

Revista do CNMP

Improbidade administrativa

N. 5, ano 2015





CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO



Revista do CNMP

Improbidade administrativa

Revista do CNMP - n.5, ano 2015

EXPEDIENTE

© 2015, 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
Leonardo Henrique de Cavalcante Carvalho
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)
Raul Araújo Filho (Ministro do Superior Tribunal de Justiça)
Marcus Vinícius Furtado Coelho (Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil)
Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (Ministro do Tribunal Superior Eleitoral)
Bruno Dantas (Ministro do Tribunal de Contas da União)
João Batista Brito Pereira (Ministro do Tribunal Superior do Trabalho)
Leonardo Henrique Carvalho (Conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público)
Manoel Carlos de Almeida Neto (Secretário-Geral do Supremo Tribunal Federal)
Fabiano Augusto Martins Silveira (Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça)
Jarbas Soares Júnior (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 e revisão: Assessoria de Comunicação do CNMP
Tiragem: 1.000 exemplares

Revista do Conselho Nacional do Ministério Público : improbidade administrativa
/ Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília. CNMP, n. 5, 2015.
232 p.

Publicação anual
ISSN 2236-2363

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

Biblioteca/CNMP

CDD – 340

Sumário

Apresentação	7
Introdução	9
A armadilha política: a corrupção como problema de ação de coletiva <i>Fernando Jiménez Sánchez. Tradutor: Affonso Ghizzo Neto</i>	11
As faces visíveis e invisíveis do nepotismo no serviço público <i>Maria Cecília Borges</i>	31
O patrimônio público como direito fundamental difuso e o Ministério Público como instrumento de sua proteção preventiva extrajudicial - Aspectos teóricos e práticos. Escala de ação progressiva <i>Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis</i>	51
Direito fundamental de acesso à informação pública, improbidade administrativa e os desafios do Ministério Público <i>Anderson Batista de Souza</i>	75
A importância da atuação preventiva do Ministério Público Ombudsman em prol da boa administração, no combate à improbidade administrativa <i>Salomão Ismail Filho</i>	105
Conflito de atribuições entre Ministério Público Federal e Estadual para a investigação dos atos de improbidade administrativa e a definição da competência da Justiça Federal ou Estadual para o ajuizamento da respectiva ação civil pública <i>Eduardo Cambi</i>	129
Foro por prerrogativa de função e ações de improbidade administrativa: limites ao Poder Constituinte Estadual à luz do Sistema Constitucional Federal <i>Alexandre de Castro Coura e Gustavo Senna Miranda</i>	159

Cidades são possíveis? A ordenação do solo urbano e a corrupção urbanística	
<i>Carlos Vinícius Alves Ribeiro</i>	181
A omissão dos prefeitos no enfrentamento e na resolução dos lixões e a caracterização da improbidade administrativa	
<i>Thyego de Oliveira Matos</i>	195
Fraudes em licitações: uma abordagem pragmática	
<i>Renan Paes Felix</i>	209

APRESENTAÇÃO

A Revista do CNMP, em sua 5ª edição, aborda, em momento propício, tema que integra a ordem do dia e constitui uma das mais relevantes missões do Ministério Público: o combate à improbidade administrativa. A defesa do patrimônio público, da moralidade e da boa gestão, em linhas gerais, apresenta-se como condição imprescindível para que o Estado brasileiro cumpra satisfatoriamente os seus objetivos, confira efetividade aos direitos fundamentais e permita o adequado desenvolvimento socioeconômico nacional.

A conveniência desta publicação deve-se, em boa parte, à nova fase histórica vivida pelo Ministério Público, marcada pelo reconhecimento definitivo do seu poder investigatório, notadamente a partir da rejeição da Proposta de Emenda Constitucional nº 37/2011 – popularmente denominada PEC 37 –, e dos julgamentos, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Penal nº 470/MG, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.104 e do Recurso Extraordinário nº 593.727/MG.

Essa recente conquista, entretanto, traz consigo novas obrigações e amplia a esfera de responsabilidade da Instituição, exigindo-lhe maior amadurecimento no desempenho de sua atividade finalística, haja vista que a sociedade, cada dia mais informada e participante, já não tolera modelos organizacionais que não possam dar prontas respostas aos seus legítimos anseios.

Nesse contexto, o Conselho Nacional do Ministério Público – que, no curso dos seus recém-completados dez anos de história, vem intensificando a sua atuação preventiva e o seu perfil indutor de políticas institucionais – defronta-se com o grandioso desafio de zelar pela unidade nacional do Ministério Público e de conduzi-lo nesse gradual processo de modernização.

Sem sombra de dúvidas, esse contínuo e necessário aperfeiçoamento institucional em muito contribuirá para o enfrentamento da corrupção, da improbidade administrativa e da má gestão pública, mazelas que não trazem em si diferenças ontológicas, mas que resultam, tão somente, de perspectivas analíticas distintas de um mesmo fenômeno social.

Lançando olhar sobre esse novo horizonte, o Conselho Nacional do Ministério Público – contando com a dedicada atuação de seus conselheiros, membros auxiliares, membros colaboradores e servidores, sobretudo daqueles que compõem a Comissão de Acompanhamento Legislativo e Jurisprudência e, em particular, a Assessoria de Comunicação, responsável pela supervisão gráfica da presente obra –, apresenta a 5ª edição da Revista do CNMP, desempenhando, também desta forma, seu papel de orientador do Ministério Público brasileiro, disseminando conhecimento a partir da organização e publicação de dez seletos artigos sobre essa instigante matéria, fomentando o debate acadêmico e contribuindo para o contínuo aprimoramento da atuação institucional.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público

INTRODUÇÃO

O Ministério Público brasileiro, em sua atual roupagem constitucional, vem adquirindo, desde 1988, maturidade e musculatura para cumprir com altivez suas relevantes missões na República.

Essa maturidade, forjada em grande parte na luta diária de membros do Ministério Público brasileiro, pode ser também tributada aos aprendizados com erros, excessos e omissões, que são raros mas presentes em todas as instituições, não estando blindado o Ministério Público a eles.

A escolha do tema da Revista do Conselho Nacional do Ministério Público deste ano de 2015 foi mais que uma homenagem ao Ministério Público, a esta instituição madura, hoje com seus 27 anos no atual modelo.

É um reconhecimento da Comissão de Acompanhamento Legislativo e Jurisprudência e do CNMP o relevante papel desta instituição no combate a um dos maiores males brasileiros: a corrupção.

O chamamento de membros do Ministério Público, operadores do direito em geral e Professores e Doutrinadores de escola à reflexão sobre a atuação desta instituição no combate à improbidade administrativa é, para além de reconhecimento do papel de protagonista do Ministério Público nesta função, possibilidade de reflexão sobre novas formas de agir, novas formas de pensar e novas maneiras de atuar no combate à improbidade administrativa.

Com imensa satisfação tenho a honra de apresentar e entregar a Revista do Conselho Nacional do Ministério Público do ano de 2015, fazendo sinceros votos de que as reflexões contidas nestas páginas ecoem na instituição e na comunidade jurídica e produza bons frutos.

Leonardo Henrique de Cavalcante Carvalho

Conselheiro e Presidente da Comissão de Acompanhamento Legislativo e Jurisprudência

A ARMADILHA POLÍTICA: A CORRUPÇÃO COMO PROBLEMA DE AÇÃO DE COLETIVA¹

Fernando Jiménez Sánchez²
fjimesan@um.es

Tradutor: Affonso Ghizzo Neto³
aghizzo@gmail.com

Resumo: Por que as políticas anticorrupção fracassam com tanta frequência? A maioria das medidas anticorrupção praticadas nos últimos anos estão inspiradas num entendimento da corrupção como problema de agência que acredita que o principal sempre está interessado em melhorar o controle sobre o seu agente. No entanto, isso não ocorre em entornos sociais em que a percepção da corrupção é alta. O presente artigo propõe uma maneira alternativa de entender a corrupção como dilema da ação coletiva e extrai ensinamentos práticos para o seu combate.

Palavras-chave: Corrupção. Teoria da agência. Dilema da ação coletiva. Conjuntura econômica. Clientelismo. Trajetória da rotina.

Abstract: Why anti-corruption policies fail so often? Most anti-corruption measures that have been tried in recent years are inspired by an understanding of corruption as a problem of agency. They assume that the principal is always interested in improving its control over the agent. But this does not usually happen in social settings where the perception of corruption is high. The chapter proposes an alternative way to understand corruption as a collective action dilemma and draws practical lessons for combating it.

Keywords: Corruption. Agency theory. Collective action dilemma. Critical juncture. Patronage system. Path-dependence.

Sumário: Introdução. **1.** A aplicação da teoria agente-principal no controle da corrupção: da inevitabilidade da corrupção ao otimismo sobre a possibilidade de sua redução. **2.** A corrupção como problema de ação coletiva. **3.** Romper o círculo vicioso. A armadilha política e as oportunidades de escape. **4.** Referências.

1 Texto original: 23920_GovernabilidadCiudadania.indd, pp. 157- 174.

2 Professor Titular da Universidade. Departamento de Ciência Política e de Administração. Universidade de Murcia. Esta investigação se fez possível graças ao projeto de investigação CSO2012-32661 do Plano Nacional de I+D do Ministério de Economia e Competitividade da Espanha.

3 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil. Tradução oficial e acadêmica do texto para o português com a devida autorização e orientação do autor.

INTRODUÇÃO

Depois de ser, durante muitos anos, um problema ignorado, a luta contra a corrupção se converteu num objetivo prioritário na maior parte dos organismos internacionais, nas últimas décadas. Vêm surgindo importantes convênios para obrigar os Estados participantes a se comprometerem com a redução da corrupção em todos os âmbitos, regionais e internacionais, destacando-se o trabalho da ONU (UNCAC), da OCDE, do Conselho da Europa (GRECO) do OEA (MESICIC), entre outros. Recentemente, inclusive a União Europeia demonstrou empenho em colocar em prática um instrumento que permitiu incentivar os distintos Estados-membros a combater a corrupção. É o “Informe Anticorrupção da UE”, o qual é dirigido pela Comissão Europeia e cuja primeira edição foi publicada em fevereiro de 2014.

A mudança na atitude para o fenômeno tem sido espetacular. É consequência de uma mudança radical na forma de entender os fatores que explicam o desenvolvimento econômico e social dos países. Após o paradigma estritamente econômico a respeito da acumulação de recursos que informou as políticas do fracassado “Consenso de Washington”, desenvolveu-se um novo paradigma, exemplificado pelo extraordinário êxito do livro de Daron Acemoglu e James Robinson (2012), que dá ênfase especial na decisiva importância das instituições políticas em explicar a prosperidade econômica das sociedades. De acordo com o novo consenso entre os acadêmicos e os organismos internacionais, a corrupção política é um obstáculo considerável na luta para assegurar o progresso das sociedades e, portanto, seu combate deve ser um objetivo prioritário da política nacional, fomentado e estimulado pelo papel dos organismos internacionais.

Essas mudanças têm dado lugar a toda “indústria” anticorrupção que tem estimulado, por sua vez, a colocação de inúmeras experiências de reformas institucionais em todo tipo de país. Contudo, boa parte dessas reformas (as bem-intencionadas e as nem tanto), para não dizer a maioria delas, apresenta um resultado não muito animador. O que explica o fato de as políticas anticorrupção fracassarem com tanta frequência? Este texto tenta oferecer uma resposta a tal pergunta. Para tanto, analisa-se em primeira instância quais são as características que compartilham muitas das reformas anticorrupção, que normalmente estão baseadas na conhecida teoria do agente-principal, que entende que neste (o principal) atuam aqueles (os agentes), e está sempre interessada em controlar a esses últimos. Continuamente, apresenta-

se uma perspectiva diferente sobre o tema da corrupção que evita essa compreensão débil. Finalmente, o último apartado extrai as consequências para a luta contra a corrupção que se desprendem dessa outra forma de entender o fenômeno.

1. A APLICAÇÃO DA TEORIA AGENTE-PRINCIPAL NO CONTROLE DA CORRUPÇÃO: DA INEVITABILIDADE DA CORRUPÇÃO AO OTIMISMO SOBRE A POSSIBILIDADE DA SUA REDUÇÃO

Durante muitíssimos anos, e praticamente até o início da última década do século XX, a opinião generalizada sobre a possibilidade de reduzir a corrupção naqueles entornos sociais onde já era um fenômeno amplo e estabelecido, era muito pessimista. Pensava-se que a corrupção era uma espécie de endemismo cultural próprio de determinadas sociedades no qual pouco se podia fazer a respeito, salvo aceitar sua inevitabilidade. Todavia, no fim dos anos oitenta começaram a aparecer alguns trabalhos acadêmicos que aplicavam uma perspectiva derivada do âmbito do estudo da organização empresarial para entender a relação entre os proprietários, os acionistas e os executivos que atuavam em seu nome e representação, a teoria da agência, no estudo da corrupção. Nesse campo, vale destacar as contribuições de Susan Rose-Ackerman (1978), Robert Klitgaard (1988), entre muitos outros autores. Baseado nesse ponto de vista, tratou-se de analisar quais eram as condições que geravam incentivos para os comportamentos corruptos dos indivíduos e, portanto, deixou-se de focar fatores de natureza cultural ou social. As consequências que resultaram da famosa equação da corrupção formulada por Klitgaard são uma demonstração suficientemente evidente dessa posição. De acordo com Klitgaard,

$$C = M + D - A$$

Ou seja, a corrupção (C) é equivale ao monopólio da decisão (M) mais a discricionariedade (D) menos a prestação de contas (A). Dessa forma, quanto mais reduzido for o grupo de atores de quem depende a decisão sobre o assunto em questão (monopólio), quanto maior for a margem de discricionariedade que dispõem tais atores para tomar a sua decisão e, por último, quanto menos ou mais ineficientes forem os controles sobre os agentes que tomam a decisão, maior será a probabilidade de surgir a corrupção. O próprio Klitgaard (1988) explicita o sentido da sua fórmula:

Seja na atividade pública, privada ou sem fins lucrativos, seja estando em Nova York ou em Nairobi, tenderemos a encontrar a corrupção

quando alguém tem um poder de monopólio sobre um bem ou serviço, tem um poder discricionário de decidir se alguém receberá ou não e em que quantidade, e não esteja obrigado a prestar contas. A corrupção é um crime de cálculo, não passional. Na verdade, há muitos que resistem todas as tentações, e funcionários honrados que resistem à maioria delas. Mas quando o tamanho do suborno é considerável e o castigo, no caso de ser descoberto, é pequeno, muitos funcionários sucumbirão. O combate contra a corrupção, portanto, começa com sistemas melhores.

“Sistemas melhores”. Isto é do que se necessita para reduzir a corrupção e alterar o marco de incentivos no qual atuam as autoridades políticas, os funcionários e os clientes das administrações públicas. Será possível se, mediante essas mudanças institucionais, formos capazes de reduzir o monopólio sobre a tomada de decisões, a discricionariedade de quem toma as decisões, e se a prestação de contas forem mais efetivas. O próprio Klitgaard não ficou apenas no terreno da reflexão acadêmica, e tem realizado grandes esforços na aplicação prática das suas ideias em diversos trabalhos de consultoria para o Banco Mundial e para diversas administrações públicas. Alguns desses esforços, como o que realizou no Prefeitura de La Paz (Bolívia) ao lado do então prefeito Ronald Mac-Lean-Abaroa, têm apresentado resultados certamente promissores, mesmo não tendo permanecido em execução durante um longo e contínuo período (KLITGAARD, 2000).

Portanto, de acordo com os autores que compartilham esse ponto de vista, trata-se de identificar as causas que permitem que os agentes que atuam em nome de um principal possam, na prática, atuar no seu próprio interesse em lugar daqueles em cujo nome deveriam atuar: os políticos atuando em nome dos cidadãos, o governo atuando em nome do parlamento, os funcionários atuando em nome do governo. Nessas relações de agência, em que um principal não pode atuar diretamente por si próprio e deve confiar num agente representante, a corrupção floresce quando certas condições se permitem, justamente as referidas na equação de Klitgaard. Nessas condições, ao principal falta informação vital para monitorar a atuação do agente, de modo que possa saber se o comportamento deste obedece a seus próprios interesses ou os do principal aos quais lhe cabe.

De acordo com a teoria da agência, os problemas da relação entre agente e principal se concentram em dois âmbitos. De um lado, não é muito frequente que principal e agente compartilhem exatamente os mesmos interesses. Normalmente seus interesses são divergentes, o que se converte num incentivo para que o agente decida, existindo alguma possibilidade, atuar em defesa dos seus interesses antes que

defenda os do principal. Por outro lado, não é comum que o principal tenha uma informação perfeita e completa de tudo o que o agente faz em seu nome. Isto é, com frequência produz-se uma assimetria de informação entre principal e agente. Essas situações favorecem oportunidades para que o agente decida atuar contra os desejos e os interesses do principal.

Os principais problemas de agência, em que coincidem incentivos e oportunidades para a atuação fraudulenta do agente, produzem-se em um dos seguintes momentos: quando se seleciona o agente que atuará em nome do principal e, uma vez selecionado, quando o agente atua em nome do principal sem que este tenha conhecimento integral das ações deste. Cuidam-se dos chamados problemas da “seleção adversa” e do “risco moral”. O primeiro acontece quando o principal seleciona agentes inadequados para atuarem em seu nome e, o segundo, quando o agente decide embarcar em atividades que vão contra os interesses do principal. Em ambos os casos, acontece uma situação de “perda de agência”, que desvirtua a relação entre agente e principal. No âmbito político, a corrupção seria o resultado dessas situações de perda de agência, por uma seleção adversa de representantes, bem como pela implicação dos representantes em situação de risco moral. Portanto, quando políticas anticorrupção são desenhadas, deve-se observar a necessidade de reduzir a possibilidade de se produzirem essas perdas de agência em qualquer uma de suas formas.

O que os teóricos da agência propõem para combater a corrupção é a introdução de reformas que permitam minimizar esses dois problemas. Trata-se de ativar mecanismos de controle tanto *ex-ante* como *ex-post* no momento da seleção de agentes que atuarão em nome do principal. Com os mecanismos *ex-ante* reduz-se o risco de selecionar agentes que tenham probabilidade alta de corromper a relação de agência, pondo seus próprios interesses por cima dos interesses do principal. Para isso, normalmente se propõem dois tipos de mecanismos. De um lado, instrumentos que permitam melhorar a informação da qual dispõe o principal sobre os possíveis candidatos a atuar como seus agentes com a intenção de que possa valorar quais desses candidatos podem ter interesses mais divergentes dos seus e/ou possam estar mais inclinados a antepor seus próprios interesses aos do principal. A instituição do “*advice and consent*” do Senado norte-americano para as nomeações presidenciais seria um exemplo desse tipo de mecanismo *ex-ante* de melhoria da informação disponível por parte do principal. De outro, um segundo mecanismo de controle *ex-ante* é relacionado à existência das sanções adequadas para penalizar os agentes que atraíam a relação de confiança com

o principal e com as expectativas de que tais sanções não só existam no papel, mas se apliquem na prática. A probabilidade de que tais sanções sejam suficientemente proporcionadas e se apliquem tem duas consequências benéficas segundo esses autores: fará com que muitos potenciais candidatos a agentes com uma alta probabilidade de trair o principal pensem duas vezes antes de se decidir a postular o cargo e/ou mudem as preferências dos agentes, tornando-se mais improvável que priorizem seus interesses aos do principal.

Quanto aos mecanismos de controle *ex-post*, também podem se dividir em duas classes da mesma natureza: melhoria da informação disponível para o principal e existência de sanções aplicáveis na prática. Neste caso, esses instrumentos estão dirigidos para minimizar o problema do risco moral, ou seja, a probabilidade de que o agente, uma vez que já esteja desempenhando suas funções, possa participar em atividades corruptas contra os interesses do principal. Para isso, tenta-se melhorar a informação disponível por parte do principal sobre a atuação do agente, de modo que ele possa identificar com mais facilidade os agentes corruptos. Um exemplo desse tipo de mecanismo são as declarações de bens e interesses que determinados representantes têm que apresentar em vários momentos enquanto desempenham o cargo. Pretende-se facilitar a identificação, por parte do principal, de comportamentos abusivos ou suspeitos. Geralmente, todas as medidas que aumentam a transparência do funcionamento das administrações públicas estão dirigidas a esse mesmo objetivo. E, ainda, um segundo tipo de mecanismo *ex-post* está relacionado com a introdução de sanções que permitem punir os abusos praticados pelos agentes. Um exemplo disso poderia ser a proposta que fez a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção para que seja introduzido o delito de enriquecimento ilícito, que permite punir cargos públicos que se enriquecem sem justificativa legítima, evitando o tão complexo problema, por muitas vezes, de comprovar a existência de suborno.

Com a introdução desses tipos de reformas institucionais, de “sistemas melhores”, tentar-se-ia reduzir tanto os incentivos como as oportunidades para a corrupção, diminuindo a probabilidade de os agentes incorrerem em situações de perda de agência. O interessante dessas propostas é que tais reformas podem, num primeiro momento, se realizar em qualquer sistema político ou administrativo independentemente das características culturais, históricas ou sociais da sociedade em que se introduzam essas reformas. Essa versatilidade das reformas baseadas na teoria da agência entusiasmou durante vários anos os esforços de muitos atores na luta contra a corrupção, incluindo os organismos internacionais. Passou-se do pessimismo tradicional

da inevitabilidade da corrupção ao otimismo de que era possível lutar contra ela mediante a introdução desses tipos de reformas. O otimismo foi um fator importante que oportunizou muitas inovações nessa seara (como as convenções internacionais), assim como tantas outras experiências reformistas.

No entanto, ninguém esquece que a introdução dessas reformas em determinados âmbitos, por mais bem-intencionados que fossem, não produziram os resultados esperados. No lugar de reduzir os incentivos e as oportunidades para a corrupção, muitas dessas medidas conseguiram apenas uma readaptação dos agentes corruptos à nova situação. Se agora se tem mais informação sobre o próprio patrimônio, os bens que se obtém pela corrupção se colocam em nome de outro e assim sucessivamente. *Ainda que não diga diretamente a respeito de medidas anticorrupção, há um exemplo que bem demonstra o que pretendemos demonstrar.* Após o golpe moral que levou toda sociedade italiana às revelações dos processos conhecidos como *Mani Pulite*, houve um grupo de associações que promoveram um referendo para acabar com o financiamento público da atividade ordinária dos partidos políticos. O que se tentou fazer foi com que o dinheiro público pudesse servir apenas para compensar os partidos pelos seus gastos eleitorais, mas de forma alguma para a manutenção das suas organizações, empregados, locais etc. Esse referendo se celebrou e seus defensores obtiveram uma vitória incontestável. O referendo deu lugar a uma mudança na lei de financiamento dos partidos políticos e, desde então, os partidos italianos são compensados apenas pelos gastos da realização das eleições. A graça da história é que, por causa desse referendo e, conseqüentemente, da respectiva mudança legal, hoje os partidos políticos italianos utilizam consideravelmente mais dinheiro público que antes da reforma da lei. Ou seja, os partidos italianos encontraram a forma de desenhar um sistema compensatório pela participação em eleições que lhes proporcionou mais dinheiro público do que dispunham antigamente. Conseguem isso ao dividir fundos em função dos seus resultados eleitorais, independentemente dos gastos de campanha efetivamente realizados.

Por fim, existem alguns trabalhos nesses últimos anos, particularmente sobre a África, que colocam em questão o fato de que a aplicação de inovações institucionais, seguindo as receitas da teoria da agência, tenha produzido rendimentos claros e efetivos (RILEY, 1998; ROSE-ACKERMAN, 2000; PERSSON et al., 2013). Além disso, a análise empírica sobre a incidência da corrupção tem demonstrado que sistemas políticos com acordos institucionais muito semelhantes (como, por exemplo, os que compartilham as regiões do norte e sul

da Itália) apresentavam níveis de corrupção muito diferentes, o que resulta da credibilidade às teorias institucionalistas (TABELLINI, 2005; KITSCHOLT Y WILKINSON, 2007; CHARRON Y LAPUENTE, 2011; ou, sobre o setor privado, ICHINO Y MAGI, 1999). Até o ponto de, como relembram Charron e Lapuente (2011, p.8), diversos especialistas terem aumentado a sua atenção a diferentes fatores das próprias instituições. Assim, alguns economistas têm direcionado sua análise sobre fatores culturais como os valores morais (TABELLINI, 2005 e 2007; LICHT, GOLDSMITH E SCHWARTZ, 2005), enquanto alguns cientistas políticos têm focado seus interesses sobre fatores de natureza econômica, como as diferenças entre os níveis de desenvolvimento (KITSCHOLT E WILKINSON, 2007; WILKINSON, 2007; KRISHNA, 2007).

A que se deve o escasso êxito das reformas inspiradas na teoria da agência? Em geral, esses autores enfatizaram que o principal sempre estará interessado em controlar o agente para que este atue em defesa de seus interesses. Portanto, bastaria introduzir melhorias institucionais que reduzissem a assimetria de informação que permite ao agente agir em benefício próprio. No entanto, o que se encontra com frequência nos lugares que fracassam estas políticas, é que o principal não demonstra verdadeiro interesse em controlar a corrupção do agente ou, como aponta Person (2013), encontra-se um principal “sem princípios”. Qual a razão para que isso ocorra em tantos lugares?

2. A CORRUPÇÃO COMO PROBLEMA DA AÇÃO COLETIVA

Geralmente, as soluções baseadas na teoria da agência costumam funcionar em entornos sociais com baixos índices de corrupção, em que o comportamento esperado dos agentes é o respeito aos interesses do principal. Quando se identificam descumprimentos por parte de alguns agentes, normalmente a introdução desse tipo de reforma basta para diminuir o incentivo à corrupção dos agentes. Nesses entornos, o principal é exigente na defesa de seus interesses e se esforça para controlar seus agentes. Seria o caso, por exemplo, dos países com nível de corrupção mais baixo, como os nórdicos. No entanto, em muitos outros entornos sociais, ou na maioria deles, há uma percepção social muito elevada sobre a incidência da corrupção. A maior parte dos cidadãos compartilha a expectativa de que os agentes políticos que atuam em seu nome se comportam de forma corrupta e priorizam seus próprios interesses aos do principal. O problema aqui é que essa opinião negativa se estende a todos que aspiram ser agentes. Nessa situação,

o principal acredita que todos os agentes potenciais estão igualmente inclinados à corrupção. Sob tais condições sociais, as reformas da teoria da agência não são suficientes para reduzir a corrupção.

Nesses tipos de sociedades com alta percepção social da corrupção, historicamente tem-se gerado um círculo vicioso que alimenta a desconfiança social, incentiva o funcionamento parcial das instituições de governo e, definitivamente, produz uma corrupção enraizada e expandida, que é muito difícil de combater. De acordo com Rothstein e Uslaner (2005), naqueles sistemas políticos nos quais as políticas governamentais são ineficientes, parciais (buscam o benefício de grupos sociais particulares) e corruptas, impossibilita-se o desenvolvimento de um sentido de solidariedade social e estimula-se a confiança particularizada em diferentes grupos sociais acima da confiança generalizada em toda a sociedade. Quando isso ocorre, quando a confiança que prevalece é a que se deposita na própria família, clã, etnia ou partido político, a política nesse tipo de sociedade se torna um “jogo de soma zero entre grupos em conflito” (ROTHSTEIN E USLANER, 2005, pp. 45-46). Nessas sociedades não aparecem as normas informais que favorecem a produção de bens públicos. Em seu lugar, instala-se uma prática social depredadora do “salve-se quem puder” que impossibilita as autoridades públicas de contar com recursos e incentivos necessários para levar adiante políticas que fomentem a solidariedade social necessária para se fazer sentir parte da mesma comunidade. Muito pelo contrário, as políticas governamentais virão incentivadas por uma lógica particularista e parcial que abundará na espiral do círculo vicioso.

De outro norte, em sociedades como as nórdicas, observa-se alta correlação entre os níveis baixos de corrupção e os níveis altos que apresentam um conjunto de variáveis, entre as quais se destacam a confiança social generalizada (medida geralmente pelo indicador da Enquete Mundial de Valores, que pergunta aos entrevistados até que ponto se pode confiar na sociedade em que vivem e nas pessoas que não conhecem pessoalmente), a igualdade social (tanto em termos de igualdade social como de oportunidades) ou a percepção do funcionamento efetivo e imparcial das instituições de governo. A convergência desses fatores e sua influência recíproca teriam levado essas sociedades a desenvolver um afortunado círculo virtuoso que mantém a corrupção em níveis ínfimos. Dessa forma, nesse grupo de sociedades que já arrancam níveis de igualdade social acima da média europeia, o funcionamento imparcial das instituições de governo (pelos governantes não terem caído na tentação de desenvolver redes clientelistas para se eternizarem no poder), assim como o

desenvolvimento de políticas universais de bem-estar (voltadas a toda a população, e não apenas aos grupos mais desfavorecidos), teria alimentado um sentimento crescente de solidariedade social e de confiança generalizada entre os cidadãos. Por sua vez, o alto grau de compromisso e coesão social teria feito mais fácil a elaboração de políticas públicas e sua efetiva aplicação prática graças à aparição espontânea de normas informais favoráveis à produção de bens públicos, tais como o respeito às regras básicas de convivência, a aceitação das obrigações tributárias, o respeito aos espaços públicos, a disposição para o ativismo social exigindo uma resposta das autoridades públicas aos novos problemas da comunidade, entre outras (ROTHSTEIN, 2011).

Nas sociedades que geraram círculos viciosos de corrupção, o problema não coincide com o diagnóstico feito pela teoria da agência. A corrupção não decorre exclusivamente do problema de agência e, portanto, tampouco pode se resolver com as soluções mencionadas anteriormente, que seriam válidas para problemas pontuais de corrupção em locais como os nórdicos. Ali, onde sua percepção está bem estendida entre os cidadãos, o problema da corrupção coincide com um típico problema de ação coletiva. Sendo assim, se pretende-se combater com eficácia esse fenômeno, deve-se iniciar melhorando o diagnóstico sobre ele. Em que consistem os problemas de ação coletiva e como se deve tentar solucioná-los?

Um dilema de ação coletiva inicia-se naquelas situações em que, se todos os indivíduos que formam parte de um grupo humano atuam de maneira racional, atendendo seus próprios interesses, em longo prazo pode-se gerar um problema coletivo que fere a todos os indivíduos. Socorre-se a exemplos de exploração de bens comuns para ilustrar a situação. Se uns pescadores maximizam as capturas que fazem nos bancos pesqueiros de sua região, com a intenção de obter máximos benefícios em curto prazo, estarão expostos ao esgotamento de tais bancos, com o qual todos eles sairão prejudicados. Ante essas situações, os pescadores frequentemente firmam acordos institucionais para se comprometerem coletivamente com a conservação das pescas das quais sobrevivem. A chave para a solução do dilema de ação coletiva consiste em que tais regras sejam respeitadas por todos. Todavia, para que esse acordo seja sustentável no tempo, é necessário que comportamentos oportunistas sejam impedidos, uma vez que, do ponto de vista egoísta, a melhor situação para cada um dos pescadores individualmente considerados seria que os demais cumprissem a regra de contenção de capturas, enquanto “eu descumpro”. Mas se todos se comportarem dessa maneira, reproduzir-se-ia outra vez o problema

coletivo, e o banco de pesca (e o futuro do povoado de pescadores) voltaria a estar em perigo.

Referindo-se diretamente à área da corrupção, um exemplo proveniente de uma recente investigação sobre o caso de corrupção urbanística nas Ilhas Canárias (JIMÉNEZ et al., 2012; GARCÍA-QUESADA et al., 2015) pode servir de modelo. Lanzarote tem sido um terreno pioneiro na Espanha com o ensaio de políticas territoriais sustentáveis para impedir uma especulação selvagem sobre o solo que colocara em perigo os frágeis valores naturais da ilha. Em 1991, foi aprovado um plano territorial insular com consenso social altíssimo que incluía as sete prefeituras da ilha e os empresários do setor turístico. No entanto, logo começou a se observar que em se apresentando uma demanda elevada de novos desenvolvimentos turísticos, as barreiras de contenção previstas no plano não funcionavam. Por outro lado, determinados agentes imobiliários apelaram à corrupção para conseguir de alguns prefeitos licenças de construção que logo foram anuladas pelos tribunais ante a flagrante ilegalidade. De outra banda, muitos prefeitos utilizaram também a “não aplicação” arbitrária do plano territorial, em função das necessidades de muitos vizinhos com o desiderato de alimentar redes clientelistas de apoio. Definitivamente, a corrupção e a clientela foram os instrumentos utilizados para evitar a aplicação efetiva do plano territorial de muitas partes da ilha. Mediante esses dois instrumentos, muitos particulares conseguiram uma posição vantajosa que lhes permitiu desviar as limitações expostas pelo plano, resultando, todavia, o surgimento de um importante problema de ação coletiva: pôr em risco a sustentabilidade da ilha e, ainda, minar o funcionamento imparcial das instituições de governo.

