quer de natureza substantiva (respeito pelos direitos fundamentais, proporcionalidade, imparcialidade, racionalidade), quer de índole procedimental/processual (transparência, garantias procedimentais e processuais)” (MONIZ, 2013, p. 33-71).

À interpretação de Ana Raquel Gonçalves Moniz da lição de António Barbosa de Melo destacamos uma maior ênfase ao papel da postura pessoal do agente público na realização da ética administrativa. Quando Barbosa de Melo revela a importância, para a concretização da ética pública, da atuação de seus agentes com vistas à realização do que lhe parecer reto (BARBOSA DE MELO, 1984, p. 115), concretiza-se um papel – por muitas vezes rejeitado pelos cultores do direito administrativo – da postura pessoal daquele agente na concretização do *mister* público.

Destaca-se, portanto, a importância da transição – ou conciliação (MONIZ, 2013, p. 33-71) – entre os papéis de “servidor público” e de “ator moral independente”, na lição de Mark Moore (1997, p. 294).

Domenico Sorace sustenta o argumento de que a separação entre atividades de autoridade da Administração e as demais atividades estatais seria um parâmetro adequado para a aplicação do regime jurídico público ou privado e, por fim, para a transformação da postura administrativa. Sorace o faz lembrando que o direito administrativo serve justamente à garantia do bom andamento e

da imparcialidade da Administração – princípios da Administração Pública contemplados no regime constitucional italiano –, evitando tanto privilégios quanto a ineficiência. Uma reforma administrativa, assim, não pode ser utópica nem a-histórica (SORACE, 1996, p. 381-405).

Aderimos em parte à posição de Domenico Sorace, no sentido de entender que o cerne da transformação da postura administrativa não reside em um rol específico de atribuições conferidas a cargos públicos – algo que, inclusive, já é contemplado por nosso direito administrativo –, mas sim na atuação sobre os próprios atores encarregados desses papéis. Entendemos, no entanto, que a segregação proposta inverteria os mecanismos de transformação administrativa, ao menos no caso brasileiro.

O apego a normas que instituem controles formais e procedimentais para a transformação administrativa constitui, justamente, um dos fatores de prejuízo à transformação administrativa. Como aqui desenvolvido, parece próprio do cenário cultural da Administração Pública – ou, ao menos, da Administração Pública ibero-americana – o descolamento entre a postura de gestores públicos e os movimentos de transformação administrativa expressos na Lei.

Assim, serve de pouco ou nada a instituição de medidas de transformação comportamental instituídas em normas que recorram a controles formais ou procedimentais, uma vez que a implementação de verdadeiras transformações na postura dos agentes públicos depende da sua adesão à ideia central da transformação e de seu comportamento ativo em direção à realização de tal ideia (GREGO-SANTOS, 2015, p. 269-284).

Deve-se atentar, pois, para o fato de que a evolução do direito administrativo – aqui, sob o prisma normativo – pode não passar de mera intenção (RIBEIRO, 1996, p. 342), caso não conte com a aderência dos agentes públicos e dos operadores do Direito. É o que se tem verificado em diversos casos contemporâneos, como na consolidação de garantias ao particular que, apesar de juridicamente ampliadas e reforçadas de maneira sensível pelo direito administrativo, “a prática administrativa e judicial manteve-as no nível anterior, quando não as diminuiu efetivamente” (AMARAL, 1985, p. 237-249).

Apesar de a afirmação acima – formulada por Diogo Freitas do Amaral ainda na década de 1980 – referir-se ao cenário português, o seu conteúdo poderia ser transportado sem maiores adaptações

para a realidade brasileira. Como se há visto, apesar de diversas disposições constitucionais elegerem a dignidade da pessoa humana e as garantias do cidadão como eixo central do Estado, ainda há inúmeros juristas e agentes públicos que enxergam a Administração Pública como um fim em si mesma, dotada de um mítico poder de conferir supremacia aos interesses conferidos à sua guarda, ainda que seja impossível, ou ao menos pouco provável, defini-los com precisão em todos os casos a si submetidos.

Por mais que tais circunstâncias não sejam reconhecidas, é justamente essa concepção pela supremacia e autossuficiência da Administração Pública que, com os seus profundos impactos culturais sobre o funcionalismo, por vezes abre as portas para que a prática de eventuais desvios em atos de solução consensual seja mais aceitável do ponto de vista pessoal do agente.

Destaca-se, portanto, o alerta de Rui Machete no sentido de que “mais ainda que o legislador, tem sido a prática administrativa e a jurisprudência que a aprecia, que se têm manifestado pouco sensíveis às mutações constitucionais” (MACHETE, 1991, p. 372).

A exemplo das instituições de controles formais e procedimentais, de origem normativa, que resultaram apenas parcialmente em transformações insuficientes da postura administrativa, o direito administrativo brasileiro ostenta a Reforma Administrativa concretizada pela Emenda Constitucional nº 19/1998. O seu propósito fundamental, como destacam Sérgio Ferras e Adilson Abreu Dallari, era a “[...] substituição do antigo modelo burocrático, caracterizado pelo controle rigoroso dos procedimentos, pelo novo modelo gerencial, no qual são abrandados os controles de procedimentos e incrementados os controles de resultados” (2000, p. 77-78). Vimos, por exemplo, a elevação da eficiência à categoria de princípio constitucional explícito da Administração Pública, o que significaria “[...] que é preciso superar concepções puramente burocráticas ou meramente formalísticas, dando-se maior ênfase ao exame da legitimidade, da economicidade e da razoabilidade, em benefício da eficiência” (FERRAZ; DALLARI, 2000, p. 77-78).

Não se pode sustentar, no entanto, passados dezessete anos, uma virada de século e de milênio, que tal medida tenha surtido efeitos concretos na mudança da postura administrativa dos gestores estatais. Quando muito, obteve-se mais um parâmetro de controle formal e procedimental, a crescer-se à miríade de motivos para que a Administração Pública se torne cada vez mais uma atividade de justificação, e não de concretização.

Esse papel pouco eficiente – e, por vezes, tóxico – da preferência por mecanismos formais de conformação da Administração Pública é esclarecido por Dallari:

Formalismo é a antítese da garantia da forma. A exigência de requisitos formais para a produção de atos jurídicos visa proteger o cidadão contra abusos de poder. Já o formalismo é um meio sutil de constringer o cidadão e comprometer o livre exercício de seus direitos (2008).

O presente artigo se posiciona, portanto, pela necessidade de construção de um modelo de transformação da postura administrativa para a prevenção de atos de corrupção em programas de solução consensual de conflitos. É dizer: a adoção de controles formais e procedimentais tem se mostrado profundamente inócua do ponto de vista preventivo em tal matéria e, portanto, cabe ao Direito Administrativo sondar novos caminhos para tanto.

Esta, naturalmente, não é uma conclusão confortável nem uma sugestão de fácil atendimento; a academia, no entanto, deve sempre curar da sondagem prospectiva e, portanto, nos momentos iniciais algumas perguntas podem ser mais importantes que as próprias respostas.

5. CONCLUSÕES

Não restam dúvidas de que a adoção de soluções consensuais para os conflitos em que se envolve o Estado é medida essencial para a plena realização de missão institucional ínsita ao exercício da administração pública. Nesse sentido, não resistem a uma análise acurada as diversas resistências a esta evolução, o que se revela pela voz da literatura de vanguarda.

O posicionamento do presente artigo, no entanto, não se abstém de expor os riscos potencialmente advindos da solução consensual de conflitos na administração pública. Conclui-se, apesar disso, que o caráter prático desses riscos não implica na impossibilidade teórica de recurso da Administração às soluções negociadas para os seus conflitos; assim como em toda atividade administrativa, os riscos existem e devem ser combatidos pelos instrumentos de controle interno e externo à disposição do Estado.

Diante de todo o exposto, pode-se afirmar que o risco de atos de corrupção envolvendo o manejo de soluções consensuais de conflitos pela Administração Pública – risco este presente em qualquer campo da atividade administrativa – não constitui óbice razoável para tal.

Cabe, portanto, aprofundar o estudo acerca das circunstâncias que levam ao desvio com vistas à sua prevenção ótima.

Nesse particular o presente artigo adota uma postura prospectiva. É dizer: mais do que procurar propor soluções, o trabalho tem por mirada sondar as verdadeiras origens do problema, e as relações entre os mecanismos atuais de prevenção e a ocorrência de desvios de conduta na adoção de soluções consensuais de conflitos.

É aí que se pode observar, com considerável segurança, que a adoção de controles meramente formais e procedimentais não é suficiente à prevenção da corrupção em programas de solução negociada de conflitos. Ora, na medida em que o conteúdo da atuação estatal é essencialmente determinado pela postura do agente público, o objetivo das medidas preventivas deve ser buscar a adesão dos agentes públicos ao ideário de uma administração honesta, uma vez que garantir formalismos é meramente formalizar garantias.

Revela-se necessária, portanto, efetividade.

Verifica-se que o sucesso da adoção de soluções consensuais de conflitos pela Administração Pública só pode ser obtido por postura proativa da Administração em relação aos instrumentos de consensualidade ou, na expressão cunhada, pela “abertura sincera” do gestor público à solução consensual de conflitos com os particulares. Essa postura se revela, no entanto, passível de transformação, o que desperta a possibilidade de consolidarem-se as práticas sistemáticas de transação extrajudicial na administração pública.

Os diversos caminhos para a conformação da postura administrativa ainda se deitam diante de nós, encobertos pelas brumas que antecedem ao fenômeno do conhecimento. Resta aberta, portanto, a via para que tais sondagens sejam empreendidas pela literatura e convertidas em prática, com a recomendação de que, suportando-se na experiência anterior, guardemos o foco sobre a intenção democrática do gestor público, em vez de deitar fé sobre controles que, por vezes, só servem à ocultação da burla.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Diogo Freitas do. A Evolução do Direito Administrativo em Portugal nos últimos dez anos. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 80, p. 237-249, jan. 1985.

BARBOSA DE MELO, António. Introdução às formas de concertação social. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 60, p. 115, 1984.

BOUSTA, Rhita. *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*. Paris: L'Harmattan, 2010.

BRASIL. CONSELHO Nacional de Justiça. *Os 100 maiores litigantes*. Brasília: CNJ, 2012.

_____. TRIBUNAL de Contas da União. Consulta nº 007.425/2000-3. Rel. Min. Guilherme Palmeira. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 24 jan. 2001.

CASSESE, Sabino. *Corso di Diritto Amministrativo: Istituzioni di Diritto Amministrativo*. V. I. Milano: Giuffrè, 2004.

CHAVRIER, Géraldine. Réflexions sur la transaction administrative. *Revue Française de Droit Administratif*, Paris, n. 3, p. 548-566, mai.-jun. 2000.

DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, a. 3, n. 9, p. 9-26, jan.-mar. 2005.

_____. Formalismo e abuso de poder. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 16, out.-dez. 2008.

EASTON, Peter. SÉNÉGAL: Fonctionnement de la démocratie à la base. *Notes CA*, Paris, Banque Mondiale, n. 16, p. 3, jan. 2000.

ESTORNINHO, Maria João. *Fuga para o Direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999.

FARIA, Roberto Gil Leal. Por que são efetivados poucos acordos nos Juizados Especiais Federais? *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 24, p. 93-103, 2009.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 77-78.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *A democracia possível*. São Paulo: Saraiva, 1979. P. 79.

FOUGÈRE, Louis. *La fonction publique*. Bruxelles: Unesco, 1966. P. 336.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDES, Tomas-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madri: Civitas, 2000.

GREGO-SANTOS, Bruno. *Transação extrajudicial na administração pública*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

_____. Advocacia Pública e Combate à Corrupção: Introdução. *In: GREGO-SANTOS, Bruno; CARVALHO NETO, Joaquim Mariano Paes de; BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALOSSO, William. (Org.). Temas Avançados da Advocacia Pública IV: Advocacia Pública e Combate a Corrupção*. Curitiba: ESAPR, 2014. P. 9-24.

_____. Intenções Democráticas: A postura do gestor público como condicionante à concretização da democracia substantiva. *In: CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; STELZER, Joana; BIRNFELD, Liane Francisca Hüning. (Org.). Direito e Administração Pública I*. São Paulo: Conpedi, 2014. P. 272-298.

_____. Controle Social e Responsividade dos Orçamentos Públicos. *In: GREGO-SANTOS, Bruno; CARVALHO NETO, Joaquim Mariano Paes de; BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALOSSO, William. (Org.). Temas Avançados da Advocacia Pública IV: Advocacia Pública e Combate a Corrupção*. Curitiba: ESAPR, 2014. P. 121-176.

KEANE, John. *Democracy: the rule of nobody?* Berlin: Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, 2004.

KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1965.

LONGO, Francisco. Introducción. Los directivos públicos ante los retos de la gobernanza contemporánea. *In: LONGO, Francisco; YSA, Tamyko (eds.). Los escenarios de la gestión pública del siglo XXI.* Barcelona: Bellaterra, 2008. P. 21-22.

MACHADO, Hugo de Brito. Transação e arbitragem no âmbito tributário. *Revista Forum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, a. 5, n. 28, jul.-ago. 2007.

MACHETE, Rui Chancerelle de. *O processo administrativo gracioso perante a constituição portuguesa de 1976.* Lisboa: Fundação Oliveira Martins, 1991.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos.* São Paulo: Malheiros, 2002.

MEDAUAR, Odete. Administração pública: do ato ao processo. *In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito administrativo e seus novos paradigmas.* Belo Horizonte: Fórum, 2008. P. 405-419.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Direito, ética e Estado: Brevíssimas reflexões em diálogo com Barbosa de Melo. *In: CORREIA, Fernando Alves; SILVA, João Calvão da; VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos; CANOTILHO, Joaquim José Gomes; CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo.* Coimbra: Almedina, 2013. P. 33-71.

MOORE, Mark H. *Creating public value.* Cambridge: Harvard University Press, 1997.

NARANJO, Claudio. *Cambiar la Educación para Cambiar el Mundo.* Barcelona: La Llave, 2007.

RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade da Administração Pública.* Coimbra: Almedina, 1996. P. 342.

RICHARDSON, Henry S. Democratic intentions. *In: BOHMAN, James; REHG, William (eds.). Deliberative democracy: essays on reason and politics.* Cambridge: MIT, 1997. P. 349-382.

SIMON, Yves. *Philosophie de le gouvernement démocratique*. (Filosofia do governo democrático / trad. Edgard Godói de Mata-Machado). Rio de Janeiro: Agir, 1955.

SORACE, Domenico. Come rifare la pubblica amministrazione italiana e il suo diritto? *Diritto Pubblico*, Padova, a. 2, n. 2, p. 381-405, mai.-ago. 1996.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. New York: Vintage Books, 1945.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. A imparcialidade da Administração como princípio constitucional. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 50, p. 219-246, 1974.

INQUÉRITO CIVIL: ENTRE AVANÇOS E RETROCESSOS – ANÁLISE CRÍTICA DO PLS Nº 233/2015

Cláudio Smirne Diniz¹

Eduardo Cambi²

Mauro Sérgio Rocha³

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dos anseios por avanços. 2.1. Cooperação para a produção de provas. 2.2. Inclusão da figura do informante confidencial. 2.3. Inclusão de formas de colaboração premiada na legislação civil. 2.4. Responsabilização decorrente da não colaboração com as investigações do Ministério Público. 2.5. Requisição de documentos acobertados pelo sigilo bancário. 2.6. Fonte de custeio para perícias técnicas no inquérito civil. 2.7. Comunicação de atos processuais, preferencialmente, por meio eletrônico. 3. Ameaças de retrocessos contidos no PLS nº 233/2015. 3.1. Prazos para instauração e conclusão. 3.2. Representações anônimas. 3.3. Contraditório no inquérito civil. 3.4. Responsabilização do agente do Ministério Público pelo uso indevido de informações e documentos. 3.5. Desnecessidade de comunicação do deferimento do inquérito civil ao Conselho Superior ou à Câmara de Coordenação e Revisão. 3.6. Atuação criminal do membro do Ministério Público que realizou investigações no âmbito cível. 4. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente ensaio apresenta os principais contornos acerca do inquérito civil, destacando sua relevância para a tutela dos interesses transindividuais. De outro lado, apresenta algumas propostas de aprimoramento, de forma a ajustá-lo à complexidade das novas demandas. Ao final, destaca as ameaças de retrocessos que podem advir do PLS nº 233/2015, em trâmite perante o Senado Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela dos interesses transindividuais. Inquérito Civil. PLS nº 233/2015.

ABSTRACT: This paper presents the main outlines about the civil inquiry, highlighting its relevance to the protection of transindividuals interests. On the other hand, it presents some proposals for improvement, in order to

1 Promotor de Justiça (MPPR). Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça. Mestre e Doutor em Direito (PUC-PR). Professor de Direito Administrativo da FEMPAR, Universidade Positivo e Cejur.

2 Promotor de Justiça (MPPR). Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça. Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF). Mestre e Doutor em Direito (UFPR). Professor de Direito Processual Civil da UENP e da UNIPAR.

3 Promotor de Justiça (MPPR). Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça. Coordenador do Núcleo de Controle Abstrato de Constitucionalidade. Mestre em Direito (UEM). Doutor em Direito (UFPR). Professor de Direito Processual Civil da FEMPAR e Cejur.

adjust it to the complexity of the new demands. Finally, it highlights the threats of setbacks that may arise from the PLS 233/2015, in proceedings in the Senate.

KEYWORDS: Transindividuais interests protection. Civil inquiry. PLS 233/2015.

1. INTRODUÇÃO

A categoria dos interesses transindividuais constitui-se em *gênero*, decomposto, sob o aspecto legal e doutrinário, em três diferentes *espécies*: i) os interesses *difusos*, caracterizados pela indivisibilidade de seu objeto, sendo seus titulares não determinados, nem mesmo determináveis, embora se encontrem ligados por circunstâncias de fato, ainda que não muito precisas (CDC, art. 81, parágrafo único, I); ii) os interesses *coletivos*, de natureza indivisível, cuja titularidade pertence a grupo determinado ou determinável de pessoas, ligadas por uma mesma relação jurídica básica (CDC, art. 81, parágrafo único, II); e iii) os interesses *individuais homogêneos*, de natureza divisível, cujos titulares são perfeitamente identificáveis (CDC, art. 81, parágrafo único, III)⁴.

Trata-se de nova dimensão de direitos, revestidos de certas peculiaridades que, justamente por isso, não se amoldam à tradicional bipartição estabelecida entre o público e o privado. Em síntese, os interesses transindividuais encerram um conjunto de valores, tutelados juridicamente, que não interessam somente a um ou a outro indivíduo, isoladamente considerado. Na mesma medida, não se inserem na esfera jurídica de interesses do Estado, sendo, por vezes, até mesmo contrários a estes.

Constitui-se o inquérito civil o instrumento confiado ao Ministério Público para a tutela desses interesses transindividuais. Presidido, com exclusividade⁵, pelo próprio Ministério Público, trata-se de procedimento inspirado no Inquérito Policial e transposto para esse novo campo de tutela.

4 É necessário compatibilizar a destinação social e constitucional do Ministério Público com a defesa do interesse a ele cometido na legislação infraconstitucional. No caso de interesses individuais homogêneos e até coletivos, a iniciativa do Ministério Público só pode ocorrer quando haja conveniência social em sua atuação, conforme esclarece a Súmula 7 do CSMP do Estado de São Paulo: é “*preciso que tais interesses tenham expressão para a coletividade, seja pela extraordinária dispersão dos lesados, seja por conveniência da coletividade, e pela necessidade de zelo pelo funcionamento do sistema econômico, social e jurídico. Ausentes esses pressupostos, os lesados deverão requerer indenização em ações individuais*”. Verificar, ainda: STF, AI 839152 AgR/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 07/02/2012; STF, RE 500879 AgR/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10/05/2011; STF, AI 516419 AgR/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 16/11/2010.

5 Dentre os co-legitimados à ação civil pública, apenas o Ministério Público pode instaurar inquérito civil. A União, os Estados, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações ou as associações civis, antes de propor a ação civil pública, é natural que recolham elementos de convicção; porém, o farão em procedimentos diversos.

Em seu curso são coletadas as provas destinadas à formação da convicção acerca de determinado fato ou circunstância⁶. Vale dizer, por meio do inquérito civil, viabiliza-se a investigação civil desenvolvida pelo Ministério Público em sua linha de atuação e, com isso, propicia-se o exercício responsável da ação civil pública e/ou a produção de recomendação administrativa ou, ainda, a tomada do termo de ajustamento de conduta, bem como, se for o caso de ausência de ameaça ou de lesão à ordem jurídica, caminha-se para a promoção de arquivamento.

Instrumento de envergadura constitucional, inerente às funções institucionais do Ministério Público, voltado à investigação de fatos relacionados à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III), o inquérito civil encontra previsão na Lei nº 7.347/1985 (arts. 8º e 9º), na Lei Complementar nº 75/1993 (art. 6º, VII; art. 7º, I) e na Lei nº 8.625/1993 (art. 25, IV, e art. 26, I). No plano infralegal, foi disciplinado pela Resolução nº 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Extraí-se desses marcos regulatórios suas características essenciais, a exemplo da *unilateralidade*, da *facultatividade*, da *informalidade* e do *caráter inquisitivo*, desvinculando-o, assim, da submissão ao contraditório e à ampla defesa.

A incumbência da tutela dos interesses transindividuais, conferida em caráter não exclusivo ao Ministério Público, possui extrema relevância, sobretudo quando se considera a potencialização da eficácia dos provimentos jurisdicionais, sem que com isso se descuide da priorização das soluções extrajudiciais dos conflitos, não raras vezes até mesmo em caráter preventivo, nas hipóteses nas quais o risco de lesão a direitos é antevisto.

Sucedede que o inquérito civil carece de certos *aperfeiçoamentos* tendentes a expandir a sua eficácia, ajustando-o às modernas tendências da *lógica investigativa*. Não obstante, reformas legislativas em andamento ameaçam retrocedê-lo.

Aliás, lembre-se que várias propostas legislativas já procuraram limitar o alcance do inquérito civil. O Projeto de Lei nº 2.961/97 buscava tipificar como crime de *abuso de autoridade* a instauração de inquérito civil, policial ou administrativo, ou propor ação de natureza civil, criminal ou de improbidade, com propósito de perseguição ou para satisfazer simples sentimento pessoal ou convicção política ou, ainda, da mesma forma, criminalizar também

6 STJ. REsp. 448.023-SP. Rel. Min. Eliana Calmon. J. 20.05.2003.

como abuso de autoridade, qualquer manifestação do magistrado, do membro do Ministério Público, do membro de Tribunal de Contas, da autoridade policial ou da autoridade administrativa, por qualquer meio de comunicação, de opinião sobre investigação, inquérito ou processo, ou, ainda, a permissão de acesso de fatos ou informações de que tenham ciência em razão do cargo e que violem o interesse público e o sigilo legal, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Não tendo prosperado o aludido projeto de lei, propôs-se a denominada Emenda Constitucional da *mordaza*, que apresentava os mesmos objetivos do projeto de lei.

A Medida Provisória nº 2.088, editada inicialmente em 29 de dezembro de 2000, estabeleceu, como ato de improbidade, a instauração temerária de inquérito policial ou procedimento administrativo e a proposição de ação de natureza civil, criminal ou de improbidade, quando se atribuía a outrem fato que sabia inocente. Possibilitava-se, ainda, no prazo da contestação, a reconvenção, meio pelo qual se suscitava a improbidade do agente ministerial que propôs a ação.

Também, tentou-se estabelecer, quando o pedido de condenação pela prática de ato de improbidade administrativa fosse considerado manifestamente improcedente, a condenação, nos próprios autos, a pedido do réu, do agente público que propôs a ação ao pagamento de uma multa de até R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais).

Além disso, o denominado anteprojeto Artur Virgílio propunha alterar os artigos 8º e 9º da Lei nº 7.347/85, estabelecendo que o Inquérito civil, instrumento de investigação dos fatos, em tese, considerados como ímprobos, só poderia ser instaurado pelo Procurador-Geral de Justiça, ainda que preservasse a qualquer membro a instauração de um procedimento preparatório.

E mais, o mesmo anteprojeto previu a figura do “interessado”, que poderia intervir na fase inquisitiva, além da existência de recurso em face da instauração do Inquérito Civil, com a possibilidade de o Conselho Superior do Ministério Público atribuir-lhe efeito suspensivo, restringir seu objeto ou, até mesmo, determinar o seu trancamento.

Se isso não bastasse, tentou-se impor o prazo de seis meses para conclusão do inquérito civil, autorizando sua renovação apenas pelo tempo necessário à realização de diligências imprescindíveis. Com isso, promover-se-ia o trancamento em massa de inquéritos civis, pois partia-se da premissa de que o Ministério Público não

tinha estrutura suficiente para concluir os inúmeros Inquéritos Cíveis em prazo tão restrito.

Atualmente, preocupa o PLS nº 233/2015, de autoria do Senador Blairo Maggi, que dispõe sobre o inquérito civil, sobre procedimentos administrativos e correlatos a cargo do Ministério Público. Por meio dele pretende-se adotar regras tendentes a conferir ao inquérito civil maior rigor procedimental, submetê-lo ao contraditório e restringir-lhe a publicidade, violando-se, injustificadamente, preceitos de ordem pública. É esse o objeto do presente estudo, do qual se passa a tratar.

2. DOS ANSEIOS POR AVANÇOS

Três fatores sugerem aperfeiçoamentos na disciplina do inquérito civil: i) a identificação de *pontos de estrangulamento*, observados em sua aplicação, desde seu primeiro regramento trazido pela Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública); ii) a gradativa *ampliação da complexidade* dos fatos jurídicos apurados pelo mencionado instrumento, a exemplo da frequente remessa ao exterior de recursos de origem ilícita, indicando a necessidade das investigações do Ministério Público desenvolverem-se em sintonia com os modernos mecanismos de cooperação internacional; e iii) *inovações tecnológicas* que podem ser assimiladas e transpostas para o inquérito civil, de forma a torná-lo mais célere e, portanto, mais eficiente. Passa-se a justificar cada uma das propostas.

2.1. Cooperação para a produção de provas (PLS 233/2015, art. 16º, § 7º)

Não obstante a necessidade da colaboração de outros órgãos do Ministério Público para a realização de diligências em localidades diversas da sede do local da autoridade que preside o inquérito, o PLS nº 233/2015 poderia ter sido mais sofisticado, vindo a contemplar técnicas de produção de prova mais ágeis, a fim de assegurar, no âmbito da investigação pelo Ministério Público, a garantia da duração razoável do inquérito civil.

Assim, o PLS nº 233/2015, para melhor se coadunar com a Constituição Federal, o Código de Processo Penal e o Novo Código de Processo Civil, poderia admitir a prática de atos procedimentais por meio de *videoconferência* ou *outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real*, sem que, com isso, haja qualquer prejuízo às investigações.

Na verdade, soa um tanto anacrônico o quanto disposto no § 13 do art. 16 do PLS nº 233/2015, no tocante às declarações e aos depoimentos, os quais deverão ser prestados sob compromisso e *serão tomados a termo* pelo membro do Ministério Público e assinado pelos presentes. Pondera-se que, no século XXI, não há mais sentido à tomada de declarações ou depoimentos não gravados, assim como mostra-se impossível ignorar a assinatura digital e insistir na expedição de cartas precatórias, quando estão disponíveis outros meios mais rápidos e eficientes na colheita as provas.

A partir da Lei nº 11.900/2009, que alterou a redação dos parágrafos do art. 185 do Código de Processo Penal, passou-se a admitir, ainda que excepcionalmente, a realização de interrogatório de réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

Por sua vez, o Novo Código de Processo Civil foi além para recomendar, expressamente, o uso da tecnologia para facilitar a colheita das provas. “Art. 236. Os atos processuais serão cumpridos por ordem judicial. (...). § 3º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real”. O tratamento estende-se ao depoimento pessoal (NCPC, art. 385, § 3º), à inquirição de testemunhas (NCPC, art. 453, § 1º) e à acareação (NCPC, art. 461, § 2º).

O Novo Código de Processo Civil também prevê regras (arts. 26 a 36) que poderiam ser trazidas para o PLS nº 233/2015, de maneira a possibilitar a *cooperação* dos membros do Ministério Público brasileiro com integrantes de órgãos de investigação assemelhados no exterior⁷.

2.2. Inclusão da figura do informante confidencial

Outro tema importante em relação ao aperfeiçoamento das investigações no Brasil, especialmente de esquemas de corrupção, é a necessidade de regulamentação do inc. XIV do art. 5º da Constituição Federal para preservar o *sigilo da fonte de informação*.

Conforme dispõe o art. 450 do NCPC, ao arrolar a testemunha, a parte deve informar, na medida do possível, o nome, a profissão, o estado civil, a idade, o número da inscrição no Cadastro de Pessoas

⁷ A Operação Lava Jato, coordenada pelo Ministério Público Federal, conseguiu repatriar para o Brasil milhões de dólares desviados da Petrobrás, mediante a cooperação com agentes ministeriais de diversos países. Tal experiência não pode ser ignorada pelo PLS nº 233/2015, devendo ser incorporadas regras de cooperação internacional nos procedimentos de coletas de provas e apuração de fatos ilícitos pelo Ministério Público.

Físicas, o número de registro de identidade e o endereço completo da residência ou do local de trabalho. O NCPC e a legislação especial não preveem a figura do *informante confidencial*⁸.

Na investigação relacionada à prática de atos de corrupção, quando a medida for essencial à obtenção de dados ou à incolumidade do noticiante ou por outra razão de relevante interesse público, o informante confidencial apresenta-se como uma forma de possibilitar, ao Ministério Público, a obtenção de informações essenciais para melhor investigar⁹.

Ressalva-se que o informante confidencial deve ser um *ponto auxiliar* de investigação, não podendo a condenação, por evidente, estar baseada apenas nesse depoimento prestado. Sendo o conhecimento da identidade do informante confidencial essencial ao caso concreto, o Ministério Público pode optar, com o consentimento do informante, em revelar a sua identidade ou perder o valor probatório do depoimento prestado, ressalvada a validade das demais provas produzidas no processo.

Ademais, comprovada a falsidade *dolosa* da imputação feita pelo informante confidencial, a sua identidade deve ser revelada para possibilitar a responsabilização pelos crimes de denúncia caluniosa ou de falso testemunho, sem prejuízo das sanções civis.

Foi nesse sentido que, a partir da experiência da Operação Lava Jato, o Ministério Público Federal, no anteprojeto de iniciativa popular, fez a seguinte proposição:

Art. 1º Esta Lei disciplina, nos termos do art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal, o sigilo da fonte da informação que deu causa à investigação relacionada à prática de atos de corrupção.

Art. 2º Nas esferas administrativa, cível e criminal, poderá o Ministério Público resguardar o sigilo da fonte de informação que deu causa à investigação relacionada à prática de ato de corrupção, quando se tratar de medida essencial à obtenção dos dados ou à incolumidade do noticiante ou por outra razão de relevante interesse público, devidamente esclarecidas no procedimento investigatório respectivo.

Parágrafo único. O Ministério Público poderá arrolar agente público, inclusive policial, para prestar depoimento sobre o caráter e a confiabilidade do informante confidencial, os quais

8 Tal sugestão se insere no esforço, produzido pela Operação Lava Jato, de repensar medidas de prevenção e de repressão à corrupção, que recolheu, em pouco mais de sete meses, mais de dois milhões de assinaturas em todo o país. Tornou-se uma das medidas inseridas nesse projeto de iniciativa popular, que, não obstante à sinalização dos eleitores, ainda encontra-se tramitando, a passos lentos, na Câmara dos Deputados. Conferir: <http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas> Acesso em 12 de janeiro de 2016.

9 DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Informantes confidenciais e anônimos: perspectivas para atuação mais eficiente do Estado a partir de uma análise comparativa do tratamento jurídico nos EUA e no Brasil. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coords.). *Ministério Público e princípio da proteção eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 39-62.

deverão resguardar a identidade deste último, sob pena de responsabilidade.

Art. 3º Ninguém poderá ser condenado apenas com base no depoimento prestado por informante confidencial.

Art. 4º No caso do conhecimento da identidade do informante confidencial ser essencial ao caso concreto, o juiz ou tribunal, ao longo da instrução ou em grau recursal, poderá determinar ao Ministério Público que opte entre a revelação da identidade daquele ou a perda do valor probatório do depoimento prestado, ressalvada a validade das demais provas produzidas no processo.

Art. 5º Comprovada a falsidade dolosa da imputação feita pelo informante confidencial, será revelada a sua identidade e poderá ele responder pelos crimes de denúncia caluniosa ou de falso testemunho, sem prejuízo das ações cíveis cabíveis.

Considerando, assim, a relevante contribuição que o informante confidencial poderá trazer para a coleta de provas, especialmente na área da moralidade administrativa, seria oportuna a incorporação de tal figura no PLS nº 233/2015.

2.3. Inclusão de formas de colaboração premiada na legislação civil

Sabe-se a relevância da colaboração premiada em matéria probatória penal, em razão do fato dos ilícitos que envolvem desvios de recursos públicos geralmente serem praticados às escondidas.

Por isso, a intensificação da produção de provas, em matéria civil, poderia ser obtida mediante a instituição da colaboração premiada em matéria de improbidade administrativa, nos moldes existentes na investigação criminal (Leis Federais nº 9.034/95, 9.613/98, 9.807/99, 12.529/2011 e 12.850/2013).

Além do mais, o tratamento legislativo atualmente conferido ao instituto, não o contemplando expressamente na área da improbidade administrativa, gera o desconforto ao investigador criminal que, nas negociações estabelecidas com o investigado que pretende colaborar, tem por dificultada, dada à falta de definição procedimental, a possibilidade de propor o afastamento da ação de improbidade administrativa.

Nessa medida, o PLS nº 233/2015 poderia introduzir formas de *colaboração premiada* que venham a ser aplicadas às hipóteses de responsabilização por ilícitos civis, aperfeiçoando o combate à corrupção e à improbidade administrativa¹⁰.

¹⁰ Nesse sentido, insere-se uma das propostas do Ministério Público Federal para o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro de combate à corrupção: Disponível em: <<http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

Bom exemplo de colaboração premiada, inclusive no âmbito extrapenal, na forma de *acordo de leniência*, são os artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011, que trata da estrutura do sistema brasileiro de defesa da concorrência.

A partir da experiência da Operação Lava Jato, o Ministério Público Federal, no anteprojeto de iniciativa popular, fez a seguinte proposição:

Art. 17-A. O Ministério Público poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas físicas e jurídicas responsáveis pela prática dos atos de improbidade administrativa previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e com o processo judicial, desde que dessa colaboração resulte, cumulativamente: I – a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; II – a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I – esteja assegurada a reparação total do dano, quando verificada essa circunstância; II – o interessado aceite ser submetido a, pelo menos, uma das sanções previstas no art. 12 desta Lei, conforme a espécie do ato de improbidade administrativa praticado; III – o interessado cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data da celebração do acordo; IV – o interessado coopere plena e permanentemente com as investigações e com o processo judicial, inclusive compareça, sob suas expensas, sempre que solicitado, a todos os atos processuais, até seu encerramento; V – as características pessoais do interessado e as circunstâncias do ato ímprobo indiquem que a solução adotada é suficiente para a prevenção e para a repressão da improbidade administrativa; VI – o interessado não haja descumprido acordo anterior nos últimos cinco anos.

§ 2º O acordo de leniência não exime a pessoa física ou jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§ 3º A reparação parcial e espontânea do dano ao erário não impede que o Estado adote medidas ressarcitórias para reaver a sua integralidade.

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput e do § 1º, o Ministério Público poderá deixar de ajuizar a ação de improbidade administrativa, ou poderá requerer o perdão judicial, se o colaborador prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 5º A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional, o qual somente voltará a correr em caso de descumprimento da avença.

§ 6º O descumprimento do acordo a que alude o caput importará no ajuizamento da ação de improbidade administrativa para a aplicação das sanções previstas no art. 12 desta Lei, sem prejuízo da imediata execução do valor referente à reparação do dano causado ao patrimônio público e das demais cominações pecuniárias decorrentes de ordem judicial em razão do descumprimento da avença.

§ 7º O acordo de leniência estipulará, por escrito, as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo, devendo ser homologado judicialmente.

§ 8º As negociações e a celebração do acordo correrão em sigilo, o qual será levantado em caso de recebimento da ação cível de improbidade administrativa ou por anuência do colaborador, devidamente assistido por seu advogado.

§ 9º Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador.

§ 10. Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.

Tal proposta, contudo, pode ser adaptada e ampliada para toda e qualquer investigação do Ministério Público, no âmbito do inquérito civil, para contribuir na apuração da autoria e da materialidade dos atos ilícitos, premiando os possuidores de informações privilegiadas com a redução de eventuais sanções.

2.4. Responsabilização decorrente da não colaboração com as investigações do Ministério Público

O PLS nº 233/2015 não prevê sanções para quem obstrui ou dificulta as investigações do Ministério Público, limitando-se, no § 6º do art. 16, a dizer que a falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa.

Ressalte-se que o art. 10 da Lei nº 7.347/85 assim dispõe:

Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

Ocorre que esse tipo penal, além de prever penas brandas, vincula às atividades investigatórias à propositura de ação civil pública, deixando de lado os esforços realizados para a produção de recomendações administrativas ou para a celebração de termos de ajustamento de conduta. Ademais, a obstrução da investigação pode ocorrer de diversas formas, não apenas quando se recusa, retarda ou omitem *dados técnicos*.

Perceba-se que o art. 403 do NCPC prevê que se o terceiro, sem justo motivo, recusar-se a efetuar a exibição de documento ou de coisa, o juiz pode ordenar-lhe que proceda ao respectivo depósito em cartório ou em outro lugar designado, no prazo de 5 (cinco) dias,

e, caso não cumpra a ordem, o juiz pode expedir mandado de busca e apreensão, requisitando, se necessário, força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão.

O crime de desobediência é de *menor potencial ofensivo*, uma vez que a pena é de detenção de quinze dias a seis meses (art. 330 do Código Penal), sendo *ineficiente* para obstruir às investigações do Ministério Público. Ademais, o crime de desobediência tem como sujeito ativo um particular, pois está situado no Título XI, Capítulo II, do Código Penal (que versa sobre os crimes praticados por particular contra a administração em geral), não podendo ser aplicado aos servidores públicos que desobedecem a ordem de colaboração com as investigações ou mesmo as ordens judiciais¹¹.

Decorre desses argumentos a oportunidade de o PLS nº 233/2015 prever um *tipo penal específico* para que todos, particulares ou agentes públicos, que obstruírem ou dificultarem, sem justo motivo, as investigações do Ministério Público possam ser responsabilizados penalmente, sem prejuízo da responsabilidade administrativa ou civil.

Aliás, o PLS nº 233/2015 enfatiza, por diversas vezes, a responsabilização, inclusive criminal, do agente do Ministério Público pelo uso indevido de informações e documentos (art. 16, § 18) e por violação ao princípio da intimidade quando emite juízo de valor a respeito de investigações ainda não concluídas (art. 23), mas nenhuma responsabilização traz ao investigado ou a terceiros que, deliberadamente, obstruam, dificultem ou se eximam, sem motivo razoável, de contribuir com as investigações.

No sentido de buscar sancionar o comportamento daqueles que impeçam ou criem dificuldades à atividade de investigação ou fiscalização, vale mencionar, por exemplo, no âmbito extrapenal, o disposto no art. 5º, inc. V, da Lei nº 12.846/2013 (denominada de Lei Anticorrupção):

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

[...]

11 STJ. HC 161.448/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 20/06/2012.

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Em conclusão, faltam, no PLS nº 233/2015, regras que permitam a responsabilização daqueles que dificultarem a atividade de investigação.

2.5. Requisição de documentos acobertados pelo sigilo bancário

Discute-se acerca do poder do Ministério Público requisitar, diretamente, junto aos bancos, a quebra do sigilo bancário ou se tal providência dependeria de prévia autorização judicial¹². Reconhece-se, no entanto, que a jurisprudência majoritária inclina-se no sentido da exigência da autorização judicial¹³.

No entanto, a requisição direta encontra fundamento nas seguintes razões¹⁴: i) a Constituição Federal conferiu ao Ministério Público o poder de “*requisitar informações e documentos*” para instruir procedimentos administrativos que instaurar, a exemplo dos inquéritos civis (CF, art. 129, VI); ii) as leis orgânicas estaduais e federal, de igual modo, permitem ao agente ministerial “*requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie*” (Lei nº 8.625/93, art. 26, III), asseverando, contudo, que o “*membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo*” (Lei nº 8.625/93, art. 26, § 2º); iii) idêntico dispositivo está presente na Lei Orgânica do Ministério Público da União (LC 75/93), estatuinto a possibilidade de “*requisitar informações e documentos a entidades privadas*” (art. 8º, inc. IV), regra na qual se inclui o poder de requisitar informações bancárias, posto que as instituições financeiras e seus diretores ou gerentes são “*entidades privadas*”; iv) o art. 8º, § 2º, da mesma Lei Complementar Federal nº 75/93 dispõe que “*nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido*”.

12 Esta divergência não se aplica às verbas públicas, em relação às quais, de forma pacífica, não há necessidade de quebra de sigilo quando os dados são provenientes de recursos e contas públicas, devendo o Ministério Público utilizar, tão somente, o poder de requisição de informações, de modo direto (STF. MS 21.729. Rel. Min. Néri da Silveira. J. 05.10.1995. P. 19.10.2001).

13 STF. RE 318.136. 2ª T. Rel. Min. Cezar Peluso. J. 12.09.2006. Em sentido contrário, conferir: STJ. RMS 31362/GO. Rel. Min. Herman Benjamin. 2ª. T. J. 17.08.2010.

14 ARAS, Vladimir. *Possibilidade de quebra do sigilo bancário pelo Ministério Público*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 11 fev. 2016.

Ao se interpretar esta última regra, refuta-se a possibilidade de o Ministério Público requisitar, diretamente, informações cobertas pelo sigilo, pois os bancos e as administradoras de cartões de crédito não seriam *autoridades*, mas entidades privadas¹⁵.

Aliado a esse argumento, afirma-se que, pelo art. 192 da Constituição Federal, o sistema financeiro nacional deve ser regulado em lei complementar. Como essa lei complementar ainda não foi elaborada pelo Congresso Nacional, atribui-se à Lei Federal nº 4.595/64 o *status* de lei complementar. Logo, somente lei complementar posterior poderia conferir ao Ministério Público o poder de afastamento direto do sigilo bancário.

Discorda-se de tal raciocínio, pois a Lei Complementar Federal nº 75/93 já assegura o poder do Ministério Público de requisição direta de informações, inclusive de entidades privadas, conforme o art. 129, inc. VI, da CF. Ressalva-se que eventuais abusos poderão ser corrigidos pela via judicial, por exemplo pela impetração de mandado de segurança, ou mesmo no campo da responsabilização administrativa.

Lembre-se que o Supremo Tribunal Federal, em 24 de fevereiro de 2016, julgou as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859 e declarou a constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, que prevê, em seu art. 6º, a possibilidade de as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios examinarem documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente, sem a necessidade de prévia autorização judicial¹⁶.

Portanto, o PLS nº 233/2015, por tratar-se de projeto de Lei Complementar, poderia prever, de forma mais enfática (já que o art. 16, § 5º, restringe-se a afirmar que, instaurado o inquérito civil, nenhuma autoridade pode opor exceção legal de sigilo a Membro do Ministério Público, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação), a possibilidade de o agente do Ministério Público poder requisitar aos bancos documentos cobertos pelo sigilo bancário e, ainda, requisitar aos agentes fazendários, sempre mediante decisão

15 Idem. *Ibidem*.

16 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310670>>. Acesso em: 29 maio 2016.

fundamentada, o compartilhamento de documentos existentes em processos administrativos fiscais, acobertados pelo sigilo.

2.6. Fonte de custeio para perícias técnicas no inquérito civil

O PLS nº 233/2015 não enfrenta a questão do custeio das perícias, o que se constitui em adversidade das mais significativas nas instruções dos inquéritos civis.

É certo que, tratando-se da tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, com o intuito de facilitar o ajuizamento das ações coletivas, não há adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação ou do Ministério Público, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais (Lei nº 7.347/85, art. 18). O mesmo tratamento aplica-se às ações civis públicas por improbidade administrativa¹⁷.

Na verdade, parece até mais acertado que, na hipótese de inversão do ônus da prova – caso presentes os requisitos legais ou com base na teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova adotada expressamente pelo Novo Código de Processo Civil (art. 373, § 1º) –, exigir-se que a parte contra quem se deferiu a inversão do *onus probandi* arque com as despesas da perícia, sob pena de restarem incontroversos os fatos alegados pela parte contrária¹⁸.

A propósito da facilitação da prova nas ações coletivas, ainda prevê o art. 12, § 1º, do Código Modelo de Direito Processual Coletivo para Ibero-América que o juiz pode requisitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, condenando o demandado sucumbente no reembolso. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar a sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos.

Do mesmo modo, o Anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo (versão 2007)¹⁹ previa no art. 27 a possibilidade de utilização do Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos, formado pelas indenizações pecuniárias, execuções de danos globalmente causados e da arrecadação de multas (inclusive, pelo descumprimento de termos de ajustamento de conduta), para antecipar os custos das perícias necessárias à defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos

17 STJ. REsp. 822.919/RS. 1ª T. Rel. Min. José Delgado. J. 28.11.2006.

18 STJ. REsp. 1.049.822/RS. 1ª T. Rel. Min. Francisco Falcão. J. 23.04.2009; CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 593.

19 GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 456.

e individuais homogêneos. Também, com o intuito de viabilizar a realização da perícia, estabelecia que o juiz poderia determinar que órgãos, fundações ou universidades públicas, especializadas na matéria, elaborassem laudos ou relatórios (art. 11, § 5º).

Por fim, o Projeto de Lei de Nova Ação Civil Pública, em meados do ano 2009, trazia, entre os princípios do processo coletivo (art. 3º, inc. VII), o dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva.

Sobre a possibilidade de o custeio da prova pericial ser realizado com valores dos Fundos previstos no art. 13 da Lei nº 7.347/85, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que o Ministério Público não está isento de adiantar as despesas com os honorários do perito, mas tais custos poderiam ser arcados pelo Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados, de São Paulo, criado pela Lei Estadual nº 6.536/1989²⁰.

Tal posicionamento é um meio de viabilizar a produção da prova pericial já no inquérito civil e promover a máxima efetividade da tutela coletiva. Entretanto, a utilização dos recursos dos Fundos depende de regulamentação normativa, a fim de evitar que deixem de cumprir o seu escopo precípua de reconstituição dos bens lesados, passando a servir de forma oblíqua para o custeio da prova pericial.

Em tese, não haverá prejuízo aos Fundos, quando os recursos são antecipados e, depois da sentença, retornam à origem. Contudo, na prática, pode haver dificuldade no *reembolso* dos valores antecipados. Por outro lado, em sendo a ação civil pública julgada – parcial ou integralmente – improcedente, os Fundos não terão como ser recompostos.

É, justamente para evitar *desvios de finalidade*, que se faz necessária a regulamentação normativa do uso do dinheiro dos Fundos, inclusive para admitir o custeio do adiantamento de perícias judiciais em ações coletivas voltadas à promoção da maior efetividade dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Assim, o Judiciário não usurparia dos Conselhos Gestores a função de gerir os Fundos, bem como de analisar se a ação civil pública, para a qual se pleiteia o recurso público, pode vir a trazer benefícios à promoção dos direitos a que o Fundo se destina a proteger.

Portanto, o PLS nº 233/2015, preocupado em agilizar o trâmite dos inquéritos civis, pode regulamentar a possibilidade

20 STJ. RMS 30.812/SP. Rel. Min. Eliana Calmon. 2ª T. J. 04.03.2010.

de os diversos fundos de proteção a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos serem utilizados como forma de antecipar o custo dessas perícias, dando solução técnica às diversas questões cuja investigação não pode prosseguir por falta de conhecimentos especializados.

2.7. Comunicação dos atos procedimentais, preferencialmente, por meio eletrônico

Com o intuito de facilitar a comunicação dos atos procedimentais, o PLS nº 233/2015 poderia, de forma expressa, recomendar a utilização preferencial dos *meios eletrônicos*.

Nesse sentido, o art. 193 do NCPC prevê que os “*atos processuais podem ser total ou parcialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, na forma da lei*”.

Assim, tanto a intimação de testemunhas quanto a de indiciados, bem como a remessa de documentos a serem compartilhados com outros órgãos e unidades do Ministério Público seriam, preferencialmente, realizados por meio eletrônico.

Em resumo, seriam estas as propostas de aperfeiçoamento do inquérito civil que se apresenta ao debate. Todavia, como já fora adiantado, encontra-se em curso no Senado Federal projeto legislativo que, em certa medida, representa retrocessos na disciplina do instrumento de que se está a tratar, conforme justificativas que se passa a examinar.

3. AMEAÇAS DE RETROCESSOS CONTIDOS NO PLS Nº 233/2015

3.1. Prazos para instauração e conclusão

O PLS nº 233/2015, no art. 5º, § 1º, prevê o arquivamento da representação para a instauração de inquérito civil, em caso de omissão do Ministério Público durante o prazo de sessenta dias: “*O requerimento não deferido no prazo de sessenta dias será arquivado*”.

Em que pese o propósito de se conferir celeridade às investigações, pondera-se não ser este o melhor efeito jurídico a ser atribuído à eventual inércia. Afinal, a atuação desidiosa deve

ser corrigida pelos órgãos internos e externos de controle, mas jamais gerar o arquivamento de representação, sobretudo naquelas hipóteses em que se discute a tutela de interesses indisponíveis, como normalmente ocorre. Em outras palavras, da eventual falta funcional não pode resultar prejuízo à coletividade.

Por outro lado, raciocínio equivalente aplica-se ao art. 34 do PLS nº 233/2015, que condiciona o encerramento do inquérito civil ao prazo de doze meses, prorrogável por uma única vez.

Além da não disposição do direito material de natureza transindividual, o qual não pode ser maculado por óbices procedimentais, aponta-se para a natural demora, em certas situações, para a conclusão das investigações, especialmente em ilícitos de natureza ambiental, em que a prova apresenta complexidade, ou em ilícitos alusivos ao patrimônio público, onde a sofisticação dos mecanismos de lesão resultam em investigações extensas, por vários anos, sem que isso, de forma alguma, represente negligência daqueles que a presidem.

Preocupa também a redação do art. 34 do PLS nº 233/2015 que condiciona a prorrogação à “*autorização do Juízo competente*”, estabelecendo indevido controle judicial em procedimento interno do Ministério Público. Ressalta-se ser defeso ao Poder Judiciário exercer o controle acerca da decisão do Ministério Público em investigar determinado fato²¹.

Aplica-se aqui o mesmo entendimento exarado pelo STF, ao declarar a inconstitucionalidade da Resolução nº 23.396/2013 do Tribunal Superior Eleitoral, que condicionava o poder de investigação à autorização do Poder Judiciário, o que ensejaria controle judicial prévio sobre a condução das investigações, em manifesta violação ao núcleo essencial do princípio acusatório²².

Ademais, caso o Congresso Nacional aprove a redação do art. 34 do PLS nº 233/2015, milhares de inquéritos civis, em todo o país, serão encaminhados ao Poder Judiciário, o que prejudica a duração razoável das investigações, sem acrescentar um efetivo mecanismo de fiscalização que, como asseverado, pode ocorrer, a qualquer tempo, por provocação específica do suposto prejudicado.

Desse modo, o art. 34 do PLS nº 233/2015 deve ser alterado, para possibilitar a prorrogação do inquérito civil, por decisão fundamentada, bem como retirar a necessidade de autorização judicial para a sua prorrogação, pois não compete ao Poder Judiciário avaliar

21 STJ. REsp. 1.271.165-PR. Rel. Min. Humberto Martins. J. 30.04.2013.

22 STF. ADI 5.104-MC. Rel. Min. Roberto Barroso. J. 21.05.2014.

a imprescindibilidade da realização ou da conclusão de diligências, sem que com isso se afaste o controle judicial em eventuais hipóteses de excesso ou desvio de finalidade na condução das investigações²³.

Por fim, nessa ambiência, é preciso dizer sobre o manifesto equívoco do art. 37 do PLS nº 233/2015, normativo que estabelece o prazo de 12 (doze) meses, contados do arquivamento, para o eventual desarquivamento do inquérito civil em decorrência de provas novas, limitação, é mais do que óbvio, que não substitui os prazos prescricionais existentes, ou mesmo que não prospera diante da imprescritibilidade de algumas situações apuradas no âmbito do inquérito civil.

Registra-se que o dispositivo também não encontra nenhum paralelo com o inquérito penal que pode ser desarquivado por pela superveniência de novas provas a qualquer tempo.