Como no exemplo dos pescadores, quando os acordos institucionais não garantem a participação de todos os membros do grupo às mesmas regras e, por consequência, não controlam os comportamentos oportunistas, o controle dos interesses individuais não é possível e o grupo se expõe ao dilema de ação coletiva. Isso é o que costuma acontecer nos entornos sociais em que os cidadãos percebem muita corrupção. Ao se regressar por um momento ao caso de Lanzarote, pode-se perceber as condições sociais nas quais a corrupção se converte num problema de ação coletiva. Visualizando a Tabela 1, observa-se a profunda desconfiança que inspiram os agentes políticos e as instituições públicas aos cidadãos de Lanzarote. Os dados da Tabela 1 evidenciam que a confiança generalizada – isto é, a disposição a confiar em estranhos – é baixa, e que a desconfiança nas instituições políticas é muito alta, salvo no que se refere às forças de ordem. As expectativas de que se os funcionários solucionem os conflitos

de interesse adequadamente também são bastante negativas. Além disso, a percepção da parcialidade no funcionamento das instituições políticas, especialmente das prefeituras, é muito alta, enquanto a expectativa de que a corrupção seja punida é muito baixa. Por último, a crença na importância de contar com os contatos adequados, como fator-chave para prosperar economicamente, é compartilhada por quase 40% da população de Lanzarote.

Em temos gerais, você diria que pode-se confiar na maioria das pessoas ou que nunca se é suficientemente prudente se tratando de pessoas?		
Pode-se confiar na maioria das pessoas		27,9
Nunca se é suficientemente prudente		68,7
NS/NC		3,4
Nível de confiança nas instituições, onde 0 (não confia) e 10 (confiança máxima)		
	Média	Desviação
Governo Federal	4,8	2,5
Governo Regional	4,7	2,5
Governo Municipal	4,7	2,5
Prefeitura	4,4	2,6
Administração da Justiça	4,5	2,6
Política	6,4	2,1
Como deveria se comportar um funcionário quando trata com um familiar ou amigo próximo e o que na realidade se espera dele?		
	Deveria	Se espera
Ajudam seu familiar por cima de qualquer outra consideração	4,6	38,9
Tentam ajudar seu familiar ou pessoa próxima, tentando não prejudicar o interesse geral	12,2	21,5
Acupam-se do caso de maneira imparcial	43,3	12,7
Recusam ocupar-se do caso e fazem com que outro tome conta	31,5	7,1
NS/NC	8,4	19,9
Você está de acordo com a seguinte frase?		
	Concordo	Não concordo
O sistema Judicial na Espanha persegue e castiga os culpáveis sem se importar quem são	36,5	38,9
Pessoas com mais estabilidades econômica recebem um tratamento fiscal claramente mais favoráveis do que o cidadão de classe média	83,6	21,5
Algumas pessoas nesta ilha recebem um trato de favor por parte da prefeitura e/ou município	79,7	7,1

Nesta ilha não se castiga à corrupção	60,8	19,9
O que é mais importante para se chegar a ser rico na sociedade espanhola?		
Ter bons contatos e cultivá-los		29,1
Ter boas idéias e se esforçar em ampliá-las		34,6
Ter sorte		22,3

Fonte: Enquete telefônica de percepção da corrupção. Trabalho de campo encarregado ao “Instituto Perfiles”, realizado de 26 a 31 de Junho de 2012. Amostra de Lanzarote: 250 entrevistas.

Em um entorno social como esse, no qual as expectativas compartilhadas sobre o comportamento que se pode esperar tanto dos demais cidadãos como dos poderes públicos são tão negativas, torna-se extremamente difícil a coordenação dos interesses individuais, o que pode gerar uma ação coletiva. Quando as expectativas compartilhadas sobre como se comportarão os demais são dessa natureza, independentemente de como os cidadãos valorizem a corrupção, a tentação para apelar a ela é muito maior do que em entornos sociais onde impera a confiança intersubjetiva e a percepção sobre o funcionamento imparcial das instituições do governo. Ninguém acha estranho então que, se as pessoas percebem que vivem em um entorno assim, apliquem uma lógica individualista para tentar solucionar seus problemas. O cultivo de contatos adequados é incentivado pela percepção de quais são as verdadeiras regras do jogo num entorno como esse. Quando impera a lógica do “salve-se quem puder”, como diziam Rothstein e Uslaner (2005), as instituições não estão cumprindo o que deveria ser seu papel principal: a coordenação dos interesses individuais possibilitando a ação coletiva para evitar o risco de prejudicar o interesse comum.

Nessas situações é natural que o principal não demonstre demasiado interesse em melhorar o seu controle sob o agente. O que prefere é conseguir um acesso privilegiado ao agente de tal forma que assegure a proteção dos seus interesses individuais, mesmo que sejam acima dos coletivos. Por essa razão, nesses tipos de âmbitos sociais, as relações de representação política se constroem sob base de trocas clientelistas: apoios políticos em forma de votos ou de financiamento de campanhas ou de respaldos mediáticos etc. em troca de conseguir um acesso privilegiado aos recursos políticos em forma de empregos, contratos, subvenções, regulamentos favoráveis etc. Isto é, apoios políticos se edificam com a garantia de uma via direta e personalizada aos poderes públicos, e não pela aplicação equitativa de regras universais. Mas, precisamente para que os agentes políticos possam distribuir recursos públicos de forma particularizada e deixem de aplicar normas

gerais conforme seus interesses, é necessário que os controles aos quais estejam submetidos tais agentes possam se desativar. Portanto, quando se tenta combater a corrupção nesses tipos de entornos sociais com as soluções proporcionadas pela teoria da agência, esquece-se que o principal não está interessado em melhorar os controles sobre o agente. As regras do jogo são outras: ante a expectativa de que as instituições e os agentes políticos não atuem com imparcialidade, a meta é conseguir os contatos oportunos que permitam satisfazer os interesses individuais. Enquanto essas expectativas não mudarem, a teoria da agência não proporcionará verdadeiras soluções para reduzir a corrupção.

O grande problema da luta contra a corrupção é que as dinâmicas sociais que se formam nesses entornos se autorreforçam. Isto é, como apontava Rothstein (2011), em muitas sociedades a corrupção gera uma situação de círculo vicioso da qual é muito difícil sair. Mas, é possível?

3. ROMPER O CÍRCULO VICIOSO. A ARMADILHA POLÍTICA E AS OPORTUNIDADES DE SAÍDA

É certo que hoje se sabe muito mais sobre o problema da corrupção do que se sabia há 25 ou 30 anos. Contudo, se existe um campo de estudo que ainda é bastante subdesenvolvido, com certeza é o dos processos políticos e sociais que deram lugar a uma redução significativa da corrupção em sociedades que até um determinado momento estavam submetidas à lógica do círculo vicioso. Ainda há escassos estudos sobre esses tipos de processos. Porém, vale destacar o esforço de alguns autores e alguns institutos de investigação nesse campo nos últimos anos, entre os quais se destacam o *Quality of Government Institute* da Universidade de Gotemburgo, dirigido por Bo Rothstein, e o *European Research Centre for Anti-Corruption and State-Building* (ERCAS), comandado por Alina Mungiu-Pippidi.

Graças aos trabalhos desses grupos, sabe-se que o elemento-chave que está presente naquelas sociedades onde a corrupção está bastante controlada e a lógica social prevalecente é a do círculo virtuoso já comentado, é o aparecimento num determinado momento de sua evolução histórica, de instituições que limitam com suficiente eficácia o Poder Executivo como parlamentos, meios de comunicação, tribunais etc. O importante não é se estas instituições existem ou não, mas, sim, se são suficientemente eficazes na hora de limitar e controlar o papel dos governos.

Esse é o ponto no qual coincidem os trabalhos mais interessantes dos grupos mencionados anteriormente. Assim, Nicholas Charron e Victor Lapuente (2011) estudaram as diferenças entre os níveis de qualidade de governo que apresentaram diversas regiões europeias. De acordo com suas análises, aquelas regiões em que se consolidaram historicamente redes clientelistas ou patronais apresentam qualidade de governo muito mais escassa que a de regiões que não deram espaço à construção dessas pautas de comportamento político, mesmo que umas e outras possam ter compartilhado as mesmas instituições políticas formais. A sofisticada análise empírica que desenvolvem, lhes permite demonstrar que o fator-chave na hora de explicar as diferenças de qualidade do governo entre regiões europeias consiste em um desenvolvimento histórico, especialmente durante o século XIX, de limitações institucionais eficazes (na forma de parlamentos, órgãos jurisdicionais, meios de comunicação etc.) sobre o Poder Executivo. Naquelas regiões em que essas restrições institucionais do Poder Executivo se consolidaram de forma eficaz, dificultou-se a criação de redes informais de patrocínio por parte dos governadores, o que, por sua vez, contribuiu para uma melhor qualidade de suas instituições de governo e, portanto, menor incidência de corrupção.

Dito isso, e verificada a análise das medidas anticorrupção executadas em países europeus com maiores êxitos, Alina Mungiu-Pippidi (2013) coloca ênfase também nas restrições existentes sobre o Poder Executivo. Por um lado, as medidas dissuasivas legais administradas pela máquina do Estado como um Poder Judicial autônomo, responsável e eficaz, capaz de fazer cumprir a legislação, assim com um corpo de leis eficazes e integrais que cobrem os conflitos e interesse e a aplicação de uma clara separação das esferas pública e privada. Por outro lado, o que ela chama de medidas dissuasivas normativas, que incluem tanto a existência de normas sociais que incentivam a integridade pública e a imparcialidade do governo, como a vigilância dos desvios dessas normas pelo papel ativo e eficaz da opinião pública, dos meios de comunicação, da sociedade civil, bem como de um eleitorado crítico.

O problema prático consiste evidentemente em saber como é possível pôr em prática esses tipos de “limitações institucionais ao Poder Executivo” partindo da situação na qual já imperam as redes clientelistas, o funcionamento parcial das instituições de governo e o sentimento de desconfiança dos demais e das instituições públicas. Nos enganaríamos se não reconhecêssemos que esse problema é verdadeiramente delicado e complexo. Para as sociedades que estão sob a lógica do círculo vicioso da corrupção é muito complicado

romper essa lógica. Como afirmam Charron e Lapuente (2001), essas sociedades estão sujeitas à armadilha política. Por causa do forte efeito de dependência da rotina ou inércia (*path dependency*) que tem a consolidação das redes de patrocínio ou clientelismo, não é nada fácil conseguir melhorar a qualidade das instituições de governo e, com ela, o controle da corrupção.

Sabe-se, portanto, quais políticas devem ser implementadas na prática se quisermos reduzir a corrupção, mas a grande dificuldade está em saber quando será mais provável que tais políticas se implementem num sistema político concreto. Isto é, quando será mais provável e de que fatores dependerão para que existam atores nesse sistema político capazes de escapar da “armadilha política” a qual nos referimos. Seguindo os autores do neo-institucionalismo histórico que chamaram a atenção sobre os efeitos da trajetória da rotina ou *path dependence*, na realidade não há como escolher o momento em que se pode romper o círculo vicioso da corrupção porque não é possível vencer essas inércias quando já estão em andamento. No entanto, o que nos ensinam esses autores é que se deve estar especialmente atento às conjunturas críticas nas quais se abrem oportunidades para romper com essa lógica. São nessas conjunturas críticas que se podem pôr em andamento as reformas oportunas que enfraquecem as relações clientelistas e reforçam os controles anticorrupção.

Começam a existir alguns estudos que apresentam histórias de êxito nesse sentido. Por exemplo, Teorell e Rothstein (2012) analisam como foi possível que a Suécia, que nem sempre foi o paraíso de baixa corrupção que se tem conhecimento, empreendera há mais de duzentos anos uma importante reforma institucional graças a qual foi capaz de transformar o círculo vicioso em virtuoso. A conjuntura crítica que abriu a oportunidade para essa decisiva mudança foi a humilhante derrota sofrida pelo país em 1809, frente às tropas russas e na qual perderam o território equivalente à atual Finlândia.

No entanto, a aparição de oportunidades para a mudança, devido às conjunturas críticas, não implica necessariamente que tais oportunidades irão se aproveitar. Provavelmente, um caso oposto ao da Suécia possa ser o da Itália após uma onda de escândalos de *Mani Pulite* na primeira metade dos anos noventa. A profunda crise política e moral a que deram lugar todos esses processos produziu também um enorme número de reformas políticas que afetaram inclusive o próprio sistema de partidos. Mas, diferentemente da Suécia, como estudou muito bem Alberto Vanucci (2009), as reformas italianas foram um exemplo do que se conhece em ciência política como “políticas lampedusianas”, ou seja, fundamentaram-se no princípio de que “é

necessário que alguma coisa mude para que tudo continue igual”. Boa parte dessas reformas, como a que comentamos sobre o financiamento dos partidos, simplesmente aparentava uma modificação, todavia sem renunciar as regras da política clientelista. Nessas circunstâncias, os italianos perderam a boa oportunidade de romper com a lógica do círculo vicioso da corrupção.

Definitivamente, a luta contra a corrupção onde não se apresenta como um problema de agência, mas sim como um dilema de ação coletiva, é muito complexa, uma vez que os atores estão submetidos a uma situação de armadilha política. Dessa forma, não existem incentivos suficientes para pôr em prática as reformas institucionais necessárias, tampouco pode surgir coalizão social com o poder suficiente para impulsioná-las. Somente quando esses tipos de entornos sociais se depararem com conjunturas críticas que ameacem as vigentes regras do jogo, abrirão as oportunidades para desviar a armadilha política. Nessas conjunturas críticas, o sólido equilíbrio que estabelecia as relações de trocas clientelistas fica interdito quando os patrocinadores são incapazes de cumprir seus compromissos na distribuição de recursos públicos para seus clientes. Diante dessa situação, os clientes têm a possibilidade não apenas de protestar por não receber o esperado, como também são capazes de advertir sobre o problema da ação coletiva reproduzido por instituições políticas que geram estabilidade social, mas com um custo elevado e de resultados coletivos precários. Evidentemente, a possibilidade de que tais oportunidades ocorram não quer dizer que irão ser aproveitadas pelas sociedades, como revela o exemplo italiano. A lição para quem combate a corrupção deveria ser a de aprender a alertar quando se está perante tais conjunturas favoráveis, e que estratégias se devem pôr em prática para não desperdiçar a oportunidade.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, D. e ROBINSON, J.A.. Por que as nações fracassam?: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Tradução Cristina Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CHARRON, N. e LAPUENTE, V. (2011). «Why do some regions in Europe have higher quality of government?». QoG Working Paper Series2011:1.

GARCÍA-QUESADA, M., JIMÉNEZ, F. e VILLORIA, M. (2015). «Can't control/won't control:opportunities and deterrents for local urban corruption in Lanzarote». *Crime, Law and Social Change*. DOI 10.1007/s10611-014-9549-z.

ICHINO, A. e MAGGI, G. (1999). «Work Environment and Individual Background: Explaining Regional Shirking Differentials in a Large Italian Firm». *NBER Working Papers*, 7415.

JIMÉNEZ, F., GARCÍA-QUESADA, M. e VILLORIA, M. (2012). *Corruption in Paradise: the puzzling case of Lanzarote (Canary Islands, Spain)*. Ponencia presentada al XXII IPSA Congreso Mundial de Ciencia Política, Madrid, 8-12 Julio 2012.

KITSCHOLT, H. e WILKINSON, S. (2007). *Patrons, Clients and Policies. Patterns of democratic accountability and political competition*. Cambridge: Cambridge University Press.

KLITGAARD, R. (1988). *Controlling Corruption*. Berkeley: University of California Press. (2000). *Corrupt Cities. A Practical Guide to Cure and Prevention*. ICS Press and World Bank Institute, Oakland, CA. and Washington, DC.

KRISHNA, A. (2007). «Politics in the middle: mediating relationships between the citi-zens and the state in rural North India». En Kitscholt, Herbert y Stephen Wilkin-son. *Patrons, Clients and Policies. Patterns of democratic accountability and political competition*. Cambridge: Cambridge University Press.

LICHT, A.N, GOLDSMITH, C. e SCHWARTZ, S.H. (2005). «Culture, law, and corporate governance». *International Review of Law and Economics*, 25: 229-255.

MÜLLER, W. C. (2007). «Political institutions and linkage strategies». En Kitscholt, Herbert y Stephen Wilkinson. *Patrons, Clients and Policies. Patterns of democratic accountability and political competition*. Cambridge: Cambridge University Press.

MUNGIU-PIPPIDI, A.(2013). «The Good, the Bad and the Ugly: Controlling corruption in the European Union». *Advanced Policy Paper for Discussion in the European Parliament*. Disponible online en:

<<http://www.againstcorruption.eu/wp-content/uploads/2013/03/ANTICORRP-Policy-Paper-on-Lessons-Learnt-final.pdf>>.

PERSSON, A., ROTHSTEIN, B. e TEORELL, J. (2013). «Why Anticorruption Reforms Fail. Systemic Corruption as a Collective Action Problem», *Governance* 26(3): 449-471.

RILEY, S. P. (1998). «The political economy of anticorruption strategies in Africa». *European Journal of Development Research*, 10 (1): 129-159.

ROSE-ACKERMAN, S. (1978). *Corruption: A Study in Political Economy*. New York: Academic Press. — (2000). «Is leaner government necessarily cleaner government?». En Joseph Tulchin y Ralph Espach (eds) *Combating corruption in Latin America*. Washington DC: W. Wilson Center Press, 87-104.

ROTHSTEIN, B. (2011). *The Quality of Government*. Chicago: The University of Chicago Press.

ROTHSTEIN, B. e USLANER, E. (2005). «All for all: equality, corruption and social trust». *World Politics*, 58 (1): 41-72.

TABELLINI, G. (2005). «Culture and Institutions: Economic Development in the Regions of Europe». *CESifo Working Paper Series*, 1492. — (2007). «Institutions and culture». *IGIER Working Paper Series*, 330.

TEORELL, J. e ROTHSTEIN, B. (2012). «Getting to Sweden. Malfeasance and bureaucratic reforms 1720-1850». *QoG Working Paper Series* 2012:18.

VANUCCI, A. (2009). «The Controversial Legacy of ‘Mani Pulite’: A Critical Analysis of Italian Corruption and Anti-Corruption Policies». *Bulletin of Italian Politics*. 1(2): 233-64.

WILKINSON, S. (2007). «Explaining changing patterns of party-voter linkages in India». En Kitschelt, Herbert y Stephen Wilkinson. *Patrons, Clients and Policies. Patterns of democratic accountability and political competition*. Cambridge: Cambridge University Press.

AS FACES VISÍVEIS E INVISÍVEIS DO NEPOTISMO NO SERVIÇO PÚBLICO

Maria Cecília Borges¹

Resumo: A aprovação da Súmula Vinculante nº 13 pelo STF foi importante passo contra a influência das relações familiares como fator determinante de nomeações para cargos e funções públicos da Administração Pública, favorecimento popularmente conhecido como nepotismo. Certo é que o nepotismo seja favorecimento decorrente das relações parentais por afinidade ou consanguinidade. Ao presente artigo interessa aquele por intermédio do qual uma pessoa é conduzida a determinado cargo ou função de confiança sem o crivo selecionador prévio de um procedimento isonômico, objetivo e pautado pelas qualidades do nomeado e pela impessoalidade, condução esta que não aconteceria em circunstâncias outras que não a relação de parentesco preexistente. Passados alguns anos, novas manifestações de nepotismo podem surgir, ao mesmo tempo em que outras práticas de nepotismo ainda sobreviverão. A propósito, um dos objetivos do presente artigo é o de tirar da obscuridade as formas invisíveis disfarçadas desse favorecimento antirrepublicano e contrário ao interesse público. O favorecimento de parentes no acesso aos cargos públicos deve ser combatido, sejam aqueles alcançados pela Súmula Vinculante sejam outras formas que possam surgir dissimuladamente, apresentando-se como se nepotismo não fosse. É o caso, por exemplo, de uma espécie, que ora se descortina, que pode ser denominada como nepotismo tardio ou póstumo, em que antigos dirigentes se valem, não mais do cargo ocupado, pois que dele já se afastaram, mas da influência que ainda exercem em órgãos ou entidades públicas para aí nomear seus parentes.

Palavras-chave: Nepotismo. Princípios da Administração Pública. Nepotismo tardio ou póstumo. Influência de ex-dirigentes. Favorecimento.

Abstract: The approval of the Stare Decisis number 13, from the Supreme Court of Brazil, was important to combat the influence of familiar relationship as a determinant factor to the nomination for public offices in Public Administration, facilitation popularly known as nepotism. Nepotism is facilitation decurrent from familiar relationship, by affinity or consanguinity. In this article, it´s important to reforce that nepotism means the conduction of a person to a public office without a previous selection based on equality, an objective selection and not personal, and based on the qualities of the person

¹ Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais. Procuradora do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Membro do Conselho Consultivo da Associação Nacional do Ministério Público de Contas – AMPCON.

that is been nominated, nomination this that it wouldn't occur if the familiar relationship isn't on. After some years, new manifestations from nepotism can come, and others still survive. One of the objectives of this study is to take from the obscure scene the invisible faces. The facilitation may be attacked. One of the invisible faces of nepotism is the late nepotism or posthumous nepotism – develop in this article –, when the anterior administrative officers use the influence that they still have in the public agency of the Public Administration to nominate people from their families, and they don't use the public office, because they're already out of it, but the anterior administrative officers use their influence that already exists.

Keywords: Nepotism. Principles of Public Administration. Late nepotism or posthumous nepotism. Influence of previous administrative officer. Facilitation.

Sumário: 1. Introdução. 2. Nepotismo: origem do termo, conceito e reiteração da prática. 3. As faces visíveis e invisíveis do nepotismo no serviço público. 3.1. Dificuldades para a proposição de uma tipologia da conduta. 3.2. Nepotismo direto. 3.3. Nepotismo indireto, transverso, por reciprocidade ou cruzado. 3.4. Nepotismo tardio ou póstumo. 3.5. Outras formas de nepotismo. 4. Nepotismo como violação dos princípios da Administração Pública e negação do Estado Democrático de Direito. 5. Considerações Finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Com a aprovação do Enunciado de Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal – STF –, deu-se um passo importante na luta contra a influência das relações familiares como fator determinante de um grande número de nomeações em cargos e funções públicos da Administração Pública brasileira, favorecimento popularmente conhecido como nepotismo. Entendeu o STF em referida Súmula Vinculante, absolutamente coerente com o ordenamento jurídico, especialmente com a Carta Magna, que

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Poder-se-ia dizer que a Súmula veio coroar a longa jornada de combate a essa forma histórica de favorecimento de parentes no serviço público e que, a partir de então, bastaria a vigilância dos órgãos de controle e da própria sociedade civil para garantir que à decisão da Suprema Corte seguissem de imediato as exonerações dos parentes já nomeados, bem como que não ocorressem novas nomeações.

A questão, entretanto, jamais comportou uma interpretação tão simplista. De um lado, o nepotismo é algo profundamente enraizado na humanidade e em sociedades de diferentes graus de evolução e complexidade; é praticado em tribos, clãs, impérios, sociedades religiosas e empresárias, e, durante muitos anos, foi forma de ingresso de muitas pessoas nos quadros do serviço público (BELLOW, 2006). Noutro vértice, para além das espécies de nepotismo sumuladas, outras formas podem surgir na tentativa de driblar a interpretação constitucional dada pela Suprema Corte.

No Brasil monárquico, cabe lembrar, o cargo público era visto como um privilégio da família real, dos seus parentes e das elites. E, por longo tempo do período republicano, a prática foi mantida em larga escala, pois a mudança de regime não significou necessariamente a mudança das elites governantes ou das pessoas ligadas ao poder, tampouco a mudança do pensamento dominante.

Adam Bellow (2006, p. 110) refere-se, em sua obra “Em louvor do nepotismo: uma história natural”, a caso emblemático de juiz ex-presidente de Tribunal do Trabalho que mantinha, há até bem pouco tempo, empregados sessenta e três parentes no órgão trabalhista, “entre eles mulher e filhos, sobrinhos, sobrinhas, primos e noras. Todo mês os membros do seu clã embolsavam cerca de 250 mil dólares, ou quase 10% do total da folha de pagamentos do Tribunal”.

Com efeito, o dever de vigilância impõe que se observe e combata todas as formas de favorecimento de parentes no acesso aos cargos públicos, sejam aquelas alcançadas pela Súmula Vinculante nº 13, do STF, sejam outras formas que possam surgir dissimuladamente, apresentando-se como se nepotismo não fosse. É o caso, por exemplo, de *uma espécie que pode ser denominada como nepotismo tardio ou póstumo, em que antigos dirigentes se valem, não mais do cargo ocupado, pois que dele já se afastaram, mas da influência que ainda exercem em órgãos ou entidades públicas para aí nomear os seus parentes.*

Necessário admitir, portanto, que o nepotismo tenha muitas faces, algumas visíveis e de longa data conhecidas, outras invisíveis, dissimuladas ou disfarçadas, todas elas perniciosas por se constituírem como sobrevivência do princípio hereditário e dinástico, como negação da ampla acessibilidade aos cargos públicos, como perpetuação da administração patrimonial e como detrimento da meritocracia e da profissionalização, violando princípios que são caros ao Estado Democrático de Direito e à Constituição.

No presente artigo busca-se identificar diversas formas de nepotismo, que podem ser alcançadas pela Súmula Vinculante n. 13, do STF, em uma interpretação extensiva e ante a *analogia juris*. Em uma interpretação principiológica, diversas condutas são detentoras das características da influência indevida, da imoralidade, da pessoalidade no trato da coisa pública e, portanto, caracterizadoras das faces visíveis e invisíveis do nepotismo no serviço público.

2. NEPOTISMO: ORIGEM DO TERMO, CONCEITO E REITERAÇÃO DA PRÁTICA

Adam Bellow (2006, p. 22) afirma que a palavra nepotismo deriva do italiano *nepote*, e se refere tanto aos netos e sobrinhos (do latim *nepos*) como a qualquer membro de família, de qualquer geração, homem ou mulher. Afirma ainda o autor americano que o termo nepotismo foi cunhado provavelmente no século XIV ou XV para indicar uma prática corrupta, a de nomear parentes do papa para a administração – geralmente filhos ilegítimos, ditos sobrinhos –, origem eclesiástica que ainda figura em alguns dicionários. E, modernamente, finaliza o autor, nepotismo se refere ao favoritismo pessoal fundado nas relações de parentesco.

Sendo certo que o *nepotismo* seja qualquer tipo de *favorecimento decorrente das relações parentais* por afinidade ou consanguinidade, ao presente artigo interessa um *tipo especial, aquele por intermédio do qual uma pessoa é conduzida a determinado cargo público ou função pública* – cargo em comissão ou função gratificada –, *sem o crivo selecionador prévio de um procedimento isonômico, objetivo e pautado pelas qualidades do nomeado e pela impessoalidade*, condução esta que não aconteceria em circunstâncias outras que não a relação de parentesco preexistente.

Para uma abordagem constitucionalmente adequada da nomenclatura das ditas funções de confiança, gênero do qual são espécies as funções gratificadas ou de confiança *stricto sensu* e os cargos em comissão, remete-se a trabalho publicado², ressaltando-se que, enquanto cargo reporta-se à ideia de lugar, função remete à ideia de atribuição.

Tem-se, na espécie, a presença definidora e determinante, *conditio sine qua non* da nomeação, o favorecimento decorrente da relação parental, por afinidade ou consanguinidade, repita-se,

2 Para uma abordagem constitucionalmente adequada da nomenclatura das ditas funções de confiança, gênero do qual são espécies as funções gratificadas ou de confiança *stricto sensu* e os cargos em comissão, bem como aprofundamento acerca do tema, cf. BORGES, 2012, p. 45-54.

em detrimento de critérios objetivamente estabelecidos, tais como experiência, capacitação e carreira.

Nesse sentido, encontra-se definição no *site* do Conselho Nacional de Justiça – CNJ³:

Nepotismo é o favorecimento dos vínculos de parentesco nas relações de trabalho ou emprego.

As práticas de nepotismo substituem a avaliação de mérito para o exercício da função pública pela valorização de laços de parentesco.

Nepotismo é prática que viola as garantias constitucionais de impessoalidade administrativa, na medida em que estabelece privilégios em função de relações de parentesco e desconsidera a capacidade técnica para o exercício do cargo público.

Durante muito tempo o nepotismo foi considerado como inerente às relações de poder. Segundo afirmação anterior, no período monárquico brasileiro, cargos e funções públicos eram privilégios concedidos aos membros da família real, aos parentes e às elites do entorno governamental. E mesmo no período republicano, somente no passado recente é que se tem registro do recrudescimento da luta contra sua prática, com o surgimento de normas esparsas e precedentes.

Registre-se, antes da Súmula Vinculante nº 13, do STF, editada em agosto de 2008, o Conselho Nacional de Justiça havia aprovado a Resolução nº 07, de 2005, proibindo a prática do nepotismo nas diversas áreas da Administração Judiciária. Essa norma estabelecia as hipóteses em que o favorecimento de parentes na nomeação para cargos em comissão ou função gratificada representavam nepotismo, ao mesmo tempo em que resguardava situações nas quais o exercício de cargos públicos por servidores em situação de parentesco não violava a impessoalidade administrativa, seja pela realização de concurso público seja pela configuração temporal das nomeações dos servidores.

A resistência verificada no âmbito do Poder Judiciário contra as disposições da referida Resolução do CNJ fora tão somente a ponta de um imenso *iceberg* que revelaria sua extensão na medida em que surgiram decisões judiciais considerando a prática contrária à Constituição Federal de 1988 – CF/88 –, culminando com a própria Súmula. Em muitos casos, os dirigentes cuidaram de promover as exonerações necessárias. Noutros casos, foi necessária a intervenção de órgãos externos, a ação contundente do Ministério Público e a proposição de ações populares.

3 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-numeracao-unica/documentos/356-geral/13253-o-que-e-nepotismo>>. Acesso em: 25 jun. 2012.

Anote-se, por emblemático, o Recurso Extraordinário nº 579.951-4, oriundo do Rio Grande do Norte, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski e aprovado Tribunal Pleno do STF, julgado em 20 de agosto de 2008, cujo acórdão foi grafado com o seguinte teor:

EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO AO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE.

I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário a **Resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita.**

II - A vedação ao nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática.

III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. (s.d.)

Por fim, a própria Resolução do Conselho Nacional de Justiça foi objeto de Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o STF, julgada procedente, com Acórdão lavrado nos seguintes termos:

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE “DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Os condicionamentos impostos pela *Resolução nº 07/05, do CNJ*, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. **As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade.**

[...] (ADC n. 12-6/DF, Relator Min. Carlos Ayres Britto, Julgamento em 20.8.2008, Publicação no Dje em 17.12.2009).

Cabe registrar que, à medida que o nepotismo direto (visível) caía em desgraça, surgiam formas de favorecimento transversal ou dissimulado, como tentativa de escapar das decisões que emanavam do Poder Judiciário.

Passados alguns anos da aprovação da referida Resolução, ainda vigente, e da Súmula do Pretório Excelso, não se diga que a questão esteja pacificada. Pois novas manifestações de nepotismo podem

surgir, ao mesmo tempo em que outras práticas de nepotismo ainda sobreviveram, para além das formas expressamente previstas no entendimento sumulado. A propósito, um dos objetivos do presente artigo é o de tirar da obscuridade as formas invisíveis disfarçadas desse favorecimento antirrepublicano e contrário ao interesse público.

3. AS FACES VISÍVEIS E INVISÍVEIS DO NEPOTISMO NO SERVIÇO PÚBLICO

3.1. Dificuldades para a proposição de uma tipologia da conduta

Muitos autores apontam que a dificuldade para a identificação e até para a punição do nepotismo decorre da ausência de enquadramento jurídico claro e de uniformidade dessa forma de favorecimento pessoal.

No ordenamento jurídico brasileiro, há normas esparsas que tratam do tema. Aponta-se, desde logo, a Lei nº 8.112, de 1990, norma de regência dos servidores federais que trata da manutenção de relações hierárquicas entre parentes, conforme art. 117, VII. Também na Administração Pública Federal, a matéria é tratada no Decreto nº 7.203, de 2010. Há registros em alguns Estados e municípios que apresentam normas próprias a respeito do tema, definindo condutas e hipóteses normativas.

Por seu turno, dispõe a Resolução nº 07 do Conselho Nacional de Justiça que constituem práticas de nepotismo, *entre outras*, o exercício de função de confiança – expressão ora utilizada em sentido amplo – no âmbito da jurisdição do órgão por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, dos respectivos membros, a contratação por tempo determinado ou em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, nos casos que especifica.

Por fim, a Súmula Vinculante nº 13, do STF, deu certa uniformidade nacional à matéria, caracterizando duas espécies de nepotismo. A primeira, a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão de função gratificada na administração pública direta e indireta. A segunda, tratando de idênticas nomeações, desta feita, mediante ajuste de reciprocidade.

Há, assim, *uma pluralidade de situações necessariamente de nepotismo, nem todas vedadas, previstas ou alcançadas* pela legislação ou pela Súmula Vinculante nº 13, do STF. Apesar e diante disso, propõe-se no presente artigo uma tipologia básica, tomando-se como ponto de partida ou de fundamentação a forma de apresentação ou ocorrência do favoritismo.