Ora, não há razão para limitar no tempo a reabertura do inquérito civil, quando diante do surgimento de novas evidências, faz-se necessário retomar as investigações.

O limite temporal é fixado pelo direito material que, ao fixar prazos prescricionais, impede que a pretensão seja levada a juízo.

Portanto, o art. 37 do PLS nº 233/2015 deve ser suprimido, pois em nada contribui para a eficiência e a celeridade das investigações, posto que, após um ano, novo inquérito deverá ser instaurado, já que, ausente a prescrição, a investigação deve ocorrer, em novos autos.

3.2. Representações anônimas

O PLS nº 233/2015 condiciona a deflagração de investigação provocada por representação anônima à prévia manifestação do investigado: “*A instauração de inquérito civil ou de qualquer procedimento investigatório preparatório em razão de requerimento não identificado dependerá da prévia manifestação do requerido, quando a autoria for conhecida, sob pena de responsabilidade pessoal*” (art. 4º, § 5º).

No entanto, as representações anônimas são de grande valia para a investigação de diversas matérias, especialmente na área da proteção ao patrimônio público, onde o representante, não

²³ Nesse sentido, já estabelece o art. 9º da Resolução nº 23-CNMP: “*O inquérito civil deverá ser concluído no prazo de um ano, prorrogável pelo mesmo prazo e quantas vezes forem necessárias, por decisão fundamentada de seu presidente, à vista da imprescindibilidade da realização ou conclusão de diligências, dando-se ciência ao Conselho Superior do Ministério Público, à Câmara de Coordenação e Revisão ou à Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão*”.

raras vezes, tem receio de retaliações políticas e administrativas. Nestas circunstâncias o requerimento anônimo mostra-se legítimo, na medida em que pretende evitar a exposição às ameaças ou às intimidações por parte da pessoa investigada, em razão da sua posição política, econômica ou social.

Depara-se, na espécie, com o conflito aparente entre princípios constitucionais. De um lado a Constituição Federal veda o anonimato (CF, art. 5º, IV), porém, de outro, determina que o Ministério Público promova o inquérito civil para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III).

E, como não poderia ser diferente, a harmonização desses dispositivos privilegia o poder de investigação do Ministério Público, como bem assentado no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, baseado na orientação do Supremo Tribunal Federal:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. INQUÉRITO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DECORRENTE DE DENÚNCIA ANÔNIMA. EVOLUÇÃO PATRIMONIAL INCOMPATÍVEL COM OS RENDIMENTOS. AGENTES POLÍTICOS. ILÍCITO QUE SE COMPROVA NECESSARIAMENTE POR ANÁLISE DE DOCUMENTOS. HARMONIZAÇÃO ENTRE A VEDAÇÃO DO ANONIMATO E O DEVER CONSTITUCIONAL IMPOSTO AO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE.

[...]

2. O simples fato de o Inquérito Civil ter-se formalizado com base em denúncia anônima não impede que o Ministério Público realize administrativamente as investigações para formar juízo de valor sobre a veracidade da notícia. Ressalte-se que, no caso em espécie, os servidores públicos já estão, por lei, obrigados na posse e depois, anualmente, a disponibilizar informações sobre seus bens e evolução patrimonial.

[...]

5. A vedação ao anonimato, constante no art. 5º, IV, da Constituição Federal, há de ser harmonizada, com base no princípio da concordância prática, com o dever constitucional imposto ao Ministério Público de promover o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

6. Nos termos do art. 22 da Lei 8.429/1992, o Ministério Público pode, mesmo de ofício, requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo para apurar qualquer ilícito previsto no aludido diploma legal.

7. Assim, ainda que a notícia da suposta discrepância entre a evolução patrimonial de agentes políticos e seus rendimentos tenha decorrido de denúncia anônima, não se pode impedir que o membro do Parquet tome medidas proporcionais e razoáveis,

como no caso dos autos, para investigar a veracidade do juízo apresentado por cidadão que não se tenha identificado.

8. Em matéria penal, o STF já assentou que “nada impede, contudo, que o Poder Público provocado por delação anônima (‘disque-denúncia’, p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, ‘com prudência e discricção’, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da *persecutio criminis*, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas” (Inq 1.957, Rel. Min. Carlos Velloso, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 11.5.2005, Plenário, DJ de 11.11.2005).

9. Em se tratando de suposto ato de improbidade que só pode ser analisado mediante documentos, descabe absolutamente adotar medidas informais para examinar a verossimilhança, ao contrário do que se passa, por exemplo, em caso de denúncia anônima da ocorrência de homicídio.

10. O STJ reconhece a possibilidade de investigar a veracidade de denúncia anônima em Inquérito Civil ou Processo Administrativo, conforme se observa nos seguintes precedentes, entre os quais se destacam a orientação já firmada por esta Segunda Turma e uma recente decisão da Primeira Turma: RMS 37.166/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 15.4.2013; RMS 30.510/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 10.2.2010; MS 13.348/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 16.9.2009. (STJ. RMS 38.010/RJ. Rel. Min. Herman Benjamin. J. 02.05.2013).

Portanto, condicionar a instauração do inquérito civil à prévia manifestação do requerido, sob pena de responsabilidade pessoal do membro do Ministério Público, é despropositado, na medida que restringe, imotivadamente, o poder-dever investigatório do Ministério Público e, conseqüentemente, “*pode frustrar o trabalho de captação de elementos probatórios hábeis para a formação da convicção do Ministério Público*” (Relatório do PLS 233/2015 pela CCJ – Senado Federal).

Além disso, a sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal definiu-se no sentido de que “*nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada ‘denúncia anônima’, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados*”²⁴.

É bem verdade que se deve conferir redobrada cautela às representações anônimas, analisando criticamente seu conteúdo e desenvolvendo checagem preliminar de seus contornos. Com

24 STF. HC 99.490. Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ 31.1.2011; STF. RHC 125.392. Rel. Min. Carmen Lúcia. J. 17.03.2015.

isso, preserva-se direitos do investigado. No entanto, não se pode exigir a prévia oitiva do requerido como *condição de instauração* do inquérito e, muito menos, como um fator puro e simples para a responsabilização do agente ministerial. Afinal, a prevalecer as exigências constantes § 5º do art. 4º do PLS nº 233/2015, restariam inviabilizadas investigações que somente ocorrem porque há fatos gravíssimos que não seriam comunicados ao Ministério Público senão de forma anônima.

Com efeito, sustenta-se que as representações anônimas devem ser objeto de investigação pelo Ministério Público, desde que apresentem *fatos concretos* que possam, em tese, configurar lesão a interesses a que compete ao Ministério Público zelar. Nesse sentido, menciona-se a disciplina trazida pelo CNMP, no sentido de que o “*conhecimento por manifestação anônima, justificada, não implicará ausência de providências, desde que obedecidos os mesmos requisitos para as representações em geral*” (Res. nº 23-CNMP, art. 2º, § 3º)²⁵.

3.3. Contraditório no inquérito civil

Se parece razoável a previsão inserta no art. 14, ao prever, sem prejuízo das situações de urgência (art. 18), a notificação do investigado para apresentar esclarecimentos no prazo de 10 (dez) dias, dúvidas não há de que o contido no art. 16, § 11, *in fine*, pode não apenas descaracterizar a natureza jurídica do inquérito civil, como, por arrastamento, também eternizar sua conclusão. Ou seja, este dispositivo assegura “*aos investigados o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de laudo técnico*”. Essa amplitude de defesa acaba por transformar o inquérito civil em processo administrativo, gerando, em favor do investigado, direitos subjetivos incompatíveis, repita-se, com a essência do inquérito civil, já lembrada na fase introdutória deste ensaio.

Mais uma vez reafirma-se que a destinação do inquérito civil é a mera apuração de fatos, não tendo o propósito de aplicar sanções e, por esta exata razão, não lhe são aplicáveis as garantias previstas

25 No âmbito do Ministério Público do Estado do Paraná, o § 3º do art. 2º da Resolução nº 1.928/2008-PGJ estabelece: “*O conhecimento por manifestação anônima, justificada, não implicará ausência de providências, desde que acompanhada de elementos mínimos de prova e obedecidos os mesmos requisitos para as representações em geral, constantes no art. 2º, inc. II, desta Resolução*”. O art. 2º, inc. II, da Resolução nº 1928/2008, por sua vez, preceitua: “*Art. 2º O inquérito civil poderá ser instaurado: (...) II - em face de requerimento ou representação formulada por qualquer pessoa ou comunicação de outro órgão do Ministério Público, ou qualquer autoridade, desde que forneça, por qualquer meio legalmente permitido, informações sobre o fato e seu provável autor, bem como a qualificação mínima que permita sua identificação e localização*”.

no inc. LV do art. 5º da Constituição Federal que se voltam aos “*acusados em geral*”²⁶. No inquérito não acusado, há sim fatos a serem esclarecidos.

Além da previsão indevida do contraditório, o dispositivo do Projeto em comento traz outra falha, consistente na oitiva do investigado ao início do procedimento, quando o mais adequado seria ouvi-lo ao final, após colhidas as provas, a exemplo do que ocorre no Código de Processo Penal, a partir da alteração promovida pela Lei nº 11.719/2008, em relação ao interrogatório do acusado após o término da instrução probatória.

Ademais, muitas investigações iniciam-se sem que sequer haja investigado, pois, como foi dito, apuram-se fatos, e, portanto, sem a produção mínima de provas, não se sabe, ao certo, quem é ou quem são os eventuais responsáveis. Tal argumento corrobora a necessidade de postergar o contraditório até que surjam indícios de autoria e a prova da materialidade. Por outro lado, a oitiva pode se mostrar desnecessária, quando, no curso da investigação, não se apura quem praticou a ilicitude (casos de autoria incerta).

Portanto, o art. 14 do PLS nº 233/2015 deveria ser realocado para o Capítulo IV, que trata da Instrução, para que o contraditório se estabeleça, preferencialmente, após a produção dos elementos de prova, tendo por princípio a recomendação de efetivamente ouvir-se o investigado, até como forma de se conferir maior credibilidade à prova produzida.

Na mesma linha de argumentação da adoção indevida do contraditório também não se mostra pertinente o dispositivo que segue: “*Os investigados serão intimados da prova ou da diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização, para acompanhamento da diligência*” (PLS nº 233/2015, art. 16, § 12).

3.4. Responsabilização do agente do Ministério Público pelo uso indevido de informações e documentos (arts. 16, § 18, e 23)

Pela redação do § 18 do art. 16 do PLS nº 233/2015: “*O membro do Ministério Público será civil e criminalmente responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, podendo a ação penal, na hipótese, ser proposta também pelo ofendido, subsidiariamente, na forma da lei processual penal*”.

²⁶ STF, AP 560, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 25/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 10-09-2015 PUBLIC 11-09-2015.

O primeiro reparo a ser feito no art. 16, § 18, do PLS nº 233/2015 é a troca do verbo “usar” pelo “divulgar”. Usar expressa uma ação genérica, que pode inclusive ser inerente à própria atividade investigatória, como o compartilhamento de informações com outros órgãos ou unidades do Ministério Público para proceder a investigação. Eventual responsabilização deve ser imposta pela *divulgação* indevida de informações e de documentos.

O art. 23 do PLS nº 233/2015 assim dispõe:

Em respeito ao princípio da intimidade, o membro do Ministério Público somente poderá prestar informações, inclusive aos meios de comunicação social, a respeito da instauração do inquérito civil e de seu desenvolvimento, bem como das providências adotadas para apuração de fatos em tese ilícitos, sem emissão de juízo de valor a respeito de apurações ainda não concluídas, sob pena de responsabilidade civil e criminal.

Ademais, os arts. 16, § 18, e 23 do PLS nº 233/2015, ao tratarem da responsabilização do membro do Ministério Público, por desvio de conduta no curso do inquérito civil ou de outro procedimento administrativo, precisam ser compatibilizados com as regras do art. 181 do Novo Código de Processo Civil: “*Art. 181. O membro do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções*”.

Portanto, na redação do § 18 do art. 16 do PLS nº 233/2015 deveria constar: “*O Membro do Ministério Público será civil e criminalmente responsável pela **divulgação dolosa** indevida de informações e documentos que requisitar, podendo a ação penal, na hipótese, ser proposta também pelo ofendido, subsidiariamente, na forma da lei processual penal*”.

3.5. Desnecessidade de comunicação do deferimento do inquérito civil ao Conselho Superior ou à Câmara de Coordenação e Revisão

Há diversos mecanismos de publicidade do inquérito civil, conforme bem disciplina o § 2º do art. 22 do PLS nº 233/2015, tais como a publicação da instauração na imprensa oficial, a divulgação da portaria por meio eletrônico, a exposição dos fatos em caso de realização de audiência pública, prestação de informações ao público em geral e concessão de vistas dos autos.

Por isso, a comunicação formal do deferimento do inquérito civil ao Conselho Superior ou à Câmara de Coordenação e Revisão mostra-se desnecessária, mesmo porque não é cabível nenhuma forma de trancamento preliminar das investigações por estes

órgãos, sob pena de violação da garantia constitucional do promotor natural²⁷.

3.6. Atuação criminal do membro do Ministério Público que realizou investigações no âmbito cível

O art. 38 do PLS nº 233/2015 veda, sem qualquer razão, que o membro do Ministério Público que presidiu o inquérito civil, na hipótese de verificar a ocorrência de crime, ofereça a denúncia ou instaure investigação criminal. Não há motivos para tal vedação.

Ora, o acúmulo de atribuições cíveis e penais é a realidade em grande parte dos órgão de execução no Brasil. Além disso, como um mesmo fato pode ter repercussões diferentes, o membro do Ministério Público que os investiga, até por razões de eficiência e celeridade, desde que tenha atribuição para tanto, deve aproveitar a mesma investigação para buscar a tutela integral do direito violado.

O necessário envio para outro membro do Ministério Público viola a garantia constitucional do promotor natural e pode gerar conflitos de entendimentos desnecessários e contrários à duração razoável do inquérito civil.

4. CONCLUSÃO

Abordou-se no presente ensaio as finalidades constitucionais conferidas ao inquérito civil, destacando-se sua relevância para atuação do Ministério Público no campo da tutela dos interesses transindividuais.

Demonstrou-se a necessidade de serem implementados ajustes voltados ao seu aperfeiçoamento, em que pese o trâmite de reformas legislativas que ameçam retrocedê-lo, como ocorre com o PLS nº 233/2015, que dispõe sobre o inquérito civil, sobre procedimentos administrativos e correlatos a cargo do Ministério Público.

Diante disso, reafirma-se a imprescindibilidade da perfeita adequação a ser dada à disciplina dos inquéritos civis, considerando, sobretudo, seu caráter instrumental à defesa e à promoção da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127, *caput*).

27 STF. RE 638.757. AgR. Rel. Min. Luiz Fux. 1ª Turma. J. 09.04.2013.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. *Possibilidade de quebra do sigilo bancário pelo Ministério Público*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 11 fev. 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o amicus e o Vertreter des öffentlichen Interesses. *Revista de Processo*, vol. 117, set/out. 2004.

CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 3ª ed. São Paulo: Almedina, 2016.

_____; DAMASCENO, Kléber Ricardo. *Amicus curiae e processo coletivo*. *Revista de Processo*, vol. 192, fev. 2011.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Informantes confidenciais e anônimos: perspectivas para atuação mais eficiente do Estado a partir de uma análise comparativa do tratamento jurídico nos EUA e no Brasil. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coords.). *Ministério Público e princípio da proteção eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2008.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

PRUEBA INDICIARIA - REINA DE LAS PRUEBAS EN EL COMBATE CONTRA CORRUPCIÓN¹

Leonardo Augusto de A. Cezar dos Santos²

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Concepto de Corrupción. 3. Efectos de la Corrupción. 4. Característica de los Actos Corruptos. 5. La Dificultad de la Producción de Pruebas en la Corrupción. 6. Concepto de Prueba. 6.1. Finalidad de la Prueba. 7. La Prueba Indiciaria. 7.1. Concepto de Prueba Indiciaria. 7.2. La necesidad de la Prueba Indiciaria en Casos de Corrupción. 8. Conclusión. Referencias.

RESUMEN: La corrupción es una enfermedad en la sociedad moderna y la lucha contra ella es uno de los más importantes retos. Hay efectos de los actos corruptos en la economía, en la protección de los derechos fundamentales y en la credibilidad de las instituciones. Los actos corruptos, habitualmente, suelen ser cometidos con total discreción, de manera que las dos partes corruptas intentan ocultar sus acciones. La dificultad en probar los actos corruptos es resultado de una búsqueda imposible de la verdad, por la reconstrucción histórica de los hechos. Aunque hoy la doctrina moderna entienda que la prueba debe convencer al juez, hay todavía quienes creen que él debe ser un historiador. Con esta visión anacrónica de la función de la prueba, la impunidad crece. En este escenario, la prueba indiciaria, a día de hoy, se ha convertido en la reina de las pruebas en la lucha contra la corrupción.

PALABRAS CLAVE: Corrupción. Combate. Prueba indiciaria. Herramienta primordial.

PROVA INDICIÁRIA - RAINHA DAS PROVAS NO COMBATE À CORRUPÇÃO

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito de Corrupção. 3. Efeitos da Corrupção. 4. Característica dos Atos de Corruptos. 5. A Dificuldade de produção de prova da Corrupção. 6. Conceito de Prova. 6.1. Finalidade de Prova. 7. Prova Indiciária. 7.1. Conceito de Prova Indiciária. 7.2. A Necessidade da Prova Indiciária nos Casos de Corrupção. 8. Conclusão. Referências.

¹ Este artigo foi originalmente publicado na Revista Jurídica da Presidência, v. 18, n. 115 (2016), DOI:<http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2016v18e115-1297>.

² Doutorando em Estado de Direito e Governança Global (Universidade de Salamanca – Espanha). Mestre em Corrupção e Estado de Direito (Universidade de Salamanca – Espanha). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo.

RESUMO: A corrupção é uma doença na sociedade moderna e a luta contra ela é um dos desafios mais importantes. Os efeitos dos atos de corrupção se manifestam na economia, na proteção dos direitos fundamentais e na credibilidade das instituições. Atos de corrupção são frequentemente cometidos com total discrição, de modo que as duas partes corruptas tentam esconder suas ações. A dificuldade em provar atos de corrupção é o resultado de uma busca impossível pela verdade, pela reconstrução histórica dos acontecimentos. Embora hoje a moderna doutrina entenda que a prova deve convencer o juiz, ainda existem aqueles que acreditam que o juiz deve ser um historiador. Assim, com este ponto de vista anacrônico da função da prova em reconstruir a história, a impunidade cresce. Nesse cenário as provas indiciárias surgem, prova esta que hoje se tornou a rainha das provas na luta contra a corrupção.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Combate. Provas circunstanciais. Principal ferramenta.

CIRCUMSTANTIAL EVIDENCE - THE QUEEN OF EVIDENCES ON FIGHTING AGAINST CORRUPTION

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Concept of Corruption. 3. Effects of Corruption. 4. Característica of Corrupt Acts. 5. Difficulty of Production of Evidence Corruption. 6. Evidence Definition. 6.1. Evidence Purpose. 7. Circumstantial Evidence. 7.1. Circumstantial Evidence Definition. 7.2. The Need of Circumstantial Evidence in Cases of Corruption. 8. Conclusion. References.

ABSTRACT: Corruption is a disease in modern society and the fight against it is one of the most important challenges. The effects of corrupt acts are in the economy, in the human rights and affect the institutions credibility. Corrupt acts usually are often committed with total discretion, so that the two corrupt parties attempt to hide their actions. The difficulty in proving corrupt acts is the result of an impossible search for truth, trying a historical reconstruction of events. Although today the modern doctrine understands that the evidence must convince judges, there are still those who believe that the judge must be a historian. Thus, with this anachronistic view of the function of the evidence, impunity grows up. In this scenario circumstantial evidence arises. This kind of evidence, nowadays, has become the queen of the evidences in the fight against corruption.

KEYWORDS: Corruption. Combat. Circumstantial evidence. Primary tool.

1. INTRODUCCIÓN

La corrupción es un mal. Eso es un hoy pensamiento común, tanto entre los que estudian el tema, como entre la población. La pobreza, la falta de inversiones en educación y salud, la bajas tasas de desarrollo social, todo ello está directamente ligado a sociedades donde hay índices elevados de corrupción.

Durante años, la doctrina no se interesaba en el estudio de la corrupción, pero en los últimos años, todo se ha cambiado. Antes,

entendían los estudiosos que la corrupción era un tema afecto a los países pobres, pero con el pasar del tiempo, han sido observado que había también esta práctica de corrupción en los países considerados ricos.

Según Cláudia Santos (2007 apud SILVEIRA, 2011), los daños de la corrupción han sido subestimados durante mucho tiempo, porque, como ya dicho, se entendía que era una realidad de los países subdesarrollados y también porque ignoraban los efectos generados por la corrupción en los crímenes de cuello blanco y en el crimen organizado.

Además, también se debe tener en cuenta el pensamiento de Landes (2003, p. 45). Según el autor el mundo está dividido, aproximadamente, en tres especies de naciones: aquellas en que las personas gastan ríos de dinero para no ganar peso, aquellas en que las personas comen para vivir y aquellas cuya población no sabe de dónde vendrá la próxima refección. Ese hiato todavía aumenta en los extremos de manera bien clara. Algunos países no están sólo no ganando; están cada vez más pobres, relativamente, y, por veces, en términos absolutos. Otros mal consiguen mantenerse donde están. Otros se esfuerzan para recuperar el retraso.

Continúa el autor diciendo que la tarea de los países ricos, en sus propios interés tanto cuanto en lo de ellos, es ayudar los países pobres a devenir en sitios más saludables y más ricos. Si no lo hicieren, ellos procurarán tomar lo que no pueden hacer; y si no pueden ganar exportando productos, exportarán gente. La paz y prosperidad dependen, así, a largo plazo, del bienestar de los otros.

En razón de ese cambio y la preocupación por los efectos de la corrupción, los organismos internacionales han firmado varios tratados y convenios y han surgido varias organizaciones que tienen como finalidad la lucha contra la corrupción y el establecimiento de índices sobre el nivel de corrupción en los países. Sobre eso, se puede destacar la actuación de la ONU (UNCAC), de la OCDE, del Consejo de Europa (GRECO), de la OEA (MESICIC), así como de la Transparencia Internacional que desarrolla un excelente trabajo sobre la percepción de la corrupción en el mundo (SÁNCHEZ, 2014).

El Brasil, siguiendo los mismos vientos internacionales de la lucha internacional contra la corrupción, también ha creado varias leyes que ayudan a efectivizar un mejor combate a la corrupción. Como ejemplos, tenemos la Ley nº 12.850/2013 (BRASIL, 2013), que define y dispone sobre medios de obtención de pruebas para crímenes organizados – y la Lei de nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013),

llamada Ley Anticorrupción de las Empresas, que ha traído sanciones administrativas y civiles para personas jurídicas que practican actos corruptos contra la administración pública. Un gran avance para el combate de la corrupción que, pronto, trará buenos frutos a los brasileños.

Se llegó a la conclusión de que la corrupción es un gran obstáculo al desarrollo de la sociedad. La corrupción, ahora, es considerada como un gran problema social. Un problema que pone en peligro la estabilidad y seguridad de la sociedad, amenazando el desarrollo social, económico y político. Además, también arruina el valor de la democracia y de la moral (CEPEDA; SÁNCHEZ, 2013).

La lesividad de la corrupción se disemina por varios campos. En la esfera política, la corrupción deteriora las instituciones democráticas, con la pérdida de la confianza del ciudadano en el Estado; en la esfera de los derechos fundamentales, la corrupción lesa uno de los principales derechos fundamentales que es el derecho a la igualdad, pues en razón de ella, se excluye la posibilidad de acceso igualitario a los servicios públicos; en la esfera económica, la corrupción impide la competencia perfecta y provoca la reducción de la eficiencia en el uso de los recursos públicos (CEPEDA; SÁNCHEZ, 2013).

Muchas de las conductas corruptas son tipificadas como crímenes, así como en los delitos más complejos. Esas prácticas suelen ser clandestinas, es decir, son practicadas sin testigos y sin pruebas directas. Así, aparte de otros problemas que puede acarrear con la corrupción, aún tenemos la cuestión probatoria como un reto más a ser vencido.

Hay varios medios para obtener pruebas que pueden ayudar en el convencimiento del juez, como la interceptación telefónica, el levantamiento de secreto bancario y fiscal. Pero, aun así, para hacer un razonamiento jurídico que conlleve a una condena, la principal forma para que se llegue a un juicio de convencimiento sobre los hechos argumentados es la prueba indiciaria.

Para tanto, ha sido utilizado levantamiento de bibliografías, tanto brasileñas, como Tourinho Filho (1994) e Dallagnol (2015); como extranjeras, por las enseñanzas del italiano Gianturco (1958), del alemán Mittermaier (2008) y el español Climent Durán (1999) con la finalidad de mejor comprender la lucha contra corrupción en todo el mundo y la importancia de la prueba indiciaria como herramienta de este combate.

2. CONCEPTO DE CORRUPCIÓN

La corrupción tiene una difícil definición y no hay todavía una que consiga fundir todas las modalidades de corrupción existentes. Ese hecho puede ser constatado por la cantidad de trabajos que hay cuyo tema es la corrupción y la inexistencia de un consenso sobre su definición (VILLORIA; JIMÉNEZ, 2012).

Corrupción es una palabra originaria del latín *corrumpĕre*, es decir, significa alterar y trastocar la forma de algo y echar a perder, depravar, dañar, pudrir (DE LA LENGUA, 2002). La corrupción se asemeja a la definición de putrefacción, ya que produce la podredumbre de uno sistema (ROSE-ACKERMAN, 2009). Por ende, la corrupción es una acción que estropea las relaciones en la sociedad, ya que siempre tiene una carga negativa en su sentido.

Antes de citar algunas definiciones, es importante subrayar que el concepto de corrupción ha cambiado a lo largo del tiempo, sobre todo desde los códigos aprobados en el siglo XIX. Hoy se ha ampliado el concepto de funcionario público, entendiéndose cómo tal todo y cualquier persona que tenga funciones de transcendencia pública. Así, quien practica la conducta corrupta son personas que ejercen funciones públicas en beneficio de intereses privados (TORRE; CAPARRÓS, 2010).

Además, tenemos que considerar que en los casos corrupción siempre hay el cruce entre la riqueza privada y el poder público. El caso más típico de corrupción es aquel en el que una persona o una empresa privada paga alguna cantidad de dinero a un funcionario público en cambio de un beneficio (ROSE-ACKERMAN, 2009).

No se puede olvidar también que el concepto de corrupción, según el cual es necesario el cruce de lo público con lo privado es muy criticado, por no recoger todos los casos de corrupción. Cada vez más, en los ordenamientos jurídicos y en la doctrina, hay previsiones sobre la corrupción privada, o sea, sin que haya participación de un ente estatal en la relación. Es lo que se observa en La Convención de Mérida (Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción), en los artículos 21 (Soborno en el sector privado) y 22 (Malversación o peculado de bienes en el sector privado). Entretanto, en razón de la complejidad y las peculiaridades de la corrupción privada, ella merece un estudio específico, que escapa de los objetivos de este trabajo. Así, sólo trataré de la corrupción pública para que los límites de investigación están bien establecidos.

Para hacer más hincapié sobre el tema de la corrupción, trato algunos conceptos de la doctrina.

Villoria y Jiménez (2012, p. 110), aunque entiendan que no existe un concepto capaz de acoger todas las modalidades de corrupción, para poderse manejar con el tema dicen que se puede:

considerarla como un abuso de posición por un servidor público, con un beneficio extraposicional directo o indirecto (para el corrupto o los grupos de que forma parte este), con incumplimiento de normas jurídicas que regulan el comportamiento de los servidores públicos.

Seña (2002, p. 35) dice que:

se pueden definir actos de corrupción [...] como aquellos que constituyen la violación, activa o pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizados en un marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, cualquiera sea su naturaleza.

Aunque haya esos intentos de definiciones y tipologías por varios autores, creo que por cuenta de la pluralidad de acciones que puedan ser tenidas como corruptas y de la complejidad del mundo actual, sigo la enseñanza del autor y profesor Caparrós (2003, p. 22) que dice:

En el ámbito estrictamente jurídico, corrupción será lo que la normativa defina como tal en cada momento y en cada sector, debiendo interpretarse en cada caso en función de cuál sea la finalidad que se pretenda. Por todo ello, la inflación semántica a la que se ve sometido el término no justifica un estudio que, desde mi particular punto de vista, poco podría aportar a la discusión.

Ese argumento del profesor puede ser comprobado por las diferencias entre, por ejemplo, conductas que en Brasil no son corruptas, pero que son tipificadas en España.

3. EFECTOS DE LA CORRUPCIÓN

La corrupción es causa varios efectos maléficos en la sociedad. La Convención de Mérida (BRASIL, 2006) (Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción), en su preámbulo ya demuestra la preocupación por los efectos de la corrupción y lo ve como un grave problema, diciendo que los países estaban

Preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley [...].

Con todo, en un primer momento, los estudiosos entendían que la corrupción aportaba desarrollo económico. Esa tesis era defendida por la escuela funcionalista norte-americana, pues ellos acreditaban que había ventajas con la corrupción, sobre todo para países en desarrollo. Defendían que en una sociedad corrupta, pero eficiente, los que tengan más, y estén dispuestos a pagar, tendrían acceso a los servicios públicos. La corrupción sería un “lubrificante” necesario para el desarrollo, ayudando en la celeridad y aumentando la remuneración de funcionarios públicos (CAPARRÓS, 2008).

El argumento de la escuela funcionalista podría ser comprobado empíricamente a través de algunos casos ocurridos en países del Este europeo (Bulgaria, Lituania, Rumania). En ellos, los salarios de los profesionales que trabajaban con la salud pública eran muy bajos. En caso de que un ciudadano quisiera utilizar los servicios públicos de salud, como una cirugía, debería dar “regalos”. Así, la diferencia entre el costo oficial de los servicios y el costo real del trabajo se compensaba con esos regalos pagados por los pacientes para complementar su cobertura. De ese modo, se establecía un equilibrio entre la oferta y la demanda y como los precios reales se establecían. Pero, después, se llegó a la conclusión de que no había un fomento al desarrollo, pues los rendimientos de la inversión pública también son los más bajos en los países más corruptos, mientras que los sistemas de salud están crónicamente con pocas inversiones (MUNGIU-PIPPIDI, 2013).

Ese argumento ha servido para justificar las conductas de personas, física y jurídica, que durante mucho tiempo corrompieron a funcionarios públicos de países pobres para que tuviesen ventajas en contrataciones públicas.

Hace poco tiempo que los países ricos, con la finalidad de aumentar la competitividad de sus empresas, permitían el pago de “comisiones” para funcionarios públicos de países importadores y admitían, incluso, que hubiese descuentos de ese valor en los tributos debidos. La única exigencia era que los actos fuesen practicados fuera del territorio de esos países (GARCIA, 2003).

Además, aun con ese argumento de que hay beneficios con la corrupción, a largo plazo, sus efectos son catastróficos. La lesividad de la corrupción se disemina por varios campos: en la esfera política; en la esfera de los derechos fundamentales; y en la esfera económica (CEPEDA; SÁNCHEZ, 2013).

En la esfera política, la corrupción perjudica el funcionamiento de las instituciones públicas y de la democracia. El comportamiento

de un funcionario corrupto demuestra desprecio a la Administración Pública. Con la generalización de ese comportamiento, se perjudica la confianza del ciudadano en las instituciones, que es el fundamento del Estado de Derecho. Los ciudadanos perciben que las decisiones de la Administración no atienden al interés general, al interés público. Por ende, hay una pérdida de confianza y, como consecuencia lógica, la pérdida de legitimidad del Estado (CAPARRÓS, 2003, p. 29).

En la esfera de los derechos fundamentales, la corrupción afecta al derecho a la igualdad. Los argumentos de la escuela funcionalista norte-americana comprueban eso. La corrupción favorece a los que tienen más dinero, excluyendo las personas que no tienen recurso para usufructuar los servicios públicos que deberían estar disponibles para todos, de manera ecuánime. Importante subrayar también que, con la violación al derecho de la igualdad, el corruptor obtiene un trato privilegiado por parte del Estado, rompiéndose las reglas de elemental reciprocidad del pacto social (CAPARRÓS, 2003, p. 35-36).

Aún son más grave son los efectos de la corrupción a otros derechos fundamentales cómo, por ejemplo, la salud y la educación. Precisa son las palabras de Peter Eigen, expresidente de la organización Transparencia Internacional:

El virus del SIDA está matando millones de africanos, y en muchos de los países donde el SIDA es más devastador, el problema se ve agravado por el hecho de que los niveles de corrupción se perciben como muy altos. Mientras es imperativo que los países más ricos proporcionen los frutos de la investigación médica a un precio razonable para afrontar esta tragedia humana, es también esencial que los gobiernos corruptos no roben a su propia gente (2001 apud CAPARRÓS, 2003, p. 36).

Cuando el Estado pierde ingresos en razón de la corrupción, debido al desvío de dinero público por parte de sus agentes, esos valores podrían ser utilizados para inversiones en políticas públicas que concretizasen los derechos fundamentales, como la construcción de hospitales o escuelas. Por ende, la corrupción limita la concretización de los derechos fundamentales, finalidad principal del Estado Social (SANTOS, 2009).

Mary Robison, que ha trabajado como Alta Comisaria de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y expresidente de Irlanda, ha llegado a afirmar que la comunidad de los derechos humanos necesitaba tener más atención en la corrupción, pues ella conlleva a la distorsión de las prioridades en las inversiones en salud. Dinero, que debería ser gastado para aliviar la pobreza

y las enfermedades, va parar en el bolsillo privado. La corrupción literalmente viola los derechos humanos porque las personas son privadas de tener acceso a los servicios que el gobierno está obligado a proveer (ROBISON, 2006).

Hay casos también en que, para hacer frente a los pagos de soborno para conseguir un contrato público, las empresas disminuyen la calidad o cantidad de los materiales empleados en la construcción de la obra adjudicada por el poder público. Así, pone en peligro la vida y la salud de los trabajadores de las personas que después va a utilizar lo bien (CEPEDA; SÁNCHEZ, 2013).

Por fin, la corrupción también produce efectos en la esfera económica. Hoy en día, la teoría de que la corrupción sería un “lubrificante” para el desarrollo no tiene más lugar. Se ha percibido que los efectos económicos de la corrupción, a largo plazo, son devastadores.

La corrupción retira la eficiencia del mercado. Eficiencia es la capacidad de alcanzar un objetivo, con la menor cantidad de recursos posibles. Pues bien, la corrupción aumenta los gastos públicos, pero lo destina a proyectos que no tiene utilidad con el objetivo de desviar dinero público (CEPEDA; SÁNCHEZ, 2013).

Hay también efectos sobre la competitividad, ya que el acto corrupto puede constituir un medio para influir en la toma de decisiones del agente público con potestad para determinar la realización o no de una obra o la prestación de determinado servicio. Con ello, ha una lesión de la ley de oferta y demanda, perjudicando la competencia leal y, indirectamente, el interés general (CAPARRÓS, 2003, p. 33).

Todos esos efectos son maléficos para el bienestar del pueblo. Los agentes estatales, en su misión primordial, trabajan justamente conseguir el contrario. La misión de esos agentes es mejorar, cada vez más, la calidad de vida de la población. Población ésta que los dan legitimidad para actuar, ya que en la mayoría de los países hay una democracia.

4. CARACTERÍSTICA DE LOS ACTOS CORRUPTOS

Ya sea por intermedio de la captura del estado, ya sea por la rama administrativa, la corrupción posee característica en común. Para tanto, Señal (2002, p. 32-35) reúne las características de los actos corruptos.

La primera es que los actos corruptos implican una violación de un deber posicional. Para el autor, quienes se corrompen violan, activa o pasivamente, algunas de las reglas del cargo que ocupa, demostrando un claro sentimiento de deslealtad hacia la norma violada.

Para este autor, la existencia de un acto de corrupción depende un sistema normativo que le sirva de referencia. Esta característica es consecuencia de la anterior. La noción de corrupción es dependiente de un sistema normativo. Por ello, ella puede tener naturaleza económica, política, jurídica o ética, a depender de la norma violada. Puede, hasta mismo, ser de distintas naturaleza a la vez.

El acto corrupto no siempre entraña una acción penalmente jurídica. Para que el acto corrupto tenga el rasgo penal, va a depender del tratamiento dado por lo sistema punitivo. Como subrayado por el autor, ese es uno de los problemas que se enfrenta en el combate a la corrupción en el comercio internacional, pues en algunas legislaciones, sobornar funcionario público extranjero para conseguir un contrato no es ilícito, pero no deja de ser un acto corrupto. Esta práctica, por ejemplo, es combatida por la OCDE que tiene una Convención sobre ese tema.

Los actos de corrupción están siempre vinculados a la expectativa de obtener un beneficio extraposicional. Ese beneficio no necesita ser una ganancia de carácter económico, pudiendo ser política, profesional y hasta mismo sexual. También no importa que el beneficio sea elevado o no.

Por último, e para ese trabajo el más importante, es la característica de que los actos de corrupción tienden a realizarse en secreto o al menos en un marco de discreción. Los autores de esos actos tienen el intento de ocultar sus acciones, mismo en los casos en que la violación de las normas del sistema de referencia sea ampliamente incumplida y casi nunca haya puniciones por eso. Por demostrar una actitud de deslealtad, la corrupción tiene una carga negativa, razón por la cual sus practicantes siempre tratan de que sus actos sean los más imperceptibles posible, intentando a todo costo esconder las huellas de sus actos.

Los actos de corrupción solen ser practicados en la mayor discreción posible. Este hecho dificulta y mucho la descubierta de cómo se dio la conducta corrupta y ayuda el crecimiento de la impunidad.

5. LA DIFICULTAD DE LA PRODUCCION DE PRUEBAS EN LA CORRUPCIÓN

Las dificultades de producción de pruebas de los actos corruptos son gigantescas. La corrupción es fruto de un pacto, un negocio con la finalidad de la compra de un comportamiento del agente estatal. Con todo, para esta comprar hay que haber una relación de confianza entre las partes. Como dice Caparrós (2003, p. 27), “hacen falta dos para bailar”.

Gil Villa (2008, p. 63) asevera que la relación entre los actores corruptos con de extremo refinamiento y complejidad. Es una acción guiada por el refrán “al buen entendedor pocas palabras bastan”, corrupto y corrupto hacen un pacto de caballeros para conseguir su objetivo. Ellos poseen los mismos intereses, cual sea, la ejecución del acto corrupto y su encubrimiento, razón por la cual la tasa de esclarecimiento es muy baja.

No se puede olvidar de la existencia del clientelismo, que de acuerdo con Caciagli (1996 apud Seña 2002, p. 25),

es una relación diática en la cual un agente, en posición de superioridad, utiliza su influencia y sus recursos para dar protección y seguridad a otro agente, que está en posición de inferioridad, a cambio de servicios, lealtad y apoyos.

Esa situación de lealtad, que suele ocurrir en el seno de las administraciones públicas, hace con que haya un pacto de silencio entre las personas involucradas con la conducta.

Las personas que transgreden las normas son protegidas y los que denuncias estas prácticas son acosados, sufren intimidaciones. De esto modo, las personas, mismo que no concuerden o no participen de la conducta corrupta, son incentivadas y, hasta mismo, obligadas a guardaren silencio para no sufrieren sanciones. Todos son concedores del acaecimiento de las violaciones legales, pero nada dicen para huyeren de represalias (SEÑA, 2002, p. 55). Ello conlleva a la alimentación del sistema corrupto, porque sin la quiebra de ese pacto de silencio, la producción de pruebas resulta perjudicada.

Allá de esos hechos, la evolución de la sociedad y las complejas redes construidas por los avances tecnológicos han hecho con que las conductas criminales también avancen en la misma velocidad. Las técnicas de investigación clásicas, por ende, no logran éxito al enfrentar la contrainteligencia utilizadas por los delincuentes. Estos procuran siempre el encubrimiento de sus actos ilegales y, contra la interceptación telefónica, utilizan circuitos cerrados de teléfonos;

códigos, a través de lenguaje cifrada; o la utilización de modernas tecnología como el *Skype, whatsapp, viber*, etc. También se debe subrayar que, aunque haya transnacionalidad de las redes corruptas, hay países que no cooperan con la investigación, mismo con las diversas normas internacionales sobre ese tema. Hecho que también dificulta la producción probatoria (DALLAGNOL, 2015, p. 281).

Por otro lado, cómo los delitos practicados a través de actos corruptos poseen características iguales a de los delitos de cuello blanco, ya que son especie de este, se puede utilizar los dichos de López (2011, p. 143):

Como características principales de esta categoría sociojurídica encontramos: 1) el uso de la ingenuidad o ignorancia de las víctimas; 2) el empleo de la astucia o la malicia, esto es, la ideación esmerada de fin delictivo propuesto; 3) la construcción de sofisticadas ficciones a fin de dotar de una apariencia de legalidad y/o certeza a dicho evento; 4) la circunstancia de que en caso de ser descubierto el antisocial, tanto las autoridades como la sociedad únicamente puedan tener conciencia de la ilicitud de la conducta, mas no de la identidad del autor; 5) el hecho de que los activos empleen una cobertura de honorabilidad o respetabilidad dada su posición política, social o económica, entre otras.

Todos lo demostrado permite que se entienda que con las pruebas clásicas, o sea, las directas no deben ser más utilizadas en casos de corrupción, pues perdieron la eficiencia que tenían antaño.

Tenemos como ejemplos los testigos. En casos cómo de la corrupción, es muy raro que se consiga, por lo que ya he demostrado, testimonios sobre los hechos. Cuando hay algún testigo, ella tiene alguna vinculación con el corrupto o con el corruptor, luego quieren darles protección, hasta metiendo. Todo eso demostrando lealtad a alguna de las partes corrupta.

Además, si por algún motivo, sea moral o mismo por venganza, resuelven hablar sobre los hechos, un testigo aislado no suele ser suficiente para basar una condena. Por fin, cabe subrayar la intimidación real o potencial que los testimonios pueden sufrir, conllevando al miedo de dijeren lo que saben sobre los hechos (DALLAGNOL, 2015, p. 282-283).

Por todo ello, hace necesario tener un nuevo enfrentamiento de la realidad. No se puede querer arreglar lo actual con métodos viejos. Ese anacronismo jurídico probatorio impide que se tenga una mayor eficiencia en la protección de los bienes jurídicos lesionados por la corrupción.

De ese contexto, es necesario un cambio de entendimiento sobre las pruebas. No se puede más entender la prueba cómo la construcción histórica de los hechos, sino cómo un instrumento de persuasión para formar el convencimiento del juzgador. Por ello, sumada la complejidad de producción probatoria en casos de corrupción, resurge la prueba indiciaria, especie de gran importancia contra la impunidad. La prueba indiciaria se deviene la “Reina de las pruebas” en casos de corrupción.

6. CONCEPTO DE PRUEBA

El derecho nace de los hechos, pero se alimenta de la prueba. Sin la prueba, aunque se tenga una posición jurídica de ventaja, el Estado-juez no garantizará esa posición, es decir, en el hecho está el nacimiento del derecho, pero sin la prueba él no será realizado. En frase magistral, Giovanni Leone cita la importancia de la prueba en el proceso penal y dijo, citado por José Frederico Marques (2009, p. 272), que la prueba es el centro de la ciencia penal.

Es la más pura verdad. La prueba es donde el juez tiene su fundamento para condenar o no el reo. La prueba es el medio por el cual se puede hacer una investigación sobre los hechos pasados y, basándose en ella, formar una decisión.

Según Nucci (2009, p. 15), el término prueba tiene su origen en el latín – *probatio*, así como el verbo probar – *probare*. En el mundo del derecho, en su clásica definición, la prueba es tan sólo la demostración de la veracidad de algún hecho o la autenticidad de algo.

La palabra prueba no es utilizada exclusivamente por la ciencia jurídica, sino por todos los ramos de la ciencia, principalmente después del empirismo, por lo cual todo conocimiento sólo puede ser encontrado a través de experimento sensoriales. Pero para nosotros, sólo nos importa el concepto en el derecho.

Hay varias definiciones de pruebas en el derecho procesal. Según Proto Pisani, la prueba puede ser una herramienta utilizada por el juez para conocimiento de hechos; puede ser el procedimiento por el cual se produce el conocimiento de los hechos por el juez; puede ser la actividad razonable hecha por el juez para llegar a una conclusión en el proceso; y también puede ser el resultado de ésta actividad (1991 apud MARINONI; ARENHART, 2009, p. 57).

Señala también Nucci (2009, p. 17) que el término prueba se manifiesta esencialmente en tres sentidos: a) como un acto: el

proceso por el cual se verifica la exactitud del hecho alegado por la parte; b) como un medio: es el instrumento por el cual se demuestra la verdad de algo; c) como resultado: el producto extraído a partir del análisis de los instrumentos de prueba ofrecidos, lo que demuestra la verdad de un hecho.

Fernando da Costa Tourinho Filho (1994, p. 244), jurista clásico brasileño, dijo que probar es, en primer lugar, establecer la existencia de la verdad; y la prueba es el medio por el que pretende establecerlo. Se entiende también por la prueba, los elementos presentados por las partes o por el juez, con el fin de establecer, dentro del proceso, la existencia de ciertos hechos. Es el instrumento de verificación *thema probandum*. A veces se emplea la palabra prueba en el sentido de la acción de probar. De hecho, probar significa hacer conocer a otros la verdad conocida por nosotros.

Esa definición de prueba como el establecimiento de la existencia de la verdad ya no es aceptada por la doctrina moderna, pues no es posible llegar a la verdad en el proceso, sino, en el máximo, la verosimilitud. En la doctrina clásica, solían los autores entender que la prueba era la reconstrucción de la verdad. Pero esa reconstrucción es imposible, pues la verdad está en el pasado y ese no se puede traer de vuelta. Tanto es así que los profesionales que examinan las pruebas judiciales son jueces y no historiadores.

Merece la pena aportar el pensamiento de Marinoni y Arenhart (2009, p. 59) en el que asevera que el juez no es un historiador. Y, se lo fuera, no debería ser elegido entre licenciados en Derecho, sino entre los licenciados en Historia, que están, seguramente, más preparados para las investigaciones sobre el pasado.

De acuerdo con las definiciones arriba mencionada, se observa que la prueba puede ser contemplada desde varios ángulos y cada uno de ellos con sus especificidades. Así, se puede concluir que la prueba es un elemento argumentativo y dialéctico. Para Marinoni y Arenhart (2009, p. 59), la prueba, en derecho procesal, es todo medio retórico, establecido en ley, y que tiene la finalidad de, dentro de los parámetros fijados por el Derecho y por criterios razonables, convencer al Estado-Juez de la validez de proposiciones, objeto de impugnación, hechos en el proceso.

Esa definición engloba todas las posibilidades de pruebas existentes y, además, fija bien que la prueba nada tiene que ver con la verdad, sino con el convencimiento del juez por un juicio de verosimilitud, dentro de la dialéctica procesal.

6.1. Finalidad de la Prueba

El juez es el actor procesal al que se destina la prueba. Él es el personaje principal de la relación de la materia probatoria, pues las partes producen, argumentan y dialogan en el proceso para llevar al juez, un juicio de verosimilitud de la posición de ventaja que las partes creen tener. Es con esa dinámica con la que el juez tendrá elementos para decidir. Si es, por medio de la prueba, que el Estado-Juez basa su decisión, la finalidad de ella es hacer que el juez conozca determinado hecho y convencerle sobre la existencia de ese hecho, a través de las argumentaciones ocurridas dentro del proceso.

Por ende, la decisión judicial tiene su legitimidad basada en el proceso. Es decir, la legitimidad habita en la apreciación de los enunciados, de las argumentaciones y diálogos producidos por las partes en el proceso. Solo así, el Estado-Juez, de acuerdo con los parámetros legales, puede declarar cual es la parte que tiene la posición jurídica de ventaja.

Señala Carlos Climent Durán (1999, p. 72):

Las pruebas ofrecen al juzgador un conjunto de afirmaciones instrumentales, que éste ha de comparar con las iniciales afirmaciones de las partes, para así poder considerarlas como realmente acaecidas, plasmándolas en la sentencia como hechos probados.

Para declarar quien es culpado, el Estado-Juez hace un silogismo, utilizando la premisa mayor, que es la norma; y la premisa menor, el hecho puesto a su análisis, siendo la sentencia una conclusión de ese razonamiento.

La necesidad del silogismo utilizado en la sentencia ya era defendida desde el siglo XVIII por Cesare Beccaria (2011, p. 19), en su clásica obra *De los delitos y de las penas*:

En todo delito debe hacerse por el Juez un silogismo perfecto. Pondráse cómo mayor la Ley general; por menor la acción, conforme o no con la Ley; de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el Juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre.

Considerando que la verdad es una construcción remata Marinoni y Arenhart (2009, p. 53) que la función de la prueba es servir como medio de argumentación en el dialogo judicial, elemento de convencimiento del Estado-Juez sobre cuál de las partes deberá ser beneficiada con la protección del órgano estatal.

Con eso, se observa que la finalidad de la prueba es llevar los hechos al conocimiento del juzgador, para que éste, a través de los argumentos aportados por las partes del proceso y las limitaciones legales, pueda convencerse de quien tiene la posición jurídica de ventaja.

7. LA PRUEBA INDICIARIA

La prueba, como dicho, tiene por finalidad llevar los hechos al conocimiento del juzgador, para que éste, a través de los argumentos traídos por las partes del proceso y las limitaciones legales, pueda convencerse de quien tiene la posición jurídica de ventaja.

Lo mismo ocurre con la prueba indiciaria, por ser especie del género prueba. Sin embargo, la prueba indiciaria es muy desprestigiada y hay un cierto prejuicio en su utilización para una sentencia condenatoria, sobre todo en materia penal. Los jueces, buscando la verdad material y sirviéndose de una visión anacrónica del proceso, temían y algunos todavía temen errores judiciales. A lo mejor, también el recuerdo de como la prueba indiciaria era utilizada durante algunas épocas de la Historia incrementa los temores de los juzgadores. Así, un hecho común en los procesos, es que los jueces no suelen valorar las pruebas indiciarias con el mismo peso de otras pruebas, a ejemplo de que lo hacen con las pruebas testificales y documentales.

La origen histórica de ese prejuicio es que la prueba indiciaria fue muy utilizada como fundamento para torturas. En la época del sistema legal de pruebas, aunque previstos en la legislación, los indicios no tenían mucho valor, tanto es así que se seguía la máxima *latina ex indiciis nemo damnari potest* (Nadie puede ser condenado por el indicio) (TOURINHO FILHO, 1994, p. 355).

Confirmando el prejuicio por el cual pasa la prueba indiciaria, hay autores que piensan que, en el manejo de los indicios, el juez debe tener atención extrema, porque de todas las pruebas, la más desgraciada, la más engañosa, la más satánica, es, sin duda, la prueba indiciaria. El indicio, en la eterna ironía de las cosas, es la prueba preferida contra los inocentes. Para él, toda inocencia es víctima de la elección de la prueba indiciaria y con los indicios se puede llegar a cualquier conclusión, manejando el razonamiento para la dirección que se quiera. Por fin, él concluye con la siguiente frase: “Juzgar por intermedio de indicios y, con ellos, condenar, es el adulterio de la razón con el acaso, en el jardín de Júpiter” (TOURINHO FILHO, 1994, p. 355).

Olvidan ellos que los indicios fueron muy utilizados para el desarrollo de la humanidad. Fue a través de los indicios, con la utilización del método científico, con el hombre ha conseguido saber sobre los hechos del pasado, perfeccionarse y vencer la disputa entre las especies. Son los indicios los que sacan a la luz gran parte del conocimiento humano.

Ha sido por medio de los indicios que los científicos concluyeron que el hombre primitivo era un cazador. Y ese hombre primitivo cazador, por los indicios, desarrolló y perfeccionó sus métodos de caza para conseguir sobrevivir en un mundo inhóspito. El hombre cazador empezó a leer los rastros de animales y otras señales, concluir que por ahí la caza había pasado y lograr éxito en la búsqueda de alimento (QUIJANO, 1999, p. 247).

Esa visión equivocada del derecho probatorio no condice con los retos modernos en la protección de los bienes jurídicos ni con el sistema probatorio del libre convencimiento motivado o de la persuasión racional.

Hablando sobre las presunciones, el razonamiento que puede ser utilizado para la prueba indiciaria, Carlos Climent Durán (1999, p. 575-577) dice que es un hecho innegable que los jueces y tribunales son reacios a reconocer expresamente que en sus valoraciones y razonamientos utilizan presunciones. Cree él que tal hecho ocurre por cuenta de una confusión generalizada entre el concepto vulgar y el concepto jurídico del instituto procesal. El concepto vulgar de presunción se plantea en la definición de sospecha o conjetura. Por ende, en la visión anacrónica de la búsqueda por la verdad, no se consigue una sentencia con seguridad de justicia con base y pruebas indiciarias.