3.2. Nepotismo direto

Certamente a forma mais ostensiva de nepotismo vedado, por sua escancarada obviedade, é aquela em que o agente público realiza, ele próprio, a nomeação de um parente seu, para o exercício de cargo público ou função, em órgão ou entidade por ele dirigido. Aqui, sem qualquer pudor ou disfarce, a autoridade nomeante seleciona um, dois ou mais parentes seus para ocuparem cargo público ou função remunerada no próprio órgão ou entidade por ele dirigido.

Anote-se que essas hipóteses de nomeações vedadas tenham como alvo preferencial os cargos comissionados e as funções gratificadas. Todavia, também sobejavam os exemplos de contratação temporária, nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal.

Nessas hipóteses, há violação do princípio da impessoalidade e da moralidade, bem assim, em muitos casos, do princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos, pois mesmo se tratando de contratação temporária, é necessário que o agente público instaure um procedimento administrativo de seleção, ressalvadas as hipóteses de urgência devida e exaustivamente motivadas em que, mesmo assim, não se justifica o favorecimento pessoal.

Devem ser ressaltadas, contudo – como bem fez a Resolução nº 07, de 2005, do CNJ –, situações nas quais o exercício de cargos públicos por servidores em situação de parentesco não violava a impessoalidade administrativa, seja pela realização de concurso público seja pela configuração temporal das nomeações dos servidores.

Com a aprovação da Súmula Vinculante nº 13, o nepotismo direto sofreu um duro golpe, pois que foi alcançado pelo entendimento da Suprema Corte, com repercussão em todos os órgãos e entidades da administração direta e indireta, de todos os Poderes, em todos os níveis da Federação.

Ademais, aprovada a Súmula, em diversos Estados-membros, o Ministério Público cuidou de expedir recomendações aos agentes

públicos para a observância e imediata aplicação da decisão da Suprema Corte⁴.

3.3. Nepotismo indireto, transverso, por reciprocidade ou cruzado

O nepotismo indireto, transverso, por reciprocidade ou cruzado surgiu como tentativa de disfarçar o favoritismo, a partir do momento em que *o nepotismo direto, sobretudo, passou a enfrentar a repugnância mais contundente da opinião pública e o óbice das instâncias de controle*. Na tentativa de disfarce, utilizou-se o subterfúgio da reciprocidade, em que duas autoridades ajustam entre si a nomeação de parentes, uma nomeando ou designando o parente da outra.

Assim, em um município ocorreria o denominado nepotismo indireto, transverso, cruzado ou recíproco quando um parente do prefeito fosse nomeado pelo presidente da Câmara Municipal, e um parente deste fosse nomeado pelo chefe do Poder Executivo municipal. O ajuste saltaria aos olhos, em maquinação mal disfarçada de uma operação que, apesar do insustentável rebuço, não passa de favorecimento decorrente de laços parentais.

Daí o acerto do Supremo Tribunal Federal ao incluir na Súmula Vinculante nº 13, como conduta violadora da Constituição Federal, a nomeação ou a designação de parentes mediante concessões mútuas.

Como regra, em via de mão dupla, a reciprocidade é parte essencial da conduta, como condição de amoldamento ao tipo sumulado. Eis, pois, limitada a Súmula do STF, porquanto a reciprocidade reconhecida para a vedação diz respeito unicamente a outra nomeação ou designação, ficando afastada em outras hipóteses de favorecimento como parte do ajuste.

⁴ No caso de Minas Gerais, foi expedida pelo Ministério Público do Estado a Recomendação/Orientação PGJ-CGMP-CAOPP nº. 001, de 26 de agosto de 2008, aos agentes públicos e dirigentes de entidades, órgãos públicos e Poderes constituídos que detenham a atribuição de nomear e exonerar ocupantes de cargos comissionados, de confiança e funções gratificadas no âmbito dos Poderes do Estado de Minas Gerais e Municípios, para que: “a) efetuem, imediatamente, sob pena de adoção das medidas judiciais cabíveis (art. 11, caput, da Lei nº 8.429/92), a exoneração de todos os ocupantes de cargos em comissão, de confiança ou funções gratificadas que sejam cônjuges, companheiros ou que detenham relação de parentesco consanguíneo, em linha reta ou colateral, ou por afinidade, até o terceiro grau, com a respectiva autoridade nomeante, detentor de mandato eletivo ou servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, ressaltando-se que devem se abster de realizar novas nomeações que desrespeitem o contido na Súmula Vinculante nº 13, que fundamenta esta alínea; b) remetam às Promotorias de Justiça com atuação na defesa do patrimônio público das respectivas comarcas, no prazo de 20 (vinte) dias a contar da publicação da Súmula Vinculante nº 13 do STF, cópia dos atos de exoneração das pessoas que se enquadrem nas hipóteses em comento na alínea “a”; c) a partir da publicação da presente Recomendação, passem a exigir que o nomeado para cargo em comissão, de confiança ou o designado para função gratificada, antes da posse, declare por escrito não ter relação familiar ou de parentesco consanguíneo, em linha reta ou colateral, ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, com a autoridade nomeante do respectivo Poder, ou de outro Poder, bem como de detentor de mandato eletivo ou de servidor ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento no âmbito de qualquer Poder daquele ente federativo, nos termos da Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal”. Disponível em: <<http://ws.mp.mg.gov.br/biblio/informa/290810729.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2012.

3.4. Nepotismo tardio ou póstumo

Conquanto não contemplada expressamente na Súmula Vinculante do STF e ainda não examinada de forma tópica pela doutrina, há uma espécie de nepotismo em que muitas autoridades se valem da influência que ainda tem em órgãos ou entidades por elas outrora dirigidos, para aí nomear parentes seus. Em alguns casos, a nomeação ocorre quase simultaneamente com o ato de desligamento; noutros, espera-se “abaixar a poeira” do afastamento, e logo em seguida surge na cena do serviço público o parente e herdeiro do favorecimento. Não faltam exemplos de agentes públicos que, ao se afastarem por qualquer motivo de suas repartições, ali alojam algum parente em função de confiança⁵, sendo impossível ou muito difícil negar o favorecimento decorrente do laço parental. À espécie, por suas características, pode-se chamar, conforme denominação inédita apresentada no presente artigo, *nepotismo tardio ou póstumo*⁶.

Bem de ver, nesse caso, o ato de nomeação ou designação não será do agente que deixou o órgão ou a entidade, mas daquele que o sucedeu ou ainda de algum antigo subordinado ou subserviente. De todo modo, resta cristalina a influência da relação parental como ingrediente determinante do favorecimento no acesso ao cargo ou função, promovida pelo antigo dirigente.

Assinale-se que é inegável a influência de agentes públicos sobre órgãos e entidades que estiveram sob sua direção, em ordem a influenciar, senão determinar, que parentes seus sejam beneficiados. Em muitos casos, inclusive, a indicação de parentes para cargos no órgão ou entidade integra o próprio acordo ou processo de desligamento da antiga autoridade e a sucessão para um novo dirigente.

Calha, a propósito, a abordagem lapidar do Conselho Nacional de Justiça⁷, de que constitua *nepotismo qualquer forma de influência em procedimentos de nomeação, considerando as características do cargo ou função*:

O nepotismo está estreitamente vinculado à estrutura de poder dos cargos e funções da administração e se configura quando, **de qualquer forma**, a nomeação do servidor ocorre por **influência** de autoridades ou agentes públicos ligados a esse servidor por laços

5 Para uma abordagem constitucionalmente adequada da nomenclatura das ditas funções de confiança, gênero do qual são espécies as funções gratificadas ou de confiança stricto sensu e os cargos em comissão, cf. BORGES, 2012, p. 45-54.

6 Segundo o Dicionário Caldas Aulete, da Língua Portuguesa, o vocábulo tardio é adjetivo, apresentando como significado “que aparece depois do tempo devido ou quando já se não esperava; que se move vagarosamente; que não é apressado; vagaroso; que tem grande demora; lento; que chega tarde, que não chega no momento preciso”.

7 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-numeracao-unica/documentos/356-geral/13253-o-que-e-nepotismo>>. Acesso em: 25 jun. 2012.

de parentesco. Situações de nepotismo só ocorrem, todavia, quando as características do cargo ou função ocupada habilitam o agente a exercer influência na contratação ou nomeação de um servidor. Dessa forma, na nomeação de servidores para o exercício de cargos ou funções públicas, **a mera possibilidade** de exercício dessa **influência basta para a configuração do vício e para configuração do nepotismo**.

De qualquer modo, fica patente a *influência* do laço de parentesco como causa direta e imediata da admissão, nomeação, designação ou contratação e, conseqüentemente, do *favorecimento*.

A propósito, esse deve o ser o eixo fundamental para o exame das situações de nepotismo, a mera possibilidade de exercício de influência para a nomeação, que é mais visível quando a autoridade ainda ocupa o cargo de direção, mas é igualmente presente quando a autoridade, tão logo esteja afastada, cuida de fazer a influência para abrigar um parente seu.

Trata-se, portanto, de conduta que deve ser igualmente vedada, na mesma linha das hipóteses anteriormente mencionadas.

Referida vedação, a título de sugestão, pode ser feita em moldes de *quarentena*, ou seja, de estabelecimento de um lapso temporal em que um parente até certo grau do antigo dirigente fique impossibilitado de ser conduzido à função de confiança na mesma repartição. Registre-se, a propósito, que há outras situações na Administração Pública que comportam ou mesmo exigem, como imperativo ético, o instituto da quarentena ou impedimento, criado com o objetivo de obstar que autoridades outrora ocupantes de cargos de direção ou cargos em que elas acessaram informações relevantes para o Estado, tais como aquelas reservadas, venham em seguida a usá-las em proveito próprio ou de agentes econômicos ou mercado financeiro. Exigências éticas devem impedir, por exemplo, que um ex-ministro da Fazenda ou um ex-delegado da Receita Federal atue profissionalmente perante essas repartições, patrocinando causas de particulares, imediatamente após deixarem os seus cargos, pois que restaria evidente a possibilidade de *influência* em processos ou causas bem como a existência de informações *privilegiadas*. A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, trouxe expressamente referida vedação para os juizes, de exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo, conforme art. 95, parágrafo único, V, da CF/88.

De igual modo, dever-se-ia vedar, por se tratar de forma de nepotismo, conquanto tardio ou póstumo, que uma autoridade tenha parentes nomeados nas instituições que dirigiram, ao menos num

período razoável de tempo após deixarem os seus cargos de direção, em nome da moral administrativa e de outros princípios que regem a Administração Pública.

Segundo Di Pietro (2001, p. 154), a moral administrativa “corresponde àquele tipo de comportamento que os administrados esperam da Administração Pública para a consecução de fins de interesse coletivo, segundo uma comunidade moral de valores, expressos por meio *standards*, modelos ou pautas de conduta”. E arremata o seu ensinamento afirmando que *a moral administrativa não pode ser cotejada com a intenção do agente, de difícil cognição, mas com o próprio resultado da sua conduta, que é sempre objetivo*. Confira-se:

O princípio da moralidade tem utilidade na medida em que diz respeito aos próprios meios de ação escolhidos pela Administração Pública. Muito mais do que em qualquer outro elemento do ato administrativo, a moral é identificável no seu objeto ou conteúdo, ou seja, no efeito jurídico imediato que o ato produz e que, na realidade, expressa o meio de atuação pelo qual opta a Administração para atingir cada uma de suas finalidades.

Ora, como justificar perante uma comunidade moral de valores que uma autoridade pública, ao sair de determinado órgão ou entidade da administração direta ou indireta, ali continue a exercer influência, em ordem, inclusive, a alojar parentes seus, como se a função ou a própria repartição lhe pertencessem?

Salta aos olhos, nessa situação, que a instituição foi utilizada em proveito da antiga autoridade dirigente ou de um parente seu, cuja admissão em cargo ou função de confiança está alicerçada indiscutivelmente no favorecimento decorrente do parentesco e da influência exercida pelo seu protetor.

Situações de *nepotismo*, *todas elas, das mais ostensivas às mais dissimuladas, devem ser identificadas e combatidas mediante adequada interpretação dos princípios constitucionais* que, “longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e positivamente vinculantes”, como assinalou o Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do Ag.R./MC na Reclamação nº 6.702⁸. E concluiu:

A sua inobservância, ao contrário do que muitos pregavam até recentemente, atribuindo-lhes uma natureza apenas programática, deflagra sempre uma consequência jurídica, de maneira compatível

8 Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na Medida cautelar na Reclamação nº 6702/PR, Pleno, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento: 4 mar. 2009.

com a carga de normatividade que encerram. Independentemente da preeminência que ostentam no âmbito do sistema ou da abrangência de seu impacto sobre a ordem legal, os princípios constitucionais, como se reconhece atualmente, são sempre dotados de eficácia, cuja materialização pode ser cobrada judicialmente se necessário.

Necessário reconhecer, portanto, que se está, nesse caso, diante de hipótese indiscutível de nepotismo, tão ou até mais repugnante que as demais já examinadas, pois que, além do favorecimento e perpetuação do e no poder daquele que já se afastou, motivada pelo estrito interesse pessoal do agente público, desprovida, portanto, de motivação republicana, de razões de interesse público ou da própria Administração.

O nepotismo tardio há de ser equiparado ao transverso, de pior estatura moral que o nepotismo direto, porquanto velado ou pretensamente velado; porquanto envolto em aura de legalidade ou decência quando, na verdade, nem é legal nem é decente; porquanto, além de albergar interesse particular ou escuso, ainda se utiliza de meios de modo a ludibriar até a própria Justiça.

Em suma, o nepotismo da espécie merece ser combatido como ou até mais que as demais, pois na sua raiz e no resultado produzido é igualmente favorecimento decorrente de laços parentais, portanto, na contramão dos princípios e fundamentos do Estado Democrático de Direito.

3.5. Outras formas de nepotismo

Para além das hipóteses remarcadas nos tópicos anteriores, outras condutas se caracterizam como sendo igualmente de nepotismo, ainda que não sejam alcançadas na Súmula Vinculante nº 13, do STF.

São hipóteses de nepotismo pois que permanece o traço fundamental acentuado pelo Conselho Nacional de Justiça, ou seja, a influência de autoridades ou agentes públicos ligados a esse servidor por laços de parentesco e em virtude dos quais se menosprezam as carreiras públicas e o mérito, em detrimento dos princípios da impessoalidade e moralidade.

O Estado precisa de dirigentes, e não apenas de burocratas e suas carreiras. Doutra parte, é da essência do Estado Democrático de Direito que se promova a circulação de pessoas nos postos de direção, como fator de quebra de vínculos corporativos, estímulo para o alcance de resultados de interesse geral, revisão de processos e procedimentos, eficiência, eficácia e efetividade da ação administrativa.

Sendo verdadeira afirmação, também é verdadeiro que ao promover tal circulação, o critério parental não seja o requisito motivador da condução às funções de confiança.

E se o nepotismo é de fato um impulso humano, para muitos um impulso irresistível, é preciso investigá-lo com rigor e identificar as diversas formas em que se apresenta, cuidando-se de estabelecer limites e vedações legais à sua prática, bem como atuação incisiva dos órgãos de controle e respectiva aplicação de sanções. *Nesse lineamento, necessário admitir que a Súmula do STF, conquanto representasse um avanço no contexto em que foi aprovada, contenha ainda limitações e lacunas que carecem de enfrentamento.*

Por fim, ressalte-se que se defende que há situações nas quais o exercício de cargos públicos por servidores em situação de parentesco não violava a impessoalidade administrativa, seja pela realização de concurso público seja pela configuração temporal das nomeações dos servidores, nos moldes delineados pela Resolução nº 07, de 2005, do CNJ.

4. NEPOTISMO COMO VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E NEGAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Por suas próprias características e fundamentos, o nepotismo na Administração Pública é sobrevivência do princípio dinástico, é perpetuação do patrimonialismo; é detrimento da meritocracia e da profissionalização. Nesse sentido, viola frontalmente princípios orientadores da Administração e o próprio Estado Democrático de Direito, fundado na igualdade.

Anote-se que o Estado Constitucional moderno surge exatamente como oposição ao Antigo Regime e ao seu sistema estamental carregado de privilégios e de estigmas de nascimento. Na nova ordem, os cidadãos rompem a condição de súditos para se tornarem, ao mesmo tempo, coautores e destinatários da ordem jurídica, numa convivência de parceiros do Direito e em condições de igualdade.

Quando o acesso aos cargos e funções públicos se dá como privilégio de nascimento ou parentesco, tem-se aí mesmo o rompimento de toda a lógica subjacente ao Estado Democrático de Direito e a reiteração do princípio dinástico contra o qual se insurgiu.

E não se diga que o nepotismo não seja privilégio de nascimento ou dos laços parentais, porque não há outra forma de caracterizar tal

favoritismo senão contrapondo-o aos critérios republicanos de acesso a cargos e funções públicos.

Assinale-se ainda que o nepotismo seja a perpetuação da administração patrimonialista que subjugava a própria Administração Pública aos interesses do governante de plantão, e não aos objetivos e interesses de natureza pública que devem ser o horizonte finalístico mais amplo da atividade administrativa.

Por todas essas razões, nepotismo sempre foi e sempre será conduta violadora dos princípios que regem a Administração, com as observações feitas no presente artigo.

Viola o princípio da legalidade, também compreendido na acepção mais ampla de princípio da juridicidade, que é âncora do sistema jurídico, mecanismo de contenção do poder e parâmetro necessário para a formação da vontade pública. Ainda que o ordenamento jurídico careça de normas específicas disciplinadoras da matéria, os princípios constitucionais já dão a medida da ilegalidade.

Viola o princípio da impessoalidade em sua acepção subjetiva e segundo a qual a busca do interesse público deve ser o alvo precípua para a Administração Pública, pouco importando as distinções e as características pessoais dos administrados. Assim sendo, a Administração não pode proceder a indevido favorecimento de um indivíduo em detrimento de outro, mormente em virtude dos laços de parentesco e por influência destes, devendo os cidadãos serem tratados com isonomia.

Viola a moralidade administrativa, “conjunto de valores éticos que fixam um padrão de conduta a ser necessariamente observado pelos agentes públicos como condição para uma honesta, proba e íntegra gestão da coisa pública”, de modo a “impor que estes agentes atuem no desempenho de suas funções com retidão de caráter, decência, lealdade, decoro e boa-fé”, conforme lição de Dirley da Cunha Junior (2011, p. 935).

Por essas razões, afirma José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 21 e 584) que “o nepotismo é, sem dúvida, uma das formas mais revoltantes de improbidade na Administração Pública”, afetando princípios constitucionais diretamente protegidos, especialmente a moralidade e a impessoalidade.

Oportuno, a propósito, a transcrição de voto do Ministro Carlos Ayres Britto, na Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12-6, referente à Resolução nº 07/2005 do CNJ:

Em palavras diferentes, é possível concluir que o *spiritus rectus* da Resolução do CNJ é debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado. Princípio como:

I – *o da impessoalidade*, consistente no descarte do personalismo. Na proibição do *marketing* pessoal ou da autopromoção com os cargos, as funções, os empregos, os feitos, as obras, os serviços e campanhas de natureza pública. Na absoluta separação entre o público e o privado, ou entre a Administração e o administrador, segundo a republicana metáfora de que ‘não se pode fazer cortesia com o chapéu alheio’. Conceitos que se contrapõem à multissecular cultura do patrimonialismo e que se vulnerabilizam, não há negar, com a prática do chamado ‘nepotismo’. Traduzido este no mais renitente vezo da nomeação ou da designação de parentes não-concursados para trabalhar, comissionadamente ou em função de confiança, *debaixo da aba familiar* dos seus próprios nomeantes. Seja, ostensivamente, seja pela fórmula enrustida do ‘cruzamento’ (situação em que uma autoridade recruta o parente de um colega para ocupar cargo ou função de confiança, em troca do mesmo favor);

II – *o princípio da eficiência*, a postular o recrutamento de mão-de-obra qualificada para as atividades públicas, sobretudo em termos de capacitação técnica, vocação para as atividades estatais, disposição para fazer do trabalho um fiel compromisso com a assiduidade e uma constante oportunidade de manifestação de espírito gregário, real compreensão de que o servidor público é, em verdade, servidor público. Também estes conceitos passam a experimentar bem mais difícil possibilidade de transporte para o mundo das realidades empíricas, se praticadas num ambiente de projeção do doméstico das repartições estatais, a começar pela óbvia razão de que *já não se tem a necessária isenção, em regra, quando se vai avaliar a capacitação profissional de um parente ou familiar. Quando se vai cobrar assiduidade e pontualidade no comparecimento ao trabalho. Mais ainda, quando se é preciso punir exemplarmente o servidor faltoso* (como castigar na devida medida um pai, a própria mãe, um filho, um(a) esposo(a) ou companheiro(a), um(a) sobrinho(a), enfim, com quem eventualmente se trabalhe em posição hierárquica superior?). E como impedir que os colegas não-parentes ou não familiares se sintam em posição de menos obsequioso tratamento funcional? Em suma, como desconhecer que a sobrevivência de uma enfermidade mais séria, um trauma psico-físico ou um transe existencial de membros de u’a mesma família tenda a repercutir negativamente na rotina de um trabalho que é comum a todos? O que significa a *paroquial* fusão do ambiente caseiro com o espaço público. Pra não dizer a *confusão mesma entre tomar posse nos cargos e tomar posse dos cargos*, na contra-mão do insuperável conceito de que ‘administrar não é

atividade de quem é senhor de coisa própria, mas gestor da coisa alheia' Rui Cirne Lima);

III – o *princípio da igualdade*, por último, pois o mais facilitado acesso de parentes e familiares aos cargos em comissão e funções de confiança traz consigo os exteriores sinais de uma prevalência do critério doméstico sobre os parâmetros da capacitação profissional (mesmo que não seja sempre assim). Isto sem mencionar o fato de que essa cultura da prevalente arregimentação de mão-de-obra familiar ou parental costuma carrear para os núcleos domésticos assim favorecidos uma super-afetação de renda, poder político e prestígio social.

É certo que todas essas práticas também podem resvalar, com maior facilidade, para a zona proibida da *imoralidade administrativa* (a moralidade administrativa, como se sabe, é outro dos explícitos princípios do art. 37 da CF). Mas entendo que esse descambar para o ilícito moral é quase sempre uma consequência da deliberada inobservância dos três outros princípios citados.

Ora, todo e qualquer cidadão tem o direito subjetivo público a uma administração honesta, decente, proba e moralmente aceitável, direito que corresponde a um dever das autoridades públicas. Na mesma toada, todo e qualquer cidadão tem o direito a tratamento igualitário, impessoal, isonômico, o que corresponde ao dever de não se lançar mão de expedientes de favorecimento pessoal e decorrentes de laços de parentesco.

Com efeito, o combate ao nepotismo não é outra coisa senão fortalecimento da coisa pública e da República em sentido amplo. Igualmente é resistência à concentração do poder e à privatização do espaço público, é denúncia ao menoscabo do princípio democrático que deve pavimentar, inclusive, as vias de acesso aos cargos e funções públicos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O nepotismo deve ser reconhecido como um mal social, razão suficiente para que seja combatido, permitindo que se implante no Brasil uma cultura de respeito à coisa pública, de valorização do mérito, da competência e do esforço profissional das pessoas que buscam a prosperidade, mas não ancoradas em laços de família ou compadrio. Vale, a propósito, reexaminar a coluna de Walter Ceneviva⁹, para quem o nepotismo:

Termina gerando castas no serviço público que, às vezes, dominam segmentos da administração na troca ininterrupta de favores. Discrimina os que não pertencem ao mesmo grupo, sem

preocupação com o interesse geral, que termina sacrificado. Nessa matéria nenhum dos três Poderes pode atirar pedras ao telhado do vizinho. Uma das formas de assegurar a eficácia da administração é a qualidade de seus quadros. O favorecimento do nepotismo é a própria negação da qualidade. Eficiência, conceito inserido no artigo 37 da Constituição, é o oposto de nepotismo.

Com amparo em reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, deve-se entender a vedação ao nepotismo como decorrência do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, o qual contém os princípios aplicáveis à Administração Pública, tais como o da impessoalidade e da moralidade.

No mesmo lineamento, é preciso entender a Súmula Vinculante nº 13, do STF, tendo em vista seu sentido principiológico.

Sendo o nepotismo um impulso humano, não significa que se deva tolerá-lo ou permiti-lo. Ao contrário, é preciso investigá-lo com rigor, cuidando-se de estabelecer limites e vedações à sua prática. Necessário admitir que a Súmula Vinculante do STF, conquanto seja um avanço, não esgota as formas possíveis do favorecimento, tampouco impede que seja proposta uma categorização, como a que se concebeu no presente artigo.

E, enquanto violador dos princípios constitucionais da Administração Pública, a prática do nepotismo tem o condão de caracterizar condutas de improbidade administrativa.

Tem-se, na espécie, a presença definidora e determinante, *conditio sine qua non* da nomeação, o favorecimento decorrente da relação parental, por afinidade ou consanguinidade, repita-se, em detrimento de critérios objetivamente estabelecidos e pautados pelas qualidades do nomeado e pela impessoalidade.

Certo é que **o nepotismo seja qualquer tipo de favorecimento decorrente das relações parentais por afinidade ou consanguinidade, ao presente artigo interessa aquele por intermédio do qual uma pessoa é conduzida a determinado cargo público ou função pública – cargo em comissão ou função gratificada –, sem o crivo selecionador prévio de um procedimento isonômico, objetivo e pautado pelas qualidades do nomeado e pela impessoalidade, condução esta que não aconteceria em circunstâncias outras que não a relação de parentesco preexistente.**

Devem-se ressaltar, conforme defendido, situações nas quais o exercício de cargos públicos e funções de confiança por servidores em

situação de parentesco não violava a impessoalidade administrativa, seja pela realização de concurso público seja pela configuração temporal das nomeações dos servidores.

Passados alguns anos da aprovação da referida Resolução do CNJ, ainda vigente, e da Súmula do Pretório Excelso, não se diga que a questão esteja pacificada. Pois novas manifestações de nepotismo podem surgir, ao mesmo tempo em que outras práticas de nepotismo ainda sobreviveram, para além das formas expressamente previstas no entendimento sumulado. A propósito, um dos objetivos do presente artigo é o de tirar da obscuridade as formas invisíveis disfarçadas desse favorecimento antirrepublicano e contrário ao interesse público.

A figura do nepotismo tardio ou póstumo surge nesse cenário, pois a mera *possibilidade* de exercício dessa *influência* na nomeação ou designação de cargos ou funções públicas *basta para a configuração do vício e para configuração do nepotismo*. Ora, como justificar perante uma comunidade moral de valores que uma autoridade pública, ao sair de determinado órgão ou entidade da administração direta ou indireta, ali continue a exercer influência, em ordem, inclusive, a alojar parentes seus, como se a função ou a própria repartição lhe pertencessem?

Remetendo às palavras do Ministro Ayres Britto, seja ostensivamente seja pela fórmula enrustida do *cruzamento*, a nomeação se dá *debaixo da aba familiar* dos seus próprios nomeantes, havendo *confusão mesma entre tomar posse nos cargos e tomar posse dos cargos*, o que deve, de todo, ser reprimido, pelos órgãos de controle e por toda a sociedade, com a respectiva aplicação de sanções.

Esse é o sentido do presente artigo e da colaboração que pretende dar ao enfrentamento da questão.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Filipo Bruno Silva. O nepotismo na terceirização da mão de obra. Uma primeira impressão. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2501, 7 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14813>>. Acesso em: 06 ago. 2012.

BELLOW, Adam. *Em louvor do nepotismo: uma história natural*. São Paulo: A Girafa, 2006.

BORGES, Maria Cecília. Das funções de confiança *stricto sensu* e dos cargos em comissão: abordagem constitucionalmente adequada. *Revista do TCEMG*, Belo Horizonte, ano XXX, n. 1, jan./mar. 2012,

p. 45-54. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Revista/RetornaRevista/601>>. Acesso em: 2 out. 2013.

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-numeracao-unica/documentos/356-geral/13253-o-que-e-nepotismo>>. Acesso em 25 jun. 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25.ed. rev. ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3 jan. 2012. São Paulo: Atlas, 2012, p. 21 e 584.

CUNHA JÚNIOR, DIRLEY DA. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 935.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 154.

Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa CALDAS AULETE. v.V. 5.ed. Rio de Janeiro: Delta, 1986.

Jornal *Folha de São Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2208200806.htm>>. Acesso em 1 ago. 2012.

O PATRIMÔNIO PÚBLICO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DIFUSO E O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE SUA PROTEÇÃO PREVENTIVA EXTRAJURISDICIONAL – ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS. ESCALA DE AÇÃO PROGRESSIVA

Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis¹

Resumo: O presente artigo tem como objeto ou finalidade a demonstração da categorização expressa do patrimônio público como direito fundamental difuso e da importância e efetividade da atuação do Ministério Público na sua proteção preventiva extrajurisdicional, levando-se em conta as determinações normativas que obrigam à escorreita administração do referido conjunto de bens comuns e as funções e prerrogativas institucionais ministeriais. Visa também ao apontamento específico dos mecanismos dessa atuação, com uma breve noção teórica e alguns aspectos práticos, pautados pelo princípio da eficiência, em uma escala de ação progressiva.

Palavras-chave: Patrimônio público. Direito fundamental. Ministério Público. Proteção. Extrajurisdicional. Escala. Ação. Progressiva.

Sumário: 1. Introdução. 2. Patrimônio Público. 2.1. Conceito. 2.2. Patrimônio Público como Direito Fundamental Difuso. 3. Controle e Proteção do Patrimônio Público. 4. O Ministério Público como instrumento de proteção preventiva extrajurisdicional do Patrimônio Público. 4.1. Mecanismos de atuação extrajurisdicional do Ministério Público na proteção preventiva ou repressiva do Patrimônio Público. Aspectos teóricos e práticos. Escala de Ação Progressiva. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais, graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos, em julho de 2004; Pós-graduado em Direito Privado, Tese de Direito Penal, pela UCAM – Universidade Cândido Mendes, em julho de 2006.

1. INTRODUÇÃO

O caráter transindividual e a relevância social conferidos pelo regime jurídico brasileiro ao patrimônio público consignam-lhe, conseqüentemente, a necessidade de controle e proteção por seus titulares, pelos administradores e pelas instituições legalmente assim determinadas.

A esse conjunto patrimonial comum, cuja titularidade é difusa à coletividade, o ordenamento jurídico confere ampla proteção preventiva e repressiva, consubstanciada em direito difuso constitucionalmente consagrado, cujo zelo e controle são direitos fundamentais a serem exercidos por todos os seus titulares e agentes públicos gestores, sendo atribuída a competência administrativa comum de todos os entes federativos para este fim.

Nesse contexto é que se insere o Ministério Público, como instrumento extrajudicial de proteção preventiva ao patrimônio público, por meio de uma interpretação sistemática das normas que definem e asseguram controle ao referido conjunto de bens e daquelas que traçam as funções ministeriais, a serem exercidas de uma forma escalonadamente progressiva, com base no princípio da eficiência.

O presente artigo tem como objeto a demonstração de que o patrimônio público é direito fundamental, expressa e normativamente consagrado e cuja proteção é poder-dever da Administração Pública, personificada em seus agentes públicos, dever de todos os membros da sociedade e, em especial, função constitucional e institucional do Ministério Público, sob a perspectiva de instrumento extrajudicial de proteção.

Desse modo, simplesmente, mostra-se de extrema relevância uma abordagem prático-científica do tema, à luz de uma interpretação sistemática da Constituição da República de 1988 e das normas infraconstitucionais que disciplinam a proteção do patrimônio público e as funções institucionais do Ministério Público, a fim de se consagrar a instituição ministerial como instrumento de zelo e controle, pacificadora das querelas sociais que envolvam o referido conjunto de bens de titularidade difusa, no plano extrajudicial. Nesse rumo, seja a atuação preventiva ou repressiva, o ideal é a utilização de uma atuação escalonada progressiva, com fulcro no princípio da eficiência, proporcionando soluções eficazes e céleres às demandas sociais, sem a necessidade de atuação jurisdicional.

2. PATRIMÔNIO PÚBLICO

2.1. Conceito

Pura e semanticamente, *patrimônio* revela a ideia do conjunto de bens e direitos, de natureza móvel ou imóvel, corpóreos ou incorpóreos, patrimoniais ou extrapatrimoniais, de que seja titular determinada pessoa, podendo dele dispor de acordo com as normas que regulam essas relações jurídicas (MARTINS, 2009, p. 43).

Atribuindo-se a titularidade do referido acervo de bens à Administração Pública e suas entidades estatais, bem como à coletividade, confere-se-lhe o caráter de patrimônio público.

O conceito normativo de patrimônio público foi lançado pela Lei nº 4717/65, que regula a Ação Popular, em seu artigo 1º, §1º: “Consideram-se patrimônio público, para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico, pertencentes à União, Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos da administração indireta.”

Com maior preocupação com os entes estatais partícipes desse acervo patrimonial do que com sua conceituação, a Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa, dispõe que os atos de improbidade administrativa praticados em face de entidade que “receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio ou da receita anual” também se submetem a sua aplicação. Afere-se, pela redação desse dispositivo legal, que houve uma clara intenção do legislador em ampliar o conceito normativo de patrimônio público, estendendo sua concepção às entidades que, embora não componentes da estrutura Estatal, recebam dele qualquer tipo de aporte financeiro.

Mesclando-se o conceito semântico aos conteúdos normativos específicos, com o complemento conceitual doutrinário, pode-se determinar *patrimônio público* como o conjunto de bens e direitos (sociais e morais), de natureza móvel ou imóvel, corpóreos ou incorpóreos, patrimoniais ou extrapatrimoniais pertencentes aos entes públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), por meio da administração direta, indireta ou fundacional e à coletividade como titular ultimada, cuja conservação seja de interesse público e difuso, estando não só os administradores como também os administrados vinculados a sua proteção e defesa.

2.2. Patrimônio Público como Direito Fundamental Difuso

Nos dizeres precisos de Gregório Assagra de Almeida (2008, p. 302):

Os direitos e garantias constitucionais fundamentais compõem o núcleo de uma Constituição democrática e pluralista e possuem tanto dimensão subjetiva, a qual se liga às pessoas individuais e coletivas titulares, quanto objetiva, constituindo-se, nesse caso, parâmetro básico para a interpretação e concretização da própria ordem jurídica e da fixação dos parâmetros e valores do próprio Estado Democrático de Direito.

A par da divergência acerca da origem dos direitos fundamentais e afastando-se a existente diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais² (direitos humanos: dimensão global traçada em documentos internacionais e direitos fundamentais: dimensão interna com positivação na ordem jurídica interna), certo é que, do Direito Natural ao Direito Positivo, por meio de uma evolução cronológica e histórica, cunhada a expressão “direitos fundamentais” (*droits fondamentaux*, França em 1770), chega-se à constitucionalização desses direitos basilares e sua clássica concepção geracional ou dimensional de Norberto Bobbio (BOBBIO, 1992, p. 15).

Passadas a primeira (direitos humanos de liberdade) e a segunda (direitos humanos de igualdade ou sociais) dimensões dos direitos fundamentais, é na terceira que se insere o patrimônio público, sua proteção e a moralidade administrativa. São direitos transindividuais, massificados, cuja titularidade é esparsa, difusa, atribuída a toda a coletividade, a exemplo dos direitos do consumidor, direitos ambientais, direitos relacionados ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, à comunicação etc..³ Tal categoria decorre, logicamente, dos princípios da dignidade da pessoa humana e solidariedade ou fraternidade coletivas.⁴

2 Cf. CARVALHO NETTO; SAMPAIO, 2003.

3 Registramos que há dissonância doutrinária acerca da geração ou dimensão em que se inserem os direitos transindividuais. Adotamos, neste trabalho, a doutrina de Antônio Carlos Wolkmer.

4 O reconhecimento da força normativa dos princípios remonta a Bachoff, Forsthoﬀ e Larenz, sendo que, desde o surgimento do Pós-Positivismo, ainda podemos fazer uso do conceito gizado por Crisafuli, em 1952: “Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém”. Enfim, são mandados de otimização de todo um sistema, sobretudo à luz da ordem constitucional, que asseguram direitos fundamentais aos destinatários das normas. Princípios são exigências de otimização, suscetíveis e abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos. São, as normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos. São ainda postulados que se irradiam por todo o sistema de normas com o fito de propiciar um padrão de interpretação, integração, conhecimento e aplicação das normas positivadas nesse mesmo sistema.

A necessária evolução humana e as inúmeras transformações relacionais culminaram na consagração da existência societária e no surgimento do Estado como gestor da *res publica*, fundando-se, pois, a coletivização do patrimônio, a bem comunitário, como consequência natural dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade coletiva, consagrados internamente em nosso texto constitucional, respectivamente, como fundamento e como objetivo fundamental da república.⁵

Nessa perspectiva evolutiva, patrimônio público e moralidade administrativa são objeto de proteção tanto das declarações sociais (direitos humanos) quanto das Constituições (direitos fundamentais). Estão presentes em diversos documentos internacionais de posituação de direitos humanos: Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), Convenção Interamericana Contra a Corrupção (1996), Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (2003), entre outros.

No âmbito interno do sistema jurídico brasileiro é que se assentam esses direitos como fundamentais, inseridos no terceiro estrato dimensional evolutivo como direitos transindividuais difusos⁶ e tutelados não somente pela Constituição da República de 1988⁷ mas por diversas normas infraconstitucionais.

A posituação contundente desses direitos como fundamentais é consequência teleológica dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade coletiva. Eis que o primeiro valor/vetor mandamental é matriz e objeto central de nosso ordenamento jurídico antropocêntrico, e o segundo, fator de coletivização de direitos e interesses que necessitam de titularização esparsa.

O caráter fundamental do patrimônio público, sob o aspecto objetivo, sobreleva-se quando tomado por base o dinheiro público, advindo da arrecadação tributária estatal, porquanto deve ser utilizado, por mandamentos constitucionais e legais cogentes, para a concretização de todos os outros direitos fundamentais (sobretudo os sociais) cuja titularidade é atribuída à coletividade.

A má gestão do patrimônio público, em especial do dinheiro público, acarreta consequências nefastas e desastrosas à realização das políticas públicas de emancipação social, cujo custeio estatal é determinado normativamente e, por isso, merece especial proteção de todas as espécies e por todos os responsáveis.

5 Cf. art. 3º, I, da Constituição da República de 1988.

6 A indicação difusa do patrimônio público e sua proteção, como espécies de direito transindividual, cuja divisão em difusos, coletivos e individuais homogêneos é expressa no art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8078/90.

7 Cf. arts. 5º, LXXIII, e 129, III, ambos da CR/88, entre outros dispositivos.

Afere-se, pois, de modo inconcusso, que o patrimônio público, tanto sob o aspecto subjetivo (titularidade individual e coletiva) quanto sob o aspecto objetivo (ordem jurídica), foi forjado, externa e internamente, como direito fundamental, porquanto se trata de conjunto de bens transindividuais e solidarizados, a bem da dignidade da pessoa humana, sendo parâmetro básico para a interpretação e a concretização da própria ordem jurídica e da fixação dos parâmetros e valores do próprio Estado Democrático de Direito. Merece, pois, assim como a moralidade administrativa, tutela ampla e irrestrita, posto que, conforme Fernando Rodrigues Martins (2009, p. 64), “a malversação do patrimônio público fere a concepção deontológica de um direito fundamental e importa na desapropriação violenta e lesiva de uma coletividade.”

3. CONTROLE E PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

O controle e a proteção do patrimônio público e à moralidade administrativa estão intimamente ligados aos princípios constitucionais norteadores da administração pública (atividade), insculpidos no art. 37 da Constituição da República.

O conceito etimológico de *controle* encerra bem a ideia propugnada para sua função quanto ao patrimônio público, sendo o ato de dirigir uma atividade, fiscalizando-a, inspecionando-a e orientando-a do modo mais conveniente. Em especial para o patrimônio público, no lugar da conveniência etimologicamente referida acima, o controle deve ser o mais eficiente possível, como determina o princípio constitucional da eficiência.

Controle eficiente do patrimônio público significa sua proteção, ou seja, a salvaguarda do direito fundamental à higidez desse conjunto de bens massificados contra qualquer espécie vilipêndio, por parte de quem quer que seja.

Não há especificação constitucional ou infraconstitucional sobre o momento para a deflagração do controle e da defesa do patrimônio público. A tutela desse conjunto de bens há de ser tão ampla e irrestrita que, vislumbrado o dano ou ameaça de dano a esse conjunto de bens coletivos, os legítimos responsáveis e a própria sociedade devem lançar mão de todas as espécies possíveis de salvaguarda, sejam elas preventivas ou repressivas.

Exemplo emblemático dessa amplitude protetional, quanto ao momento, é a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, na forma do art. 37, §5º, da Carta Maior. A base temporal das possíveis ações circunscreve-se à potencialidade de dano patrimonial.

A dicotomia momentânea referente ao controle efetivo do patrimônio público expressa-se em controle preventivo e controle repressivo, adotando-se como parâmetro exclusivo o instante da ocorrência das condutas omissivas ou comissivas lesivas ao patrimônio público. O controle, portanto, pode ser deflagrado antes ou depois da ocorrência dos resultados.

O controle preventivo, exercido antes da ocorrência concreta do dano ao patrimônio público, pode ser exercido por ações judiciais, políticas e administrativas específicas e tem por finalidade impedir e/ou, pelo menos, dificultar o surgimento dos danos patrimoniais decorrentes das condutas.

O repressivo, por sua vez, executado após a ocorrência do dano ao patrimônio público, pode ser exercido por meio de ações judiciais, políticas e administrativas específicas, cujas finalidades são a reparação ou a compensação integral do resultado lesivo causado e a punição dos agentes causadores e beneficiários.

A distinção avulta de importância na medida em que, no Brasil, culturalmente, são mais enfatizados os aspectos repressivos. Vale dizer, outorga-se pouca ênfase, inclusive pela sociedade e pela imprensa nacional, aos aspectos preventivos de controle e defesa do patrimônio público. Mesmo sendo mais eficientes, não se empresta o valor devido.

Estabelecido o momento de controle como gênero – preventivo e repressivo, definem-se seus os meios e os sujeitos executores, subdividindo-se o controle do patrimônio público em político, administrativo e jurisdicional.

Embora esteja culturalmente arraigada em nosso sistema jurídico, a proteção repressiva, notadamente jurisdicional, levada a cabo pelos agentes de proteção externos à Administração Pública (legitimados ativos da Ação Popular e da Ação Civil Pública), faz-se necessária uma mudança de paradigma protetional, voltada a ser eminentemente preventivo e extrajudicial, momento em que o Ministério Público assume protagonismo institucional.

4. O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO PREVENTIVA EXTRAJURISDICIONAL DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Por uma interpretação teleológica e sistemática dos dispositivos constitucionais, afere-se que ao Ministério Público, como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, cabe a proteção do patrimônio público, função que, aliás, foi forjada expressamente no art. 129, III, da CR/88.

Uma interpretação superficial e apressada da definição do artigo. 127⁸ da Constituição da República de 1988 poderia levar à falsa impressão de que as incumbências outorgadas ao *Parquet* deveriam ser exercidas na seara jurisdicional, porquanto tratar-se de instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado.

Todavia, esse entendimento é restritivo e inefetivo, indo de encontro às finalidades institucionais do moderno Ministério Público e à hermenêutica constitucional sobre direitos e garantias fundamentais, que são ampliativas e maximamente efetivas, como sinaliza o §2º do art. 5º da CR/88, verdadeira “cláusula geral dos direitos e garantias fundamentais”.

As normas constitucionais, dotadas de viés democrático e ampliativo dos direitos fundamentais, estabeleceram o Ministério Público como cláusula pétrea⁹, cujas funções institucionais, que antes lhe rendiam o papel de fiscal das normas legais, transformaram-no em protagonista da defesa da sociedade, da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Marcelo Pedroso Goulart (1998, p. 96) preleciona que existem dois modelos de Ministério Público: o *demandista* e o *resolutivo*. O demandista, prevalecente na prática, atua perante o Poder Judiciário, como agente processual, demandando do Estado-juiz medidas satisfativas para a solução dos problemas sociais, de regra, de forma repressiva. Tal forma de atuação é ineficiente e insuficiente, notadamente à proteção de direitos fundamentais transindividuais, porquanto incapaz de fazer a situação fática retornar ao *status quo ante*, alcançando apenas a mera punição do agente ou, se muito,

8 Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

9 A conclusão de que o *Parquet* é cláusula pétrea decorre de uma interpretação finalística e sistemática das normas constitucionais. O art. 127 determina que o Ministério Público é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, não pode ser abolido ou extirpado de nosso sistema jurídico democrático. Por fim, como lhe foi atribuída a função de defender o regime democrático, insere-se, pois, nos incisos II e IV do §4º do art. 60 da Constituição da República, como cláusula pétrea.

medidas compensatórias, sem, contudo, resgatar os direitos e os bens jurídicos já violados.

De outro lado, com atual relevo e destaque na concretização dos direitos e garantias individuais transindividuais, há o Ministério Público resolutivo, cuja atuação é feita no plano extrajudicial, como um grande intermediador e pacificador da conflituosidade social.

Levando-se em conta a concepção de Estado de Direito, sobrelevam-se a garantia de direitos de liberdade e participação política.¹⁰ Oportuniza-se, assim, a participação popular (ou social) nos destinos e na condução dos atos governamentais, sobretudo naqueles de ingerência sobre os direitos fundamentais, entre os quais, o patrimônio público e sua proteção.

Exsurge, daí, a figura do *Ombudsman*¹¹, como agente apolítico e independente, de investidura temporária, receptor das vozes inconformadas do povo contra as ações ou omissões ilícitas do Poder Público. No modelo jurídico-constitucional o Ministério Público assumiu esse mister, ainda que não exclusivamente, fulcrado no art. 129, II, da Constituição da República, o que ganha especial relevo quando se trata de patrimônio público.

É nesse contexto de resolutividade, longe da demanda jurisdicional, que se insere o Ministério Público como instrumento extrajudicial de proteção preventiva do patrimônio público.

Em afirmação à ineficiência da atuação ministerial repressiva e demandista, especificamente quanto aos direitos e interesses transindividuais, entre os quais se posiciona o patrimônio público, Gregório Assagra de Almeida (2010, p. 17-60) afirma:

[...] muitos danos, especialmente os de dimensão social (aqueles que afetam o ambiente; a saúde do consumidor; a criança e o adolescente; o idoso; a saúde pública etc.), não são possíveis de reparação in natura. Portanto, só restaria nesses casos uma tutela repressiva do tipo compensatória ou do tipo punitiva, que é espécie de tutela jurídica afequenada, já que não responde ao direito, a uma tutela jurídica genuinamente adequada, na sua condição de garantia fundamental do Estado Democrático de Direito (arts. 1º, 3º, e art. 5º, XXXV, da CF/88). [...]

10 Cf. BOBBIO, 1995, pp. 3 e s.

11 O instituto do *Ombudsman* surgiu primeiramente na Suécia, sendo que o primeiro deles foi efetivamente nomeado em 1810. Tinha função de guardião das leis e era totalmente independente do governo. Outro modelo de *Ombudsman*, cuja característica principal era ser o defensor dos direitos dos indivíduos frente a Administração Pública, surgiu na Finlândia, somente em 1919. No Brasil, uma figura similar à do *Ombudsman* surgiu em 1823 em projeto do constituinte José de Souza Mello que criava o Juízo do Povo para que a população pudesse reclamar de opressões e injustiças perante a Corte. Ressalte-se que a maioria dos autores não distingue entre *ombudsman* e ouvidor. A esse respeito estamos com Rubens Pinto Lyra, que observa que o ouvidor tem responsabilidade direta com a eficácia da Administração Pública, com a Justiça e com os direitos do cidadão. Por sua vez, o *ombudsman* tem relação com o controle da legalidade, função esta que para o ouvidor brasileiro é atribuição mediata, subsidiária (BATISTA SILVA, 2014).

Além de combater repressivamente os atos de improbidade, é razoável priorizar a atuação para evitar que ocorram atos dessa natureza, especialmente os que geram dano ao Erário [sic]. Muitas vezes torna-se impossível a recuperação dos ativos desviados, o que resulta em enormes prejuízos para a sociedade. A priorização da atuação preventiva pelos Promotores de Justiça, Procuradores de Justiça e Procuradores da República será um caminho legítimo e eficaz para proteger o patrimônio público.

O que direciona a atuação ministerial para o viés preventivo é a *evitabilidade* do resultado lesivo ao patrimônio público e a *irreversibilidade*, quase constante, dos danos aos direitos patrimoniais e extrapatrimoniais sociais.

Na seara do patrimônio público, a atuação do Ministério Público como instrumento de proteção preventiva extrajurisdicional ganha relevo quando são analisadas, logicamente, as consequências nefastas dos danos causados à sociedade pela má gestão ou malversação do conjunto de bens massificados.

Diante de todas as previsões constitucionais e infraconstitucionais de controle do patrimônio público, não se pode mais conceber a ideia de inércia das instituições de proteção, nem uma atuação meramente repressiva, sob pena de irreversibilidade danosa ou compensação insuficiente, exigindo-se, pois, da instituição ministerial, o controle extrajurisdicional preventivo, como a mais eficaz modalidade de proteção.

A evolução normativa e o dinamismo institucional do *Parquet* conferiram-lhe um arsenal de mecanismos extrajurisdicionais de solução de conflitos que não se restringem às notícias de fato, inquéritos civis, procedimentos preparatórios e outros procedimentos administrativos.

A envergadura da instituição constitucional incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos e interesses transindividuais e individuais indisponíveis permite-lhe e exige-lhe uma ingerência necessária nas resoluções administrativas e sociais, a bem da dignidade da pessoa humana, que envolva a gestão do patrimônio público, que extrapola os meios convencionais repressivos de atuação.

Existem alguns meios extrajurisdicionais de atuação que podem (e devem) proporcionar aos órgãos de execução do Ministério Público uma legítima participação nas ações que envolvam direitos transindividuais, notadamente, o patrimônio público. É a confirmação instrumentalizada da dialética na gestão do patrimônio público.

A título de exemplo, citam-se: as audiências públicas, as recomendações e os compromissos de ajustamento de conduta.

Registre-se que, na seara patrimonial pública, tais instrumentos são utilizáveis, também, de forma repressiva extrajudicial, como ferramentas eficientes de cessação das condutas ilícitas e reparação dos danos eventualmente causados.

Voltando os olhos para a atuação preventiva, foco do trabalho, afere-se que diante da mencionada necessidade de evitação dos danos coletivos e da costumeira irreversibilidade dos resultados lesivos é que redunda a premência da utilização desses expedientes ministeriais de forma antecipada à lesão, de forma preventiva (porém, não exclusiva).

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

Tal ferramenta funciona como ótima fonte de elementos de informação para a formação da convicção ministerial, propiciando-lhe visão global da demanda e permitindo um vislumbre da melhor maneira de instrumentalizar a pacificação social.

Diante da perspectiva de dano ou má administração do patrimônio público, aqui com um viés por igual preventivo (o que não impede a utilização repressiva desses mecanismos), surgem, a cargo do Ministério Público, as *recomendações* e os *compromissos de ajustamento de conduta*, tidos como indicadores de parâmetros normativos para a atuação do propenso ofensor do ordenamento, conformando sua conduta aos ditames legais, impondo-lhe, inclusive, sanções inibitórias em caso de descumprimento.

Intimamente ligada à perspectiva de atuação ministerial como *Ombudsman*, surge a ferramenta da *recomendação*, cuja previsão normativa se encontra no art. 129, II, da CR/88 e nos arts. 27, parágrafo único, IV, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), e 6º, XX, da Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União). Em resumo, a recomendação

tem natureza jurídica de ato administrativo¹² e se presta, no bojo de um procedimento administrativo ministerial (inquérito civil ou procedimento preparatório¹³), a apontar conduta ou perspectiva de conduta ilícita e diagnosticar sua correção. A recomendação funda-se em fontes normativas e na força persuasiva (jurídica, moral e política) do Ministério Público, com o fito de pontar a anomalia e convencer o agente a saná-la.

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

Desses efeitos exsurge a importância tática e prática, na seara da proteção ao patrimônio público, da utilização da recomendação como meio de apontamento da ilegalidade e de cientificação do agente praticante ou beneficiário do ilícito. A partir da recomendação e de sua publicação, afasta-se do agente ilegal ou do beneficiário do ilícito a possibilidade de alegação de desconhecimento da ilegalidade e, ao mesmo tempo, exigem-se dele as devidas providências sanatórias. Esse expediente age, diretamente, na *configuração do elemento subjetivo* do agente e/ou beneficiário, viabilizando a caracterização do dolo, exigido em alguns casos, para a responsabilização civil, administrativa e penal.¹⁴

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

12 Não há dissonância doutrinária a respeito da natureza jurídica da recomendação, pelo que citamos, por todos. Cf. ALMEIDA, 2007, p. 231.

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

14 Cite-se a referência doutrinária que alude ao tema, na seara do meio ambiente: "as recomendações não têm a mesma natureza das decisões judiciais, mas colocam o recomendado, isto é, o órgão ou entidade que as recebe, em posição de inegável ciência da ilegalidade de seu procedimento. Entregues as recomendações, prosseguindo o recomendado em sua atividade ou obra, caracteriza-se seu comportamento doloso, com reflexos no campo do Direito Penal ambiental" (MACHADO, 2005. p. 362-362.)

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

Assim como a recomendação, entre outras valências, serve de *delineador do elemento subjetivo do agente*, cuja produção probatória, em casos de ações civis públicas de improbidade administrativa, não é tarefa das mais fáceis, sobretudo pela forçosa exigência jurisprudencial para condenação.

Tomando por base o raciocínio até aqui esposado, a função institucional extrajudicial de proteção ao patrimônio público estabelecida no art. 129 da CR/88, por meio da promoção do inquérito civil (ou outros procedimentos), deve ser interpretada de forma ampliativa e com máxima efetividade, formas hermenêuticas próprias de normas que dispõem sobre direitos e garantias fundamentais – como o patrimônio público – conduzindo sua atuação para a efetiva prevenção, em vez da consequencial compensação posterior ao resultado lesivo.

Essa atuação ministerial preventiva e extrajudicial deve ser feita de forma irrestrita, valendo-se o órgão de execução de todos os mecanismos resolutivos postos à sua disposição para salvaguardar a defesa do patrimônio público, cuja lesão, por má gestão e improbidade, ocasiona efeitos que ultrapassam o mero desfalque financeiro ao erário, para atingir frontalmente a concretização das políticas públicas e o patrimônio moral da coletividade.

Nada impede, entretanto, que se proceda à atuação extrajudicial repressiva, acaso já configurada a conduta ilícita do agente público e beneficiários, como se explicitará a seguir.

4.1. Mecanismos de Atuação Extrajudicial do Ministério Público na Proteção Preventiva ou Repressiva do Patrimônio Público. Aspectos Teóricos e Práticos. Escala de Ação Progressiva

A atuação ministerial na seara da proteção ao patrimônio público pode revelar alguns dilemas práticos, sobretudo quanto à espécie de

mecanismo ou instrumento de atuação protetiva extrajurisdicional, preventiva ou repressiva, a ser utilizado diante de uma notícia de fato ilícito.

Constatada a perspectiva ou a prática de atuação ilícita de agentes públicos (e terceiros beneficiários) em detrimento do patrimônio público, abre-se ao Ministério Público o espectro de atuação protetiva extrajurisdicional, para o que tem à sua disposição os mecanismos ou instrumentos referidos alhures.

A utilização prática dessas peças de atuação deve considerar, fundamentalmente, o *princípio administrativo da eficiência*. Em outras palavras, vislumbrada a ameaça ou a lesão ao patrimônio público, ao órgão de execução do Ministério Público cabe a escolha do mais eficaz aparelho procedimental de atuação, levando em conta, inexoravelmente, a melhor relação entre a produtividade e economicidade (CARVALHO FILHO, 2008, p.27).

Não custa lembrar as lições de José dos Santos Carvalho Filho, no sentido de que: “A eficiência se refere ao modo pelo qual é processado o desempenho da atividade administrativa, ao passo que a eficácia se refere aos meios e instrumentos empregados pelos agentes no desempenho daquela e a efetividade, por fim, refere-se ao resultado obtido.”

Praticamente, é muito mais comum a utilização de *audiências públicas, recomendações e compromissos de ajustamento de conduta* como meios preventivos de atuação extrajurisdicional protetiva do patrimônio público, o que leva à noção obtusa de que tais expedientes seriam úteis apenas quando ainda não tenha ocorrido a conduta atentatória ao patrimônio público, ou seja, de forma preventiva.

Todavia, nada impede a utilização dessas ferramentas, mesmo após a constatação da ocorrência do ato ilícito, como instrumentos de cessação da conduta e de reparação de eventual prejuízo causado, porquanto, por uma interpretação teleológica de todos os citados dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que os disciplinam, afere-se que esse instrumental serve a uma atuação resolutiva (extrajurisdicional) eficiente.

Os mecanismos administrativos mencionados são úteis para o enfrentamento de situações jurídicas atuais, ou seja, para os atos das administrações atuais ou para o enfrentamento de situações herdadas de administrações passadas e mantidas sem questionamento.

Guiada pelo princípio da eficiência, propõe-se que a atuação extrajurisdicional do órgão de execução do Ministério Público na

defesa do patrimônio público, em alguns casos, siga uma *escala de ação progressiva*, lançando mão da *Recomendação* e, em seguida, do *Compromisso de Ajustamento de Conduta*, visando à solução mais rápida e menos custosa da demanda, sem prejuízo da eventual ação de improbidade administrativa, em casos de patente ilícito ímprobo.

Para trazer uma abordagem prática da utilização das ferramentas de atuação ministerial extrajudicial, cite-se uma tormentosa questão afeta à curatela do patrimônio público: a delegação permissiva da prestação do serviço público de transporte individual – TÁXI.¹⁵

Em inúmeros municípios brasileiros existe situação de total afronta às normas protetivas do patrimônio público revelada pela delegação ilegal e personalizada da prestação do serviço público de transporte individual – TÁXI. É usual a Administração Pública municipal delegar a alguns administrados a prestação desse serviço, sem a necessária precedência de procedimento licitatório próprio, conforme determinação expressa dos arts. 37, XXI, e 175, da Constituição da República; da Lei nº 12.587/2012; da Lei nº 8.987/1995 e da Lei nº 8.666/1993. Tal conduta ilícita pode revelar ato de improbidade administrativa, ao menos por violação aos princípios da administração pública (atividade), nos termos do art. 11 da Lei nº 8.429/1992.

Diante desse quadro fático, e adotando-se a linha de atuação resolutiva do Ministério Público, qual seria o melhor instrumento de atuação a ser utilizado? Não há regra de determinação da atuação funcional, sobretudo por conta do princípio institucional da independência funcional, expressa no art. 127, §1º, da CR/88, mas, com base no princípio da eficiência, pode-se traçar uma *linha de atuação funcional extrajudicial escalonada*: em primeiro lugar, utiliza-se a *Recomendação*, como meio pedagógico e persuasivo; acaso ineficaz e ainda incabível o ajuizamento de Ação Civil Pública ou não constatada a improbidade, colhe-se o *Termo de Ajustamento de Conduta*, com o imaneente reconhecimento da ilicitude e a eficiente estipulação de multa civil cominatória.

Tomando-se por base o caso prático e exemplificativo das permissões do serviço de TÁXI, constatando-se, no bojo de um procedimento ministerial (inquérito civil ou procedimento preparatório), que as delegações ocorreram sem a precedência de licitação, o órgão de execução do Ministério Público poderia expedir uma *Recomendação*, por meio da qual apontaria a ilegalidade e sugeriria a solução extrajudicial para o caso. Acaso atendida,

¹⁵ O serviço público de transporte individual de passageiros (TÁXI) foi recentemente disciplinado pela Lei nº 12.587/2012, que determinou, expressamente, a delegação aos particulares prestadores por meio de permissão (Lei nº 8.987/1995), que atrai a necessidade imperiosa de prévia licitação, conforme os arts. 37, XXI, e 175, da CR/88, e a Lei nº 8.666/1993.

encerrar-se-ia o procedimento em que fora expedida e a demanda social pela preservação do patrimônio público estaria solucionada.

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

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

Repise-se que, em qualquer situação prática dada à análise ministerial, uma vez constatada a improbidade administrativa, o princípio da legalidade impõe ao órgão de execução do *Parquet* o ajuizamento da respectiva ação de improbidade administrativa, com vista à aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.249/92.¹⁶ Conforme mencionado alhures, a recomendação foi um ótimo meio para a configuração do elemento subjetivo doloso do agente público.

Por outro lado, pode ser ainda possível, e mais eficiente, a solução extrajurisdicional da querela, como em casos de ilegalidade em que ainda não haja prejuízo ao erário. Nessas hipóteses, nas quais o serviço de transporte esteja, efetivamente, sendo prestado (ainda que de forma ilegal), a utilização do TAC pode ser bastante à regularização e mais eficiente do que um longo e debatido processo judicial, até mesmo para evitar a descontinuidade do serviço e o enriquecimento sem causa do município.

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

¹⁶ No caso em comento, houve improbidade administrativa, por incursão nos arts. 10, VIII, e 11, II, ambos da Lei de Improbidade Administrativa.

Na referida hipótese, constatado que os serviços de transporte público individual (TÁXI) sempre foram prestados na comarca mediante concessões personalizadas, não precedidas de licitação, instaurou-se o respectivo inquérito civil, no bojo do qual expediu-se uma Recomendação para a tentativa de regularização da questão.

Recomendou-se ao município o cumprimento da obrigação de não mais exarar concessões, a obrigação de rescisão das concessões em vigor e a obrigação de promover a licitação correspondente.

O ente federativo cumpriu, de plano, a primeira obrigação de não fazer e deu moroso início à resolução administrativa das concessões ilegais que vigoravam, sem, contudo, promover a licitação atinente.

Desatendida, em parte, a recomendação, o Ministério Público, ainda na esteira extrajudicial, tomou do administrador público um Termo de Ajustamento de Conduta, pelo qual o compromitente se obrigou a extinguir as concessões ainda em vigor e a promover a licitação. A opção pela resolutividade extrajudicial se deu com base no princípio da eficiência, posto que, devido ao reduzido número de concessões a serem delegadas, o procedimento licitatório seria célere, não se justificando, ainda, o ajuizamento de uma ação civil pública.

Devido à mora anual do administrador em cumprir as cláusulas do TAC, e constatada a má-fé em manter, sabidamente, sua conduta ilegal, somente aí se optou pelo ajuizamento das respectivas Ações Cíveis Públicas de Execução de Título Extrajudicial (para o cumprimento das obrigações e para a cobrança da multa cominatória) e da Ação de Improbidade Administrativa.

A regularização da situação se deu logo após a citação do réu, que se dignou a realizar, comprovadamente, todas as obrigações assumidas no TAC, culminando com os contratos administrativos de concessão do serviço público licitado e a extinção do processo, com a solução da demanda social. Registre-se, todavia, que segue em curso o processo de responsabilização por ato de improbidade administrativa, iniciado pela já referida Ação Civil de Improbidade Administrativa.

No caso em comento, a *recomendação* foi um instrumento eficaz de apontamento das irregularidades e de cientificação do agente público, para configurar seu elemento subjetivo. O *termo de ajustamento de conduta* surtiu os efeitos de reconhecimento das irregularidades e impingiu caráter cogente, por meio da multa por inadimplência, fixando, ainda mais, o dolo do agente ímprobo. Por fim, não cumpridas as obrigações, coube o ajuizamento das respectivas ACPs e da Ação de Improbidade Administrativa consequente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de constante desenvolvimento humano e social traz a reboque, como natural imanência, a coletivização de direitos e interesses com o objetivo de promoção dos direitos e dos interesses de toda a coletividade.

Sob as bases dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade ou da fraternidade coletivas, surge o patrimônio público que, tanto sob o aspecto subjetivo (titularidade individual e coletiva) quanto sob o aspecto objetivo (ordem jurídica), foi forjado externa e internamente como direito fundamental, para o qual o sistema jurídico conferiu amplo, irrestrito e obrigatório controle jurisdicional e extrajurisdicional.

Por uma interpretação teleológica e sistemática dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, conclui-se, inexoravelmente, que incumbe ao Ministério Público a proteção do patrimônio público, definido como direito fundamental. Não se pode mais conceber a ideia de inércia das instituições de proteção e nem uma atuação meramente repressiva, sob pena de irreversibilidade danosa ou compensação insuficiente, exigindo-se, pois, da instituição ministerial, o controle extrajurisdicional preventivo, como a mais eficaz modalidade de proteção.

Consectário, com base no princípio da eficiência, cabe ao órgão de execução trilhar sua atuação por via progressiva, utilizando, respectivamente, os mecanismos da recomendação e do compromisso de ajustamento de conduta, visando à resolução extrajurisdicional, preventiva ou repressiva. Acaso insuficientes, ou se já verificado o ato de improbidade administrativa, abre-se ao *Parquet* a via judicial, pela qual buscará, em nome da sociedade, o cumprimento das obrigações inadimplidas e a responsabilização do agente público e dos beneficiários pelos atos de improbidade administrativa, em uma verdadeira *escala de atuação progressiva*.

REFERÊNCIAS

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

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por*

uma nova summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

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

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

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3.ed., atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2011.

AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BATISTA SILVA, Wanderley. Procurador de Justiça Ouvidor-Geral do Ministério Público do Paraná. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=3>>. Acesso em: 25 out. 2014.

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

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade* – para uma teoria geral da política. 4.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1994.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 7.ed. Brasília: UnB, 1996.

_____. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Il futuro delle democrazia*. Einaudi, Torino, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. Constituição da República, de 1988. Brasília: Senado Federal, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Cadernos Democráticos, 1999.

_____. Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O direito à emanção de Normas Jurídicas e a proteção judicial contra omissões normativas. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (Coord.) *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue, The Theory ad Practice of Equality*. 4ª tiragem, London: Harvard university Press, 2002.

FAGUNDES, M. Seabra. Conceito de Mérito no Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo* nº 23/1.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

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

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

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

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

FERRAZ, Sérgio; FIGUEIREDO, Lúca Valle. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. São Paulo: Malheiros, 1994.

GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 6. ed, ver. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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

GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia – teoria e práxis*. São Paulo: LED, 1998.

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

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luíz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. Improbidade administrativa. In: *Revista dos Tribunais* n° 787/791, 2001.