En los crímenes de corrupción, las pruebas son más complejas. Además, los corruptos suelen ser personas con mucho poder, tanto político como económico, y, por eso, consiguen tener buenos abogados. Por consiguiente, en general, los órganos de investigaciones no consiguen pruebas directas, sea porque los criminales saben de los riesgos que corren, conociendo también como utilizar las leyes en su favor; sea porque en esos crímenes, el resultado ocurre en otro espacio-tiempo, haciendo con que la sensación de ofensa al bien jurídico no sea fácilmente perceptible; sea porque los testigos no quieren hablar. Algunos llegan a decir que la corrupción es un delito sin víctimas porque no hay un perjudicado directo, sino un daño colectivo y difuso. Como no hay víctimas, no hay quien se queje a las autoridades.

Sin embargo, no se puede olvidar que hay muchas maneras de obtener el convencimiento en el proceso. Hay muchas maneras en las que el hecho criminal dialoga con los participantes del proceso, informándoles sobre lo ocurrido. Las circunstancias demuestran hechos que no pueden ser olvidados en la valoración de las pruebas, bajo el riesgo de estar cometiendo una injusticia. Así, no sólo las pruebas directas nos dicen algo sobre el hecho criminal, sino también las indirectas, como es la prueba indiciaria y, principalmente, en crímenes de corrupción.

Importante subrayar el pensamiento de Mittermaier (2008, p. 363), cuando habla sobre las pruebas indiciarias y las circunstancias de los crímenes:

Estas circunstancias son otros tantos testigos mudos, que parece haber colocado la Providencia alrededor del crimen para hacer resaltar la luz de la sombra en que el criminal se ha esforzado en ocultar el hecho principal; son como un fanal que alumbró el entendimiento del Juez y le dirige hacia los seguros vestigios que basta seguir para llegar a la verdad. El culpable ignora, por lo regular, la existencia de estos testigos mudos, o los considera de ninguna importancia; además, no puede alejarlos de sí o desviarlos; los mismo clavos de la suela de sus zapatos señalan su paso por el lugar del delito; un botón caído en el mismo sitio suministra un indicio vehemente; una mancha de sangre en su vestido atestigua su participación en el acto de violencia.

Esos testigos mudos se comunican y, algunas veces, la comunicación es mucho más fuerte y clara que una prueba testimonial u otra prueba directa. Puede haber cierta dificultad en el razonamiento de la prueba indiciaria, ya que no sólo debe estar probado el hecho básico, sino también la conexión racional entre esos hechos y el hecho consecuencia. Sin embargo, esa dificultad no puede servir de disculpa para las prácticas de injusticias y para una deficiente protección del bien jurídico tutelado por la norma.

7.1 Concepto de Prueba Indiciaria

Hecho esta breve introducción, importa ahora definir lo que sea la prueba indiciaria.

Para Gianturco (1958, p. 2-3)

el indicio constituye un *argumentum demonstrativum delicti*: es un hecho conocido del cual, a través de un juicio lógico, que se inserta en el esquema característico del juicio lógico, se

puede argumentar la existencia de otro hecho desconocido, que constituye el *thema probandum*.

Climent Durán (1999, p. 622-623) asevera que:

De cuanto se ha venido diciendo ha quedado claro el concepto de indicio, que es equivalente a un hecho, suficientemente probado por cualquier medio probatorio, a partir del cual es posible realizar una inducción o inferencia para determinar la existencia de otro hecho conectado con aquél a través de una máxima de experiencia.

Malatesta (2001, p. 180-181) afirma: “el indicio es aquel argumento probatorio indirecto que deduce el desconocido del conocido por medio de la relación de causalidad.”

Mittermaier (2008, p. 371) nos enseña:

un indicio es un hecho que está en relación tan íntima con otro hecho, que un juez llega del uno al otro por medio de una conclusión muy natural. Por eso son menester en la causa dos hechos: el uno comprobado, el otro no manifiesto aún y que se trata de demostrar racionando del hecho conocido al desconocido.

Para la jurista brasileña Maria Thereza Rocha De Assis Moura (1994, p. 41),

indicio es toda huella, vestigio, señal y, en general, todo hecho conocido, debidamente probado, susceptible de conducir al conocimiento de hecho desconocido, a él relacionado, a través de una operación de razonamiento inductivo-deductivo.

El Código Penal brasileño en el Título VII - De las Pruebas - ha previsto en un capítulo específico, Capítulo X, la prueba indiciaria. Importante subrayar que los indicios son tratados como medio de prueba, tanto es así que está en el título dedicado a las pruebas en el Código de Proceso Penal. La ley trajo la definición del indicio en el artículo 239: “se considera indicio la circunstancia conocida y probada que, teniendo relación con el hecho, autorice, por inducción, concluirse la existencia de otra u otras circunstancias” (BRASIL, 1941).

Esta definición legal, en Brasil, parte de la premisa de que hay un raciocinio inductivo en el descubrimiento de la existencia de otra circunstancia. Walter Coelho (1996, p. 110) cree que la definición legal fue infeliz y no tuvo precisión técnica. Para él sería mejor que la ley tuviera previsto, en lugar de la palabra “inducción” la expresión “inferencia”. Según el autor, la expresión “inferencia” abarcaría tanto el proceso inductivo como el deductivo que puede ser utilizado en la prueba indiciaria.

7.2 La Necesidad de la Prueba Indiciaria en Casos de Corrupción

En la sociedad actual, la información es bastante accesible a todos. La democratización de los medios de información acortó las distancias y fronteras, permitiendo la inserción cultural de millones de personas. Sin embargo ese desarrollo hizo que los criminales también tuviesen acceso a la información y, por ende, cada día incrementan la complejidad de sus actividades ilícitas, con la finalidad de huir de la aplicación de la ley.

Los estudiosos del tema suelen definir un crimen complejo de acuerdo con los contextos en los que se desarrolla la investigación penal. Los criterios para determinar la complejidad de un crimen dependen de: (i) la gravedad del delito, a su turno relacionada con el impacto social o los costos monetarios y no monetarios causados por la conducta punible o el fenómeno criminal agregado, y (ii) la dificultad de la investigación, la cual depende de los recursos que es necesario desplegar para cosecha exitosa de evidencias LA ROTA, M.E.; BERNAL, C., 2012).

La corrupción encaja perfectamente en esta definición, pues su impacto social y sus costos monetarios para el Estado son enormes. Además, en razón de la personas que practican los actos corruptos, que suelen ser políticos y personas con gran influencia en la sociedad, teniendo poder económico y político, la dificultad de la investigación es también de alto grado. No se puede olvidar que una de las finalidades de la corrupción es el apoderamiento del Estado y eso ocurre a través de la tentativa de influencia de los corruptos sobre los miembros de la Fiscalía y del Poder Judicial.

Jairo Parra Quijano (1999, p. 247) nos llama la atención sobre que

quien realiza un acto lícito voluntariamente y como medida de seguridad por imposición de la ley lo documenta, lo hace frente a testigos, o le es indiferente que se presencie su realización, aún en el mismo acto de simular, los documentos o comportamientos que se fingen, son en cierta forma realizaciones voluntarias que permiten descubrir el acto oculto o la no realización del acto. Por el contrario, quien prepara la comisión de un delito procura hacerlo de tal manera que nadie lo presencie; sin embargo, por ser éste un comportamiento humano que afecta en alguna forma la realidad, deja huellas producidas en la comisión del mismo que permiten descubrirlo e identificar a su autor.

Con ese desarrollo y acceso a la información también por parte de la criminalidad, es cada vez más escasa la utilización de pruebas directas para el convencimiento del juez en casos complejos, como

suelen ser los casos de corrupción. Los autores de las conductas criminales saben cómo esconder las pruebas que les son contrarias, sea a través de amenazas a las personas que sepan del hecho o a través de consultorías de abogados que les enseñan las brechas de la ley. Además, la estructura de las organizaciones es enredada; tiene jerarquía; división de roles; movilidad interna, sistemas de promoción internos y sistemas de comunicación entre sus agentes; sus propias normas; liderazgo; maneras de protección; y resiliencia (FRAMIS, 2012).

Sin embargo, en esos crímenes complejos, es necesario recordar lo dicho por Quijano; es decir, los actos dejan huellas. En la comisión de actos de corrupción, aunque este sea un delito complejo, son practicados por seres humanos y afectan la realidad, afectan y modifican el mundo de los hechos. Así, por ser practicados a través del actuar humano, siempre habrá alguna marca o señal. Son esos vestigios los que deben ser tenidos en consideración, pues sólo por ellos es posible descubrir e identificar a los autores.

En ese contexto, la prueba indiciaria no puede ser despreciada. Ésta, por el contrario, debe plantearse como la prueba principal, la reina de las pruebas para la lucha contra los delitos de esa naturaleza. En el mundo moderno, las herramientas que sirvieron para combatir los excesos del Estado Absolutista ya no son útiles, pues hoy los retos son otros.

Importante traer la enseñanza de Rafael Bustos Gisbert (2005, p. 80):

[...] si a través de los intentos de reformulación (o de los intentos de negación de los problemas y las críticas) no se están cuestionando aquellos instrumentos de análisis que servían para el esclarecimiento de los problemas constitucionales, hasta el punto de que hablar hoy de constitucionalismo, constitución y Derecho constitucional supondría un mero tributo a un pasado superado y sin conexión real y efectiva con la realidad.

Necesitamos dar el debido valor a los testigos mudos, como ha dicho Mittermaier (1979, p. 503), que parecen haber sido colocados pela Providencia para hacer resaltar la luz de la sombra en la que el criminal quiso actuar para ocultar el hecho principal, o sea, su crimen.

También tenemos que tener en cuenta que la prueba indiciaria, por estar basada en el razonamiento, posibilita una mayor utilización de la capacidad argumentativa de las partes en el proceso.

Partiendo de la premisa de que no es posible encontrar la verdad real y que la prueba es todo medio retórico, previsto en ley, y dirigido, bajo parámetros normativos y criterios razonables, para convencer al juez de la validez de las proposiciones, objeto de impugnaciones, hecha en el proceso, como ya dicho por Marinoni y Arenhart (2009, p. 59), la prueba indiciaria es de suma importancia.

Es la prueba indiciaria la que más autoriza al intérprete (y los otros sujetos del discurso judicial) a ejercitar su capacidad argumentativa para que se establezca el necesario vínculo de dependencia entre el hecho principal y el hecho probado. Es con ella con la que se establece la concordancia entre el hecho aportado al proceso (prueba indiciaria) y el otro hecho que se quiere demostrar, así como el nexo de dependencia que une éstos hechos en el plan concreto.

8. CONCLUSIONES

Conforme a lo planteado, la corrupción es el principal reto de la democracia moderna. Sus efectos son devastadores, tanto en la economía, cómo en la tutela de los derechos humanos.

El proceso penal y el Derecho Penal son una de las herramientas que el Estado tiene para combatir la corrupción. En el desarrollo y en la construcción de una sociedad más justa y solidaria, el Derecho Penal y Procesal penal son comparables al arquitecto y al ingeniero. Sin embargo, para que la construcción sea sólida, los dos deben tener instrumentos modernos y debidamente coordinados. Y es en este momento en el que la prueba entra en el escenario.

Los derechos nace de los hechos, pero se alimenta de la prueba. Un derecho sin prueba no va a tener tutela por el Estado-Juez. Lo que no es probado, no es tutelado. Es por eso que las pruebas son de suma importancia para el derecho.

Partiendo del presupuesto de que los corruptos, como forman parte de una delincuencia institucionalizada, tienen poder, tanto político como económico, ellos saben la manera de ocultar las huellas de sus crímenes. Será muy difícil, por no decir imposible, conseguir la prueba directa de un acto corrupto. Además, la relación entre las partes que practican la corrupción es diferente de actos lícitos. En estos, las partes quieren protegerse creando pruebas del hecho y en los actos corruptos no. Las partes quieren, lo más posible, esconder el hecho. Así, siempre habrá una enorme dificultad para probar actos corruptos.

Sumado a ese hecho, existe la costumbre de que los jueces tienen que hacer una reconstrucción histórica en el proceso, una búsqueda ciega por la verdad absoluta. La verdad que es imposible alcanzarla. Con eso, el discurso de búsqueda de la verdad real solamente contribuye a la impunidad. Ello sirve seguramente para tratar con “inocentes corruptos” que saben muy bien manejar las oportunidades dadas por la ley y hacen que la corrupción merezca la pena, que sea rentable de alguna manera. No se puede olvidar también el prejuicio de condenar a alguien basado en pruebas indiciarias. Como he demostrado, este prejuicio es fruto de una visión anacrónica del Derecho probatorio, pues los jueces actúan como se estuviesen en el Estado Liberal del siglo XVIII y XIX.

En el escenario actual, en un mundo complejo y globalizado, la prueba indiciaria es la más importante arma en la lucha contra la corrupción. En un mundo en el que las informaciones y el capital se mueven de manera muy rápida, no es admisible que se trate las cuestiones probatorias con una visión de antaño.

El prejuicio que suele existir sobre la prueba indiciaria no debe tener fuerza y voz para impedir su utilización. La prueba indiciaria tiene la misma naturaleza de otros medios de pruebas previstos en ley. Para los retos de la corrupción del mundo globalizado, la prueba indiciaria seguramente se convierte en reina de las pruebas y sin ella la impunidad va a imperar.

REFERENCIAS

BECCARIA, César. **De los delitos y de las penas**. Fondo de Cultura Económica, 2011.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Diário Oficial da União. Brasília, 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 2 set. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 30 jul. 2016.

_____. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Diário Oficial da União. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>

ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 2 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Diário Oficial da União. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 2 set. 2016.

CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. **La corrupción de agente público extranjero e internacional**. Tirant lo blanch, 2003.

_____. **La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales** (Anotaciones para un Derecho Penal Globalizado). In: Corrupción y delincuencia económica. Universidad Santo Tomás (USTA), 2008. p. 271-289.

CEPEDA, Ana Isabel Pérez; SÁNCHEZ, C. Demelsa Benito. **La política criminal internacional contra la corrupción**. In: Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña. Universidad de Salamanca, 2013. p. 13-55.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo penal: prova direta, indícios e presunções**, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2015.

DE LA LENGUA, DICCIONARIO et al. **Diccionario de la Lengua Española** v. I. Madrid, 2002.

DURAN CLEMENT, Carlos. **La prueba penal** (doctrina y jurisprudencia). 1999.

FRAMIS, Andrea Giménez-Salinas et al. Estructuras y liderazgo en cuatro redes españolas dedicadas al tráfico de drogas. **Revista Española de Investigación Criminológica: REIC**, n. 10, 2012, p. 1-32.

GARCIA, Emerson. A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica. **Revista de Direito Administrativo**, v. 233, 2003, p. 103-140.

GIL VILLA, Fernando. **La cultura de la corrupción**. Madrid: Maia, 2008.

GISBERT, Rafael Bustos. **La constitución red:** Un estudio sobre supraestatalidad y constitución. 2005.

Global Corruption Report 2006 – Transparency International

LA ROTA, M.E.; BERNAL, C. **Experiencias de los países de América Latina en la investigación de delitos complejos,** Bogotá, 2012.

LANDES, David S. **Riqueza e Pobreza das Nações:** Por que algumas são tão ricas e outras tão pobres. Elsevier Brasil, 2003.

LÓPEZ, Miguel Ángel Guilar. **Análisis político criminológico de una variante moderna de la delincuencia de cuello blanco.** in: ROQUE, Díaz José Rodrigo. (Coordinador) “Delitos de Cuello Blanco”. INACIPE, México D.F. 2011, p. 141-150.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal.** (trad). Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 2001.

MALEM SEÑA, Jorge. **La corrupción.** Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos. Editorial Gedisa, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova.** 2009.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** 2009.

MITTERMAIER, Karl Joseph Anton. **Tratado de la prueba en materia criminal o exposición comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc.** Reus, Madri, 10a ed., 1979.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal.** Lumen Juris, 1994.

MUNGIU-PIPPIDI, Alina. ***The Good, the Bad and the Ugly. Controlling Corruption in the European Union, Advanced Policy Paper for Discussion in the European Parliament.*** 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no processo penal. **Revista dos Tribunais**, 2009.

QUIJANO, Jairo Parra. Prueba indiciaria en el Código de Procedimiento Penal brasileiro y Código de Procedimiento Penal italiano y su complementación con países europeos y americanos. **Derecho Penal y Criminología**, v. 21, p. 247, 1999.

ROSE-ACKERMAN, Susan. ***Challenge of Poor Governance and Corruption, The Especial 1*** DIREITO GV L. Rev., 2005, p. 207.

_____. **Economía política de las raíces de la corrupción:** Investigación y políticas públicas. Irma Erendira Sandoval (coordinadora) Corrupción y transparencia. Debatiendo las fronteras entre Estado, Mercado y Sociedad, Siglo XXI, México, 2009.

SÁNCHEZ, Fernando Jiménez. **La trampa política:** la corrupción como problema de acción colectiva. In: Gobernabilidad, ciudadanía y democracia participativa: análisis comparado España-México. 2014. p. 157-174.

SANTOS, Cláudia Cruz; **Considerações introdutórias** (ou algumas reflexões suscitadas pela “expansão” das normas penais sobre corrupção). In: SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Claudio; DE MELO, Débora Thaís. A corrupção: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência), sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal. Coimbra Editora, 2009, p. 7-40.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **A ideia penal sobre a corrupção no Brasil:** da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. 2011.

TORRE, Ignacio Berdugo Gómez de La; CAPARRÓS, Eduardo A. Fábian. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas

respuestas. **Revista brasileira de ciências criminais**. Ano, v. 17, p. 07-35.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. rev. Atual. São Paulo: Saraiva, v. 3, 1994.

VILLORIA, Manuel; JIMÉNEZ, Fernando. La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos. **Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS)**, v. 138, n. 1, 2012, p. 109-134.

SELF-CLEANING: A REABILITAÇÃO DE EMPRESAS IMPEDIDAS DE PARTICIPAR DE LICITAÇÕES NO BRASIL

Rafael Wallbach Schwind¹

SUMÁRIO: 1. Colocação do problema. 2. O conceito de *self-cleaning*. 3. Os objetivos das medidas de *self-cleaning*. 4. Possíveis críticas ao *self-cleaning*. 5. O *self-cleaning* como mecanismo para promover determinados valores. 6. Impossibilidade de exclusão de empresas que tenham adotado medidas de *self-cleaning*. 7. *Self-cleaning* e o princípio da proporcionalidade. 8. A aplicação das medidas de *self-cleaning* de acordo com a Diretiva nº 2014/24. 9. A definição das medidas em cada caso concreto. 10. Critérios para a avaliação das medidas de *self-cleaning*. 11. O direito a uma análise motivada das medidas adotadas. 12. Aproximação com o direito brasileiro. 13. Encerramento. Referências.

RESUMO: A legislação brasileira anticorrupção e as regras de licitações no Brasil impõem, numa variedade de casos, o impedimento à participação em licitações pelo prazo de dois a dez anos quando o agente econômico é acusado da prática de atos de corrupção. Em várias situações, o Judiciário e a Administração Pública, incluindo as autoridades antitruste, impõem sanções de suspensão sem uma preocupação muito clara com os efeitos anticompetitivos de se proibir a participação em licitações. Até agora, a abordagem relacionada ao impedimento à participação em licitações tem sido estritamente punitiva, desprezando-se o propósito de se prevenir condutas futuras. Preocupa-se apenas com a retribuição pelas condutas ilícitas praticadas. Este artigo pretende identificar os traços fundamentais da noção europeia do *self-cleaning* (autossaneamento), que permite que uma empresa volte a participar de licitações desde que tenha tomado providências que a tornem confiável novamente. O objetivo é testar sua aplicação no Direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Autossaneamento. *Self-cleaning*. Licitações. Anticorrupção. Suspensão. Inidoneidade. Concorrência.

ABSTRACT: Brazil's anticorruption and debarment rules impose in a variety of cases, ranging from two to ten years. In many situations, courts and government agencies, including antitrust authorities, impose suspension sanctions without a clear concern for the anticompetitive effects of preventing

¹ Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Visiting scholar na Universidade de Nottingham, Inglaterra. Autor e coordenador de diversos livros e artigos nas áreas de Direito Administrativo e Direito Econômico. Árbitro da Câmara de Arbitragem da Federação das Indústrias do Paraná – CAMFIEP e da Câmara de Arbitragem e Mediação de Santa Catarina – CAMESC. Advogado em Curitiba, São Paulo e Brasília.

otherwise efficient and skillful companies to take part in public tenders. Until now, the approach to debarment in Brazil has been strictly punitive and has disregarded its purpose as prevention of future harm to government interests, not (only) as retribution for past wrongdoings. This article intends to identify the fundamental traits of the European notion of *self-cleaning* to test its application under existing Brazilian law.

KEYWORDS: Self-cleaning. Public procurement. Anticorruption. Debarment. Competition.

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Vem sendo discutido no Brasil como lidar com situações nas quais empresas que basicamente travam relações contratuais com a Administração Pública são impedidas de participar de licitações em virtude de acusações de corrupção. Nesses casos, o impedimento à participação em licitações equivale a uma verdadeira pena de morte a tais empresas.

Por um lado, é necessário combater práticas de corrupção e penalizar aqueles que atuam em desconformidade com a lei. Isto é inquestionável.

Contudo, deve haver uma preocupação com os efeitos sociais e econômicos derivados da aplicação dessas penalidades, inclusive para o próprio poder público – que, com a diminuição do número de concorrentes, tem reduzidas as chances de realizar uma contratação mais vantajosa.

É imprescindível encontrar soluções fundadas no princípio da proporcionalidade, que permitam o combate à corrupção e, ao mesmo tempo, proporcionem os mesmos objetivos buscados com a aplicação de penalidades – mas sem comprometer a atividade econômica das empresas.

Uma possível solução consiste na figura do *self-cleaning*, do direito comunitário europeu.

Por meio do *self-cleaning*, uma empresa acusada da prática de atos ilícitos pode promover determinadas medidas de autossaneamento, de modo a “limpar-se” e, assim, passar a ser um agente econômico confiável e passível de travar relações contratuais com o poder público.

2. O CONCEITO DE SELF-CLEANING

Apesar de prever a possibilidade de os agentes econômicos que praticaram irregularidades terem suspenso o seu direito de

participar de licitações e contratos públicos, o direito comunitário europeu contempla também a figura do *self-cleaning*.

A ideia geral do *self-cleaning* é que um agente econômico poderá readquirir o direito de participar de licitações e de firmar contratos públicos caso demonstre que adotou medidas efetivas para assegurar que os atos irregulares praticados no passado não mais ocorrerão no futuro.

Evidentemente, não é possível fixar em abstrato quais seriam as medidas necessárias e adequadas para que o interessado possa promover esse autossaneamento. Isso dependerá das circunstâncias de cada caso concreto, levando-se em conta a gravidade do ato praticado, a sua duração, a sua eventual recorrência e o seu impacto econômico. Entretanto, tais medidas envolverão normalmente (i) o esclarecimento dos fatos e das circunstâncias relacionadas às irregularidades, (ii) a reparação dos danos causados, (iii) a adoção de medidas relacionadas ao pessoal que atua em nome da empresa e (iv) a adoção de medidas estruturais e de organização interna pela empresa.

O racional do conceito de *self-cleaning*, portanto, consiste em permitir uma espécie de redefinição da conduta futura das empresas condenadas, de forma que elas sejam reabilitadas a participar de licitações e firmar contratos com a Administração Pública caso tomem determinadas medidas.

Dessa forma, uma empresa que em tese poderia ser impedida de participar de procedimentos de contratação pública em virtude de ter se envolvido com práticas criminosas ou em ilícitos administrativos poderá ser admitida nos procedimentos licitatórios caso tenha tomado todas as medidas necessárias para assegurar que não incorrerá mais nas condutas reprováveis que praticou no passado.

O *self-cleaning*, portanto, parte da ideia de que existe uma forma alternativa para se lidar com situações que conduziram em tese à exclusão de um licitante. Em vez de se promover a sua exclusão, o que seria potencialmente danoso em termos concorrenciais e sociais, estabelece-se que as autoridades adjudicantes têm o dever de avaliar se os interessados adotaram certas medidas que, em última análise, tenham sido eficazes em restabelecer a sua confiabilidade perante a Administração Pública.

3. OS OBJETIVOS DAS MEDIDAS DE *SELF-CLEANING*

Poder-se-ia argumentar que as medidas de *self-cleaning* inviabilizariam os objetivos que são buscados com a exclusão ou suspensão de licitantes que praticaram atos irregulares. Assim, todo o sistema baseado no incentivo à integridade ficaria comprometido.

Entretanto, entende-se que as medidas de *self-cleaning* na realidade são capazes de promover justamente os mesmos propósitos que são buscados pelas suspensões e exclusões de licitantes.

O objetivo de proteger os recursos públicos e outros interesses na performance de contratos públicos depende de se criar um ambiente em que a Administração Pública contrate apenas agentes econômicos confiáveis. Esse objetivo pode ser atingido também por meio da adoção de mecanismos de *self-cleaning*. Se uma empresa adotou medidas efetivas para a sua reabilitação, pressupõe-se que ela tenha voltado a ser um agente econômico confiável, não mais se justificando a sua suspensão ou a exclusão do direito de participar de licitações e firmar contratos públicos. Afinal, a empresa terá se desvinculado das pessoas envolvidas com os atos irregulares, terá recomposto os prejuízos causados e terá adotado os mecanismos de pessoal e organizacionais necessários para garantir que os atos ilícitos do passado não se repitam novamente no futuro. Nessa situação, o agente econômico deverá ser considerado confiável para o fim de participar de licitações e firmar contratos com o Estado.

O mesmo ocorre em relação ao objetivo de se prevenir a corrupção e outros comportamentos indesejáveis. Se a empresa adotou mecanismos de pessoal, promoveu medidas adequadas de *compliance* – tais como haver dado informações adequadas ao seu pessoal a respeito das políticas da empresa nas licitações públicas, formulado regras de conduta e de transparência para a prevenção de atos de corrupção, estabelecido um programa de integridade adequado, criado um cargo de *compliance officer*, entre outras –, não haverá razão para questionar a confiabilidade da companhia. Ela contará com instrumentos de controle interno que inclusive poderão ser mais eficientes do que aqueles existentes em empresas que nunca foram condenadas por nenhuma conduta irregular ou ilícita. Logo, não haveria motivo para sua exclusão de possíveis licitações públicas e contratos com o Estado.