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

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 13.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A Lei de Improbidade Administrativa. In: *Justitia* n° 174/46, São Paulo, 1996.

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

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil – doutrina e Jurisprudência*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1998.

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

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Improbidade Administrativa: alguns aspectos controvertidos. In: *Revista de Direito Administrativo* n° 235/61, 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. As Sanções da Lei 8.492/92 aos Atos de Improbidade Administrativa. In: *Revista dos Tribunais* n° 766/88.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2002.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromi. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 1.ed. 2ª triagem, rev. e atual. Ed. Juarez de Oliveira, 2006.

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

DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E OS DESAFIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Anderson Batista de Souza¹

Resumo: A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), que regulamenta o direito fundamental de acesso à informação pública, catalogada no art. 5º, XXXIII; art.37, § 3º; e art. 216, § 2º, da Constituição Federal, trouxe inovações no combate aos atos de improbidade administrativa. A inserção da lei no ordenamento jurídico traz novas condutas consideradas como atos de improbidade administrativa, a ensejar reflexos na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), tais como a relação de complementariedade, aplicação das sanções, aferição de dolo e culpa e da atribuição da responsabilidade por comportamentos ilícitos frente a transparência ativa e passiva. Das inovações e dos reflexos apontados, ressalta os dois desafios ao Ministério Público brasileiro, enquanto estratégia de fomento para estruturação da organização e procedimento e da imputação de responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

Palavras-chave: Ministério Público. Direito de Acesso à Informação Pública. Improbidade Administrativa.

Sumário: Introdução. **1.** Direito fundamental de acesso à informação pública. **1.1.** Conceito. **1.2.** Princípio jurídico da transparência. **1.3.** Distinção conceitual. **1.4.** Dimensão fundamental subjetiva. **1.5.** Dimensão fundamental objetiva. **1.6.** Informação pública e restrições constitucionais. **1.7.** Perspectiva normativa constitucional. **2.** Improbidade administrativa. **2.1.** Conceito e fontes normativas. **2.2.** Lei de Acesso à Informação e formas de responsabilização. **2.3.** Acesso à informação e improbidade administrativa. **3.** Ministério Público brasileiro. **3.1.** Acesso à informação, combate à corrupção e *accountability*. **3.2.** Concretização judicial do direito e improbidade administrativa. **3.3.** Perspectivas de atuação institucional. **4.** Considerações Finais. **5.** Referências.

¹ Promotor de Justiça no Estado do Amapá. Mestrando em direitos fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal, em convênio com o Colégio de Diretores de Escolas e Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional dos Ministérios Públicos do Brasil (CDEMP).

INTRODUÇÃO

O Ministério Público brasileiro, nos últimos anos, triunfou frente as vicissitudes que buscavam o retrocesso, com a rejeição da proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 37 na Câmara dos Deputados, como resultado das manifestações populares de junho de 2013, e a confirmação em maio de 2015, pelo Supremo Tribunal Federal do poder de investigação de natureza penal².

A realidade brasileira dos últimos anos, diante da criminalidade desenfreada e da corrupção endêmica, impõe aos membros do Ministério Público discutir e propor de forma eficiente estratégias que permitam desafiar as condutas ilícitas que assolam a administração pública.

A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), que regulamenta o acesso à informações, catalogada no inciso XXXIII, art. 5º; II, §3º do art. 37; e no §2º do art. 216 da Constituição Federal, inovou o cenário normativo ao estabelecer o dever de informar (transparência ativa) e o direito de ser informado de titularidade do cidadão (transparência passiva), favorecendo a mudança do paradigma secretista pela transparência na gestão da coisa pública, além de criar ferramentas de organização e procedimento de viabilização e concretização do direito.

Não descuidou, por outro lado, de estabelecer responsabilidades diversas (civil, disciplinar, administrativa) aos órgãos e entidades públicas, pessoas físicas e entidades privadas, e agentes públicos, e dentre elas, condutas consideradas como atos de improbidade administrativa, para além daquelas já sistematizadas na Lei nº 8.429/1992.

O presente artigo propõe indicar os elementos normativos para compreensão do direito fundamental de acesso à informação, descrever e analisar criticamente as condutas elencadas pela Lei de Acesso à Informação e tidas como atos de improbidade administrativa, e sua relação de complementariedade com a Lei de Improbidade Administrativa, bem como apresentar os novos desafios ou as estratégias de atuação do Ministério Público brasileiro frente a necessária concretização do direito fundamental em destaque.

² Em sessão realizada no dia 14.5.2015, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade do Ministério Público para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal no Recurso Extraordinário nº 593727. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291563>>. Acesso em: 27 maio 2015.

1. DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA

1.1. Conceito

O direito fundamental de acesso à informação pública é o instrumento, não exclusivo, de realização do princípio jurídico da transparência, assegurador tanto na dimensão subjetiva, quanto na dimensão objetiva fundamental, do acesso à informação detida e/ou produzida pelo Estado, definida nos termos do direito positivo como pública, já consideradas as restrições constitucionalmente estabelecidas, tais como o direito à privacidade e à informação no interesse da segurança da sociedade ou do Estado.

1.2. Princípio jurídico da transparência

O direito de acesso à informação pública enquanto realização do princípio jurídico da transparência, é corolário do princípio republicano e do princípio democrático.

Como reflexo do princípio republicano, Geraldo Ataliba³ leciona que o princípio da transparência é a necessidade de disposição à luz do dia de todas as discussões administrativas, legislativas ou judiciais a respeito de todo e qualquer interesse entregue ao governo.

Enquanto inerência do princípio democrático, Wallace Paiva Martins Júnior (2010, p. 34-35) aponta que o princípio da transparência administrativa à míngua de clara e precisa denominação normativo constitucional, resulta como valor impresso e fim expresso pelos princípios da publicidade, motivação e participação popular.

A publicidade é um dos expoentes mais qualificados da transparência. Embora muitos considerem a transparência como sinônima da publicidade, estas não refletem a mesma realidade. A publicidade é via mais estreita do que a transparência. É marcada por um processo de evolução conceitual que permite concebê-la em duas dimensões distintas. Por um lado, a publicidade como dever da Administração, de postura unilateral, a exemplo da imprescindibilidade da publicidade para eficácia de determinados atos, tratada como fator de eficácia do ato administrativo, e por outro lado, a publicidade como direito subjetivo do cidadão, enquanto primeiro estágio da transparência administrativa, ao permitir o conhecimento e o acesso (dimensão subjetiva), viabilizando inclusive outras funções complexas (dimensão objetiva).

³ cf. NOGUEIRA, 1988.

O princípio da participação popular designa a característica geral de um sistema que organiza o acesso à informação, dando-lhe plena publicidade, como condição necessária à legitimação das ações do Estado, possibilitando a discussão e a participação da sociedade no momento da decisão. Por sua vez, a motivação dos atos administrativos, como meio de externalização dos motivos condutores do ato e requisito de validade, garante aos administrados o conhecimento das razões e os fundamentos da decisão, e serve como parâmetro para o diagnóstico da fidelidade aos princípios administrativos.

O direito de acesso à informação pública representa uma parcela, não exclusiva, do caráter instrumental e otimizador do princípio da transparência do Estado.

1.3. Distinção conceitual

Toda liberdade fundamental que existe em relação ao Estado é protegida por um direito, a liberdade que corresponde ao direito de acesso à informação pública, que se vincula à liberdade de pensamento em uma de suas possíveis manifestações: a *liberdade de informação*.

A liberdade de informação compreende a “procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura” (SILVA, 2000, p. 246). É uma liberdade protegida de forma complexa. A estrutura básica de proteção ou o perímetro protetor que a circunda se dá pela proteção conferida pelo direito (direito à informação).

Canotilho e Vital Moreira (1993, p. 225), com esteio na Constituição Portuguesa, revelam que o direito à informação apresenta três planos: o *direito de informar* consiste na liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem, de as difundir sem impedimento. O *direito de se informar* consistente na liberdade de recolha de informação, procura de fontes, isto é, no direito de não ser impedido de se informar. E por fim, o *direito de ser informado* consistente no direito a ser mantido adequada e verdadeiramente informado.

Sobre o *direito de informar*, entendido como a liberdade de transmitir informação, haveria duas aplicações no direito positivo: I) a liberdade de expressão; e II) a liberdade de imprensa. O *direito de se informar* nas abordagens da: I) liberdade na busca de qualquer informação, sem impedimentos; e II) liberdade no acesso a informações detidas pelo Estado (informação pública). E por fim, o *direito de ser informado*, traduzido no direito a ser mantido adequadamente e verdadeiramente informado. A questão é esclarecer a quem compete o dever de prestar a informação àquele que tem o

direito a ser informado. Segundo Vanessa Sanson (2006, p. 92-93), “somente se pode investir alguém no direito de receber informações quando simultaneamente atribui-se a outrem o dever de informar”. A Constituição atribuiu o dever de prestar tais informações ao Poder Público.

O *direito de ser informado* compreenderia três realidades distintas, quando relacionado com o Estado. A primeira, denominada por transparência passiva e correlata ao *direito de se informar*, na medida em que, ao ter o direito de buscar a informação no setor público, também possui o direito de ser informado sobre tal dado. Há uma imbricação lógica e inseparável que decorre do dever do Estado em ofertar a informação solicitada por qualquer cidadão, um dever em razão de uma pretensão manifestada. A segunda, denominada por transparência ativa, que se satisfaz não em razão de pretensão manifestada, mas de obrigação genérica, própria dos princípios da transparência governamental e publicidade de seus atos. A motivação, neste caso, não se revela por uma pretensão, mas por um dever que lhe é próprio e voluntário. A terceira realidade é aquela vinculada ao dever prestacional do Estado de garantir os meios e os instrumentos para que a informação possa ser transmitida e circulada. Aqui se pode incluir uma gama extensa de ações, pautadas por políticas públicas sociais e econômicas, que permitam o acesso de todo o cidadão à educação regular e o livre desenvolvimento do mercado, em especial dos meios de comunicação.

Desse modo, o *direito de ser informado* pelo Estado deve levar em consideração a faculdade da livre expressão e manifestação da informação (*direito de informar*), bem como a possibilidade de o próprio indivíduo buscar as suas informações (*direito de se informar*). A participação ativa do sujeito nessas dimensões é essencial à manutenção e concretização do tripé do direito à informação, atuando simultânea e complementarmente nos três níveis.

1.4. Dimensão fundamental subjetiva

Sobre o direito de acesso, podemos retirar os seguintes enunciados deônticos (normas jurídicas) em seu grau máximo de abstração, numa perspectiva subjetiva individual: I) *c* tem, em face de *e*, um *direito* de acessar à informação por ele mantida/produzida (permissão); II) *e* tem o *dever* de permitir o acesso à informação pretendida por *c* (obrigação); III) *e* encontra-se *proibido* de impor obstáculos na permissão de *c* de acessar à informação por ele mantida/produzida. Onde *c* é o cidadão, *e* o Estado. O objeto é representativo da ação

do destinatário do direito (obrigado), numa dupla possibilidade de comportamentos: permitir o acesso à informação (II); e não impor obstáculos no acesso à informação (III). As hipóteses (II) e (III) harmonizam-se com a hipótese (I), enquanto seu desdobramento lógico. A informação não é o objeto, mas um elemento da ação que se espera do destinatário do direito, assumido pelo Estado.

Podemos teoricamente considerar que o direito de acesso à informação pública representa a malha protetora da liberdade de informação, que na dimensão jurídico subjetiva fundamental importa na possibilidade do titular do direito de exigir e receber do Estado informação considerada pública, e de não ser impedido ou proibido de acessá-la.

1.5. Dimensão fundamental objetiva

Ao lado da titularização subjetiva por indivíduos específicos e determinados, costuma-se destacar a dimensão jurídico objetiva, em que os direitos fundamentais valem juridicamente como valores, fins ou metas comunitárias objetivas que interessam a toda a coletividade, ou, nas palavras de Sarlet (2012, p. 296), “como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas ou positivas dos interesses individuais”.

O direito de acesso à informação pública guarda na projeção da dimensão jurídico objetiva fundamental uma dupla inseparável de observação, pois dispõe de um lado do valor transparência (elemento axiológico) e de outro, em notáveis efeitos de garantia da juridicidade máxima da dimensão jurídico subjetiva.

Na *perspectiva valorativa*, segundo Do Vale (2009), as normas de direitos fundamentais podem ser caracterizadas como a tradução jurídica dos valores morais de uma comunidade em determinado momento histórico. Judicializa as exigências morais e éticas mais importantes da comunidade.

O elemento axiológico (valor) que compõe a estrutura do direito fundamental de acesso à informação pública é a transparência, enquanto fenômeno de implicação jurídica e de uma práxis instrumental do Direito.

O reconhecimento de efeitos jurídicos autônomos, para além da perspectiva subjetiva, permite identificar o efeito irradiante, os deveres de proteção do Estado e a criação e constituição de organizações ou instituições estatais para o procedimento.

O *efeito irradiante* importa nos valores que dão suporte a esses direitos e que penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação dos dispositivos legais e atuando como diretrizes para o legislador, o administrador e o juiz. A *função de proteção* (direitos prestacionais) inspira a criação de textos normativos no direito positivo, *e.g.* quando da atribuição de responsabilidade a terceiro previsto na Lei de Acesso à Informação, que permite a incidência de sanções, sob pessoas físicas ou entidades privadas que detiverem informações em virtude de vínculo de qualquer natureza com o Poder Público e deixarem de observar o disposto na referida legislação. O *direito à organização e ao procedimento* centra-se na possibilidade de exigir do Estado a emissão de atos legislativos ou administrativos destinados a criar órgãos ou instituições e estabelecer procedimentos, ou mesmo de medidas que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e no procedimento, tal como a designação da Controladoria-Geral da União (CGU), para promover campanhas de abrangência nacional de fomento à cultura da transparência na administração pública e conscientização do direito fundamental de acesso à informação.

O conhecimento e a interpenetração das dimensões jurídico subjetivas e objetivas, permitem moldar a norma jurídica fundamental do direito de acesso à informação no plano abstrato.

1.6. Informação pública e restrições constitucionais

A Lei de Acesso à Informação traz a definição (art. 4º) de informação, documento, informação sigilosa e informação pessoal, porém não faz menção sobre informação pública. O motivo parece corresponder à preocupação em não restringir a conformação do direito, diante do risco na violação de outros valores e normas igualmente defendidos pela Constituição.

A *informação pública* não é um ente identificável abstratamente de forma isolada no ordenamento jurídico, mas resulta de complexa interação normativa de regras e princípios constitucionais. Um processo que tem por finalidade revelar a informação acessível ao público e necessária diante da potencialidade do conflito com outros interesses protegidos constitucionalmente.

A informação acessível a *todos*, a utilizar a expressão cunhada pelo inciso XXXIII do artigo 5º da CF/88, é o que representa a informação pública. Pública no sentido de ser transparente e acessível a todos. Numa maior ou menor medida toda e qualquer informação é acessível, seja a um indivíduo ou ao grupo selecionado. O que

importa não é, logicamente, considerar o número de franqueados no conhecimento da informação que definirá ser a informação pública. A correlação necessária passa por admitir que qualquer cidadão tem ou não a liberdade de não ser impedido ou mesmo de existir meios ou procedimentos que lhe permitam o acesso.

A informação pública é aquela em que há liberdade no seu acesso, porém deve-se considerar que tal lógica pertence, no resultado da interação de outros valores igualmente reconhecidos pela Constituição, tal como a *informação pessoal* e a *informação sigilosa*.

Não se pode induzir no entendimento de que toda informação pessoal implica necessariamente na reserva do segredo (não publicização da informação), em razão do direito à privacidade. De um mesmo complexo de informações consideradas pessoais, pode-se concluir por sua publicidade, na mesma medida em que se afaste dos conceitos atinentes ao direito fundamental à privacidade. Quanto mais próximo do centro da intimidade a que se atribui uma informação, maior é a certeza de sua reserva.

A informação sigilosa, tal como prevista no art. 5º, XXXIII, da CF/88, num Estado publicista, apresenta duas faces: de um lado, como limite ao princípio da publicidade dos atos do Estado e ao direito de acesso à informação; e de outro, como garantia institucional do Estado. Deve-se levar em conta que a segurança do Estado é um bem jurídico que também constitui pressuposto do Estado de Direito (garantir a liberdade do cidadão, a segurança, a manutenção da paz), contudo não implica prevalência sobre qualquer outro bem constitucional de forma absoluta.

No Brasil, a restrição indicada foi conformada, não exclusivamente, pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011⁴, que prevê com maior densificação as informações imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado.

1.7. Perspectiva normativa constitucional

No Brasil, o acesso à informação detida por órgãos ou entidades públicas ou privadas está assegurada em diversos dispositivos constitucionais, são eles: art. 5º, XXXIII, XXXIV, *b*, LXXII; art. 37, § 3º, II; e art. 216, § 2º.

4 O sigilo de informação imprescindível à segurança da sociedade e do Estado é tratada do art. 23 ao art.30 da LAI. O instrumento jurídico para categorizar esse sigilo é denominado “classificação”. É por meio da classificação em *ultrassecrета, secreta e reservada*, que se atribui o prazo da permanência do seu sigilo. Não há informação com sigilo perpétuo. Subsiste a característica da temporalidade, disposta no art. 24, §4º.

Não há diferenciação substancial, enquanto norma abstrata, em razão da diversidade de enunciados, quando os objetivos perseguidos são os mesmos. O critério para diferenciar a utilização de um ou de outro texto normativo, no universo de direitos e garantias que reforçam a normatividade do acesso à informação, é o resultado da relação entre o tipo de informação (pública, pessoal ou sigilosa) e o interesse vinculante à espécie do direito (interesse privado ou interesse público⁵), cujo produto confere publicidade ou reserva da informação.

Dessa forma, surgem as seguintes hipóteses a considerar:

I) A informação pública, ao atender o critério do interesse público primário, tem por consequência a publicidade, cujo fundamento normativo constitucional é a previsão constante no art. 5º, XXXIII; art. 37, §3º, II, e art. 216, §2º, da CF/88;

II) A informação sigilosa, ao atender o critério do interesse público secundário, tem por consequência o sigilo, cujo fundamento normativo constitucional é a previsão constante no art. 5º, XXXIII, da CF/88;

III) A informação pessoal, ao atender o critério do interesse público primário, tem por consequência a publicidade, cujo fundamento normativo constitucional é a previsão constante no art. 5º, XXXIII; art. 37, §3º, II, e art. 216, §2º, da CF/88;

IV) A informação pessoal, ao atender o critério do interesse privado, tem por consequência o sigilo, cujo fundamento normativo constitucional é a previsão constante no art. 5º, X, da CRFB.

Na forma de enunciados, o resultado é o seguinte: a) o interesse público primário condiciona a publicidade da informação pública; b) o interesse público secundário condiciona o sigilo da informação, quando vinculada à segurança da sociedade e do Estado; c) a informação pessoal é aquela relacionada à pessoa, que pode ser pública (dados não sensíveis), de acessibilidade a todos, ou não pública (dados sensíveis), em respeito ao direito à privacidade.

⁵ A expressão *interesse público* projeta diferentes acepções. São encontrados três tipos de significados distintos: (I) indica o interesse da sociedade, da coletividade como um todo. Interesse é o *bem comum*, também denominado como interesse primário; (II) refere-se ao interesse do Estado, dos entes públicos, em contraposição ao do particular. Interesse público é o *interesse do ente público*, também denominado como interesse público secundário; e (III) embora diga respeito a um particular, refere-se a valores ou direitos cuja proteção interessa à coletividade como um todo, de modo a confundir-se com os interesses indisponíveis. Interesse público é o *interesse indisponível*. Por outro lado, o *interesse privado* é aquele buscado por uma pessoa para satisfação de necessidade exclusivamente particular, cujo objeto pode ser disposto livremente por seu titular.

2. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.1. Conceito e fontes normativas

O vocábulo *probidade* significa aquilo que é bom, relacionando-se diretamente à honradez, honestidade e integridade. A improbidade, ao contrário, significa imoralidade, desonestidade (FERREIRA, 1999, p. 1086 e 1640).

Diverge a doutrina a respeito da definição da (im)probidade administrativa. Alguns autores sustentam que a probidade é um subprincípio da moralidade administrativa (FREITAS, 2005, p. 5078; MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 101; OLIVEIRA, 2014). Outros defendem que a moralidade é princípio constitucional e que a improbidade resulta da violação desse princípio (CARVALHO FILHO, 2011, p. 984; DI PIETRO, 2009, p. 803).

A improbidade administrativa não se confunde com a imoralidade administrativa. O conceito normativo de improbidade administrativa é mais amplo. A imoralidade acarreta improbidade, mas a recíproca não é verdadeira, pois nem todo ato de improbidade implica violação ao princípio da moralidade.

A principal fonte normativo constitucional da improbidade administrativa é o art. 37, §4º, da CF/88, que dispõe: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Há outras normas constitucionais relevantes no tratamento da improbidade administrativa, tais como: I) art. 14, §9º: remete à lei complementar a prerrogativa para fixar “outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”; II) art. 15, V: admite a perda ou a suspensão de direitos políticos no caso de improbidade administrativa, nos termos do art. 37, §4º; III) art. 37, *caput*: enumera os princípios expressos que são aplicáveis à Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência); IV) art. 85, V: define como crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a probidade na Administração.

No âmbito infraconstitucional, a Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), promulgada com fundamento no art. 37, §4º, da CF/88, define os sujeitos e os atos de improbidade, as respectivas sanções, as normas processuais, entre outras questões relacionadas ao tema. O microsistema criado não afasta a previsão especial de outras leis sobre o tema, especialmente na definição de condutas e comportamentos caracterizadores de improbidade administrativa.

2.2. Lei de Acesso à Informação e formas de responsabilização

Os artigos 32, 33 e 34, da Lei de Acesso à Informação (LAI), disciplinam as formas de responsabilidade (civil, administrativa, disciplinar e por improbidade administrativa), por condutas consideradas ilícitas, definem os sujeitos e os atos de improbidade, não fazem qualquer referência com relação às sanções e normas processuais, as quais permanecem regulamentadas pelo microsistema normativo da Lei de Improbidade Administrativa.

A espécie de responsabilidade, a definição da conduta considerada ilícita e a sanção correspondente vão depender dos sujeitos selecionados, entre os que a lei condiciona o comportamento.

As responsabilidades são atribuídas aos seguintes sujeitos: a) órgãos e entidades públicas; b) pessoas físicas ou entidades privadas que detenham informação em virtude de vínculo com o Poder Público; e c) agente público civil ou militar.

Os *órgãos* e as *entidades públicas* respondem diretamente pelos danos causados em decorrência da divulgação não autorizada ou utilização indevida de informações sigilosas ou informações pessoais, cabendo a apuração de responsabilidade funcional nos casos de dolo ou culpa, assegurado o respectivo direito de regresso, nos termos do art. 34 da LAI.

O enunciado legal projeta em norma de repetição, porém com adaptações ao excluir as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, a regra prevista no art. 37, §6º, da CF/88.

Duas são as condutas que fundamentam a responsabilização: I) divulgação não autorizada das informações sigilosas ou pessoais; e II) utilização indevida de informações sigilosas ou pessoais. A distinção relaciona-se em tornar pública uma informação protegida pelo segredo ou mesmo observando o sigilo, utilizá-la indevidamente no processamento ou tratamento de dados.

A responsabilização da pessoa jurídica de direito público na incidência dos comportamentos apontados é a responsabilidade civil patrimonial extracontratual do Estado.

Por se tratar de norma de repetição de regra constitucional, revela tratar-se nas palavras de Bandeira de Mello (2013, p. 1009), como a obrigação “de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”, e de aferição objetiva, independentemente da comprovação de dolo ou culpa, salvo quando em ação regressiva contra o agente público, o qual somente comporta a responsabilização civil subjetiva.

O sujeito lesado, favorecido pela responsabilização civil pelos danos causados em decorrência da divulgação não autorizada ou utilização indevida de informações sigilosas ou informações pessoais tanto pode ser a pessoa física (cidadão) quanto a pessoa jurídica, nacional ou estrangeira.

Às *pessoas físicas* ou *entidades privadas* que detenham informação em virtude de vínculo com o Poder Público somente são atribuídas as responsabilidades que a lei estabelece quando existe vínculo de qualquer natureza com o Poder Público e deixa-se de observar o disposto na LAI.

O vínculo com o Poder Público pode decorrer de três aspectos distintos:

O primeiro aspecto diz respeito à garantia de publicidade da informação pública (transparência ativa), quando as entidades privadas sem fins lucrativos recebem, para realização de ações de interesse público, recursos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres (art. 2º da LAI). A inobservância da LAI recai no descumprimento das entidades em dar publicidade à parcela dos recursos públicos recebidos e à sua destinação (art. 2º, parágrafo único, da LAI). Obrigação também disposta, enquanto transparência passiva, no art. 7º, III, da LAI, quanto ao direito de qualquer cidadão de obter a informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado.

O segundo aspecto diz respeito ao dever de manutenção do sigilo (art. 22 da LAI), ao estabelecer que as hipóteses de sigilo previstas na legislação referenciada não excluem as demais

hipóteses legais de sigilo e de segredo de Justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o Poder Público.

O terceiro aspecto que sinaliza para a garantia do segredo da informação é vínculo existente entre a pessoa física ou entidade privada com o Poder Público na execução de atividades de tratamento de informações sigilosas⁶, os quais devem guardar medidas e procedimentos de segurança das informações (art. 26 da LAI).

O primeiro e o segundo aspectos tratam da pessoa física ou jurídica que detêm ou produz informação pública e é compelida a torná-la pública ou secreta, conforme o caso. Por sua vez, o terceiro aspecto corresponde a pessoa física ou jurídica que, nesta qualidade, detêm ou produz a informação na execução de atividades de tratamento de informações sigilosas e deve guardar o sigilo, não somente por força de contrato, mas por determinação legal.

Nos dois primeiros aspectos, a inobservância aos deveres de publicidade ou sigilo da informação, conforme o caso, atribui-se responsabilidade administrativa, cujas sanções são: advertência, multa, rescisão do vínculo com o Poder Público, suspensão temporária de participação em licitação, impedimento de contratação com a administração pública por prazo não superior a dois anos e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (art. 33 e incisos da LAI).

No terceiro aspecto destacado, a responsabilização é civil patrimonial independentemente de culpa (responsabilidade objetiva). Eis que a LAI se preocupou em estender os efeitos da responsabilização patrimonial objetiva às pessoas físicas ou entidades privadas que, em virtude de vínculo de qualquer natureza com órgãos ou entidades, tenham acesso à informação sigilosa ou pessoal e as submeta a tratamento indevido.

Por fim, ao *agente público civil ou militar* é atribuído à responsabilização civil, disciplinar, criminal e por improbidade administrativa, quando da prática de condutas elencadas no art. 7º, §4º (negativa de acesso às informações objeto de pedido formulado aos órgãos e entidades, quando não fundamentada), e as do art. 32, ambas da LAI.

⁶ O Decreto nº 7.845, de 14 de novembro de 2012, regulamenta procedimentos para credenciamento de segurança e tratamento de informação classificada em qualquer grau de sigilo. O art. 2º, XVIII, define o tratamento de informação como o “conjunto de ações referentes a produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transporte, transmissão, distribuição, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação, destinação ou controle de informação classificada em qualquer grau de sigilo”

A responsabilização civil patrimonial para o agente público será devida enquanto direito de regresso, e somente nos casos de condutas dolosas ou culposas, quando o órgão ou a entidade pública for responsável economicamente por danos causados em decorrência da divulgação não autorizada ou utilização indevida de informações sigilosas ou informações pessoais, na dicção do art. 34 da LAI.

Nos termos do art. 32, §1º, da LAI, a *responsabilização disciplinar* para o militar (federal) pela prática de condutas ilícitas elencadas na lei será considerada para fins dos regulamentos disciplinares das Forças Armadas, transgressões militares médias ou graves, segundo os critérios neles estabelecidos, desde que não tipificada em lei como crime ou contravenção penal. Ao agente público civil (federal), a LAI sinaliza que para os fins do disposto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais), e suas alterações, será considerada infração administrativa, a ser apenada, no mínimo, com suspensão, segundo os critérios nela estabelecidos.

A *responsabilidade criminal* atribuída ao agente público, salvo eventual existência de crime específico ou mais grave é aquele capitulado no art. 325 do Código Penal, do que trata sob o nome de “violação de sigilo funcional”, consistente na conduta de revelar fato de que tem ciência em razão do cargo, e que deva permanecer em segredo, ou lhe facilitar a revelação, e a de permitir ou facilitar, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública, cuja pena é de detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Além da responsabilidade civil, disciplinar e criminal, o agente público também poderá responder por *improbidade administrativa*. É como dispõe o art. 32, §2º: “Pelos condutas descritas no caput, poderá o militar ou agente público responder, também, por improbidade administrativa, conforme o disposto nas Leis nº 1.079, de 10 de abril de 1950, e nº 8.429, de 2 de junho de 1992.” É sobre a responsabilidade por improbidade administrativa que o artigo se debruçará nas linhas seguintes.

2.3. Acesso à informação e improbidade administrativa

A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), por força do art. 32, §2º, permitiu a inserção de novas hipóteses a caracterizar atos de improbidade administrativa, sem

prejuízo daquelas já catalogadas na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

Da relação estabelecida entre os dois textos legais é possível anotar breves considerações, de caráter não exaustivo e relativas a: I) complementariedade das leis; II) aplicação das sanções; III) dolo e culpa; e, IV) condutas improbas relacionadas às transparências ativa e passiva.

I) *Complementariedade das leis*

A inovação legislativa trazida pela LAI segue uma tendência de tipificação de condutas improbas ao longo de textos legais específicos, diversos daqueles elencados na Lei de Improbidade Administrativa, a exemplo do Estatuto da Cidade (art. 52) e do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (art. 85).

Esse fenômeno não causa grandes dificuldades, em razão do microsistema criado e dos avanços nas discussões dogmáticas e jurisprudenciais assentadas por mais de vinte anos de vigência da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, o que não dispensa atenção à norma especializada (LAI), de modo a compreender sua sistematicidade frente a valores, princípios e diretrizes de conformação da legislação ordinária à valores constitucionais, cuja realidade impõe atenção no esforço hermenêutico de consolidação de uma interpretação do ato de improbidade administrativa.

As condutas tipificadas tanto na Lei de Improbidade Administrativa, como na Lei de Acesso à Informação tendem a corresponder em hipóteses exemplificativas ou de verdadeiras cláusulas gerais, a depender de um esforço jurídico de justificação na adequação do comportamento improbo de previsão abstrata à conduta humana no mundo fático.

A tipificação dos atos de improbidade administrativa é aberta e o rol de condutas é exemplificativo, pois os arts. 9, 10 e 11 da Lei nº 8.429/1992, ao elencarem condutas que são tipificadas como atos de improbidade, utilizam da expressão “notadamente”, o que demonstra que outras condutas também podem ser enquadradas nos referidos tipos de improbidade. A qualificação da conduta como ato de improbidade, nessa linha de raciocínio, dependerá da presença dos pressupostos elencados no *caput* das três normas jurídicas em referência.

Com a inovação normativa da LAI, a tese do rol exemplificativo também se incorpora na previsão do art. 32, §2º, o qual remete à solução de considerarmos como ato de improbidade administrativa

aquelas condutas previstas no art. 7º, §4º, da LAI, consistente na negativa de acesso às informações objeto de pedido formulado aos órgãos e entidades, quando não fundamentada, e a dos incisos do art. 32 da LAI, quais sejam: I) recusar-se a fornecer informação, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa; II) utilizar indevidamente, bem como subtrair, destruir, inutilizar, desfigurar, alterar ou ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública; III) agir com dolo ou má-fé na análise das solicitações de acesso à informação; IV) divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal; V) impor sigilo à informação para obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem; VI) ocultar da revisão de autoridade superior competente informação sigilosa para beneficiar a si ou a outrem, ou em prejuízo de terceiros; e VII) destruir ou subtrair, por qualquer meio, documentos concernentes a possíveis violações de direitos humanos por parte de agentes do Estado.

O elenco de tais comportamentos, não afasta a interpretação de outras condutas que no plano fático podem resultar na subsunção dos arts. 9, 10 e 11 da Lei nº 8.429/1992. Há uma verdadeira relação de complementaridade, e não de exclusão, por sua especialidade. A previsão da LAI acaba por se transformar em norma de apoio ao aplicador do direito na função de subsumir a hipótese legal, sem excluir os atos de improbidade já consagrados da Lei de Improbidade.

Essa relação de comunicabilidade é evidenciada por três razões. Primeiro pelo vínculo de dependência às regras de processo e procedimento, sem os quais não se viabilizaria atribuir a responsabilidade por ato de improbidade administrativa, vulnerando a norma constitucional que se propõe na sua vedação. Segundo, constituir-se a legislação em microssistema de observância obrigatória. E, terceiro, como corolário das duas anteriores, pela aplicação das sanções, entre aquelas previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, na forma e gradação estabelecida abstratamente.

II) *Aplicação das sanções*

Sobre a aplicação das sanções correspondentes às condutas constitutivas de improbidade, a LAI tratou de normas substanciais no sentido de apontar comportamentos que deverão ser considerados como atos de improbidade administrativa, contudo silenciou quanto às espécies de penas em que se deve considerar.

A exemplo do Estatuto da Cidade e do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, que enumeraram condutas que são classificadas como atos de improbidade administrativa, a Lei de Acesso à Informação não definiu as respectivas sanções. Por essa razão, a aplicação da referida norma depende da interpretação conjugada com a Lei nº 8.429/1992, especialmente da previsão do art. 12, que define as sanções aplicáveis, conforme as modalidades de comportamento (enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios da Administração).

É preciso averiguar se a conduta, comissiva ou omissiva, praticada pelo agente público e mencionada no art. 32 da LAI acarretou enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios da administração para aplicação das sanções enumeradas, respectivamente, nos incisos I, II e III do art. 12 da Lei nº 8.429/1992.

Esse esforço de justificação e classificação da conduta entre aquelas previstas não se revela de menor importância, pois a lei o faz com o intuito de permitir a aplicação da penalidade adequada e proporcional à gravidade do comportamento. Trata-se de individualização da sanção ao nível abstrato da legislação.

Em juízo abstrato da LAI, não se pode concluir antecipadamente, que as condutas consideradas como atos de improbidade administrativa e elencadas no art. 32 da LAI são as que atentam contra os princípios da administração pública, como aqueles previstos no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Primeiro, porque a LAI assim não as definiu e, segundo, porque dos comportamentos previstos, é inegável que em determinadas hipóteses as condutas podem importar em enriquecimento ilícito ou causar prejuízos ao erário.

III) *Dolo e culpa*

A exigibilidade de dolo ou culpa na conformação do ato de improbidade administrativa vai depender de duas variáveis. Se a hipótese elencada no art. 32 da LAI exige expressamente a vontade de produzir o resultado improbo, na modalidade dolosa, tal como fizeram os incisos I (retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa); III (agir com dolo ou má-fé na análise das solicitações de acesso à informação); V (impor sigilo à informação para obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem); e VI (ocultar da revisão de autoridade superior competente informação sigilosa para beneficiar a si ou a outrem, ou em prejuízo de terceiros), ou, na conformidade

de classificação do comportamento enquanto enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios da Administração, os quais exigem o comportamento doloso entre todas as possíveis classificações e também culposo exclusivamente na lesão ao erário.

IV) *Condutas ímprobas relacionadas às transparências ativa e passiva*

A transparência ativa correspondente à divulgação das informações, independentemente de solicitação, de modo a evitar o desperdício de tempo e de recursos financeiros do cidadão e da própria Administração, que deixa de prestar atendimentos repetitivos. Dessa forma, o Poder Público está obrigado a publicar informação considerada essencial, tal como o registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público; registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros; registros das despesas; informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados; dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e respostas a perguntas mais frequentes da sociedade (art. 8º). Na transparência passiva, o sujeito a quem cabe o dever de informar divulga informações sob demanda, em atendimento às solicitações do cidadão (art. 10).

O fio condutor da distinção é a presença ou a ausência de dois elementos: espontaneidade na oferta da informação (transparência ativa) e atendimento à solicitação do cidadão (transparência passiva). Em decorrência da inserção da transparência ativa na dimensão jurídico objetiva do direito fundamental de acesso à informação pública, resta reconhecer o caráter normativo, que impõe tanto a obrigação de cumprir com a solicitação (transparência passiva) quanto com o dever de informar espontaneamente o que não é solicitado, mas é de interesse coletivo e geral (transparência ativa). Sendo assim, tanto a transparência ativa quanto a transparência passiva constituem deveres de observância obrigatória pelo Poder Público.

Nessa obrigatoriedade vinculada surge o questionamento de considerar como ato de improbidade administrativa tão somente as condutas que espelham comportamentos de uma transparência passiva, como quer fazer crer as hipóteses do art. 32 da LAI, ou se comportamentos de inobservância da transparência ativa também teriam o mesmo caráter ilícito.

A problemática apresentada é relevante e de interesse ao Ministério Público, uma vez que, *e.g.* a constatação da inexistência de

sítios oficiais na rede mundial de computadores (internet), conforme exigido no art. 8º, §2º, da LAI, que funciona a serviço da transparência ativa, poderia resultar na responsabilização por ato de improbidade administrativa, no comportamento de recusar a fornecer informação requerida (art. 32, I, da LAI), combinada com a negativa de publicidade aos atos oficiais (art. 11, IV, da Lei de Improbidade Administrativa).

O raciocínio de atribuição de responsabilidade por ato de improbidade administrativa ao gestor público responsável que deixe de garantir, mediante a implementação da organização e procedimento da estrutura exigida pela LAI, pode representar um novo panorama de atuação institucional e de eficiência na concretização do direito fundamental de acesso à informação pública, combinado com outras ferramentas de sua exigibilidade, tal como a ação civil pública.

3. MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO

3.1. Acesso à informação, combate à corrupção e *accountability*

A sociedade da informação traduzida na penetração das novas tecnologias da informação e da comunicação na vida econômica, social e política é um fator de destaque para a reinvenção da transparência, e uma das características marcantes da sociedade contemporânea. Gonçalves (2003, p. 7) afirma que para além dos seus impactos na economia, essas tecnologias vêm afetando profundamente os modos de organização das relações sociais e as condições da realização de valores básicos das sociedades modernas, como a liberdade e a democracia.

No centro da transformação, como instrumento da transparência, está a afirmação da informação como principal fonte de riqueza ou recurso estratégico na sociedade da informação. A expansão do uso das novas tecnologias coincide com um contexto marcado pela perda de credibilidade dos sistemas políticos e secretistas (GONÇALVES, 2003, p. 8).

O Estado constitui uma das maiores e mais importantes fontes de informação. Seu complexo funcionamento relaciona-se diretamente com a sua ação produtora, receptora, ordenadora e disseminadora de informações (JARDIM, 1999, p. 29).

Resta evidente a relação entre transparência e informação, aquela como canal de instrumentalização, capaz de reescrever as relações entre Estado e cidadão, com reflexos importantes, tais como o *accountability* e o combate à corrupção.

Schedler (1999) identifica as dimensões e os distintos significados do *accountability*. Distingue as duas conotações básicas que o termo suscita. A primeira é a capacidade de resposta dos governos (*answerability*), ou seja, a obrigação de os oficiais públicos informarem e explicarem seus atos, e a segunda é a capacidade (*enforcement*) das agências de *accountability* (*accounting agencies*) de impor sanções e perda de poder para aqueles que violaram os deveres públicos. A noção de *accountability* seria portanto bidimensional: envolve capacidade de resposta e capacidade de punição (*answerability* e *enforcement*). O *accountability* centra-se no objetivo de controlar o poder. Para o autor, haveria três formas básicas de prevenir o abuso do poder: I) sujeitar o poder ao exercício das sanções; II) forçar que os atos dos governantes sejam justificados; e III) obrigar que esse poder seja exercido de forma transparente.

Para Bizerra (2011, p. 54-55) existe uma interligação entre *accountability* e transparência, pois a transparência é o meio de gerar a *accountability* no setor público, pois não há como atribuir responsabilização aos gestores quando não é possível ter conhecimento por meio de informações claras sobre o modo com que os recursos foram utilizados e quais os resultados gerados em decorrência das políticas públicas adotadas.

A transparência propicia ferramentas para o combate à corrupção. Mais do que problema ético ou falha moral da pessoa humana, a corrupção hoje é considerada um fato de implicações sociais preocupantes.

A relação entre corrupção e economia no setor público pode ser observada por dois importantes relatórios produzidos recentemente, pela União Europeia (UE) e pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo no Brasil (FIESP). Ambos refletem a preocupação conjunta dos Estados (europeus) e da iniciativa privada (Brasil) na identificação e formulação de propostas de combate à corrupção.

O Relatório⁷ EU *Anti-Corruption* report, publicado em fevereiro de 2014 pela Comissão para Assuntos Internos da União Europeia (UE), mostra que a corrupção custa cerca de 120 bilhões de euros por ano à economia do bloco, o que é equivalente a quase todo o orçamento anual da União Europeia. Para efeitos de comparação, o estudo realizado pela FIESP (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo) no ano de 2010 mostrou que a corrupção custa ao Brasil entre R\$ 49,5 e R\$ 69,1 bilhões por ano.

7 Disponível em: <http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/index_en.htm>. Acesso em: 6 mar. 2015.

O relatório da UE sugere soluções, que incluem: I) melhores padrões de responsabilidade e de integridade; II) mecanismos de controle de autoridades públicas; III) enfrentamento dos conflitos de interesses por parte de funcionários; IV) combate à corrupção local e em empresas estatais; V) eficácia dos tribunais e da polícia, e mecanismos de proteção para os denunciante; VI) limitação dos riscos de suborno em países estrangeiros, com *lobby* mais transparente; e, por fim, VII) desenvolvimento de ferramentas inovadoras para aumentar a transparência.

Por sua vez, o relatório produzido pela FIESP⁸ sugere que as ações anticorrupção no Brasil devem ser focadas em duas questões principais: I) criação e fortalecimento dos mecanismos de prevenção, monitoramento e controle da corrupção na administração pública; e II) redução da percepção de impunidade, por meio de uma justiça mais rápida e eficiente, de modo a induzir a mudança do comportamento oportunista.

Em comum no diagnóstico e nas propostas apresentadas pelos relatórios encontra-se a elevação de práticas fundadas na transparência e de atribuições de responsabilidades no controle de ações das autoridades públicas.

Mecanismos políticos que aumentem o nível de *accountability* ou de responsabilização, incentivos à punição de corruptos e aumento da transparência governamental tendem a reduzir a incidência da corrupção (LEDERMAN, 2005).

O acesso à informação favorece o ambiente de responsabilização ou tomada de contas do governante, na exata medida em que proporciona meios no encaminhamento de denúncias, formulação de representações às instituições incumbidas no dever de promover a fiscalização.

Tais elementos, transparência, direito de acesso à informação, combate à corrupção e *accountability* tendem a revelar a importância do tema improbidade administrativa como ferramenta de atribuição de responsabilidade, limitação do poder arbitrário e condução preventiva e proba da coisa pública, na certeza da imposição de penalidades.

A *answerability* do agente público na obrigação de justificação dos seus atos e o *enforcement* do Ministério Público brasileiro na imposição das sanções por atos de improbidade administrativa sinalizam nos tempos atuais o importante papel na concretização da LAI.

8 Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

3.2. Concretização judicial do direito e improbidade administrativa

Em pesquisa de jurisprudência nos Tribunais Superiores, entre o ano de 2009, antes da aprovação da Lei nº 12.527/2011, até maio de 2015, vinte foram os casos julgados no STF⁹ e cinco os casos julgados no STJ¹⁰, envolvendo o direito de acesso à informação pública.

Diante da potencialidade de garantia que o direito de acesso à informação confere ao seu titular, o número representativo de demandas encontradas nos dois Tribunais Superiores revela-se inexpressiva.

A principal motivação apreciada no STF, em relação ao acesso à informação, é a publicização nominal da remuneração de agentes públicos. Em menor número (dois casos) julgou-se a negativa de acesso pelo investigado de processo fiscal investigatório e do acesso pela imprensa de relatórios de análise, elaborados pelo BNDES, contendo a justificativa técnica para operações de empréstimo e financiamentos milionários, concedidos com o emprego de verbas públicas. A conclusão da Corte em todos os casos foi a de tornar pública as informações que se pretendia obter.

No STJ, das cinco ações encontradas, duas envolveram a publicidade nominativa da remuneração do agente público, a primeira em mandado de segurança originalmente impetrado por sindicato de servidores, e a segunda, julgada em recurso apresentado por servidores, contra decisão de Tribunal de Justiça, que entendeu pela publicidade da remuneração. As outras três ações envolveram a imprensa na obtenção de informação, relacionada à verba pública destinada aos veículos de comunicação, gastos efetuados com cartão corporativo do Governo Federal e a relação nominal de concessão de passaportes diplomáticos. Em todos os casos, o STJ entendeu pela publicidade da informação, no argumento de garantia do controle social viabilizado pelo acesso.

É seguro afirmar que, apesar dos poucos casos julgados, há uma evidente orientação tendente ao cumprimento do valor transparência consagrado na Constituição Federal e das opções políticas de concretização da Lei de Acesso à Informação, além de outras de trato administrativo, replicadas em regulamentações (decretos, resoluções, orientações etc.).

⁹ RCL 17091-RJ; RCL 14740-DF; MS 31580-DF; MS 31490-DF; RE 766390-DF; AO 1823-MG; AO 2143-RS; SS 4764-DF; MS 32020-DF; SL 689-DF; RCL 15350-PR; SS 4723-DF; RCL 14733-RS; RCL 14530-RJ; MS 31659-DF; RCL 14739-RS; SS 4661-DF; SL 630-RS; SL 623-DF; SS 3902-SP.

¹⁰ MS 16903-DF; MS 20895-DF; MS 16179-DF; MS 18847-DF e RMS 46171-MG.

Não há julgados nos Tribunais Superiores que tenham por objeto alguma das condutas de improbidade administrativa elencadas na Lei de Acesso à Informação. Essa realidade reflete o desinteresse da sociedade no trato da coisa pública, cuja carência de controle social e participação cidadã impõem o favorecimento de condutas improbas e de corrupção.

Por outro lado, é inegável a parcela de responsabilidade do Ministério Público, tendo em conta sua atribuição de provocação na promoção da concretização de políticas públicas voltadas à implementação do direito de acesso à informação pública, a refletir direta (repressivamente) ou indiretamente (preventivamente) no combate aos atos de improbidade administrativa.

A realidade impõe ao Ministério Público garantir a concretização do importante direito fundamental de acesso à informação pública como ferramenta ao combate dos atos de improbidade administrativa.

3.3. Perspectivas de atuação institucional

A LAI desafia o Ministério Público na garantia do acesso à informação pública como instrumento de combate à improbidade administrativa. Nessa ordem, novas perspectivas se colocam, especialmente quando inseridas no contexto dos direitos fundamentais.

A doutrina está de acordo com a visão dupla dos direitos fundamentais, enquanto direito de defesa e a prestação (direito de proteção; organização e procedimento; e prestações materiais sociais) (ALEXY, 1993, p. 430; SARLET, 2010, p. 167).

Ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art.127 da CF/88). Inegavelmente garantir a eficácia (concretização) do direito fundamental de acesso à informação pública está entre as atribuições constitucionais da Instituição.

O papel do Ministério Público na difícil tarefa de proporcionar a mudança de paradigma na cultura do segredo para a transparência compõe duas grandes estratégias (desafios), quando compreendida a dupla função que os direitos fundamentais desafiam (defesa e prestação).

A primeira estratégia (desafio) institucional importante é o enfrentamento da função de organização e o procedimento do direito fundamental de acesso à informação pública. O direito (função) à organização e ao procedimento centra-se na possibilidade de exigir do

Estado a emissão de atos legislativos ou administrativos destinados a criar órgãos ou instituições e estabelecer procedimentos, ou mesmo de medidas que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e no procedimento. O estabelecimento de um procedimento de acesso à informação tornou concretamente possível viabilizar na correspondência de uma organização os meios para promoção na oferta de informação requerida pelo cidadão (prazo, justificativa pela denegação etc.), e do recurso administrativo de revisão do pleito indeferido ao superior hierárquico, CGU e Comissão Mista de Reavaliação de Informações.

A estrutura organizacional e procedimental criada pela LAI implica recursos orçamentários de criação e manutenção do seu complexo, além de compelir estreita e contínua fiscalização para efetiva e permanente execução, enquanto política de Estado.

Nessa problemática, o Ministério Público brasileiro deve encarar o desafio, enquanto estratégia institucional no acompanhamento da criação, manutenção e permanente execução de toda a organização e procedimento formatado pela LAI, a incluir entre os poderes que lhe são conferidos pela Constituição Federal e as leis que a sinalizam a instauração de inquéritos civis, para celebração de termos de ajuste de conduta, expedição de recomendações e na propositura de ações civis públicas.

A segunda estratégia (desafio) institucional é garantir a eficiência da atuação ministerial no uso das ações de improbidade administrativa, fundadas na Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), enquanto enfrentamento da função de defesa do direito de acesso à informação pública. O capítulo V, da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI), intitulado “Das responsabilidades”, propõe o cumprimento deste importante aspecto.

A função de defesa que impõe ao Estado um dever de abstenção ou de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo é caracterizada por uma dupla perspectiva: a) impedir a divulgação de informação pessoal ou sigilosa; e b) impedir a criação de obstáculos ou a negativa da divulgação (transparência ativa) ou garantia de acesso (transparência passiva) da informação pública.

As duas perspectivas são inseridas na LAI como atos de improbidade administrativa, *e.g.* tanto é ato de improbidade administrativa do agente público que divulgue ou permita a divulgação, acesse ou permita o acesso indevido à informação pessoal ou sigilosa, como a conduta daquele que não a revela ao recusar fornecer informação requerida ou impõe sigilo para obter proveito pessoal ou de terceiro.

Incluir tais comportamentos como ilícitos e atribuir a responsabilidade civil, administrativa, disciplinar, criminal e especialmente por improbidade administrativa reforça a juridicidade do comportamento probo à que está submetido o agente público, tanto em sua tarefa de ofertar transparência na condução da coisa pública quanto na de reservar o segredo nas hipóteses em que a própria Constituição Federal autoriza.

O Ministério Público brasileiro, ao figurar como titular das ações de improbidade administrativa no combate aos atos de improbidade das condutas elencadas pela LAI (art.32), sintetizadas em comportamentos de permissão no acesso ao cidadão da informação pública e na garantia no resguardo do segredo nas informações sigilosas ou pessoais, cumpre o papel de agente concretizador do direito fundamental de acesso à informação pública.

Em comum, as funções destacadas têm por objetivo promover correspondência entre a garantia constitucional do que resulta o direito e as medidas positivas do Estado destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais. O Ministério Público torna-se, nessa realidade, a única instituição com a independência necessária para fomentar tais estratégias.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo notícia vinculada na imprensa no ano de 2015¹¹, levantamento feito pela Controladoria-Geral da União (CGU) por meio do projeto Escala Brasil Transparente, que mede a transparência pública, aponta que dois estados (AP e RN) e 63% dos municípios tiraram nota zero em transparência pública. Foram avaliados 492 municípios com até 50 mil habitantes, todos os estados, capitais e o Distrito Federal. Do total de municípios analisados, 424 ainda não regulamentaram os dispositivos que permitem à população ter acesso aos dados dos órgãos públicos.

A realidade apontada e a que traduz a falta de implementação e concretização dos preceitos da Lei de Acesso à Informação reforçam a importância do debate e do desenvolvimento do tema no âmbito do Ministério Público, que neste artigo foi estruturado em três pontos: direito fundamental de acesso à informação, improbidade administrativa e Ministério Público.

11 Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-05/cgu-63-das-cidades-e-dois-estados-tiraram-nota-zero-em-transparencia>>. Acesso em: 27 mai. 2015.

O direito fundamental de acesso à informação pública, tanto na perspectiva subjetiva quanto na perspectiva objetiva, é concebido como instrumento jurídico, traduzido pelo valor transparência, assegurador do acesso à informação detida ou produzida pelo Estado, definida nos termos do direito positivo como pública. Normativamente importa na possibilidade de o titular do direito exigir e receber do Estado informação considerada pública, e de não ser impedido ou proibido de acessá-la.

Encerra uma expectativa materialmente qualificada da democracia, pois se presta ao fomento no combate à improbidade administrativa, à corrupção, ao *accountability*, ao controle político e administrativo e à participação do cidadão na política.

Da relação estabelecida entre a Lei de Acesso à Informação e a Lei de Improbidade Administrativa foi possível anotar as considerações seguintes.

Em primeiro lugar, a relação de complementariedade entre os textos normativos, na medida em que a inovação legislativa da LAI segue uma tendência de tipificação de condutas ímprobas ao longo de textos legais específicos, diversos daqueles elencados na Lei de Improbidade Administrativa, a exemplo do Estatuto da Cidade (art. 52) e do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (art. 85).

São atos de improbidade administrativa aquelas condutas previstas no art. 7º, §4º, da LAI, consistentes na negativa de acesso às informações objeto de pedido formulado aos órgãos e entidades, quando não fundamentada, e as dos incisos do art. 32 da LAI, quais sejam: I) recusar-se a fornecer informação, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa; II) utilizar indevidamente, bem como subtrair, destruir, inutilizar, desfigurar, alterar ou ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública; III) agir com dolo ou má-fé na análise das solicitações de acesso à informação; IV) divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal; V) impor sigilo à informação para obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem; VI) ocultar da revisão de autoridade superior competente informação sigilosa para beneficiar a si ou a outrem, ou em prejuízo de terceiros; e VII) destruir ou subtrair, por qualquer meio, documentos concernentes a possíveis violações de direitos humanos por parte de agentes do Estado.

Há uma relação de complementariedade, e não de exclusão, por sua especialidade. A previsão da LAI acaba por se transformar em norma de apoio ao aplicador do direito, sem excluir os atos de improbidade já consagrados da Lei de Improbidade Administrativa.

Em segundo lugar, sobre a aplicação das sanções correspondentes às condutas constitutivas de improbidade, a Lei de Acesso à Informação não as definiu, razão de depender da interpretação conjugada com a Lei nº 8.429/1992, especialmente com a previsão do seu art. 12, que define as sanções aplicáveis aos atos de improbidade, conforme as modalidades de comportamento (enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios da Administração). Não se pode concluir antecipadamente, em juízo abstrato da LAI, que as condutas por ela consideradas como atos de improbidade são as que atentam contra os princípios da administração pública, pois em determinadas hipóteses, podem importar em enriquecimento ilícito ou causar prejuízos ao erário.

Em terceiro lugar, a exigibilidade de dolo ou culpa na conformação do ato de improbidade administrativa vai depender de duas variáveis. Se a hipótese elencada no art. 32 da LAI exige expressamente a vontade de produzir o resultado ímprobo, na modalidade dolosa, tal como o fez os incisos I, III, V, e VI ou na conformidade da classificação do comportamento enquanto enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios da Administração, os quais exigem o comportamento doloso entre todas as possíveis classificações e culposo exclusivamente na lesão ao erário.

Por último, em quarto lugar, as condutas ímprobas relacionadas às transparências ativa e passiva. Não resta qualquer dúvida quanto a responsabilidade por improbidade administrativa do que resulta a transparência passiva, enquanto dever de informar em atendimento à solicitação do cidadão. A problemática encontra-se na transparência ativa, uma vez que, e.g. a constatação da inexistência de sítios oficiais na rede mundial de computadores (internet), conforme exigido no art. 8º, §2º, da LAI, poderia resultar na responsabilização por ato de improbidade administrativa, no comportamento de recusar a fornecer informação requerida, combinada com a negativa de publicidade aos atos oficiais (art. 11, IV, da Lei nº 8.429/1992). A atribuição de responsabilidade ao gestor público que deixe de garantir, mediante a implementação da organização e procedimento da estrutura exigida pela LAI, pode representar um novo panorama de atuação institucional e de eficiência na concretização do direito fundamental.

O papel do Ministério Público compõe dois grandes desafios quando compreendida a dupla função que o direito fundamental de acesso à informação pública desafia (defesa e prestação).

O primeiro desafio consistente no enfrentamento da função de organização e procedimento, impondo aplicação de recursos orçamentários de criação e manutenção do seu complexo, além de compelir estreita e contínua fiscalização para efetiva e permanente execução, enquanto política pública, a incluir a instauração de inquéritos civis, para celebração de termos de ajuste de conduta, expedição de recomendações e na propositura de ações civis públicas.

O segundo desafio institucional, no uso das ações de improbidade administrativa, fundadas na Lei nº 8.429/1992, em conjunto com a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, enquanto enfrentamento da função de defesa, que impõe ao Estado um dever de abstenção ou de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo caracterizada no impedimento da divulgação de informação pessoal ou sigilosa, e criação de obstáculos ou negativa da divulgação (transparência ativa) ou garantia de acesso (transparência passiva) da informação pública.

A conjugação de esforços institucionais pelo Ministério Público brasileiro que favoreça ao mesmo tempo a busca pela estruturação da organização e do procedimento no modelo legal proposto pela Lei de Acesso à Informação, na garantia do acesso à informação pública e de resguardo do segredo nas hipóteses constitucionais, em conjunto, principalmente com medidas de responsabilização por atos de improbidade administrativa, compõe os novos desafios da instituição tendentes à concretização do direito fundamental.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC, 1993. p. 430.

BIZERRA, André Luiz Villagelim. *Governança no setor público: a aderência dos relatórios de gestão do Poder Executivo municipal aos princípios e padrões de boas práticas de governança*. 2011. 124f. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) – Faculdade de Administração e Finanças, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada: art. 1º a 107*. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DO VALE, André Rufino. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores (e-book)*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa*. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FREITAS, Juarez. O princípio da moralidade e a Lei de Improbidade Administrativa. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, n. 48, p. 5.078, fev. 2005.

GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da Informação. Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2003.

JARDIM, José Maria. *Transparência e opacidade informacional do Estado no Brasil: usos e desusos da informação governamental*. Niterói: UFF, 1999.

LEDERMAN, Daniel; LOAYZA, Norman; SOARES, Rodrigo. *Accountability and corruption: political institutions matter*. *Economics & Politics*, v. 17, n. 1, 2005.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Probidade administrativa*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

NOGUEIRA, José Geraldo de Ataliba. Como fazer transparente a administração pública: mecanismos de controle popular. In: *Problemas e reformas: subsídios para o debate constituinte*. São Paulo: OAB-SP, 1988.

LIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Método, 2014.

SANSON, Vanessa de Toledo Costa. *O direito fundamental à informação: a cidadania e o direito a ser informado*. Dissertação (Mestrado em Direito). UNIFIEO, Osasco, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SCHEDLER, Andréas. Conceptualizing accountability. In: Andreas Schedler, Larry Diamond, Marc F. Plattner (eds.) *The self-Restraining State. Power and Accountability in new democracies*. Boulder and London, Lynne Rienner Publishers. 1999.

A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO PREVENTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO OMBUDSMAN EM PROL DA BOA ADMINISTRAÇÃO, NO COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Salomão Ismail Filho¹

Resumo: A atuação preventiva do Ministério Público enquanto mediador e negociador social em prol da cultura da boa administração traz efeitos benéficos no combate à improbidade administrativa no Brasil. Além de norma principiológica, a boa administração constitui um direito fundamental. Contribui para o conceito de boa administração a ideia de *Good Governance*, extraída do Direito anglo-saxônico. O MP brasileiro, enquanto *Ombudsman* do povo, há de direcionar suas atividades em prol da concretização do direito fundamental à boa administração, mediante uma atuação preventiva, pedagógica e não apenas repressiva.

Palavras-chave: Boa Administração Pública. Ministério Público. *Ombudsman*. Mediação e Negociação Social. Improbidade Administrativa.

Abstract. Preventive actions of Public Prosecutor's Office as a mediator and social negotiator towards Good Administration culture brings beneficial effects in combating administrative misconduct in Brazil. Good Administration is a fundamental right and also a standard principle. The Good Governance idea is originally from Anglo-Saxon law and contributes to the Good Administration concept. The Brazilian Public Prosecutor's Office, as people's Ombudsman, must direct its activities in search of the implementation of the fundamental right to Good Administration by means of a preventive and educational action and not only repressive approach.

Keywords: Good Public Administration. Public Prosecutor's Office. Ombudsman. Mediation and Social Negotiation. Administrative misconduct.

Sumário: Introdução. **1.** Boa Administração e Gestão Pública Eficiente. **2.** A boa Administração Pública como um direito fundamental do cidadão. **2.1.** Boa governança e o seu contributo ao conceito de boa administração. **3.** *Ombudsman*: o ouvidor do povo como Poder fiscalizador no constitucionalismo contemporâneo. **4.** Ministério Público: o *Ombudsman* brasileiro e seu papel em

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público de Pernambuco. MBA em Gestão do Ministério Público pela Universidade de Pernambuco. Especialista e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa (tese depositada).

prol da boa Administração Pública. **4.1.** Ministério Público *Ombudsman* e sua atuação como mediador e negociador social na tutela do patrimônio público e em defesa da probidade administrativa. **5.** Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O Ministério Público brasileiro tem atuado com bastante ênfase em defesa do patrimônio público, máxime por relevantes ações civis por ato de improbidade administrativa e ações penais em desfavor de gestores públicos.

De outro lado, há de merecer destaque a atuação do *Parquet* como mediador e negociador social em defesa de direitos sociais, como saúde e educação, mediante uma atuação preventiva e resolutive.

Não seria o caso de se falar também em uma atuação mediadora e preventiva do Ministério Público, na qualidade de *Ombudsman* brasileiro, na esfera de defesa do patrimônio público, por meio da promoção do direito fundamental à boa Administração Pública? O que seria exatamente tal direito? Uma atuação preventiva e educativa dos membros do Ministério Público, nessa área, ao lado da necessária atuação repressiva quando presentes os requisitos, não poderia trazer efeitos benéficos para a sociedade e para os gestores públicos envolvidos? Como o Ministério Público poderia contribuir para a consolidação da cultura da boa administração no âmbito do serviço público brasileiro?

Dissertar a respeito de tais questionamentos é o principal objetivo deste artigo jurídico.

1. BOA ADMINISTRAÇÃO E GESTÃO PÚBLICA EFICIENTE

A noção de boa administração, de fato, relaciona-se à persecução do interesse público pelo decisor político ou pelo administrador público.

Deveras, no exercício das suas atribuições, não basta o gestor público encontrar qualquer solução administrativa, é preciso encontrar a melhor solução administrativa possível, diante da situação concreta que lhe é apresentada. Ou seja, deve ele buscar aquela escolha que reflita a opção que melhor se enquadre no chamado bloco de constitucionalidade (observância da Constituição e das leis que tutelam a atividade administrativa), aquela que realize da melhor forma possível os princípios constitucionais aos quais está vinculada a Administração Pública.

A expressão “bloco de constitucionalidade” é preferível à denominada “bloco de legalidade”, por considerar a primeira mais abrangente e relacionada à obrigação dos Estados Democráticos de Direito de respeitarem a Constituição e a teleologia de suas normas e princípios.²

Bastante feliz, nesse aspecto, o art. 103.2 da Constituição da Espanha, quando subordina, expressamente, a Administração aos ditames da lei.³

No mesmo sentido, o art. 266.2 da Carta Portuguesa, também fazendo menção expressa à atuação dos órgãos administrativos e de seus agentes em comunhão com a Constituição, à lei e aos princípios de boa conduta administrativa.⁴ Eis mais um exemplo da consagração legislativa da subordinação da Administração Pública ao chamado bloco de constitucionalidade.

Gaspar Ariño Ortiz (2010, p. 13-15), a propósito, destaca que o grande triunfo histórico sobre o Antigo Regime foi a subordinação da Administração Pública à lei. Porém, lembra, igualmente, que não é possível apenas um “governo de leis”, devendo, pois, haver, na prática, conjunção com o “governo dos homens”. Eis a razão pela qual não se pode abolir a discricionariedade administrativa, prevendo a lei uma faixa de liberdade para escolhas e decisões administrativas.

Deveras, não necessariamente tem que existir uma única solução, mas o gestor público deverá optar por aquilo que esteja dentro das metas constitucionais definidas para o Estado do qual faz parte e atua na condição de servidor público *lato sensu*.

Segundo Rogério Soares (1955, p. 187-190), não é suficiente que a Administração Pública simplesmente atue; deve ela atuar de certa maneira, sempre direcionando as suas atividades para a satisfação do interesse público, pelo melhor meio, aquele que se apresente como justo e ótimo.

Por conseguinte, tem-se a ideia de eficiência da Administração Pública, isto é, uma gestão pública voltada para a produção de ótimo resultado, visando a beneficiar o interesse público e, consequentemente, os cidadãos (ou pelo menos, sua maioria).

2 O Supremo Tribunal Federal tem desenvolvido o conceito de bloco de constitucionalidade no controle de constitucionalidade abstrato das leis, entendendo-o como um parâmetro constitucional, formado pela Constituição, os seus princípios e as normas infralegais que dão concretude a valores constitucionais. Nesse sentido, consulte-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, rel. Min. Celso de Mello, decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 595-ES. Brasília, 18.2.2002. DJ de 26.2.2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=bloco%20de%20constitucionalidade&numero=258&pagina=10&base=INFO>>. Acesso em: 11.5.2012. Sobre a expressão “bloco de legalidade”, consulte-se: SOUSA; MATOS, 2010, p. 110-112 e 178-179.

3 *Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley.*

4 Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.

Isso porque administrar recursos públicos é gerir interesses alheios, dentro da ética de moralidade (honestidade), cuja principal meta deve ser não o interesse pessoal do administrador ou gestor, mas servir à comunidade.⁵ Nesse passo, a Constituição brasileira de 1988 adotou expressamente a eficiência como um dos princípios da Administração Pública (art. 37, *caput*).⁶

Mais adiante, ao tratar da segurança pública, a Carta cidadã faz a ligação entre legalidade, eficiência e boa administração ao prescrever que “a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades” (art. 144, § 7º).

Isso sem falar que, no art. 70, *caput*, a Carta brasileira, quando trata do controle contábil, financeiro e orçamentário da Administração Pública da União,⁷ não prevê apenas um controle de legalidade mas também uma fiscalização de legitimidade e de economicidade, o que não deixa de ser um controle de eficiência, visando à boa Administração Pública.