4. POSSÍVEIS CRÍTICAS AO *SELF-CLEANING*

Poder-se-ia dizer que as medidas de *self-cleaning* acabariam encorajando os agentes econômicos à prática de ilícitos, uma vez que as medidas de autossaneamento seriam uma solução fácil em caso de constatação de ilegalidades.

No entanto, tem-se muito claro no direito comunitário europeu que a realização das medidas de *self-cleaning* requer um investimento muito grande de tempo e de recursos para a sua execução, sem nenhuma garantia prévia de que elas venham a ser aceitas no futuro pelas autoridades adjudicantes. Assim, a admissão do *self-cleaning* não encorajaria as empresas a praticarem atos ilícitos, apenas incentivaria tais agentes a reconhecer que praticaram ilegalidades e a adotar medidas que impeçam que elas ocorram novamente no futuro.

5. O *SELF-CLEANING* COMO MECANISMO PARA PROMOVER DETERMINADOS VALORES

O objetivo de promover valores importantes à União Europeia também pode ser atingido pelas medidas de *self-cleaning*.

À medida que um agente econômico adota medidas concretas e eficientes para promover o seu autossaneamento, passa-se uma mensagem clara ao mercado de que a atuação econômica somente é legítima e aceitável se forem observados valores – como o da integridade.

Além disso, as medidas de *self-cleaning* podem assegurar que haja justa competição entre as empresas. Isso porque os agentes econômicos que adotarem medidas de autossaneamento terão de compensar os prejuízos causados e ainda deverão promover medidas que consomem tempo e recursos significativos para garantir que recuperaram a sua confiabilidade. Portanto, as medidas de *self-cleaning*, num certo sentido, fazem com que as vantagens ilegalmente obtidas no passado sejam compensadas.

Por fim, as medidas de *self-cleaning* também auxiliam na percepção perante os cidadãos de que as licitações são o modo mais legítimo em regra de se realizar contratações públicas. Isso porque tais medidas se destinam justamente a garantir que os procedimentos licitatórios sejam realizados de forma idônea, com empresas confiáveis, que dispõem de mecanismos efetivos para

impedir que ilícitos cometidos no passado se repitam novamente no futuro.

6. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE EMPRESAS QUE TENHAM ADOTADO MEDIDAS DE *SELF-CLEANING*

Partindo-se da conclusão inicial de que as medidas de *self-cleaning*, desde que efetivas e compatíveis com cada caso concreto, são suficientes para garantir que haja maior integridade nos procedimentos de contratações públicas, entende-se no direito comunitário europeu que as autoridades adjudicantes dos Estados-membros não podem excluir de seus procedimentos os agentes econômicos que tenham adotado medidas adequadas de autossaneamento. A exclusão desses interessados, mesmo quando as medidas de *self-cleaning* tenham sido bem-sucedidas, seria uma violação direta ao princípio da proporcionalidade.

7. *SELF-CLEANING* E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A doutrina aponta que o conceito de *self-cleaning* deriva diretamente do princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade é previsto no artigo 5, seção 3, do Tratado da União Europeia. Ele estabelece que as ações adotadas pela União Europeia não devem ir além do necessário para atingir os objetivos buscados.

Em diversas ocasiões, a Corte Europeia de Justiça ressaltou o princípio da proporcionalidade como sendo um dos princípios gerais da comunidade. A Corte já estatuiu, por exemplo, que as proibições de atividades econômicas são aceitáveis apenas quando forem apropriadas e necessárias ao atingimento de um objetivo legitimamente perseguido pela legislação. Assim, quando é possível escolher entre diversas medidas, deve-se optar pela menos onerosa, de modo que as desvantagens causadas não sejam desproporcionais em relação aos objetivos buscados.

O conceito de *self-cleaning* apresenta forte relação com o princípio da proporcionalidade. Se uma empresa adota medidas de autossaneamento efetivamente capazes de fazer com que os atos reprováveis praticados no passado não ocorram mais no futuro, seria desproporcional que essa empresa continuasse impedida de participar de procedimentos de contratação pública. Os objetivos buscados com a exclusão já terão sido atingidos plenamente com

as medidas de *self-cleaning*. A empresa não representará mais um risco à Administração Pública.

8. A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE *SELF-CLEANING* DE ACORDO COM A DIRETIVA Nº 2014/24

A aplicação do conceito de *self-cleaning* no direito comunitário europeu é tratada pela Diretiva nº 2014/24, que ainda demanda uma análise mais aprofundada.

Mas quais seriam as medidas de *self-cleaning* que, postas em prática pelas empresas, poderiam justificar o afastamento de uma penalidade de suspensão do direito de participar de licitações e de firmar contratos com a Administração Pública?

Na realidade, é impossível estabelecer “em tese” quais seriam as medidas suficientes em todo e qualquer caso. O conteúdo efetivo das medidas de *self-cleaning* dependerá de cada caso concreto, devendo-se levar em consideração a gravidade da conduta praticada, a sua duração, a sua recorrência, o seu impacto econômico e a adequação das medidas adotadas pela empresa à luz das peculiaridades do caso em questão.

O aspecto central é que as medidas de *self-cleaning*, em todos os casos, devem tornar o mais difícil possível a recorrência dos atos delituosos. Não se trata de instituir a impunidade, e sim de exigir a adoção de medidas eficazes que permitam restaurar a confiança que se espera de uma empresa séria.

Em regra, essa confiabilidade das empresas de modo a poderem voltar a participar de licitações será alcançada por meio de quatro medidas concretas que são previstas expressamente na Diretiva.

8.1. Esclarecimento dos fatos

Um dos requisitos que a Diretiva nº 2014/24 prevê para o *self-cleaning* da empresa é o de que ela deve provar que “esclareceu integralmente os fatos e as circunstâncias através de uma colaboração ativa com as autoridades responsáveis” pela investigação.

Isso significa que a empresa deverá contribuir com os procedimentos de investigação, de modo a esclarecer os fatos praticados e as responsabilidades de todas as pessoas envolvidas, de maneira compreensível e do modo mais rápido possível.

O esclarecimento completo dos fatos é necessário inclusive para que se possa dimensionar adequadamente quais serão as medidas de *self-cleaning* apropriadas. Sem o esclarecimento do que realmente ocorreu, as medidas subsequentes de *self-cleaning* não teriam embasamento factual e não se poderia dar crédito a elas como um esforço efetivamente eficaz de eliminação da ocorrência de práticas delituosas.

Dentre as atividades relacionadas ao esclarecimento dos fatos, há dois precedentes interessantes da Alemanha em que se optou pela realização de auditorias especiais por contadores públicos ou terceiros independentes. De todo modo, em regra não é obrigatório que haja um auditor independente. O fundamental é que a empresa colabore efetivamente com as autoridades encarregadas das investigações, de modo que todos os fatos e responsabilidades sejam de conhecimento por essas autoridades.

8.2. Reparação dos danos

O segundo requisito das medidas de *self-cleaning* previsto na Diretiva nº 2014/24 é o de que o interessado “deve provar que ressarcir ou que tomou medidas para ressarcir eventuais danos causados pela infração penal ou pela falta grave”. Assim, uma vez esclarecidos os fatos e circunstâncias que ocorreram, o interessado deverá adotar medidas destinadas a ressarcir os prejuízos que causou.

Há, portanto, uma preocupação com que o interessado recomponha os prejuízos que causou com sua atuação irregular. Num certo sentido, o ressarcimento dos danos não diz respeito apenas aos que foram prejudicados. O ressarcimento é relevante também para que a empresa recupere a sua confiabilidade. Se o interessado não promover o ressarcimento dos danos que causou, terá sido beneficiado indevidamente.

Além disso, o ressarcimento integral dos danos tem um efeito preventivo perante a própria empresa e frente ao mercado como um todo. Qualquer agente econômico saberá que não basta promover certas medidas de *self-cleaning* para escapar de uma possível exclusão. O ressarcimento dos danos também deverá ocorrer em qualquer caso.

Note-se, contudo, que a regra não prevê que o ressarcimento deve necessariamente ser prévio à reabilitação da empresa. Admite-se também que a empresa prove que “tomou medidas para ressarcir” eventuais danos. A doutrina especializada não chega a esclarecer o

que significa essa previsão, mas o fato é que, se a regra contempla duas realidades distintas (ressarcimento e tomar medidas para ressarcir), é porque pretendeu tratar de situações diversas.

A Diretiva também não esclarece qual a extensão do ressarcimento – por exemplo, se basta o ressarcimento da Administração Pública, se concorrentes eventualmente prejudicados terão de ser ressarcidos, e assim por diante.

Por fim, há uma observação de caráter lógico. O ressarcimento somente será exigido para que haja o autossaneamento do interessado nos casos em que o agente econômico efetivamente causou um dano. Na ausência de danos, não há o que ressarcir.

8.3. Medidas de pessoal

Para que ocorra o *self-cleaning*, a Diretiva estabelece também que o interessado deverá provar que tomou “medidas concretas (...) de pessoal adequadas para evitar outras infrações penais ou faltas graves”.

A adoção de medidas relacionadas ao pessoal da empresa é extremamente difícil, mas fundamental para os processos de *self-cleaning*. Na prática, isso significa que a empresa será obrigada a desligar os seus acionistas, executivos e empregados que tiveram relação com a prática de atos delituosos. Esse desligamento deverá ocorrer de forma imediata e de modo que as pessoas que forem desligadas compreendam o motivo de tal ato.

Essas medidas de pessoal significam que, para promover o seu autossaneamento, a empresa terá de se assegurar que todas as pessoas envolvidas com a prática de atos fraudulentos realmente foram desligadas da companhia de acordo com as previsões trabalhistas, caso aplicáveis.

No caso de acionistas, a empresa deverá se assegurar de que tais pessoas serão impedidas de ter qualquer influência na condução dos negócios da companhia. Esse tipo de influência pode derivar, por exemplo, de acordos firmados entre o acionista afastado e seus sucessores – que podem permitir de algum modo que o acionista afastado tenha certos poderes de ingerência sobre a empresa.

Nos casos em que a participação da pessoa foi menor (por exemplo, se ela apenas tinha ciência dos fatos e adotou condutas periféricas), medidas mais brandas poderão ser adotadas, tais como uma simples reprimenda.

8.4. Medidas estruturais e organizacionais

A quarta medida para a reabilitação do agente econômico consiste em provar que “tomou as medidas concretas técnicas, organizativas (...) adequadas para evitar outras infrações penais ou faltas graves”.

Isso significa que, além de lidar com o ressarcimento de prejuízos que causou no passado e de prever medidas de pessoal no presente, o interessado deverá estabelecer medidas voltadas para o futuro. As autoridades adjudicantes somente considerarão que as medidas de *self-cleaning* são suficientes se forem adotadas medidas estruturais e organizacionais pela companhia, as quais deverão se voltar à prevenção da ocorrência de atos delituosos similares no futuro.

Há uma grande variedade de medidas cabíveis. Podem compreender, por exemplo, a realização de treinamentos *in-house* com membros de seus quadros de funcionários e colaboradores e a formulação de regras internas de conduta que se destinem à prevenção da ocorrência de atos delituosos – as quais deverão igualmente contemplar sanções em caso de transgressão. Essas regras internas de conduta podem, por exemplo, estabelecer padrões de comportamento que sejam adotados pelos funcionários nos casos de haver algum contato suspeito. Inserem-se aqui, portanto, os programas de *compliance*.

Outras medidas de organização da empresa podem envolver, por exemplo, o estabelecimento de um sistema duplo de controle e até mesmo a previsão de um rodízio de empregados em seus quadros – ao menos nos departamentos em que o pessoal tenha maior probabilidade de se envolver com atos de corrupção.

Há também a possibilidade de se adotar outras medidas preventivas, tais como o estabelecimento de um responsável pelo *compliance* da empresa (*compliance officer*), interno ou externo à companhia, e a nomeação de um *ombudsman*, que poderá ser acionado por eventuais delatores de práticas criminosas.

9. A DEFINIÇÃO DAS MEDIDAS EM CADA CASO CONCRETO

Apesar de a Diretiva estabelecer o conteúdo geral das medidas de *self-cleaning*, é possível que algumas delas não sejam aplicáveis no caso concreto.

Um exemplo disso já foi mencionado acima. Se o ato praticado pelo agente econômico não gerou prejuízo a ninguém, ainda que ele seja reprovável, não haverá reparação de danos a ser feita.

Outro exemplo muito claro é o da empresa que foi excluída por não ter cumprido determinada obrigação de natureza laboral. Nesse caso, não há motivo para exigir que ela adote determinados mecanismos de *compliance* se a sua falha não tem propriamente relação com atos ilegais de corrupção ou similares.

10. CRITÉRIOS PARA A AVALIAÇÃO DAS MEDIDAS DE SELF-CLEANING

A Diretiva estabelece que “as medidas tomadas pelos operadores econômicos são avaliadas tendo em conta a gravidade e as circunstâncias específicas da infração penal ou falta cometida”.

Portanto, são pelo menos dois critérios a serem levados em conta pelas autoridades na avaliação das medidas de *self-cleaning*: a gravidade do ato praticado pelo agente econômico e as circunstâncias específicas da infração ou falta cometida. Não há, portanto, um modelo padrão de medidas de *self-cleaning* que seria aceitável em todos os casos.

A gravidade do ato praticado influencia diretamente nas medidas de *self-cleaning*. Em geral, quanto mais graves os atos ilícitos que foram cometidos pelo agente econômico, mais abrangentes deverão ser as medidas de *self-cleaning* para que a empresa efetivamente volte a ser considerada um operador confiável. A gravidade dos atos é um indício de que são necessárias medidas mais drásticas de autossaneamento.

As medidas de *self-cleaning* também serão o resultado direto das circunstâncias específicas da infração ou falta cometida. Isso ocorre porque há uma grande variedade de condutas que podem levar um agente econômico a ser excluído dos procedimentos de contratação pública. Algumas consistem em meras faltas na execução de obrigações contratuais ou legais. Outras são práticas criminosas. Mesmo entre essas últimas, existem diversas condutas diferentes que podem conduzir à exclusão do agente econômico. Sendo assim, é evidente que o conteúdo das medidas de autossaneamento deverão levar em conta quais foram efetivamente as circunstâncias em que o agente praticou os atos irregulares.

11. O DIREITO A UMA ANÁLISE MOTIVADA DAS MEDIDAS ADOTADAS

A Diretiva ainda estabelece que “Caso as medidas sejam consideradas insuficientes, o operador econômico recebe uma exposição dos motivos dessa decisão”.

Há, portanto, um dever de motivação do ato de análise das medidas de *self-cleaning*. A autoridade competente para analisar as medidas adotadas pelo agente econômico não poderá rejeitá-las de modo não fundamentado.

Além de se tratar de uma questão de transparência, a exposição dos motivos da decisão que analisou as medidas de *self-cleaning* não deixa de ter um efeito pedagógico. O interessado deve saber as razões pelas quais suas medidas foram consideradas insuficientes para que tenha a oportunidade de complementá-las de modo a atingir a finalidade buscada.

12. APROXIMAÇÃO COM O DIREITO BRASILEIRO

O conceito de *self-cleaning* no direito comunitário europeu é de grande importância para o desenvolvimento de uma sistemática similar no Brasil. Já podem ser enunciados alguns fatores que permitem chegar a essa conclusão.

12.1. Semelhança na aplicação de penalidades

O primeiro deles é que há uma grande semelhança na sistemática de punição de licitantes que praticaram atos irregulares.

Há no Brasil a previsão das penalidades de suspensão do direito de licitar e de declaração de inidoneidade, que têm como efeito prático impedir que o agente econômico participe de procedimentos e contratações públicas, ao menos por um período específico. Além disso, tal como na União Europeia, um dos objetivos dessas sanções é a proteção da Administração Pública, para que ela não contrate licitantes desonestos ou que representem riscos à execução dos contratos.

12.2. Compatibilidade de princípios

O segundo fator de aproximação é que os princípios da União Europeia dos quais se extrai o conceito de *self-cleaning* também

são contemplados pelo direito brasileiro. Ninguém questiona que as licitações públicas no Brasil são informadas pelo princípio da proporcionalidade, por exemplo.

O princípio da proporcionalidade serve de fundamento direto para o conceito de *self-cleaning*.

12.3. Possibilidade de negociação e celebração de acordos de leniência e termos de ajustamento de conduta

O terceiro fator é que, no Brasil, existem vários institutos que poderiam servir de veículo para o estabelecimento de medidas de *self-cleaning* (ou autossaneamento).

Assim, por exemplo, a Administração Pública e os órgãos de controle podem negociar acordos sobre diversas matérias, inclusive tratando da aplicação de sanções. Há previsões normativas de acordos de leniência e termos de ajustamento de conduta que têm por efeito justamente a suspensão de uma penalidade específica. Além disso, existem previsões normativas que conferem efeitos específicos a programas de *compliance* (programas de integridade).

12.4. A reabilitação prevista no art. 87, inc. IV, da Lei nº 8.666

O quarto fator relevante é que o Direito brasileiro contempla a figura da reabilitação de empresas que tenham sido penalizadas com a declaração de inidoneidade. Por meio da reabilitação, a empresa readquire o direito de participar de procedimentos de contratação pública. O autossaneamento (*self-cleaning*) pode ser justamente o caminho para que o agente econômico obtenha o resultado final almejado, que é justamente a sua reabilitação.

Um exemplo concreto da possível aplicação da noção de *self-cleaning* é o regime da inidoneidade previsto no art. 87, IV, da Lei nº 8.666. A reabilitação após o prazo mínimo de dois anos é apenas uma das hipóteses de extinção da inidoneidade. Contudo, a expressão “*enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição*” existente no inciso IV do art. 87 corresponde a um dos mecanismos de operação do *self-cleaning*. A adoção de instrumentos de correção futura da estrutura do fornecedor punido corresponde à supressão dos motivos que ensejaram a aplicação da medida.

Note-se que o único sentido possível da expressão contida no inciso IV é o de permitir a extinção da medida tão logo o fornecedor tenha condições de provar que a ilicitude praticada não tem a

possibilidade de se repetir. Caso a regra se voltasse apenas para o passado, a expressão não teria sentido: os motivos que justificaram a inidoneidade (a conduta irregular) jamais deixariam de existir. O que poderá desaparecer é o *risco* que a contratação futura do referido fornecedor pode oferecer à Administração. As medidas de *self-cleaning* são precisamente o modo pelo qual se demonstra a inexistência desse risco.

13. ENCERRAMENTO

Diante do exposto acima, conclui-se que há diversos elementos que fazem com que a noção de *self-cleaning* originária do direito comunitário europeu seja compatível com o Direito brasileiro.

A noção de *self-cleaning* é um importante instrumento para se permitir o combate à corrupção nas licitações e contratações públicas, mas sem comprometer a competitividade dos certames e as atividades econômicas das empresas.

REFERÊNCIAS

ARROWSMITH, Sue; PRIESS, Hans-Joachim; FRITON, Pascal. *Self-cleaning* – an emerging concept in EC Public Procurement Law? In: PÜNDER, Hermann; PRIESS, Hans-Joachim; ARROWSMITH, Sue (org.). *Self-cleaning in public procurement law*. Köln: Wolters Kluwer, 2009.

GRAELLS, Albert Sánchez. *Public procurement and the EU competition rules*. 2.ed. Oxford: Hart Publishing, 2015.

HJELMENG, Erling; SOREIDE, Tina. Debarment in public procurement: rationales and realization. RACCA, G.M.; YUKINS, C. *Integrity and efficiency in sustainable public contracts*. p. 1-15. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract+2462868>>.

LINARELLI, John. Corruption in developing countries and in countries in transition: legal and economic perspectives. In: ARROWSMITH, Sue; DAVIES, Arwel (editors). *Public Procurement: global revolution*. Kluwer Law, 1998, p. 125-137.

MAJTAN, Roman The *self-cleaning* dilemma: reconciling competing objectives of procurement processes. *George Washington International Law Review*, vol. 45, 2013, p. 291-347.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. SCHWIND, Rafael Wallbach. Autossaneamento (*self-cleaning*) e reabilitação no direito brasileiro anticorrupção. In: *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. São Paulo: RT. Ano 3. v. 20. set/out 2015.

POULSEN, Sune Troels; JAKOBSEN, Peter Stig; KALSMOSE-HJELMBORG, Simon Evers. *EU public procurement law*. 2.ed. Copenhagen: DJOF Publishing, 2012.

TREPTE, Peter. *Public procurement in the EU*. 2.ed. New York: Oxford, 2007.

ALIENAÇÃO ANTECIPADA DE BENS EM PROCESSOS DE APURAÇÃO DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Rodrigo Monteiro da Silva¹

Adriano Sant'Ana Pedra²

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dever fundamental de cooperação com a Justiça. 3. A medida assecuratória de alienação antecipada de bens sob a perspectiva do microsistema processual da tutela coletiva: necessário instrumento de efetividade da prestação jurisdicional. 4. A alienação antecipada de bens em processos voltados à apuração de atos de improbidade administrativa. 5. Considerações finais. Referências.

RESUMO: A doutrina brasileira muito se dedica às pesquisas acerca dos direitos fundamentais trazidos de forma consagrada pelo ordenamento constitucional e, por vezes, deixa de aprofundar-se nos estudos relativos aos deveres fundamentais que lhes são correlatos. Busca-se, nesse contexto, examinar a teoria dos deveres fundamentais e, em especial, aquele relativo ao dever geral de colaboração com a Justiça. Nesse sentido, para a efetiva maximização à tutela da probidade administrativa, torna-se necessário, dentre outras medidas, conceber uma interpretação mais ampla e adequada à regra prevista junto ao artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.613/98, inserindo referido instrumento legislativo no rol daqueles que compõem o microsistema da tutela da probidade administrativa, de modo a construir um raciocínio apto a permitir a aplicação da alienação antecipada de bens obtidos a partir de uma origem ilícita, aos casos em que se apura a prática de atos de improbidade administrativa, à luz da Lei nº 8.429/92, de modo a evitar, assim, que o resultado útil de um processo judicial instaurado para apurar responsabilidades vinculadas a desvio de verbas públicas se arraste, desnecessariamente, mediante o manejo de condutas unicamente protelatórias, por anos e anos, causando, assim, inegável prejuízo ao interesse público.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade administrativa. Alienação antecipada de bens. Dever fundamental. Colaboração. Justiça.

RESUMEN: La doctrina brasileña se dedica bastante a las investigaciones acerca de los derechos fundamentales traídos de forma consagrada por el ordenamiento constitucional y, por veces, no se profundiza en lo que se refiere a los estudios relativos a los deberes fundamentales que les son

1 Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV; Membro do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais (FDV); Especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho (RJ); Promotor de Justiça (MP-ES). E-mail: rsilva@mpes.mp.br.

2 Doutor em Direito Constitucional (PUC/SP). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Professor do Programa de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV. Procurador Federal. E-mail: adrianopedra@fdv.br.

correlacionados. Se busca, en este contexto, examinar la teoría de los deberes fundamentales y, en especial, aquel que dice respecto al deber general de colaboración con la Justicia. En ese sentido, para la efectiva maximización a la tutela de la probidad administrativa, se vuelve necesario, entre otras medidas, concebir una interpretación más amplia y adecuada a la regla prevista junto al artículo 4º, § 1º, de la Ley nº 9.613/98, insertando el mencionado instrumento legislativo en el rol de aquellos que integran el microsistema de la tutela de la probidad administrativa, de modo a que se construya un razonamiento apto a permitir la aplicación de la alienación anticipada de bienes obtenidos desde un origen ilícito, en los casos en que se apura la práctica de actos de improbidad administrativa, a la luz de la Ley nº 8.429/92, tratando evitar, de este modo, que el resultado útil de un proceso judicial instaurado para apurar responsabilidades vinculadas a la desviación de presupuestos públicos se arrastre, innecesariamente, mediante el manejo de conductas únicamente con el intuito de postergarlo, por años y años causando, así, innegable perjuicio al interés público.

PALABRAS CLAVE: Alienación anticipada de bienes. Deber fundamental. Colaboración. Justicia. Improbidad administrativa.

1. INTRODUÇÃO

De um modo geral, a doutrina jurídica muito se apega à análise dos temas afetos aos direitos fundamentais, relegando a segundo plano o estudo sobre a teoria dos deveres fundamentais, os quais, por certo, apresentam-se como essenciais à manutenção de uma sociedade justa e equilibrada.

Dentre a gama de deveres fundamentais atribuídos a todo cidadão destaca-se aquele vinculado à inequívoca obrigação de colaboração com a Justiça, na busca por uma prestação jurisdicional primada pela efetividade, razoabilidade e utilidade, de modo que o relevante e imprescindível serviço público prestado pelo Poder Judiciário apresente-se compatível com as finalidades constitucionais.

O direito fundamental à razoável duração do processo e aos meios que garantam celeridade à sua tramitação encontra, assim, previsão no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, restando claro que, para a materialização desse direito, torna-se necessária no curso dos processos a realização de condutas lastreadas pela ética, respeito, solidariedade e boa-fé.

O novo Código de Processo Civil de 2015, pautado nos preceitos gerais estabelecidos na Constituição Federal, trouxe os princípios da boa-fé e cooperação entre as partes como valores essenciais à obtenção de uma tutela jurisdicional coerente com a razoabilidade, vocacionada com preocupação da entrega de um serviço público dotado de efetividade.

Entende-se, assim, que efetividade guarda plena sintonia com a satisfação do interesse público. Denota-se, não raro, que demandas submetidas ao Poder Judiciário não se vinculam, apenas, a direitos individuais dos litigantes, mas sim, a temas de relevância com repercussão em toda sociedade.

Destacam-se, nesse sentido, as ações judiciais voltadas à apuração de atos de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/92, que buscam o ressarcimento de verbas desviadas dos cofres públicos, bem como a aplicação de sanções a quem causar prejuízo ao erário, enriquecer-se ilicitamente ou agir em desacordo com os princípios regentes da Administração Pública.

A Lei de Improbidade Administrativa prevê, em seu artigo 7º, a possibilidade de medida cautelar voltada à indisponibilidade de bens adquiridos de forma ilícita, com inegável prejuízo aos cofres públicos. Entretanto, diversamente do que ocorre com outros instrumentos normativos, a exemplo da Lei nº 9.613/98 (Lei de combate à “lavagem” de dinheiro), a Lei nº 8.429/92 não faz menção expressa sobre a imediata destinação dos bens apreendidos.