Não por acaso, ao analisar o novo panorama constitucional europeu, Gomes Canotilho (2005, p. 672-674) apresenta, como uma das características do Estado, o Estado Estatutário e o Estado Econômico, alicerçado no estabelecimento de metas para o pessoal do serviço público (à semelhança do setor privado) e em um controle orçamentário *a posteriori*, por meio da avaliação da eficácia e da boa utilização dos recursos financeiros segundo métodos de gestão privada.

Por corolário, observa-se que a prática da boa administração exigirá do gestor público permanente prática de *accountability*, prestando contas de suas ações e projetos à população, não apenas no período eleitoral mas além dele, ou seja, durante todo o exercício do seu mandato político.⁸

5 Por isso, Paulo Otero entende que a Administração Pública e o Direito Administrativo, além de uma ética de servir à coletividade, devem estar alicerçados em três pilares fundamentais: interesse público, vinculação e responsabilidade. Conforme, OTERO, 2012.

6 O *caput* do art. 37 da CF/88 também faz referências aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Destacam-se que o princípio da eficiência foi inserido no Texto Constitucional pela Emenda nº 19, de 4.6.1998.

7 A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

8 Como defende Merilee S. Grindle (2013, p. 207-208 e 226-227), demonstrando, através de pesquisa feita em municípios do México, que as eleições municipais são apenas mais um momento que permite o *accountability* (prestação de contas) dos gestores públicos na América Latina, precisando ser complementadas por ações coletivas e direitos de cidadania durante o exercício do mandato eletivo.

2. A BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO

Autores como Lucio Pegoraro (2011, p. 36-41) não entendem a boa administração como um direito do cidadão, mas como um objetivo do Estado, uma meta a ser atingida pelos gestores públicos. Assim, seria a boa administração algo que integra o próprio conceito de Estado, e não propriamente um direito. Outros doutrinadores, como Rogério Soares (1955, p. 198-201), interpretam a boa administração como dever do gestor público, dever de direcionar o poder conferido pela norma jurídica à satisfação do interesse público, descobrindo, em um determinado caso concreto, o interesse público visado pela própria norma.

Ora bem, a boa administração não é apenas uma exortação ou um instituto teórico do direito administrativo. Também não se limita ela a integrar o conceito de Estado, embora com este esteja indiscutivelmente relacionada.

Deveras, como destacado na definição de Rogério Soares, há a presença de um dever, dever este a ser observado pelo gestor público na sua atuação funcional/administrativa.

Mas, de outro lado, como em uma relação sinalagmática, o particular/administrado (o qual, nos Estados Democráticos e Sociais de Direito, integra o conceito de povo, titular do Poder Político), também possui direito de exigir dos servidores públicos o cumprimento do dever de boa administração pública, máxime daqueles que elegeram para tanto.

Nesse passo, a boa administração é, sim, um direito fundamental que liga o cidadão ao administrador público e cujo conteúdo é a observância por este dos princípios da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, igualdade, razoabilidade, proporcionalidade etc.), das tarefas fundamentais do Estado e dos direitos referentes à participação procedimental do particular na gestão pública (devido processo legal, duração razoável do processo, direito à audiência com o gestor e/ou seu representante, entre outros).⁹

9 A ideia de tratar os direitos fundamentais como uma relação também é desenvolvida por Erik Longo, o qual considera os direitos sociais como uma relação entre o indivíduo, o Estado e outras entidades privadas, destinadas a prestações sociais. Para o referido autor, os direitos sociais, embora socialmente condicionados a fatos, não se limitam a exortações ou previsões abstratas, constituindo-se em direitos, decorrentes de uma relação jurídica onde se prevê uma determinada realidade material em prol do cidadão. Merece destaque, ainda, a eficácia horizontal dos direitos sociais esboçada pelo autor, atingindo não somente o Estado mas outras pessoas jurídicas (e físicas, diríamos nós, como os empresários individuais e os empregadores domésticos), também vinculadas a deveres de solidariedade para com os seus empregados (lembramos, a propósito, dos direitos trabalhistas). No mais, consulte-se: LONGO, 2012, p. 431-438.

Trata-se, como bem lembra Lourenzo Baquer (2011, p. 54), não apenas de argumento simbólico mas também de um conjunto de técnicas e práticas as quais tornarão a boa gestão pública uma realidade.

Comungamos, pois, com Juarez de Freitas (2009, p. 22-28 e 46), quando define o direito fundamental à boa Administração Pública como um somatório de direitos subjetivos públicos (direito à Administração Pública transparente, dialógica, imparcial, proba, respeitadora de legalidade temperada e com uma atuação eficaz e preventiva). Também comporia seu conteúdo o direito a maior participação do administrado nos procedimentos e decisões da Administração Pública.

A Constituição italiana de 1947, no art. 97, 1ª parte, traz a previsão de uma gestão administrativa de acordo com a lei, de forma que sejam assegurados o bom andamento e a imparcialidade da Administração.¹⁰

Nesse contexto, importante mencionar o art. 70, *caput*, da Constituição brasileira de 1988, o qual não fala apenas em controle de legalidade dos atos do Poder Público mas também em controle de legitimidade e economicidade.

Como corolário de tais assertivas, conclui-se que a legitimidade do agir administrativo é algo que também está relacionado com a prática da boa administração pelo gestor público.

E se é possível um controle de “legitimidade” pelos órgãos externos de controle da gestão pública (não se limitando apenas a aspectos de legalidade formal), é porque há um direito (decorrente do arcabouço jurídico no qual se encontra inserida a Administração Pública, o chamado bloco de constitucionalidade) por parte do titular do Poder Político (povo) de ver observada tal legitimidade, cujo conteúdo também inclui a boa administração.

A propósito, o art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, itens 1 a 4, expressamente consagra a boa administração como um direito, cujo conteúdo seria o tratamento dos pleitos dirigidos à União de forma equitativa, imparcial e rápida,

¹⁰ *I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione (...).*

além do direito de oitiva; do direito de acesso aos documentos e processos públicos; do direito à reparação e do direito de receber, a respeito dos seus pleitos, em um dos idiomas dos países signatários, uma decisão administrativa fundamentada.¹¹

O direito fundamental à boa Administração Pública revela-se, assim, como um direito de natureza prestacional, que vincula o administrador à observância dos princípios constitucionais relacionados com a gestão pública, inclusive aqueles que permitem maior participação procedimental do administrado na gestão da *res publicae* (por meio de audiências públicas; direito de oitiva particular; consultas à população etc.).¹² Participação procedimental esta que se configura, em verdade, em um controle social permanente da Administração pelo titular do Poder Político, isto é, o povo (GORDILLO, 2003, p.15-16).

Merece menção outrossim o art. 20, item 1, da Constituição de Portugal, que consagra o direito de acesso à justiça, sem limitá-lo apenas à esfera jurisdicional.¹³

No mesmo diapasão, o art. 5º, XXXIV, a, da Constituição brasileira de 1988 elenca, como direito fundamental, o direito de petição aos poderes públicos para a defesa de direitos ou contra a ilegalidade ou abuso de poder. É o chamado direito a uma maior participação procedimental, como destaca Canotilho (2008, p.73).

Destarte, resta evidente que a boa administração pede providências ótimas¹⁴, voltadas para o cumprimento de objetivos/metapas do Estado, entre os quais não podem ser ignorados os direitos fundamentais da pessoa humana, em suas perspectivas individual e social, os quais exigirão escolhas e prestações do Poder Público. É em tais momentos que a boa administração terá uma importância

11 Transcrevemos, a propósito, a legislação europeia mencionada, em face de sua importância para o tema do qual ora tratamos: “Art. 41. Direito a uma boa administração. 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: a) O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente; b) O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; c) A obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua”.

12 Carlos Urquilla (2008, p. 82) fala em uma obrigação da gestão administrativa observar os princípios da independência, imparcialidade, oportunidade e eficiência.

13 A norma constitucional lusitana fala em direito de acesso ao direito e aos tribunais, sem fazer referência limitativa ao Poder Judiciário, ao contrário do que fez o art. 5º, XXXV, da CF/88, que informa que do Poder Judiciário não será excluída lesão ou ameaça de direito. Todavia, outras normas constitucionais, do próprio art. 5º da Carta brasileira, como o direito de petição (inciso XXIV, a), o direito à assistência judiciária integral (inciso LXXIV) e o direito à duração razoável do processo (inciso LXXVIII) garantem também, no Brasil, o acesso ao valor justiça no âmbito da Administração Pública, sem uma redação restritiva ao processo judicial. Nesse sentido, consulte-se: Ismail Filho, 2011, p. 49-51.

14 Segundo Rogério Soares (1955, p. 189), boa administração é sinônimo de ótima administração, pois cabe ao agente público encontrar o único meio que satisfaz integralmente a vontade da norma.

fundamental, pois é em nome desse direito (para o administrado) e dever (para o gestor) que as previsões constitucionais de melhor qualidade de vida para a população e de direitos fundamentais não poderão ser ignoradas pelo gestor público ou tratadas como meras normas simbólicas, sem exigibilidade ou exortativas.

2.1. Boa governança e o seu contributo ao conceito de boa Administração

A palavra “governança” tem sido utilizada por doutrinadores de disciplinas outras, além do universo jurídico, como sinônimo de uma nova forma de administrar, de governar. Ou seja, nova proposta daquilo que seja governo ou administração no âmbito do serviço público.¹⁵

Eis, então, a ideia de *boa governança*, expressão de contornos latos, a qual não se limita a se apresentar como uma definição simplesmente jurídica, mas alberga, em seu conceito, tópicos do Direito, da Ciência da Administração e da Economia, trazendo, assim, a proposta de uma nova forma de gestão pública, menos burocratizada e, concomitantemente, mais eficiente, com menos presença do Estado, tendo por corolário maior participação da sociedade civil na persecução do interesse público.

Por sua vez, o termo *boa administração*, em nosso sentir, é expressão vinculada a um sentido jurídico de Administração Pública, que se compromete a observar uma série de direitos subjetivos em prol do Administrado (como o direito ao devido processo legal e à participação procedimental), bem como os princípios para ela insculpidos na Constituição, o que resultará em um serviço público mais transparente, legítimo e efetivo.

Mas, ao conceito de boa administração devem ser agregados muitos conceitos trazidos pelos teóricos da boa governança, tópico que tem encontrado maior sintonia no direito anglo-saxônico. Como exemplo, pode-se aduzir que boa governança pública significa tratar os destinatários do serviço público não como simples consumidores, mas, antes de tudo, como cidadãos.¹⁶ E, independentemente de resultados ou eficácia, é preciso atuar permanentemente em prol da

15 A propósito, consulte-se entendimento de Paulo Nogueira da Costa (2014, p. 149-153), para quem a expressão *governance*, extraída do direito anglo-saxônico, é ampla, revelando contornos poucos precisos.

16 Por isso, a permanente necessidade de *accountability*, durante o período do mandato do decisor político, e não apenas no período de campanha eleitoral. À luz de tal conclusão – e também em decorrência de outros argumentos – a vedação de uma reeleição sucessiva apresenta-se como forma de evitar abusos durante o período eleitoral, permitindo que a gestão pública tenha como foco a realização de direitos civis e coletivos, e não a recondução do decisor político ao cargo para o qual foi eleito. Nesse sentido, consulte-se GRINDLE, 2013, p. 226-227.

satisfação do cliente (ou cidadão), sempre tendo por meta contribuir para que o cidadão tenha uma vida melhor.¹⁷

Deveras, acrescentaríamos, contribuir para que o cidadão tenha uma vida melhor é contribuir para sua felicidade, vindo-se, então, a tornar exequível o amplo (mas, indubitavelmente, concretizável) direito humano à felicidade.

Outro importante contributo da boa governança é a visão de que não se deve diferenciar o gestor político do gestor administrativo, no que se refere ao comprometimento com o bom andamento do serviço público e ao atendimento dos interesses da população. Dessacraliza-se, assim, a ideia da decisão política ou governamental como algo divino, inatingível e insuscetível de qualquer forma de controle ou questionamento.

Se, por um lado, deve a gestão do decisor político primar por decisões visando à eficiência do serviço prestado; por outro, a ideia de prestação de contas (*accountability*) deve estar presente também em qualquer outra esfera administrativa de decisão, pois deve existir uma preocupação permanente com o destinatário do serviço (cidadão).¹⁸

Boa governança, outrossim, significa governar com transparência, tomando decisões fundamentadas, em que o usuário do serviço público, sempre que possível, deve ser ouvido e precisa ter acesso aos motivos ensejadores da decisão governamental. Isso porque, como já afirmado reiteradamente, deve-se ter sempre em conta a permanente necessidade de prestação de contas (*accountability*).¹⁹

Por conseguinte, emerge a necessidade de um planejamento prévio das decisões administrativas e que exista um diálogo permanente (canal de comunicação) entre executivos do serviço público (administradores ou gestores públicos) e usuários/destinatários da prestação.²⁰

17 Essa é a lição extraída da obra de Janet e Robert Denhart (2007, p. 3-5 e 13), os quais exaltam uma nova forma de prestação do serviço público, em que o interesse público deve ser igualmente perseguido por cidadãos e gestores públicos. O serviço público é, enfim, entendido como uma das consequências do processo democrático. Assim, a desburocratização e a maior participação do cidadão na gestão da coisa pública seriam essenciais para caracterizar a nova forma de serviço público e, por corolário, a boa governança, antítese do “velho” serviço público.

18 Janete e Robert Denhardt (2007, p. 6-8) destacam que mesmo doutrinadores da “velha” Administração, no âmbito do Direito anglo-saxônico, outrora relataram as dificuldades de separar, na prática, o político do administrativo. No entanto, há que se dizer – e isso não negamos – o casal Denhardt também entende que, em determinados momentos, a diferença entre o político e o administrativo é necessária. Mais importante, contudo, é que, em ambos os conceitos, permaneça presente a ideia de *accountability*, em prol do usuário do serviço público.

19 A característica da transparência é essencial para que a sociedade civil possa engajar-se na fiscalização dos governos locais, tendo, assim, pleno conhecimento dos projetos e atos administrativos e governamentais (CHEEMA, 2013, p. 233-234).

20 Nesse sentido, os chamados “princípios da Boa Governança”, elaborados pela OPM (Office for Public Management Ltd) e pela CIPFA (The Chartered Institute of Public Finance and Accountancy), em obra específica sobre o tema. (CIPFA, 2004, p. 4-8)

Para as Nações Unidas, aliás, as principais características da boa governança são consenso, participação, efetividade/eficiência, *accountability*, equidade e inclusão, transparência, responsabilidade e, por fim, cumprimento da lei (ou seja, seguir as “regras do jogo”).

Ainda mais. Em estudos sobre o tema, a ONU defende a democracia participativa, aduzindo que a democracia meramente representativa não é suficiente para pôr em prática todos os valores exigidos pela boa governança. Além disso, a boa governança promove a diminuição dos casos de corrupção no serviço público e faz com que o gestor passe a levar em conta o direito das minorias, no processo de tomada de decisões.²¹ A boa governança, em tal sentido, deve estar interligada aos direitos humanos, como bem lembra o Alto Comissariado das Nações Unidas. Serão os princípios de direitos humanos que deverão orientar a boa governança, inclusive no combate à corrupção, por meio do fortalecimento da transparência das contas dos serviços de governo e das instituições responsáveis pela sua fiscalização.²²

Importante aduzir, contudo, que a “fórmula” universal da *good governance*, alicerçada em democracia, respeito aos direitos humanos e em uma administração eficiente, nem sempre se aplica simetricamente a todos os ordenamentos jurídicos destinatários. E nem de longe pode ser imposta abruptamente aos Estados. É preciso, pois, que a cultura da boa governança seja aplicada gradativamente, embora contínua, mediante a criação e o desenvolvimento de instituições fortes e responsáveis pelo desenvolvimento na cultura local de uma nova forma de compreender e vivenciar a Administração Pública (MEISEL, 2008, p. 6-8). Por isso, a importância da observância de determinados vetores, a fim de tornar o serviço público cada vez mais objetivo.

Como exemplo, deve o concurso público ser a regra, para a seleção de servidores, no âmbito da Administração Pública.²³ Também o controle interno de atos e decisões administrativas, de entidades e pessoas de direito público precisa ser valorizado e fortalecido, por meio da criação de Controladorias, Procuradorias Jurídicas (Advocacia Pública) e Ouvidorias.

21 Cf. UNITED NATIONS. Economic and Social Commission for Asia and the Pacific. What is good governance? p. 1-3. Disponível em: <<http://www.unescap.org/pdd/publications/Mdg-access2basic-service/Mdg-access-to-basic-services.pdf>>. Acesso em: 4 mar. 2014.

22 Cf. UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner for Human Rights. Good Governance and Human Rights. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/en/Issues/Development/GoodGovernance/Pages/GoodGovernanceIndex.aspx>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

23 Lembremos do art. 23, item 1, c, do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22.11.1969), que assegura a todo cidadão o direito de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

Não olvidemos, outrossim, dos órgãos de controle externo, como o *Ombudsman*/Ministério Público e o Tribunal de Contas, os quais devem gozar da necessária autonomia funcional e orçamentária.

3. OMBUDSMAN: O OUVIDOR DO POVO COMO PODER FISCALIZADOR NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

A palavra *Ombudsman* significa representante, procurador, e teria origem em um termo usado por antigas tribos germânicas para designar aquelas pessoas cuja função era recolher multas e/ou contribuições das famílias de réus arrependidos, para, posteriormente, distribuir o dinheiro obtido aos familiares de suas respectivas vítimas.²⁴

Para Giovanni Napione (1969, p. 2-3), a tradução literal de *Ombudsman* é “aquele que faz o trâmite”, ou seja, alguém que serve de intermediário. Eis porque também se considera a palavra procurador como um dos seus significados. *Ombudsman*, conforme o autor, é uma palavra derivada do radical sueco *umbup*, que significa poder, autoridade, representação.

Na Suécia, em 1809, após a revolução que destronou o rei Gustavo Adolfo, o *Ombudsman* foi criado com a missão de fiscalizar o cumprimento da lei pelos órgãos da Administração Pública em geral.

Alguns autores, como Victor Faren Guillen (1982, p. 35-38), retrocedem ainda mais na história sueca para justificar o aparecimento do *Ombudsman*. Lembra que, nas funções do Conselheiro da Justiça (*Justitiekansler*), desempenhadas desde o início do século XVIII, estariam as suas raízes.

No entanto, o *Justitiekansler* era um cargo vinculado ao rei, atuando também como acusador penal e no controle da atuação funcional dos servidores da Administração, ora com maior, ora com menor autonomia.

De fato, o conceito moderno de *Ombudsman* apenas surgiria com a Constituição sueca de 1809, quando o próprio parlamento sueco passou a designar um comissário para fiscalizar a atuação da Administração Pública.²⁵

24 Cf. PORTUGAL. Provedor de Justiça. Origens. Disponível em: <<http://www.provedor-jus.pt/Ombudsman.htm>>. Acesso em: 30.3.2011.

25 Atualmente, o Parlamento sueco elege o *Ombudsman* para supervisionar a aplicação da lei e outras normas relacionadas ao serviço público. A estrutura do *Ombudsman* sueco é formada por um Chefe e três *Ombudsmen* parlamentares adjuntos, podendo também o *Riksdag* (Parlamento) indicar deputados *Ombudsmen* para auxiliar nos trabalhos de fiscalização. Consultem-se, a propósito, os termos do capítulo 8º, art. 11, do *Riksdag Act*, conforme SUÉCIA. Riksdag Act. Disponível em: <http://www.riksdagen.se/templates/R_PageExtended_____6425.aspx>. Acesso em: 20.6.2011.

Conforme destaca Fernando Alves Correia (1979, p. 28-30), havia, naquele país escandinavo, nítida separação em Governo e Administração. Por isso, na prática, não existia relação de controle entre o 1º escalão do Governo (Ministérios) e os vários órgãos e ramificações da Administração Pública, o que exigia a criação de um órgão de controle para fiscalizar o cumprimento da lei por aqueles servidores públicos.

A partir de então, de forma gradativa, o projeto do *Ombudsman* espalhou-se por outros países escandinavos (como a Finlândia e a Dinamarca) e pelos demais países europeus, os quais destacamos o Reino Unido (1967); a França (1973); Portugal (1975); a Espanha (1978) e a Grécia (1997).

Merece destaque a criação do *Ombudsman* europeu, por meio do Tratado da União Europeia (Maastricht, Holanda, 1992), com a missão de averiguar o bom funcionamento das instituições europeias (art. 138-E).

Em alguns países latino-americanos, como Argentina, Bolívia, Costa Rica, Colômbia, Equador e Paraguai, também se encontra o *Ombudsman*, pela figura do *Defensor del Pueblo*, mesma designação adotada pela Constituição Espanhola (art. 54) (ROCA, 2008).

No México, existe a Comissão Nacional de Direitos, a qual, gradativamente, adquire a necessária autonomia para funcionar como *Ombudsman* (SERRANO, 2008, p. 245-247).

O art. 86 da Constituição Argentina deixa claro que o *Defensor del Pueblo* é um órgão independente, encarregado da defesa dos direitos humanos e dos demais direitos e garantias previstos na Constituição, além de exercer o controle das funções administrativas públicas.

Portanto, fica evidente que o *munus* a ser exercido pelo *Ombudsman*, na sociedade, está diretamente relacionado à defesa dos direitos humanos/fundamentais e ao controle da Administração Pública, visando à prática da boa administração, por meio da observância dos limites constitucionais e legais pelo administrador, inclusive verificando, em determinadas situações concretas, se houve uma possível ausência de lógica ou mesmo a presença de arbitrariedade na decisão administrativa.²⁶

Deve ser, pois, o *Ombudsman* a “casa” onde todo cidadão pode encontrar apoio e estímulo para apresentar suas queixas e reclamações contra as ações daquele gigante conhecido como Estado

²⁶ Seria aquilo que Giovanni Napione (1969, p. 91-92) considerava como novas tendências da doutrina a respeito da atuação do *Ombudsman* perante os atos administrativos discricionários.

e de todos os seus delegados que exercem serviços de relevância pública, os quais venham a interferir na esfera dos direitos e liberdades do administrado.²⁷

Literalmente, o *Ombudsman* é um ouvidor do povo. Mas, um ouvidor que não se limita apenas a “ouvir”, podendo (e devendo!) atuar pela resolução do problema junto à Administração Pública, seja por meio de uma atuação extrajudicial (reuniões, recomendações etc.) seja por medidas judiciais (como ações de natureza coletiva e/ou a ações do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos).

Nos dias atuais, é de suma importância que exista um órgão independente, externo à própria Administração e aos outros Poderes soberanos, dotado da independência funcional necessária, para fiscalizar a conformidade da atuação de todos eles, de acordo com os objetivos constitucionais e os direitos fundamentais. Tal órgão vem a ser, justamente, o *Ombudsman*, que deve funcionar como ouvido e voz da população, a fim de examinar a conformidade constitucional dos atos dos poderes públicos.

Por isso, onde houver o exercício de um Poder soberano, é preciso que exista o *Ombudsman*, ou seja, um órgão de natureza externa, a representar toda a sociedade, cuja missão é fiscalizar o exercício desse Poder, à luz do projeto constitucional daquele país ou Estado. Seria uma espécie de “poder fiscalizador”, com atuação perante os poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário) e suas ramificações.

Não propriamente um 4º Poder, mas um órgão público de natureza independente, não subordinado à chefia de qualquer Poder (devendo tal independência ser aprimorada não apenas no âmbito funcional mas também no administrativo e financeiro) com o mister constitucional de fiscalizar todos os poderes soberanos. Agregue-se a tais características o amplo acesso de todos os seguimentos da sociedade ao *Ombudsman*, a fim de garantir a democracia participativa.

A fiscalização do *Ombudsman* não se limita ao plano contábil ou financeiro, como aquela tradicionalmente feita pelos Tribunais de Contas, mas vai além, a fim de examinar a conectividade dos atos e decisões dos poderes públicos com os direitos e liberdades assegurados na Constituição.

²⁷ Segundo Jorge Miranda (1995, p. 5), o *Ombudsman* é um órgão de defesa e promoção dos direitos e de outras situações jurídico-subjetivas dos cidadãos, não sendo por acaso que o Provedor de Justiça (*Ombudsman* português) seja tratado, em sede constitucional, no capítulo de princípios gerais dos direitos fundamentais.

E tal aspecto, evidentemente, tem como corolário uma atuação em defesa dos direitos da pessoa humana, merecendo destaque o direito fundamental à boa Administração Pública, mencionado outrora neste artigo jurídico.

4. MINISTÉRIO PÚBLICO: O OMBUDSMAN BRASILEIRO E SEU PAPEL EM PROL DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No Brasil, a Constituição de 1988 não criou um novo cargo e/ou uma nova estrutura administrativa para exercer as funções de *Ombudsman* junto aos poderes públicos.

Durante os debates na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, chegou-se a discutir sobre a criação do “Defensor do Povo”, um novo cargo, à luz da experiência das democracias europeias, que também teria atribuições no controle de constitucionalidade das leis (MAZZILLI, 2007, p. 137-139).

Deveras, a previsão do Defensor do Povo estava no anteprojeto de Constituição, de 1986, capitaneado pelo saudoso Senador Afonso Arinos. O seu art. 56 criava o cargo de Defensor do Povo, com o mister de “zelar pelo efetivo respeito dos poderes do Estado aos direitos assegurados nesta Constituição, apurando abusos e omissões de qualquer autoridade e indicando aos órgãos competentes as medidas necessárias à sua correção ou punição”.

O Defensor do Povo seria escolhido pela Câmara dos Deputados, dentre candidatos indicados pela sociedade civil. As Constituições dos Estados Federados também poderiam criar as suas Defensorias do Povo (art. 56, § 2º, I e IV, do anteprojeto).²⁸

Ao final, preferiram, porém, os constituintes da Carta Cidadã atribuir as funções de *Ombudsman* ao Ministério Público, instituição presente em todo o território brasileiro e já estruturada administrativamente (MARTINS JÚNIOR, 2002, p. 78-93).

É importante destacar que parcela da doutrina constitucionalista brasileira, no entanto, apesar de narrar as tentativas de criação do Defensor do Povo, não se pronuncia expressamente a respeito do papel de *Ombudsman* exercido pelo Ministério Público.²⁹

28 Cf. a íntegra do anteprojeto de Constituição de 1986 em: BRASIL. Senado Federal. **Publicações**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituinte/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em: 19.8.2012.

29 Cf. BARROSO, 2000, p. 135. Igualmente silenciando a respeito do papel de *Ombudsman* do MP brasileiro, embora destacando o seu papel de defensor do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, outorgado pela Carta de 1988, consultem-se: Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. Conforme MENDES, 2008, p. 992-997.

Não há dúvidas, contudo, nos termos do inciso II do art. 129 da Constituição, do papel exercido pelo *Parquet* como *Ombudsman* brasileiro, pois incumbe ao ele “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”.

Além disso, o texto constitucional consagrou o Ministério Público como função essencial à justiça e à defensora dos interesses sociais e individuais indisponíveis, não estando vinculada hierarquicamente à estrutura de qualquer dos poderes do Estado (art. 127, *caput*).³⁰

Trata-se, assim, tal como a Provedoria de Justiça em Portugal, de um órgão público com sede constitucional, de natureza independente.³¹

Sobre o tema, é importante destacar que a Lei de Responsabilidade Fiscal do Brasil (Lei Complementar nº 101, de 4.5.2000) trata o Ministério Público como um “poder”, equiparando-o ao Executivo, Legislativo e Judiciário para fins de limites e obrigações referentes a gastos públicos (arts. 9º, 20 e 54).

A fim de consolidar sua autonomia, os membros do Ministério Público possuem independência funcional (art. 127, §1º, da CF/88). O Ministério Público possui, ainda, autonomia funcional e administrativa, podendo propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção dos seus cargos, a organização da sua carreira e sua política remuneratória (art. 127, §2º, da CF/88).

Possui, entretanto, uma parcial autonomia orçamentária, pois poderá somente apresentar sua proposta orçamentária anual dentro dos limites estabelecidos pelo Poder Executivo na Lei de Diretrizes Orçamentárias (arts. 127, §§ 3º e 5º, e 165).³²

Destaque-se, ainda, a expressa proibição do Ministério Público funcionar como órgão de consulta ou exercer a representação judicial de entidades públicas (art. 129, IX, da CF/88).

30 Tão importante o grau de independência alcançado pelo Ministério Público brasileiro na Constituição de 1988 que, em 2010, o então Presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, equiparou a instituição a um 4º Poder, sendo ela essencial para a construção do Estado Democrático de Direito. Consulte-se: CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público). **Notícia do dia 9.3.2010**. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Lists/Notcias/DispForm.aspx?ID=245>>. Acesso em: 8.8.2012. No mesmo diapasão, embora entendendo que o MP não seja um 4º Poder, mas um órgão constitucional dotado de independência e autonomia (o que na prática seria mais importante do que a sua mera colocação tópica como 4º Poder do Estado), consulte-se MAZZILLI, 2007, p. 102-105.

31 Para José Eduardo Sabo Paes (2003, p. 181-183), o Ministério Público brasileiro é um órgão independente, que possui tratamento jurídico constitucional equivalente aos poderes do Estado, embora não faça parte da estrutura de qualquer deles.

32 Acontece o mesmo com o Poder Judiciário brasileiro, nos termos do art. 99, §1º, da Constituição Federal de 1988.

De fato, acaso não observada, tal vedação será fator de grave comprometimento da independência do MP na função de órgão de controle do patrimônio público e *Ombudsman* do povo, não sendo, pois, admissível qualquer relação de subordinação ou de vinculação funcional com os demais poderes, principalmente o Executivo.³³

Algo a ser aprimorado no Ministério Público brasileiro é o fato de sua chefia ainda ser escolhida pelo Poder Executivo, sendo este um diferencial em relação à clássica figura do *Ombudsman* europeu, o qual é indicado pelo parlamento, órgão que tem, no seu rol de atribuições, a função de fiscalizar o Poder Executivo.³⁴

No âmbito dos Estados Federados, os membros do MP elegem seus candidatos a Procurador-Geral, e uma lista dos três mais votados é encaminhada ao Governador do Estado, que poderá escolher qualquer um deles (art. 128, §3º, da CF/88).

No Ministério Público da União, a situação é ainda mais crítica, pois, em tese, sua chefia é escolhida pelo Presidente da República, sem a exigência constitucional de prévia eleição,³⁵ entre qualquer um dos membros que integram os ramos daquele MP (Federal; do Trabalho; Militar; e do Distrito Federal e Territórios) – *vide* art. 128, §§1º e 3º, da Constituição de 1988.³⁶

Não obstante, após a Constituição de 1988, o Ministério Público brasileiro tem reforçado e ampliado sua atuação enquanto agente de transformação social, por meio de seus inúmeros membros, integrantes do Ministério da União e do Ministério Público dos Estados da Federação,³⁷ máxime pela defesa da cidadania, ou seja,

33 Com o advento da Constituição de 1988, a Procuradoria da República, no Brasil, deixou de representar a União em juízo, tendo sido criada a Advocacia-Geral da União para tal mister (art. 131). Por sua vez, a representação jurídica dos Estados Federados e do Distrito Federal compete às suas procuradorias, à luz do art. 132 da Constituição, órgão diverso do Ministério Público dos Estados Federados. Tal realidade jurídica já existia, em vários Estados brasileiros, desde antes da Carta de 1988. Em Portugal, todavia, a Procuradoria da República ainda representa o Estado lusitano, nos termos do art. 3º, item 1, a, da Lei nº 60, de 27.8.1998.

34 Como bem lembra Maria José Corchete Martín (2001, p. 93), o fato de o *Defensor del Pueblo* (*Ombudsman espanhol*) ser escolhido pelo parlamento contribui para reforçar a sua autoridade moral e o seu grau de independência sobre a Administração Pública (Governo).

35 Registre-se aqui que, nos últimos mandados dos Presidentes Luís Inácio Lula da Silva e Dilma Rousset, a escolha do PGR tem sido feita mediante uma eleição não formal, realizada pela ANPR (Associação Nacional dos Procuradores da República), em que uma lista triplíce dos mais votados é encaminhada ao Presidente da República, o qual tem sempre escolhido o candidato mais votado pelos membros do Ministério Público Federal.

36 Lembremos, entretanto, que a destituição do Chefe do Ministério Público da União ou dos Estados depende de aprovação da maioria absoluta do Senado ou da Assembleia Legislativa, respectivamente, conforme o art. 128, §§ 2º e 4º, da Constituição brasileira.