Nesse contexto, convém analisar se a alienação antecipada de bens apreendidos por determinação judicial, medida cautelar de natureza penal, prevista na Lei de combate à lavagem de dinheiro, bem como, em outros regramentos, a exemplo do próprio Código de Processo Penal, poderia ser invocada no âmbito das demandas instauradas para apuração de atos de improbidade administrativa, com a finalidade única de se buscar efetividade na prestação jurisdicional, com a conseqüente satisfação do interesse público.

Uma vez sedimentado o entendimento acerca da possibilidade de uma interpretação dotada de complementariedade entre os institutos jurídicos criados para a proteção da sociedade, resta analisar se estariam em sintonia com os princípios do novo Código de Processo Civil condutas regularmente invocadas pelas partes, com a intenção única e manifesta de postergar ao extremo as alienações dos bens apreendidos, fruto de origem ilícita.

Evidencia-se, dessa forma, o intento de se buscar a ruptura do atual paradigma estritamente adversarial, fazendo nascer a compreensão da necessidade de se afastar a cultura não colaborativa que se volta, unicamente, a postergar a solução de demandas judiciais vinculadas a atos ilícitos que causadores de ofensa à Lei nº 8.429/92, o que vai de encontro ao dever fundamental das pessoas de colaborar com a Justiça.

Condutas perpetradas com o viés nítido de protelar a regular tramitação de feitos que apuram atos de improbidade administrativa têm o real objetivo de embaraçar a busca por uma tutela jurisdicional efetiva, que garanta a defesa da probidade administrativa e, por consequência, a satisfação do interesse público mediante a materialização das políticas públicas que são regularmente relegadas em razão do contumaz desvio de recursos públicos.

2. DEVER FUNDAMENTAL DE COLABORAÇÃO COM A JUSTIÇA

O estudo e a pesquisa sobre a teoria dos deveres fundamentais são medidas de extrema relevância ante a carência de referencial bibliográfico acerca do tema³. Percebe-se, de forma clara, que a doutrina constitucionalista evidencia desproporcional concentração de energia à seara dos direitos fundamentais, esquecendo-se, entretanto, que entre direitos e deveres fundamentais existe uma dialogia inafastável.

Os direitos fundamentais não podem ser interpretados como um “cheque em branco”, um rol de garantias isoladas. Chegaríamos ao caos social se o ordenamento constitucional trouxesse, tão somente, previsões normativas atinentes aos direitos fundamentais, sem a contraprestação consubstanciada nos respectivos deveres fundamentais.

Direitos e deveres fundamentais correspondem às duas faces de uma mesma moeda, merecendo receber idêntico tratamento e alçar o mesmo espectro constitucional. Uma sociedade que prestigia em excesso os direitos e liberdades e “esquece-se” de trabalhar e lapidar seus deveres corre o sério risco de tornar-se frágil e autocêntrica, constituída por indivíduos egoístas. Nesse sentido, relevante a constatação de Nabais

Tanto os direitos como os deveres fundamentais integram o estatuto constitucional do indivíduo, ou melhor da pessoa. Um estatuto que assim tem duas faces, ambas igualmente importantes para compreender o lugar que a pessoa humana deve ter na constituição do indivíduo, constituição que, como é bom de ver, deve estar em primeiro lugar⁴.

3 RUSCHEL, Caroline Vieira. O dever fundamental de proteção ambiental. *Direito & Justiça – Revista da Faculdade de Direito da PUCRS*, Porto Alegre, v. 33, n. 2, p. 231-266, dez., 2007.

4 NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e o custo dos direitos. *Revista Direito Mackenzie*. São Paulo: Editora Mackenzie, Ano 3, v. 2, 2002.

Inegável, pois, que os deveres fundamentais são mecanismos garantidores da vida em comunidade, cabendo a todos os cidadãos a necessidade de sua fiel observância. Não há como se conceber a vida em sociedade sem uma cultura de respeito a essas verdadeiras obrigações jurídicas. De fato, as pessoas devem ser solidárias porque, além da atuação estatal, são necessários certos comportamentos positivos e negativos das pessoas para a proteção de direitos fundamentais⁵.

A sociedade já percebeu que direitos e deveres passaram a caminhar lado a lado, sem sobreposições mútuas, com a finalidade de buscar a construção e solidificação de um Estado pautado na valorização e respeito à dignidade humana, conduzido por homens dotados de um sentimento de cidadania responsável (GOMES, 2007, p. 149)⁶.

Como forma de colaborar com a produção científica quanto ao tema em estudo, o Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”, do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* (mestrado e doutorado) da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), tem se dedicado à pesquisa da teoria dos deveres fundamentais e, numa construção coletiva, concluiu que

Dever fundamental é uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais⁷.

Nesse contexto, destaca-se que o Capítulo I do novo Código de Processo Civil, em vigor desde março de 2016, estabelece que as normas fundamentais afetas ao processo civil deverão observar os princípios e valores estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil. Ademais, como não há que se falar em direitos sem a devida coexistência de deveres que lhe garantam suporte, o mesmo diploma legal apresenta, junto aos artigos 5º e 6º, a obrigação trazida àqueles que participam do processo de comportarem-se de acordo com critérios de boa-fé, bem como que todos os sujeitos do processo têm o dever de cooperação mútua com o fim de obter uma tutela jurisdicional justa e efetiva.

5 PEDRA, Adriano Sant’Ana. A importância dos deveres humanos na efetivação de direitos. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (org.). **Níveis de efetivação de direitos fundamentais civis e sociais**: um diálogo Brasil e Alemanha. Joaçaba: UNOESC, 2013, p. 281-301.

6 GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de proteção do ambiente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 149.

7 Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais” (12 set. 2014), coordenado pelos professores Adriano Sant’Ana Pedra e Daury César Fabríz, da Faculdade de Direito de Vitória (www.fdv.br) - Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado) em Direitos e Garantias Fundamentais.

Inegável, dessa forma, que o novo Código de Processo Civil, voltado à busca da promoção da dignidade da pessoa humana e em sintonia com os mais variados princípios constitucionais, abraçou a cooperação entre as partes como uma verdadeira concretização do dever fundamental de colaboração com a Justiça, com a finalidade maior de se combater, também, a tão criticada morosidade na condução dos processos judiciais, com vistas à obtenção de solução justa e eficiente dos conflitos submetidos ao crivo do Poder Judiciário.

Podem ser citados, a título exemplificativo, alguns dispositivos previstos no novo Código de Processo Civil que trazem previsão do dever geral de colaboração, voltado à busca de uma prestação jurisdicional célere e justa, merecendo destaque os artigos 5º, 6º, 77, 379 e 380, com relevo especial, ainda, ao artigo 378, ao estabelecer que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”.

O dever de cooperação se presta, sobretudo, não apenas à simples solução da lide, com a tutela do direito violado, mas sim, e principalmente, à materialização da produção dos efeitos reais advindos da prestação jurisdicional, na busca pela máxima efetividade⁸.

Anota-se, por oportuno, que as bases principiológicas do novo Código de Processo Civil afetas à necessidade de vinculação das partes à coerente e regular tramitação dos feitos judiciais encontram total respaldo no texto constitucional, em especial, no artigo 5º, LXXVIII, o qual define o direito fundamental à razoável duração do processo, com os respectivos meios que garantam a celeridade em sua tramitação.

Destaca-se, conforme trazido por Didier Jr.⁹, que o novo modelo cooperativo em vigor no processo civil brasileiro apresenta-se como o mais adequado para uma democracia, eis que suas bases estruturantes estão em plena sintonia com os princípios regentes da Constituição Federal de 1988.

Não há como sustentar a existência de um direito que permita às partes postergar, maliciosamente, a busca pela satisfação da tutela jurisdicional. Nesse sentido, de grande coerência e lucidez as considerações trazidas por Carpena:

Não tem cabimento se exaltar um pseudodireito de omissão em desprestígio ao dever de colaboração e cooperação que se encontra

8 ZENKNER, Marcelo. **Ministério Público e a efetividade do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 25.

9 DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podvim, 2016. p. 126.

inserido no processo civil brasileiro. A partir do momento em que se definiu que o processo civil se situa no ramo do direito público, tendo perspectiva coletiva fundada no bem comum da sociedade, afastando-se das ideias de liberalismo e individualismo, sucumbiu a perspectiva defendida por doutrina mais antiga, cuja orientação era no sentido de não haver dever de colaboração das partes, principalmente, da demandada, por considerar que tal circunstância se assemelharia a um instituto inquisitivo e contrário à livre disponibilidade das partes, podendo até mesmo ser considerado um “instrumento de tortura moral”. Ora, hoje, a ideia de que o descompromisso ou a não colaboração processual pode ser cogitada como arma legítima, de fato, não encontra mais espaço, seja no direito pátrio, seja na doutrina moderna alienígena¹⁰.

Nesse sentido, para que o direito fundamental a uma prestação de tutela jurisdicional célere e efetiva seja, de fato, uma realidade, caminha, lado a lado, o respectivo dever das partes de buscarem um verdadeiro processo cooperativo, eis que, conforme apresenta Mitidiero¹¹, vivemos em um Estado Democrático de Direito, pautado na dignidade da pessoa humana, com o objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, razão pela qual a própria sociedade contemporânea deve ser considerada como um empreendimento de cooperação entre seus membros, em vista à obtenção de um proveito mútuo.

Destaca, nessa toada, referido autor que a cooperação entre as partes se baseia, sobretudo, em escolhas éticas:

Da combinação dessas duas faces do Estado Constitucional e de suas manifestações no tecido processual surge o modelo cooperativo de processo, calcado na participação e no diálogo que devem pautar os vínculos entre as partes e o juiz. Esse modelo de processo pressupõe, além de determinadas condições sociais, também certas opções lógicas e éticas para sua cabal conformação¹².

A partir da correta compreensão e materialização da cooperação processual, com a imposição de deveres e responsabilidades às partes, espera-se que seja possível alcançar uma verdadeira eticização no processo civil, com vistas a se alcançar, sempre, a solução mais justa e adequada à prestação jurisdicional submetida ao Poder Judiciário¹³. Nesse contexto, Ribeiro preconiza que o princípio da cooperação no

10 CARPENA, Márcio Louzada. **Da não apresentação de bens passíveis de penhora e das multas**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo1071.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

11 MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.71-73.

12 MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 77.

13 REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Coimbra: Almedina, 2004, v. 1, p. 265.

âmbito do processo civil brasileiro exige que as partes apresentem conduta calcada na boa-fé, vinculando seu atuar em juízo focado na lealdade processual, com ampla retidão e de maneira proba¹⁴. O princípio da cooperação, assim, segundo Didier Jr.¹⁵, torna devidas as condutas necessárias à obtenção de um processo leal.

No mesmo sentido, Milman¹⁶:

Lealdade é, pois, virtude do litigante que, embora não meça esforços para fazer prevalecer o que entende seja seu direito, assim age respeitando, mostrando a face, olhando nos olhos. Leal é a parte que vê, no contrário, não o inimigo, mas o adversário circunstancial; é a que não surpreende, a que mostra as armas de que dispõe, a que não atira pelas costas.

O próprio Código de Processo Civil¹⁷, em seu artigo 77, estabelece a obrigação das partes se vincularem a um rol de deveres afetos à busca por uma prestação jurisdicional coerente com os princípios constitucionais, merecendo destaque aqueles relacionados ao compromisso moral de não faltar com a verdade; escusar-se de defender pretensão sabidamente destituída de fundamento; não praticar atos com o intuito único de procrastinar o feito; não criar embaraços à efetivação à tutela provisória ou final.

Este estudo não propõe que as partes requeridas em processos judiciais que apuram atos de improbidade administrativa, simplesmente, abram mão do direito de ampla defesa. Em verdade, busca-se o ideal de um comportamento processual coerente com a ética e a verdade, a partir de uma dimensão de cooperação com o Poder Judiciário, de modo a se alcançar um provimento jurisdicional o mais aderente possível à verdade¹⁸.

Vislumbra-se, dessa forma, com o novo Código de Processo Civil, uma clara visão dialógica e participativa entre todas as partes que integram a relação jurídico-processual, de modo a se pautar a condução da marcha processual, sempre, nos ditames da ética e da boa-fé, com a finalidade maior de construção de uma cultura voltada à cooperação com a Justiça, com vistas à materialização ao direito fundamental à coerente e razoável prestação jurisdicional.

14 RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. Porto Alegre. **Revista da Ajuris**. v. 31, n. 95. P. 72-87, set. 2014, p. 74.

15 DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podvim, 2016. p. 128.

16 MILMAN, Fábio. **Improbidade processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 97.

17 BRASIL. Presidência da República. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

18 GRINOVER, Ada Pellegrini. O advogado e os princípios éticos do processo. **Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil**. Porto Alegre. v. 5, n. 25, p. 22-25, jul./ago. 2008, p. 23.

3. A MEDIDA ASSECURATÓRIA DE ALIENAÇÃO ANTECIPADA DE BENS SOB A PERSPECTIVA DO MICROSSISTEMA PROCESSUAL DA TUTELA COLETIVA: NECESSÁRIO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A Lei nº 9.613¹⁹, de 03 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, representou um grande avanço no combate às organizações criminosas, eis que permitiu a criminalização de condutas ilícitas vinculadas à “lavagem de dinheiro”, bem como, criou um poderoso sistema voltado à prevenção desses delitos, além de instituir novas regras de atuação do mercado financeiro.

Em que pese os inegáveis avanços advindos da “Lei de lavagem de dinheiro”, foi a partir da sua alteração promovida pela Lei nº 12.683/2012²⁰ que se operou um verdadeiro fortalecimento no combate aos crimes voltados ao branqueamento de capitais, eis que restou expressamente inserida no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de realização de alienação antecipada de bens²¹, conforme nova redação do artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.613/98, *in verbis*:

Art. 4º (...).

§ 1º Proceder-se-á à alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).

A partir da citada alteração legislativa permitiu-se, assim, que o magistrado, mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, após decretar as medidas assecuratórias²² adequadas ao caso concreto, determine a alienação antecipada de bens que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes de “lavagem de dinheiro”, sempre que houver a necessidade de preservação dos valores dos referidos bens, estando estes sujeitos à deterioração, depreciação ou quando houver dificuldade para sua manutenção.

19 BRASIL. Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 01 set. 2016.

20 BRASIL. Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm>. Acesso em: 01 set. 2016.

21 Destaca-se que a medida assecuratória de alienação antecipada de bens igualmente possui previsão legal junto ao Código de Processo Penal (art. 144-A), Código de Processo Civil (art. 852) e Lei nº 11.343/06 (art. 62).

22 A redação original da Lei nº 9.613/98 somente permitia ao magistrado a decretação das medidas de apreensão e sequestro, deixando de mencionar, por exemplo, o arresto ou a hipoteca legal. A partir das alterações promovidas pela Lei nº 12.683/2012, restou autorizado ao juiz a decretação de “medidas assecuratórias”, fato que possibilitou maior efetividade no combate à criminalidade.

A alienação de bens apreendidos por determinação judicial é medida que guarda coerência com a busca por uma prestação jurisdicional efetiva, bem como, com a satisfação do interesse público. Inegável que a guarda e conservação de bens à disposição do Poder Judiciário causa um considerável gravame ao Estado. Por vezes, a manutenção desses bens demanda custos de grande monta, e a decretação da venda antecipada é a medida adequada para resguardar, inclusive, os interesses dos respectivos proprietários, que não sofrerão prejuízos decorrentes da inevitável depreciação ou deterioração.

Há que se destacar que a guarda dos bens frutos de apreensão judicial representa uma relevante preocupação ao Poder Judiciário, conforme se demonstra pelas informações colhidas junto ao Manual de Bens Apreendidos, do Conselho Nacional de Justiça²³:

Em julho de 2011, o Conselho Nacional de Justiça aferiu, por meio do SNBA, que, desde a implantação do sistema, houve o cadastramento de R\$ 2.337.581.497,51 em bens. Deste valor, 0,23% foi objeto de alienação antecipada, representando R\$ 5.330.351,89, e 1,85%, correspondendo a R\$ 43.334.075,60, houve perdimento em favor da União e dos Estados. Além disso, em 4,43% desses valores, importando R\$ 103.452.804,44, ocorreu a restituição dos bens, e em 0,15%, ou seja, R\$ 3.404.456,34, restou a destruição. A conclusão que se extrai com esses dados é que o alto percentual de 93,35% dos bens apreendidos ainda permanece aguardando destinação, com situação 'a definir', representando o expressivo valor de R\$ 2.182.059.809,24 sob a responsabilidade do Poder Judiciário.

Nesse contexto, percebe-se que os bens apreendidos que deveriam ser leiloados ou restituídos não estão cumprindo a função almejada pelo legislador. Para tentar trazer efetividade à prestação jurisdicional o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 30²⁴, de 10 de fevereiro de 2010, com a finalidade de firmar orientação aos juízes brasileiros no sentido de promoverem, sempre que possível e antes do término da ação penal, a alienação daqueles bens que se encontrarem à disposição da Justiça.

No mesmo vetor, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA²⁵), entidade vinculada ao Ministério da Justiça e Cidadania, que engloba dezenas de órgãos

23 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de bens apreendidos**. 2011. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/corregedoria/MANUAL_DE_GESTO_DOS_BENS_APREENDIDOS_cd.pdf>. Acesso em 01 set. 2016.

24 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 30**. 2010. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=876>>. Acesso em 01 set. 2016.

25 Informações mais detalhadas sobre a ENCCLA podem ser obtidas no endereço eletrônico: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla>>.

públicos, criada no ano de 2003, já apresentou algumas metas e expediu recomendações com o objetivo de possibilitar maior efetividade nos procedimentos de alienação antecipada de bens apreendidos pelo Poder Judiciário, com destaque para as Metas 19/2005²⁶, 17/2006²⁷ e 14/2007²⁸, todas voltadas à otimização dos feitos vinculados à alienação de bens apreendidos.

A alienação antecipada tem por objeto garantir a futura reparação dos danos causados à sociedade, sendo este um dos efeitos de futura sentença condenatória, a ser proferida com a obediência aos princípios do contraditório e ampla defesa, em cujo âmbito habita o devido processo legal. Nesse propósito, torna-se imperioso que haja uma garantia para que essas sentenças, de fato, produzam o resultado esperado, eis que o tempo regularmente necessário à prolação de um provimento estatal pode permitir o doloso desvirtuamento patrimonial do réu²⁹.

Anota-se, conforme defendido por Grégio³⁰, que a determinação da alienação antecipada de bens traz benefícios para o Estado e para o próprio réu. Há, assim, uma dupla vantagem a se adotar a perspectiva da alienação antecipada dos bens constrictos³¹ permaneceriam por tempo indeterminado sob a guarda do Estado: a) possibilitar que o Poder Judiciário não envie esforços materiais para a guarda e manutenção desses bens; b) afastar do investigado/réu o prejuízo pela deterioração ou depreciação do bem apreendido.

Trata-se, pois, de medida que alberga, ainda que indiretamente, o patrimônio dos réus (os valores obtidos com a alienação dos bens, em caso de sentença absolutória ou extintiva da punibilidade, serão colocados à disposição réu, acrescido de remuneração³²). No mesmo sentido, resguarda o interesse de toda a sociedade, como revela De Sanctis³³:

Não dispondo o Estado de local adequado ou suficiente e não havendo previsão de verba própria que vise à administração e conservação de bens, para não inviabilizar as futuras apreensões, sequestros e arrestos, deve o magistrado, evitando que se avance

26 Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/acoes/metas-de-2005>>.

27 Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/acoes/metas-de-2006>>.

28 Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/acoes/metas-2007>>.

29 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: Aspectos penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 280.

30 GRÉGIO, Grécio Nogueira. A alienação antecipada de bens no processo penal e o estado-vítima. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo**. Vitória, v. 8, n. 8. 2009, p. 197.

31 Em regra, bens constrictos de investigados/réus em processos judiciais podem ser exemplificados em casas, apartamentos, propriedades rurais, aviões, helicópteros, barcos, automóveis de luxo, semoventes, pedras preciosas, entre outros.

32 Tal é o comando trazido pelo artigo 4º-A, § 5, II, da Lei nº 9.613/98.

33 DE SANCTIS, Fausto Martin. **Crime organizado e lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 80.

a deterioração dos bens, ou sua depreciação, dar-lhes um destino: ou simples uso (mediante guarda provisória ou depósito judicial), ou, então decidir-se pela venda antecipada ou leilão judicial.

As condutas enquadradas como “lavagem de dinheiro” se originam de práticas pretéritas altamente danosas à sociedade e, nesse sentido, não há como defender a impossibilidade de se resguardar de modo indiscriminado o patrimônio ilícito dos réus, sempre que houver a necessidade de recomposição dos prejuízos dolosamente causados à coletividade. Trata-se, pois, de clara observância ao princípio da supremacia do interesse público. Valores obtidos a partir de lavagem de capitais escusos são originariamente desviados e deixam de ser investidos na materialização de políticas públicas voltadas à consecução da dignidade da população mais carente.

Ao se levar em consideração o tema afeto à tutela repressiva da improbidade administrativa, deve-se focar nos princípios norteadores da atuação estatal, em especial: a) princípio da máxima efetividade da tutela repressiva da improbidade administrativa; b) princípio da vedação de proteção deficiente da probidade administrativa; c) princípio da vedação do retrocesso social em relação à tutela repressiva da improbidade administrativa³⁴. Revela-se, pois, que a atuação do Estado voltada à defesa da moralidade administrativa não pode sofrer nenhum tipo de mitigação ou constrangimento, merecendo ampla magnitude.

A análise dos referidos princípios, somada à necessidade de se buscar uma prestação jurisdicional efetiva em processos inaugurados para a apuração de atos ilícitos vinculados à probidade na gestão pública, guarda sintonia com a satisfação do interesse público, revelando, de acordo com Alves³⁵, a existência de um verdadeiro microssistema da tutela repressiva da improbidade administrativa, como um inegável direito transindividual.

O sistema de tutela coletiva da probidade administrativa, segundo Loureiro, apresenta-se entrelaçado por diversas normas, o que exigirá do intérprete do direito o reconhecimento da existência de um verdadeiro microssistema, com o objetivo de se conferir máxima efetividade ao processo coletivo³⁶.

A tutela coletiva de direitos transindividuais tem por objetivo satisfazer os interesses da sociedade, não servindo para a tutela de

34 MIRANDA, Gustavo Senna Tutela repressiva da improbidade administrativa: princípios informadores e microssistema. **Estudos sobre Improbidade Administrativa: em homenagem ao Professor J.J. Calmon de Passos**. FARIAS, Cristiano Chaves de, et al (orgs). 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 299-326.

35 ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 607.

36 LOUREIRO, Valtair Lemos. **Microssistema processual coletivo e a tutela do patrimônio público**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 51.

pretensões de cunho individual. Os processos coletivos possuem, assim, uma função muito mais ampla: prestam-se à litigação do próprio interesse público, eis que foram especialmente pensados para aquelas demandas jurisdicionais afetas aos interesses coletivos, com ampla vinculação aos objetivos e fundamentos constitucionais³⁷.

Aliás, referido microssistema da tutela repressiva da improbidade administrativa já foi reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça em várias oportunidades, merecendo destaque o seguinte acórdão:

Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microssistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados com o escopo de “propiciar sua adequada e efetiva tutela” (art. 83 do CDC). 6. Recurso Especial provido para determinar o prosseguimento da ação civil pública.³⁸

Engana-se quem sustenta que referido microssistema engloba, apenas, legislações de cunho processual ou material civil. O objetivo das normas é a consecução da máxima proteção a direito transindividual e, nesse sentido, relegar a possibilidade de instrumentos normativos de cunho penal inserirem-se nesse grandioso sistema voltado à satisfação do interesse da coletividade representa um enorme retrocesso, com ofensa à gama de princípios que regem a tutela da probidade administrativa.

Nesse sentido, coerentes as anotações de Miranda³⁹:

Dessa forma, é perfeitamente viável haver uma interação da Lei nº 8.429/92, de forma subsidiária ou por meio de analogia, com regras e princípios consagrados em outros diplomas legais, inclusive de natureza penal, no último caso principalmente em sede de investigação.

Afirmando que o fundamento de validade das normas afetas à tutela coletiva da probidade administrativa está na própria Constituição Federal, Alves⁴⁰ ressalta, igualmente, a possibilidade de interação entre a Lei de Improbidade Administrativa com as regras

37 SANTOS, Maria Charpinel. **A competência na ação de improbidade administrativa**. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=05da33eab200f4c5>>. Acesso em 03 set. 2016.

38 STJ: REsp 695.396; Proc. 2004/0146850-1; RS; Primeira Turma; Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; Julg. 12/04/2011; DJE 27/04/2011.

39 MIRANDA, Gustavo Senna Tutela repressiva da improbidade administrativa: princípios informadores e microssistema. **Estudos sobre Improbidade Administrativa: em homenagem ao Professor J.J. Calmon de Passos**. FARIAS, Cristiano Chaves de, et al (orgs). 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 315.

40 ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 607.

do Código de Processo Penal, deixando clara, assim, conforme apresenta Loureiro⁴¹, uma forma de preenchimento de lacunas do sistema do processo civil em relação à tutela dos direitos ou interesses transindividuais.

Relevante destacar, conforme esclarece Miranda, que não se pretende transformar os atos de improbidade administrativa em crimes, diante de sua clara repercussão civil. Busca-se, apenas, conferir máxima efetividade à tutela do patrimônio público com a possibilidade de interação e complementariedade entre as normas afetas à jurisdição coletiva para com aquelas vinculadas à seara penal⁴².

O objetivo dessa interpretação voltada à incessante busca pela máxima eficiência e efetividade das normas que tutelam direitos transindividuais, que importam na materialização de políticas públicas voltadas à sociedade em geral, baseia-se no fortalecimento da defesa da tutela do patrimônio público e não no enfraquecimento à sua proteção. Buscar uma compreensão diversa corresponde, sem dúvidas, ao esvaziamento da tutela protetiva da sociedade.

O microsistema coletivo possui como alicerces a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, referindo-se Leonel a citados diplomas como o “núcleo essencial ou duro”⁴³. De outra sorte, Mazzei esclarece que a extrema necessidade de se conferir uma interpretação mais ampla, que garanta maior pujança ao microsistema, de modo que outras legislações passem a ter suas regras aplicadas naquilo que for útil e relevante⁴⁴.

As condutas ilícitas, sobretudo aquelas vinculadas aos desvios de verbas públicas, apresentam-se cada vez mais invasivas e organizadas, de modo que a prevenção e a repressão devem ser igualmente sofisticadas, cabendo ao Estado valer-se de mecanismos legais aptos a possibilitar uma paridade no enfrentamento aos desmandos causados pela corrupção em geral.

41 LOUREIRO, Valtair Lemos. **Microsistema processual coletivo e a tutela do patrimônio público**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 49.

42 MIRANDA, Gustavo Senna Tutela repressiva da improbidade administrativa: princípios informadores e microsistema. **Estudos sobre Improbidade Administrativa: em homenagem ao Professor J.J. Calmon de Passos**. FARIAS, Cristiano Chaves de, et al (orgs). 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 318.

43 LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: RT, n. 4.10, p. 148, 2002.

44 MAZZEI, Rodrigo Reis. A Ação Popular e o microsistema da tutela coletiva. In: Gomes Junior, Luiz Emanuel (coord.). **Ação Popular – Aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 4.717/65**. São Paulo: RCS, 2006, p. 406.

4. A ALIENAÇÃO ANTECIPADA DE BENS EM PROCESSOS VOLTADOS À APURAÇÃO DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A sociedade brasileira enfrenta um longo processo de descrédito nas instituições públicas provocado, sobretudo, pelos reiterados casos de corrupção e desvios de verbas públicas que insistem em povoar os noticiários, demonstrando que valores originariamente destinados à satisfação dos anseios da coletividade estão sendo maliciosamente utilizados em prol de interesses privados inconfessáveis.

Diante da especialização e capilaridade de redes orquestradas para dilapidar os cofres públicos, torna-se urgente que o Estado lance mão de todos os mecanismos existentes para tentar frear a corrupção que se alojou na esfera administrativa. Nesse vetor, a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) possui considerável relevância, eis que congrega mecanismos eficientes de combate aos desvios de conduta na Administração Pública.

Convém lembrar que referido instrumento normativo foi trazido ao ordenamento jurídico em um período histórico de grande relevância para o Brasil, em que as lideranças políticas e instituições públicas atravessavam um momento de grave crise de legitimidade, conforme demonstra Zavascki⁴⁵:

Nesse contexto se insere a Lei de Improbidade Administrativa, criada em um momento de grande instabilidade das instituições públicas, descrença na política e na democracia, onde o país vivenciava o *impeachment* de um presidente e clamava por uma resposta: a origem desta Lei deu-se, portanto, como busca ao anseio comunitário por um adequado funcionamento das instituições, que configura condição essencial ao Estado Democrático de Direito.

Nesse vetor, a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) possui considerável relevância, eis que congrega mecanismos eficientes de combate aos desvios de conduta na Administração Pública. Todavia, em que pese a força da Lei de Improbidade Administrativa, torna-se necessário conceber mecanismos mais eficientes, já inaugurados em outros regramentos normativos, voltados a permitir que o Poder Judiciário ofereça à sociedade uma prestação jurisdicional constitucionalmente adequada. Dentre tais mecanismos de efetividade destaca-se a alienação antecipada de bens apreendidos, com previsão expressa em diversas legislações, com destaque para o Código de Processo

45 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. 2ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 106.

Penal (art. 144-A)⁴⁶, Código de Processo Civil (art. 852)⁴⁷, Lei nº 11.343/06 (art. 62)⁴⁸ e Lei nº 9.613/98 (art. 4º)⁴⁹.

Infelizmente, a Lei de Improbidade Administrativa não possui (ainda) previsão expressa quanto à possibilidade de alienação antecipada de bens apreendidos por determinação judicial. Entretanto, diante da análise do microssistema processual da tutela da probidade administrativa, resta desarrazoado sustentar que bens constrictos, oriundos de condutas ilícitas que causaram prejuízo aos cofres públicos, não possam ir a leilão antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória.

Há, conforme apresenta Miranda⁵⁰, relevantes argumentos aptos a permitir a alienação antecipada de bens em ações voltadas à apuração de atos de improbidade administrativa, como se vê: a) que a medida encontra fundamento na Constituição Federal (art. 37, § 4º), pois o ressarcimento do dano apresenta-se como consequência dos atos de improbidade administrativa; b) que o poder geral de cautela dos magistrados, previsto no art. 798 do Código de Processo Civil (art. 297, do novo CPC), autoriza o deferimento da tutela provisória; c) possibilidade de alienação antecipada para evitar depreciação ou deterioração dos bens, à luz da regra contida no art. 852 do novo CPC; d) que a medida se apresenta sedimentada na esfera criminal, para apuração de condutas que se equivalem; e) orientações do Conselho Nacional de Justiça (Recomendação nº 30/2010) e da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), por meio de diversas recomendações, orientam a alienação de bens apreendidos sob a guarda do Poder Judiciário.

Destaca-se, por oportuno, que a jurisprudência ainda é tímida sobre a possibilidade de alienação antecipada de bens em sede de processos voltados à apuração de atos de improbidade administrativa.

46 *In verbis*: “Art. 144-A. O juiz determinará a alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção” (incluído pela Lei nº 12.694/2012).

47 *In verbis*: “Art. 852. O juiz determinará a alienação antecipada dos bens penhorados quando: I - se tratar de veículos automotores, de pedras e metais preciosos e de outros bens móveis sujeitos à depreciação ou à deterioração; II - houver manifesta vantagem”.

48 *In verbis*: “Art. 62. [...] § 4º Após a instauração da competente ação penal, o Ministério Público, mediante petição autônoma, requererá ao juízo competente que, em caráter cautelar, proceda à alienação dos bens apreendidos, excetuados aqueles que a União, por intermédio da Senad, indicar para serem colocados sob uso e custódia da autoridade de polícia judiciária, de órgãos de inteligência ou militares, envolvidos nas ações de prevenção ao uso indevido de drogas e operações de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades; [...] § 10. Terão apenas efeito devolutivo os recursos interpostos contra as decisões proferidas no curso do procedimento previsto neste artigo”.

49 *In verbis*: “Art. 4º [...] § 1º Proceder-se-á à alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção” (Redação dada pela Lei nº 12.683/2012).

50 MIRANDA, Gustavo Senna. Alienação antecipada de bens em sede de ação de improbidade: em busca da eficiência na tutela do patrimônio público. **Informe do Centro de Apoio Operacional de Defesa do Patrimônio Público do Ministério Público do Estado do Espírito Santo**. n. 25. Agosto de 2014. Disponível em <<https://www.mpes.mp.br/Arquivos/Anexos/fbobod18-3bef-4a44-af29-289f7459ec3a.pdf>>. Acesso em 03 set. 2016.

Entretanto, quando o tema em debate refere-se à colaboração premiada, a qual, igualmente, não possui previsão expressa na Lei nº 8.429/92, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou em reiteradas oportunidades acerca da respectiva permissão⁵¹.

Não há, pois, como sustentar a impossibilidade de aplicabilidade do instituto da alienação antecipada de bens, ante a ausência de previsão legal expressa e, em sentido oposto, advogar a favor da permissão na utilização da colaboração premiada. Trata-se, assim, de uma clara contradição que somente tem o condão de beneficiar aqueles que insistem em dilapidar os cofres públicos, causando sofrimento a toda uma população.

Uma vez demonstradas claramente a existência de provas que evidenciam a prática de atos de improbidade administrativa que causaram lesão ao erário e, por consequência, enriquecimento ilícito, onde estaria a lógica de manter sob a tutela do requerido a gestão dos bens adquiridos ilicitamente? Se o bom senso orienta que esses bens oriundos de condutas ilícitas devam ser mantidos sob a guarda do Poder Judiciário, novamente se questiona: qual o sentido de proibir a alienação antecipada de referidos bens, eis que tal ato atenderia aos interesses do Estado, da sociedade e do próprio réu?

Não há sentido em se permitir, nos processos voltados à apuração de atos de improbidade administrativa, que os bens dos requeridos fiquem amontoados em locais inadequados, sujeitos à inevitável depreciação e deterioração e, por exemplo, em processos que apuram a prática de lavagem de dinheiro oriundo de desvio de verbas públicas, autorizar a alienação antecipada.

Seria inconstitucional, então, a alienação antecipada de bens apreendidos tão somente nos processos para apuração de atos de improbidade administrativa? Haveria ofensa à presunção de inocência e ao devido processo legal apenas nas ações regidas pela Lei nº 8.429/92? Ao réu que desvia dinheiro público seria conferido o direito absoluto e, não raro, com o único propósito protelatório voltado a obstar a alienação antecipada de bens, porém, ao mesmo réu que realiza a “lavagem” desses valores tal direito seria negado?

Seja em ação penal ou civil, uma vez presentes os requisitos que autorizam a constrição dos bens dos requeridos e, igualmente, demonstrada a dificuldade de administração, risco de deterioração

51 STJ; AREsp 910.840; Proc. 2016/0109784-0; RN; Segunda Turma; Rel. Min. Humberto Martins; DJE 16/06/2016; STJ; REsp 1.504.059; Proc. 2014/0327003-5; RN; Segunda Turma; Rel. Min. Humberto Martins; DJE 02/02/2016; STJ; REsp 1.477.982; Proc. 2014/0218118-9; DF; Segunda Turma; Rel. Min. Og Fernandes; DJE 23/04/2015.

ou depreciação, a alienação antecipada se apresenta como a medida mais adequada, conforme assevera Bortoncello⁵²:

Em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, havendo o deferimento de pedidos de antecipação de tutela, de cunho cautelar, com a consequente indisponibilidade/apreensão de bens (móveis ou imóveis), a alienação antecipada, com o depósito do produto em conta judicial, configura a melhor forma de recompor o prejuízo causado ao erário ou, até mesmo, de entregar ao sujeito passivo, em caso de improcedência do pedido, montante suficiente para a aquisição de bem de valor igual ou superior daquele alvo da constrição judicial.

O que se busca, conforme defendido por Carpena⁵³, é a construção de uma cultura que afaste de forma definitiva “a conduta desequilibrada ou abusiva de uma das partes, ao longo de um processo, no intuito de protelar a efetivação da prestação jurisdicional”, bem como, “exigir uma conduta de mais comprometimento e de colaboração do réu para com a efetividade da prestação jurisdicional e celeridade do desfecho da lide”.

A ideia em análise não se prende à busca por um “processo civil arco-íris”⁵⁴, em que as partes abram mão de defender suas pretensões, mas, sim, de um processo primado pela dialogia ética, de modo que os instrumentos processuais não sejam utilizados com o propósito único de tentar adiar o inadiável, ou seja, de buscar de forma incessante a procrastinação e atraso na entrega da prestação jurisdicional.

A medida de alienação antecipada de bens obtidos a partir de origem ilícita, frutos de desvio de recursos públicos, não guarda qualquer ranço de inconstitucionalidade, uma vez que não há ofensa a princípios constitucionais, em especial, aqueles alusivos ao devido processo legal, à presunção de inocência ou ao direito à propriedade. Trata-se, pois, segundo Bortoncello⁵⁵, de uma visão instrumentalista da ciência processual, voltada à proteção do bem jurídico tutelado, como se vê:

A alienação antecipada de bens na ação civil pública por ato de improbidade administrativa consiste na realização antecipada do

52 BORTONCELLO, Luís Gustavo Patuzzi. A alienação antecipada de bens na ação civil pública por ato de improbidade administrativa. **Revista JUS**. Belo Horizonte, v. 45, n. 30, p. 79-91, jul./dez. 2014. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/86528?mode=full>>. Acesso em: 03 set. 2016.

53 CARPENA, Márcio Louzada. **Da não apresentação de bens passíveis de penhora e das multas**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo1071.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

54 MACHADO, Marcelo Pacheco. **Novo CPC, princípio da cooperação e processo civil do arco-íris**. Publicado 27 de abril 2015. Disponível em <<http://jota.uol.com.br/novo-cpc-principio-da-cooperacao-e-processo-civil-do-arco-%C2%ADiris>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

55 BORTONCELLO, Luís Gustavo Patuzzi. A alienação antecipada de bens na ação civil pública por ato de improbidade administrativa. **Revista JUS**. Belo Horizonte, v. 45, n. 30, p. 79-91, jul./dez. 2014. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/86528?mode=full>>. Acesso em: 03 set. 2016.

direito da parte, fruto de manifestação de uma visão instrumentalista da ciência processual, junto das necessidades do direito material, sendo, portanto, uma tutela jurisdicional diferenciada. Em tutela de urgência, o escopo maior deve ser permitir o provimento jurisdicional final com a maior efetividade possível, em especial dar uma resposta justa e adequada à sociedade, para haver um melhor ressarcimento ao erário e manter a credibilidade das instituições públicas, protegendo assim o próprio objeto jurídico tutelado.

Todos os procedimentos destinados à ultimateção da alienação antecipada estão claramente previstos em inúmeros instrumentos legais (Código de Processo Penal, Código de Processo Civil, Lei nº 11.343/06 e Lei nº 9.613/98), cabendo às partes requeridas a possibilidade do exercício do direito de defesa. No mesmo sentido, a presunção de inocência e o direito de propriedade não representam um direito absoluto em nosso ordenamento jurídico, restando claro que somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória haverá, de fato, a perda dos bens anteriormente apreendidos.

Acerca, especificamente, da presunção de inocência, prevista no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal⁵⁶, destaca-se que não se trata de um princípio absoluto, no sentido de apresentar-se como um verdadeiro escudo intransponível que permite ao cidadão agir de forma contrária à lei, sem assumir as responsabilidades por seus atos. Nesse sentido, Rangel⁵⁷:

Ousamos, aqui, mais uma vez, divergir de parte da doutrina. Não adotamos a terminologia presunção de inocência, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente.

A Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra bem diferente, é a presunção da culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência.

Princípios constitucionais não podem ser irresponsavelmente avocados com o escopo único de blindar atitudes contrárias à lei e, sobretudo, à sociedade, lembrando sempre que ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. Fortunas imensuráveis constituídas a partir de desvio de recursos públicos não devem prevalecer diante de demandas que buscam garantir os direitos da sociedade. Trata-se, pois, de raciocínio que prima pela razoabilidade e bom senso, de

56 BRASIL. Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 set. 2016.

57 RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 7ª. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 24.

modo que aquilo que fora usurpado do povo deva ser restituído de modo coerente e tempestivo.

Destaca-se, ainda, nos termos do artigo 327, § 2º, do novo Código de Processo Civil, que essa interação voltada à aplicação do instituto da alienação antecipada de bens em ações de improbidade administrativa é permitida, também, mediante a utilização de técnicas processuais diferenciadas, ainda que previstas em procedimentos especiais, desde que não haja incompatibilidades entre si.

Importante observar que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça⁵⁸ ainda não enfrentaram o tema. Porém, nos Tribunais Estaduais é possível encontrar raros julgados afetos à alienação antecipada de bens em ações de improbidade administrativa.

O Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais, sob o argumento de ausência de previsão normativa específica na Lei nº 8.429/92, em duas oportunidades, afirmou a impossibilidade de alienação antecipada de bens em ações voltadas à apuração de atos de improbidade administrativa⁵⁹.

Em sentido oposto, de modo a conferir efetividade à Lei de Improbidade Administrativa e à própria tutela jurisdicional, o Tribunal Regional da 4ª Região autorizou a venda antecipada de bens obtidos a partir de desvios de recursos públicos no município de Bagé (RS)⁶⁰. No mesmo sentido, o Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo, nos autos da “Operação Parlamento Rosa”^{61, 62}, que apurou desvio de verbas públicas na Câmara Municipal de Cachoeiro de Itapemirim (ES), autorizou a alienação antecipada de diversos veículos apreendidos por determinação judicial.

Pensar de modo diverso, com a defesa da tese que os bens apreendidos em processos voltados à apuração de atos de improbidade administrativa somente poderão ser alienados após o trânsito em julgado da sentença condenatória representa, conforme

58 Pesquisa realizada nos sítios <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> e <http://www.stj.jus.br/SCON/>, em 23 de setembro de 2016, utilizando-se como parâmetro as expressões “improbidade administrativa”, “alienação (ou venda) antecipada de bens”.

59 TJMG; AI 1.0352.13.004184-6/001; Rel. Des. Caetano Levi Lopes; Julg. 10/11/2014; DJEMG 21/11/2014; TJMG; AGIN 1.0570.11.002489-2/017; Rel. Des. Caetano Levi Lopes; Julg. 15/04/2014; DJEMG 25/04/2014.

60 Disponível em <<http://www.agu.gov.br/noticia/agu-consegue-a-venda-antecipada-de-veiculos-para-garantir-ressarcimento-na-ordem-de-12-milhoes-por-desvio-de-recursos-em-obras-do-pac-no-rio-grande-do-sul>>. Acesso em 23 set. de 2016.

61 Disponível em <<http://g1.globo.com/espírito-santo/noticia/2015/05/ex-contador-da-camara-de-cachoeiro-teraque-devolver-r-2-milhoes-no-es.html>>. Acesso em: 23 set. de 2016.

62 Decisão exarada nos autos de nº 0005473-47.2014.8.08.0011, junto à Comarca de Cachoeiro de Itapemirim (ES), sendo, posteriormente, mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Calamandrei⁶³, oferecer um remédio longamente elaborado, para um doente já morto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prestação de uma tutela jurisdicional coerente com os princípios regentes da Constituição Federal é medida de extrema necessidade, uma vez que a prática de atos ilícitos que impedem a materialização do feixe de direitos pertencentes à sociedade, quando submetidos a um Poder Judiciário incapaz de conferir uma resposta satisfatória (e justa), tem trazido enormes e, por vezes, irreparáveis danos à coletividade.

A ofensa à moralidade administrativa e aos demais princípios norteadores das atividades públicas autoriza o Estado a buscar a responsabilização dos autores das condutas ilícitas e, em casos de lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito, permite, também, que haja, mediante decisão judicial, a necessária indisponibilidade de bens, nos termos da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa).

O presente estudo teve por objetivo demonstrar que a previsão de indisponibilidade de bens trazida no artigo 7º da Lei nº 8.429/92 demanda uma análise sistêmica por parte dos operadores do Direito, com a finalidade de permitir que mecanismos existentes em outros instrumentos normativos voltados à tutela de direitos transindividuais sejam igualmente aplicados aos processos que apuram atos de improbidade administrativa, de modo que haja, sempre com a observância ao devido processo legal, a possibilidade de se buscar a alienação antecipada de bens adquiridos com recursos desviados dos cofres públicos.

As relações processuais voltadas à tutela de direitos transindividuais devem ser percebidas, sempre, com o propósito de se buscar a máxima efetividade da prestação jurisdicional voltada à satisfação dos relevantes interesses públicos sob litígio. Para tanto, entre os instrumentos normativos vinculados à defesa da sociedade deve existir uma plena harmonia e uma inequívoca relação de complementariedade.

Nesse sentido, demonstrou-se que, uma vez indisponibilizados por determinação judicial os bens adquiridos a partir de origem ilícita, custeados mediante o desvio de verbas públicas, há que se

63 CALAMANDREI, Piero. *Criteri per la definizione dei provvedimenti cautelari*. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Padova: Cedam, 1936. p. 19.

observar o dever fundamental de colaboração com a Justiça, para se evitar atos clara e unicamente protelatórios voltados a embarçar a busca por uma prestação jurisdicional efetiva.

Inegável, pois, que a medida de alienação antecipada de bens oriundos de condutas criminosas, trazida pela Lei nº 9.613/98 (e também em outros instrumentos legais de cunho penal), deve ser igualmente aplicada aos atos ilícitos tipificados pela Lei nº 8.429/92, ainda que ausente previsão expressa. Foge à razoabilidade negar eficiência aos processos judiciais que apuram a prática de atos de improbidade administrativa, os quais, na mesma vertente dos crimes vinculados à Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro), causam idêntico prejuízo e sofrimento à sociedade.

Em verdade, os desvios de verbas públicas ocasionam prejuízos incalculáveis ao interesse público, eis que se percebe o esgotamento de recursos que deveriam originariamente ser destinados à consecução de políticas públicas aptas a garantir uma vida digna à sociedade. Nesse sentido, o Estado apresenta-se fragilizado e pode ser considerado como parte hipossuficiente na “relação” que se forma com aqueles que dilapidam suas riquezas.

A Lei de Improbidade Administrativa, inequivocamente, congrega o microsistema processual das ações coletivas e, em que pese a existência de seu procedimento específico, não só podem, como devem, aqueles que lidam diretamente com o combate à corrupção, buscar uma interpretação que permita a aplicação subsidiária e complementar de outros instrumentos normativos criados para a proteção da sociedade.

Frustrar a possibilidade de aplicação da alienação antecipada aos processos afetos à Lei nº 8.429/92 apenas favorece aqueles que ainda insistem em dilapidar o patrimônio público, enriquecendo-se às custas do sofrimento da camada mais humilde da população que depende das políticas públicas que deveriam ser custeadas com verbas que insistem em ser desviadas. Permitir que bens indisponibilizados pela Justiça sejam perdidos pelo decurso de tempo não guarda coerência com o bom senso e, de modo claro, apresenta o Estado como incompetente, gerando um verdadeiro combustível à impunidade.

Não se pode esquecer, ainda, que há o grande risco de obtenção de prejuízo a terceiros de boa-fé, que possam vir a adquirir bens alcançados a partir de fonte econômica ilícita. Assim, a medida de alienação antecipada de bens em sede de ações que apuram atos de improbidade administrativa guarda total sintonia não apenas com

a satisfação do interesse público (o que por si só já se justificaria), como, também, com a preservação de direitos de terceiros de boa-fé.

Com a possibilidade de alienação antecipada de bens em sede de processos judiciais que apuram atos de improbidade administrativa não se pretende sustentar ou incentivar uma “caça às bruxas”, pelo contrário. Há, sim, o interesse de que o Estado e a sociedade como um todo, dentro de um prazo razoável, tenham condições de buscar o ressarcimento dos prejuízos suportados.

Assim como ocorre no processo penal, a alienação antecipada em processos judiciais voltados à apuração de atos de improbidade administrativa somente deverá ser deferida com a observância do devido processo legal, mediante prudência e bom senso de magistrados e membros do Ministério Público, para que se alcance uma prestação jurisdicional dotada de efetividade, com o objetivo de se evitar desnecessário prejuízo às partes litigantes, à sociedade e ao Estado.

Busca-se um diálogo de coerência entre as normas que tutelam direitos e interesses da sociedade, cabendo ao intérprete do Direito trabalhar a partir de uma razoável complementariedade, voltada à busca da máxima eficiência e efetividade da prestação jurisdicional, sobretudo, aquela afeta à satisfação de interesses transindividuais.

O presente estudo teve por objeto demonstrar que não existe conflito entre o intento das regras de cunho penal que tutelam interesses da sociedade, sobretudo, aquelas afetas à alienação antecipada de bens de origem ilícita apreendidos pela Justiça, para com as normas do microssistema coletivo de tutela de direitos transindividuais. Na verdade, todos esses instrumentos normativos se complementam de forma harmônica, eis que congregam um sistema único que possui a Constituição Federal de 1988 como verdadeiro porto seguro.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: Aspectos penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

BORTONCELLO, Luís Gustavo Patuzzi. A alienação antecipada de bens na ação civil pública por ato de improbidade administrativa. **Revista JUS**. Belo Horizonte, v. 45, n. 30, p. 79-91, jul./dez. 2014. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/86528?mode=full>>. Acesso em: 03 set. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de bens apreendidos**. 2011. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/corregedoria/MANUAL_DE_GESTO_DOS_BENS_APREENDIDOS_cd.pdf>. Acesso em 01 set. 2016.

_____. **Recomendação nº 30**. 2010. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=876>>. Acesso em 01 set. 2016.

CALAMANDREI, Piero. **Criteri per la definizione dei provvedimenti cautelari**. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Padova: Cedam, 1936.

CARPENA, Márcio Louzada. **Da não apresentação de bens passíveis de penhora e das multas**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo1071.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

DE SANCTIS, Fausto Martin. **Crime organizado e lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18^a ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podvim, 2016.

GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de proteção do ambiente**. Coimbra: Coimbra, 2007.

GRÉGIO, Grécio Nogueira. A alienação antecipada de bens no processo penal e o estado-vítima. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo**. Vitória, v. 8, n. 8, p. 173-202. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O advogado e os princípios éticos do processo. **Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil**. Porto Alegre. v. 5, n. 25, p. 22-25, jul./ago. 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: RT, n. 4.10, p. 148, 2002.

LOUREIRO, Valtair Lemos. **Microsistema processual coletivo e a tutela do patrimônio público**. Curitiba: Juruá, 2015.

MACHADO, Marcelo Pacheco. **Novo CPC, princípio da cooperação e processo civil do arco-íris**. Publicado 27 de abril 2015. Disponível em <<http://jota.uol.com.br/novo-cpc-principio-da-cooperacao-e-processo-civil-do-arco-%C2%ADiris>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

MAZZEI, Rodrigo Reis. A Ação Popular e o microsistema da tutela coletiva. In: GOMES JUNIOR, Luiz Emanuel (coord.). **Ação Popular – Aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 4.717/65**. São Paulo: RCS, 2006.

MILMAN, Fábio. **Improbidade processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIRANDA, Gustavo Senna. Alienação antecipada de bens em sede de ação de improbidade: em busca da eficiência na tutela do patrimônio público. **Informe do Centro de Apoio Operacional de Defesa do Patrimônio Público do Ministério Público do Estado do Espírito Santo**. n. 25. Agosto de 2014. Disponível em <<https://www.mpes.mp.br/Arquivos/Anexos/fbabod18-3bef-4a44-af29-289f7459ec3a.pdf>>. Acesso em 03 set. 2016.

_____. Tutela repressiva da improbidade administrativa: princípios informadores e microsistema. In: FARIAS, Cristiano Chaves de *et al* (orgs). **Estudos sobre Improbidade Administrativa: em homenagem ao Professor J.J. Calmon de Passos**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e o custo dos direitos. **Revista Direito Mackenzie.** São Paulo: Editora Mackenzie, Ano 3, v. 2, 2002.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. A importância dos deveres humanos na efetivação de direitos. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (org.). **Níveis de efetivação de direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha.** Joaçaba: UNOESC, 2013.

REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. **Comentário ao Código de Processo Civil.** v. 1. Coimbra: Almedina, 2004.

RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. Porto Alegre. **Revista da Ajuris.** v. 31, n. 95. P. 72-87, set. 2014.

RUSCHEL, Caroline Vieira. O dever fundamental de proteção ambiental. **Direito & Justiça – Revista da Faculdade de Direito da PUCRS,** Porto Alegre, v. 33, n. 2, dez., 2007.

SANTOS, Maria Charpinel. **A competência na ação de improbidade administrativa.** Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=05da33eab200f4c5>>. Acesso em 03 set. 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo.** 2ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.

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



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