37 Não olvidemos do Ministério Público que atua junto aos Tribunais de Contas dos Estados Federados e da União, o qual constitui órgão diverso da estrutura do MP da União e dos Estados. Os membros do MP de Contas possuem os mesmos direitos, vedações e forma de investidura do *Parquet* da União e dos Estados, nos termos do art. 130 da CF/88. Todavia, a instituição *per se* não se constitui um órgão público de caráter independente, com autonomia administrativa e orçamentária, pois integra a estrutura do Tribunal de Contas do qual fiscalizam as ações. Conforme, BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello. Acórdão nos autos da ADI nº 789/DF. Brasília, 26.5.1994. DJ de 19.12.1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28mp+de+contas+e+orgao%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d4rccsn>>. Acesso em: 3.4.2013.

dos interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como dos direitos humanos fundamentais da população em geral.³⁸

4.1. Ministério Público *Ombudsman* e sua atuação como mediador e negociador social na tutela do patrimônio público e em defesa da probidade administrativa

Há muito que evoluir, principalmente no que se refere ao aprimoramento da função de *Ombudsman* junto aos gestores públicos brasileiros, mediante uma efetiva atuação preventiva, e não apenas repressiva, com a finalidade de estimular nos gestores públicos a prática da boa administração, conforme os parâmetros ditados por nossa Constituição.

Isso pode ocorrer através de cursos ministrados pelos próprios membros do *Parquet*, coordenados pela respectiva Escola Superior ou Centro de Formação, realizados para gestores públicos e parlamentares no início de seus mandatos. A temática de tais cursos poderia versar, por exemplo, sobre as principais condutas vedadas pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992); o que seriam os Princípios da Impessoalidade e da Moralidade; a importância do concurso público para a Administração Pública brasileira etc.

Demais, as recomendações e os termos de compromisso firmados na seara da defesa do patrimônio público devem sempre ser precedidas de audiências ministeriais de mediação, a fim de explicar ao gestor os fundamentos e os objetivos do ato expedido pelo *Parquet*.

Eis a importância do trabalho preventivo dos membros do Ministério Público, por meio de mediação social, a ser realizada continuamente com os gestores públicos, em defesa da probidade na Administração Pública brasileira.³⁹

O trabalho repressivo de condutas ímprobas, mediante ações civis por ato de improbidade e ações penais públicas, deve sempre existir. Mas, paralelamente, há de ser desenvolvido um trabalho de conscientização dos gestores públicos e decisores políticos, a respeito dos princípios e metas constitucionais a serem observados, a bem do direito fundamental à boa Administração.

38 Por tal razão, Gregório Assagra de Almeida (2008, p. 23-27) entende o Ministério Público como agente de transformação da realidade social; defende, ainda, que, do ponto de vista institucional, a Carta Cidadã de 1988 deslocou o MP da sociedade política (antigo órgão repressivo do Estado) para a sociedade civil (legítimo e autêntico defensor da sociedade).

39 Nesse passo, o art. 3º, §3º, da Lei nº 13.105, de 16.3.2015 (novo Código de Processo Civil), ao dispor que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Indubitavelmente, o Ministério Público, *Ombudsman* do Povo, no Brasil, é a instituição vocacionada para capitanear tal iniciativa, mediante a atuação dos seus membros, distribuídos nos Ministérios Públicos dos Estados Federados e nos ramos do Ministério Público da União.

Porém, o membro do Ministério Público é um mediador *sui generis*, pois sua atuação não é plenamente neutra e imparcial, considerando o seu papel constitucional de zelar pelos interesses individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF/88) e de atuar em defesa dos interesses de incapazes (art. 82-I do CPC de 1973 e art. 178, II, do CPC de 2015).

Além disso, dispõe de instrumentos específicos para o seu mister, como os poderes de requisição e de notificação da parte interessada, embora, em hipótese alguma, poderá forçar qualquer acordo entre as partes, sob pena de responder por prevaricação (art. 319 do Código Penal) ou ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública (art. 11-I da Lei nº 8.429/92).

Por conseguinte, quando, em defesa dos direitos assegurados constitucionalmente ao cidadão (art. 129-II da CF/88), recomenda a observância de determinadas posturas administrativas aos gestores públicos ou celebra com eles compromisso de ajustamento de conduta, é parte diretamente interessada na resolução do litígio, funcionando, assim, como um negociador em nome do interesse público ou social.

No seu mister de mediador e negociador do interesse social, deverá o representante do *Parquet* aplicar, adaptando-as à realidade local, as regras do “Projeto de Negociação da Harvard Law School”, definidas por Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton⁴⁰, ou seja:

1. Separar as pessoas envolvidas do problema, tratando-as de forma humanizada, e não de forma fria e distante. Deve o membro do Ministério Público entender a parte interessada na mediação/negociação, antes de tudo, como um cidadão e não tratá-lo, desde logo, como criminoso, ímprobo ou desajustado social;⁴¹

40 Consulte-se, a propósito, o quadro comparativo entre os métodos tradicionais de negociação e a negociação fundamentada em princípios, defendida pelos autores em FISHER, 2005, p. 30.

41 Merece menção a visão humanista que Luis Alberto Warat propõe a respeito da Ciência Jurídica. Isto é, um Direito que não deve estar centrado em normas, mas sim na cidadania e no respeito aos direitos internos do homem; uma justiça não centrada em valores ininteligíveis, mas no cotidiano exercício da cidadania. In: WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**, vol. I. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 218-221 e 236-237.

2. Buscar sempre a defesa do interesse da sociedade (interesse público primário) ou o interesse individual indisponível da parte hipossuficiente (criança, portador de necessidade especial, idoso em situação de risco etc.);
3. Criar várias alternativas para a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis em questão, possibilitando um acordo que deixe todos os lados envolvidos satisfeitos;
4. Não ceder a pressões e atuar em benefício de princípios, sobretudo aqueles que norteiam o agir da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição Federal).

Importante destacar que, em momento algum, presentes os requisitos legais, deve o representante do *Parquet* deixar de ajuizar, por exemplo, a pertinente ação civil por ato de improbidade administrativa para responsabilizar os atos por ventura já praticados.

O que defende-se aqui, porém, é que a ação preventiva seja a regra, e não a exceção. Pois, o trabalho de mediação e negociação social do Ministério Público há de, gradativamente, servir como referência pedagógica, evitando a prática de novas condutas que venham a macular a probidade e a eficiência da Administração Pública brasileira.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A boa administração é um direito fundamental que liga o cidadão ao administrador público e cujo conteúdo é a observância por este dos princípios da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, igualdade, razoabilidade, proporcionalidade etc.), das tarefas fundamentais do Estado e dos direitos referentes à participação procedimental do particular na gestão pública (devido processo legal, duração razoável do processo, direito à audiência com o gestor público, entre outros).
2. Os membros do Ministério Público, valendo-se de seus instrumentos de atuação extrajudicial, devem, sempre, aprimorar a função de *Ombudsman* junto aos gestores públicos brasileiros, mediante uma efetiva atuação preventiva, e não apenas repressiva, com a finalidade de estimular nos gestores e

decisores políticos as práticas da boa governança, em nome do direito fundamental à boa Administração Pública, conforme os parâmetros ditados pela Magna Carta de 1988.

3. A ação preventiva deve ser a regra, e não a exceção, na atuação do Ministério Público em defesa do patrimônio público. Afinal, o trabalho de mediação e negociação social do Ministério Público constituir-se-á, gradativamente, em uma referência pedagógica, evitando a prática de novas condutas que venham a macular a probidade e a eficiência na Administração Pública brasileira.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimidade social. In: CHAVES, Cristiano *et al* (Coords.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 17-59.

BAQUER, Lourenzo Martín-Retortillo. De los derechos humanos al derecho a una buena administración. In: RODRÍGUEZ, Carmen María Ávila Rodríguez; RODRÍGUEZ, Francisco Gutiérrez (Coords.). *El derecho a una buena administración y la ética pública*. Valência: Tirant lo Blanch, 2011, p. 43-54.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BRASIL. Senado Federal. *Publicações*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em: 19.8.2012.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello. Acórdão nos autos da ADI nº 789/DF. Brasília, 26.5.1994. DJ de 19.12.1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28mp+de+contas+e+orgao%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d4rccsn>>. Acesso em: 3.4.2013.

_____. Supremo Tribunal Federal, rel. Min. Celso de Mello, decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 595-ES. Brasília, 18.2.2002. Diário da Justiça de 26.2.2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=bloco%20de%20constitucionalidade&numero=258&pagina=10&base=INFO>>. Acesso em: 11.5.2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 1.ed. brasileira, 2.ed. portuguesa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Coimbra: Coimbra, 2008.

_____. Precisar a teoria da Constituição europeia de uma teoria do Estado? *Colóquio Ibérico: Constituição europeia – Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires*. Coimbra: 2005, p. 665-674.

CHEEMA, G. Shabbir. Engaging civil society to promote local governance: emerging trends in local democracy in Asia. In: ÖJENDAL, Joakim; DELLNÄS, Anki. *The imperative of good local governance: challenges for the next decade of decentralization*. New York: United Nations University Press, 2013, p. 233-254.

CIPFA; OPM. *The Good Governance Standard for Public Services*. London: 2004. Disponível em: <http://www.cipfa.org/-/media/Files/Publications/Reports/governance_standard.pdf>. Acesso em: 8.3.2014..

CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público). *Notícia do dia 9.3.2010*. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Lists/Notcias/DispForm.aspx?ID=245>>. Acesso em: 8.8.2012.

CORREIA, Fernando Alves. *Do Ombudsman ao Provedor de Justiça*. Coimbra: Almedina, 1979.

COSTA, Paulo Nogueira da. *O Tribunal de Contas e a boa governança: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal*, 1.ed. Coimbra: Coimbra, 2014.

DENHARDT, Janet V.; DENHARDT, Robert B. *The new public service: serving, not setearing*, expanded edition. New York/London: M. E. Sharp, 2007.

FISHER, Roger *et al.* *Como chegar ao sim: a negociação de acordos*

sem concessões, 2.ed. rev. e ampl. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*, 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1: parte general, 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GRINDLE, Merilee S. Sanctions, benefits and rights: three faces of accountability. In: ÖJENDAL, Joakim; DELLNÄS, Anki. *The imperative of good local governance: challenges for the next decade of decentralization*. New York: United Nations University Press, 2013, p. 207-232.

GUILLEN, Victor Fairen. *El Defensor del Pueblo: Ombudsman*, Tomo I, parte general. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1982.

ISMAIL FILHO, Salomão Abdo Aziz. *Ministério Público e atendimento à população: instrumento de acesso à justiça social*. Curitiba: Juruá, 2011.

LONGO, Erik. *Le relazioni giuridiche nel sistema dei diritti sociali: profili teorici e prassi costituzionali*. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2012.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Controle da Administração Pública pelo Ministério Público: Ministério Público defensor do povo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MARTÍN, María José Corchete. *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, 1. ed. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*, 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Regime Jurídico do Ministério Público*, 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEISEL, Nicolas; AOUDIA, Jacques Ould. Is “Good Governance” a Good Development Strategy? *AFD Working Paper*, Paris, nº 58, p. 6-8, january 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes *et al.* *Curso de direito constitucional*, 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. Discurso proferido em sessão comemorativa na Assembleia da República de Portugal pelo 20º aniversário do Provedor de Justiça. *Provedor de Justiça: publicações*. Lisboa, 30.11.1995, p. 3-8. Disponível em: <<http://www.provedor-jus.pt/publicacoes.php>>. Acesso em: 30.3.2011.

NAPIONE, Giovanni. *L’Ombudsman: il controle della Pubblica Amministrazione*. Milão: A. Giuffrè Editore, 1969.

ORTIZ, Gaspar Ariño. El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 182, p. 9-37, mai-ago, 2010.

OTERO, Paulo. *A crise ao direito administrativo*. Seminário proferido na Faculdade de Direito da Universidade Nova Lisboa. Lisboa, 22.5.2012. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=_KjC6VQPHMg>. Acesso em: 22.1.2013.

PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

PEGORARO, Lucio. ¿Existe un derecho a una buena administración? (Algunas consideraciones sobre el ab – uso – de La palabra “derecho”). In: RODRÍGUEZ, Carmen María Ávila Rodríguez; RODRÍGUEZ, Francisco Gutiérrez (Coords.). *El derecho a una buena administración y la ética pública*. Valência: Tirant lo Blanch, 2011, p. 17-41.

PORTUGAL. Provedor de Justiça. *Origens*. Disponível em: <<http://www.provedor-jus.pt/Ombudsman.htm>>. Acesso em: 30.3.2011.

ROCA, Guillermo Escobar (Coord). *Defensorías del Pueblo em Iberoamérica*, 1.ed. Navarra (Espanha): Editorial Aranzadi, 2008.

SERRANO, César. México. In: ROCA, Guillermo Escobar (Coord.). *Defensorías del Pueblo em Iberoamérica*, 1.ed. Navarra (Espanha): Editorial Aranzadi, 2008, p. 245-276.

SOARES, Rogério Ehrhardt. *Interesse público, legalidade e mérito*. Coimbra: Atlântida, 1955.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral*, Tomo I: Introdução e princípios fundamentais, 3.ed. Alfragide (Portugal): D. Quixote, 2010.

SUÉCIA. Riksdag. *Riksdag Act*. Disponível em: <http://www.riksdagen.se/templates/R_PageExtended____6425.aspx>. Acesso em: 20.6.2011.

UNITED NATIONS. Economic and Social Commission for Asia and the Pacific. *What is good governance?*, p. 1-3. Disponível em: <<http://www.unescap.org/pdd/publications/Mdg-access2basic-service/Mdg-access-to-basic-services.pdf>>. Acesso em: 4.3.2014.

_____. Office of the High Commissioner for Human Rights. *Good Governance and Human Rights*. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/en/Issues/Development/GoodGovernance/Pages/GoodGovernanceIndex.aspx>>. Acesso em: 12.3.2014.

URQUILLA, Carlos. *La justicia directa de los derechos económicos, sociales y culturales*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*, v. I. Florianópolis: Habitus, 2001.

CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL PARA A INVESTIGAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL OU ESTADUAL PARA O AJUIZAMENTO DA RESPECTIVA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Eduardo Cambi¹

Resumo: O artigo analisa precedentes do Supremo Tribunal Federal em relação ao conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e Estadual para compreender a interpretação conferida ao art. 102, I, *f*, da Constituição Federal, bem como os padrões definidos pelo STF para a resolução desses conflitos. O texto também examina como se fixa a competência da Justiça Federal e Estadual para as ações de improbidade administrativa. Com base nessas premissas, procura definir critérios para a atuação do Ministério Público para aperfeiçoar a defesa do patrimônio público brasileiro.

Palavras-Chave: Improbidade administrativa. Conflito de atribuições. Ministério Público. Competência. Ação Civil Pública.

Abstract: This article analyses the Supreme Court's precedents about the conflict involving Federal and State Public Ministry to understand how interpret art. 102, I, "f", CF, and what are the standards to resolve this conflict. The article also evaluates how the Judiciary in Brazil fixes the judicial competence to process and judge cases of administrative misconduct. From these issues, it defines criteria to improve the Public Ministry work in the defense of public property.

Key-words: Administrative Misconduct. Conflict of powers. Prosecution. Competence. Civil public actions.

1 Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça do Paraná. Coordenador do Grupo de Trabalho de Combate à Corrupção, Transparência e Controle Social da Comissão de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público. Coordenador Estadual do Movimento Paraná Sem Corrupção. Coordenador Estadual da Comissão de Prevenção e Controle Social da Rede de Gestão Pública do Paraná. Pós-doutor em direito pela Università degli Studi di Pavia. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Foi assessor de Pesquisa e Política Institucional da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (2012-2014).

Sumário: Introdução. **1.** Competência do Supremo Tribunal Federal para dirimir conflito de atribuições entre Ministério Público Federal e Estadual (exegese do art. 102, I, *f*, CF). **2.** Competência para processar e julgar as ações civis públicas por improbidade administrativa. **3.** Competência para as ações civis públicas que envolvam verbas federais. **4.** Atribuição para a fiscalização e competência para o julgamento de ação civil pública envolvendo recursos do FUNDEF/FUNDEB. **5.** Outros exemplos de conflitos de atribuições resolvidos pelo STF. **6.** Competência para processar e julgar ações civis públicas por atos de improbidade administrativa praticados em detrimento do patrimônio de sociedade de economia mista federal. **7.** Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O combate à corrupção e à improbidade administrativa é um dos temas mais importantes da atualidade. Após o período de democratização do Brasil, a Constituição Federal de 1988, o processo de aperfeiçoamento legislativo e o amadurecimento das instituições de fiscalização do patrimônio público, surgiram, por força da liberdade de imprensa e da atuação integrada do Ministério Público, com segmentos especializados da Polícia Federal e da Polícia Civil, investigações que culminaram com ajuizamento de ações civis e penais, seguidas de condenações de agentes políticos, empresários e, enfim, de integrantes da elite brasileira, que, historicamente, ficavam à margem da lei.

O Ministério Público, como legítimo defensor do patrimônio público (arts. 127, *caput*, e 129, I e III, CF), tem a responsabilidade não apenas de investigar e buscar a condenação dos atos de improbidade administrativa. Deve, ainda, contribuir para o aperfeiçoamento legislativo e judicial do combate à corrupção no Brasil, por se tratar de uma das maiores mazelas nacionais, que causa desvio de recursos públicos indispensáveis à promoção e à universalização dos direitos fundamentais sociais (art. 6º/CF).

Para fins de agilizar as investigações dos atos de improbidade administrativa e evitar que inquéritos civis fiquem paralisados, é preciso compreender melhor as atribuições do Ministério Público Federal e Estadual. Também é importante verificar a orientação dos Tribunais Superiores quanto à fixação da competência da Justiça Federal e Estadual. Tudo isso para inibir a discussão sobre conflitos de competência que estendem o curso processual, às vezes por tempo não razoável, o que acaba dificultando e enfraquecendo a devida solução do mérito das ações civis públicas por atos de improbidade administrativa.

1. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA DIRIMIR CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL (EXEGESE DO ARTIGO 102, *f*, CF)

A resolução de conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público dos Estados não está expressa na Constituição Federal. O art. 102, I, *f*, da CF afirma apenas que compete ao Supremo Tribunal Federal (STF) processar e julgar, originalmente, as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União Federal e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta.

Por não haver clareza quanto ao alcance do art. 102, I, *f*, da Constituição Federal, a jurisprudência do STF chegou a afirmar que o conflito de atribuições entre Ministérios Públicos não seria capaz de promover, potencialmente, o desequilíbrio no sistema federativo². Assim, com fundamento no art. 105, I, *d*, da Constituição Federal, que prevê que compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originalmente, os conflitos de jurisdição entre os juízos federal e estadual, o STF impunha interpretação extensiva a essa regra jurídica para fixar a competência do STJ para julgar os conflitos de atribuições entre unidades do Ministério Público, uma vez que eles funcionam perante tais juízos³.

Entretanto, a partir da Pet. 3.528/BA, o STF alterou sua jurisprudência para fixar a competência da Corte, e não do STJ, para julgar os conflitos de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Estadual⁴.

Por essa nova orientação, cabe ao Superior Tribunal de Justiça julgar conflitos entre os juízos federal e estadual (art. 105, I, *d*, CF), enquanto compete ao Supremo Tribunal Federal decidir o conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e Estadual (art. 102, I,

² "CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL. DENÚNCIA. FALSIFICAÇÃO DE GUIAS DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUSÊNCIA DE CONFLITO FEDERATIVO. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE. 1. Conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Estadual. Empresa privada. Falsificação de guias de recolhimento de contribuições previdenciárias devidas à autarquia federal. Apuração do fato delituoso. Dissenso quanto ao órgão do Parquet competente para apresentar denúncia. 2. A competência originária do Supremo Tribunal Federal, a que alude a letra "f" do inciso I do artigo 102 da Constituição, restringe-se aos conflitos de atribuições entre entes federados que possam, potencialmente, comprometer a harmonia do pacto federativo. Exegese restritiva do preceito ditada pela jurisprudência da Corte. Ausência, no caso concreto, de divergência capaz de promover o desequilíbrio do sistema federal. 3. Presença de virtual conflito de jurisdição entre os juízos federal e estadual perante os quais funcionam os órgãos do Parquet em dissensão. Interpretação analógica do artigo 105, I, "d", da Carta da República, para fixar a competência do Superior Tribunal de Justiça a fim de que julgue a controvérsia. Conflito de atribuições não conhecido" (Pet 1503, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 3.10.2002, DJ 14-11-2002 PP-00014 EMENT VOL-02091-01 PP-00059).

³ STF, ACO 756, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 4.8.2005, DJ 31.3.2006 PP-00006 EMENT VOL-02227-01 PP-00001 LEXSTF v. 28, n. 328, 2006, p. 5-14 RMP n. 31, 2009, p. 179-185.

⁴ STF, Pet 3528, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 28.9.2005, DJ 3.3.2006 PP-00071 EMENT VOL-02223-01 PP-00078 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 165-175 RT v. 95, n. 849, 2006, p. 469-474.

f, CF). Essa orientação é contraditória e colabora para a *inefetividade* do sistema processual.

Afinal, é possível que o STF decida que cabe ao Ministério Público Estadual investigar o mau uso de determinado recurso público, fazendo com que o promotor de justiça ajuíze a ação civil pública por improbidade administrativa, o que não impede que o juiz estadual remeta os autos ao juiz federal, por entender que a competência é da Justiça Federal (art. 109/CF). Este magistrado, por sua vez, pode suscitar conflito negativo de competência (arts. 115, II, CPC-73, e 66, II, CPC-2015) e os autos chegarem ao Superior Tribunal de Justiça. Com fundamento no art. 105, I, *d*, da Constituição Federal, pode o STJ, então, decidir que a ação civil pública deveria ter sido proposta no juízo federal. Assim, não faz sentido que o STF decida o conflito de atribuições entre Ministérios Públicos e o STJ o conflito entre as jurisdições estadual e federal. Seria, pois, recomendável que o mesmo Tribunal pudesse decidir, previamente, ao ajuizamento da ação, se a atribuição é do Ministério Público Federal ou Estadual, bem como, após o seu ajuizamento, se a competência é da Justiça Federal ou da Justiça Estadual.

O art.102, I, *f*, da Constituição Federal coloca o Supremo Tribunal Federal na posição de Tribunal da Federação, responsável por dirimir controvérsias cuja potencialidade ofensiva possa violar o pacto federativo.

Desse modo, é necessário distinguir um *conflito entre entes federativos* de um *conflito federativo*. O primeiro envolve o litígio entre dois ou mais membros da Federação, enquanto o segundo exige, além da lide entre entes federativos, que o conflito tenha potencial para desestabilizar o pacto federativo⁵. Consequentemente, não é qualquer conflito, administrativo ou judicial, que justifica a atuação do Supremo Tribunal Federal como Tribunal da Federação, isto é, como órgão do Poder Judiciário indispensável à manutenção do pacto federativo.

Os conflitos entre o Ministério Público Federal e o Estadual, via de regra, não colocam em risco o pacto federativo e a própria existência do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF). O art. 102, I, *f*, da Constituição Federal exige a atuação excepcional do Supremo Tribunal Federal, que deve ser chamado apenas para resolver conflitos institucionais de relevante significação política.

5 STF, ACO 1295 AgR-segundo, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 14.10.2010, DJe-233 DIVULG 1.12.2010 PUBLIC 2.12.2010 EMENT VOL-02443-01 PP-00013 RT v. 100, n. 905, 2011, p. 173-177.

Porém, na falta de outra regra expressa na Constituição Federal⁶, tem prevalecido a orientação jurisprudencial de que cabe ao STF julgar o conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Estadual. Assim, somente uma Proposta de Emenda Constitucional poderia atribuir tal competência ao Superior Tribunal de Justiça.

Por outro lado, a resolução do conflito de atribuições entre Ministério Público Estadual e Federal não poderia deixar de ser judicializada. Isto é, tal conflito não poderia ser resolvido no âmbito administrativo, pois essa afirmação implicaria o reconhecimento de *escalamento hierárquico* do Procurador-Geral da República sobre os Ministérios Públicos dos Estados. Como a Federação pressupõe a autonomia de seus entes, o Procurador-Geral da República, ainda que seja o Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, I, CF), não exerce a chefia do Ministério Público nacional, mas tão somente a do Ministério Público da União.

Por isso, não se pode aplicar por analogia e extensivamente a regra contida no art. 26, VII, da Lei Complementar nº 75/1993 (“São atribuições do Procurador-Geral da República, como chefe do Ministério Público da União: (...) VII – dirimir conflitos de atribuições entre integrantes de ramos diferentes do Ministério Público da União”) para se concluir que cabe ao Procurador-Geral da República dirimir conflitos de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual (GARCIA, 2014, p. 312-313). É por isso que referida regra jurídica confere atribuição do Procurador-Geral da República, tão somente, para dirimir conflitos entre integrantes diferentes do Ministério Público *da União*, que compreende o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (arts. 128, I, CF, e 24 da Lei Complementar nº 75/1993).

De igual modo, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) não tem competência para definir os conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público Federal e Estadual⁷. O art.

6 Verifica-se, igualmente, que o art. 105, I, g, da CF também não se aplica ao conflito de atribuições entre Ministério Público Federal e Estadual, pois atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originalmente, conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União. Percebe-se que, no art. 105, I, g, da CF, o conflito é entre um órgão administrativo e outro judicial. O STF rechaçou a aplicação desta regra constitucional, em conflito entre o Ministério Público Federal e a Polícia Federal, por considerar que o conflito se travava entre “autoridades administrativas”. Cfr. AI 234.073-AgR – 2ª T. - rel. Néri da Silveira – j. 28.3.2000 – pub. DJ 28.4.2000.

7 Cf., entre outros: CNMP, Processo nº 1.085/2011-12, Processo de Controle Administrativo, Decisão Colegiada, julgado em 13.6.2013; CNMP, Processo nº 17/2007-41, Pedidos de Providência, Decisão Colegiada, julgado em 12.7.2007.

130-A, § 2º, da Constituição Federal, ao fixar, entre as competências do CNMP, o controle da atuação administrativa e financeira e o cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, não possibilita a fiscalização das *atividades-fim* do Ministério Público.

Assim, em 28 de abril de 2009, o CNMP editou o Enunciado nº 6, pelo qual os “*atos relativos à atividade-fim do Ministério Público são insuscetíveis de revisão ou desconstituição pelo Conselho Nacional do Ministério Público*”. A aprovação deste Enunciado está intimamente ligada à proteção do princípio da independência funcional (art. 127, §1º, da CF) e revela que o CNMP não tem competência para anular ou reformar atos, praticados pelos *órgãos*⁸ da instituição, referentes à atividade finalística do Ministério Público, sejam eles realizados no plano judicial ou extrajudicial.

Aliás, os atos praticados, tanto no inquérito policial quanto no civil (e também nos demais procedimentos preparatórios regulados na Resolução nº 23/2007 do CNMP), não se confundem com os atos administrativos inerentes à gestão administrativa e financeira do Ministério Público (exegese do art. 130-A, § 2º, CF). É por isso que o artigo 28 do Código de Processo Penal afirma que o Procurador-Geral de Justiça ou o Procurador-Geral da República jamais poderá determinar que o Promotor de Justiça ou o Procurador da República, proponente do arquivamento, inicie a ação penal, limitando-se a designar outro membro da instituição para analisar o inquérito. Este Promotor ou Procurador, por sua vez, poderá, em nome do princípio da independência funcional, oferecer a denúncia ou insistir no pedido de arquivamento (SILVA, 1994, p. 396-399). Neste último caso, o magistrado terá que remeter, novamente, os autos ao Procurador-Geral para a designação de outro Promotor de Justiça/

8 São órgãos de Administração dos Ministérios Públicos Estaduais, pelos artigos 5º e 6º da Lei Orgânica Nacional (Lei nº 8.625/1993), a Procuradoria-Geral de Justiça, o Colégio de Procuradores de Justiça, o Conselho Superior do Ministério Público, a Corregedoria-Geral do Ministério Público, mas também as Procuradorias de Justiça e as Promotorias de Justiça. Ademais, são órgãos de execução do Ministério Público (art. 7º): o Procurador-Geral de Justiça, o Conselho Superior do Ministério Público, os Procuradores de Justiça e os Promotores de Justiça. Por fim, são órgãos auxiliares do MP (art. 8º): os Centros de Apoio Operacionais, a Comissão de Concursos, o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, os órgãos de apoio administrativo e os estagiários. Por sua vez, o artigo 43 da Lei Complementar nº 75/1993 afirma que são órgãos do Ministério Público Federal: o Procurador-Geral da República, o Colégio de Procuradores da República, o Conselho Superior do Ministério Público Federal, as Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, a Corregedoria do Ministério Público Federal, os Subprocuradores-Gerais da República, os Procuradores Regionais da República e os Procuradores da República. Em relação ao Ministério Público do Trabalho, o artigo 85 da Lei Complementar nº 75/1993 enuncia os seus órgãos: o Procurador-Geral do Trabalho, o Colégio de Procuradores do Trabalho, o Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho, a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Trabalho, a Corregedoria do Ministério Público do Trabalho, os Procuradores Regionais do Trabalho, os Procuradores do Trabalho e os Promotores de Justiça. Em relação ao MP Militar, o artigo 118 da mesma Lei Complementar assevera serem seus órgãos: o Procurador-Geral da Justiça Militar, o Colégio de Procuradores da Justiça Militar, o Conselho Superior do Ministério Público Militar, a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar, a Corregedoria do Ministério Público Militar, os Subprocuradores-Gerais da Justiça Militar, os Procuradores da Justiça Militar e os Promotores de Justiça Militar. Quanto aos órgãos do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, o artigo 153 se refere ao Procurador-Geral de Justiça, ao Colégio de Procuradores e Promotores de Justiça, ao Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, à Corregedoria do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, às Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, aos Procuradores de Justiça, aos Promotores de Justiça e aos Promotores de Justiça Adjuntos.

Procurador da República para examinar o inquérito. De igual modo, o art. 9º da Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) assevera que o Conselho Superior do Ministério Público, caso discorde da promoção de arquivamento dos autos de inquérito civil (e também de procedimento preparatório, pelo art. 10, §4º, II, da Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007, do CNMP), designará outro órgão da instituição para proceder ao exame do procedimento e, se restar convencido, proceder ao ajuizamento da ação ou, em manifestação fundamentada, devolver os autos ao Conselho Superior para a designação de outro membro para apreciar o inquérito.

De qualquer modo, para atenuar a contradição imposta pela interpretação dos arts. 102, I, *f*, e 105, I, *d*, da Constituição Federal, e para evitar decisões contraditórias, quando proposta a ação civil pública por uma das unidades do Ministério Público, Federal ou Estadual, o conflito de atribuições deve acarretar a suspensão do processo judicial até a sua resolução pelo Supremo Tribunal Federal. Com isso, evita-se que a outra unidade do Ministério Público também ajuíze ação civil pública e, com isso, surja um conflito de competência entre a Justiça Federal e a Estadual. Tal hipótese de suspensão do processo, contudo, não está prevista nem no art. 265 do Código de Processo Civil de 1973 nem no art. 313 do Novo Código de Processo Civil.

Aliás, a disciplina do conflito de atribuições entre unidades do Ministério Público merece regulamentação própria e, inclusive, regra expressa que determine a suspensão do processo judicial até a definição, pelo Tribunal competente, se a investigação e/ou a ação civil pública deve ser ajuizada ou pelo Ministério Público Federal ou pelo Ministério Público Estadual.

No atual sistema processual, para evitar discussões judiciais com resolução em prazo indeterminado sobre qual das unidades do Ministério Público deve atuar e, sobretudo, para melhor defender o patrimônio público, quando há dúvida quanto à fiscalização por órgão da União da verba pública federal ou de sua incorporação ao patrimônio municipal/estadual, o Ministério Público da União e do Estado podem agir em litisconsórcio e ajuizar uma única ação civil pública por improbidade administrativa. O litisconsórcio entre Ministérios Públicos é um corolário dos princípios constitucionais da unidade e da indivisibilidade, além de estar regulamentado no art. 5º, §5º, da Lei nº 7.347/85 e poder ser extraído do próprio Código de Processo Civil (arts. 46/CPC-73 e 113/CPC-2015)⁹.

⁹ STJ, REsp 1444484/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.9.2014, DJe 29.9.2014; REsp 382.659/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 2.12.2003, DJ 19.12.2003, p. 322.

2. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A solução do litisconsórcio entre Ministério Público Federal e Estadual pode eliminar o conflito de atribuições, mas não servirá para suprimir o conflito de competência. Caso a ação civil pública de improbidade administrativa seja ajuizada perante a Justiça Federal, poderá o magistrado declarar-se incompetente e remeter os autos à Justiça Estadual, que pode suscitar o conflito de competência, e vice-versa.

Por isso, é importante fazer um paralelo entre as atribuições do Ministério Público e os critérios de fixação de competência, bem como buscar compreender os padrões para definir o foro para processar e julgar as ações civis públicas por improbidade administrativa.

Como regra, as atribuições do Ministério Público são fixadas pelos mesmos critérios da fixação da competência do órgão jurisdicional (GARCIA; ALVES, 2014, p. 978-979). Assim, se o ato de improbidade administrativa atingiu o patrimônio da União, caberá ao Ministério Público Federal a atribuição de instauração de inquérito civil e, se for o caso, de ajuizar ação civil pública perante a Justiça Federal.

Por outro lado, se o ato de improbidade administrativa afetar o patrimônio dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, a atribuição para instaurar inquérito civil é do Ministério Público Estadual ou do Distrito Federal, e eventual ação civil pública, será ajuizada perante a Justiça Estadual ou Distrital.

Porém, nem sempre a atribuição do Ministério Público para investigar atos de improbidade administrativa se confunde com os critérios de fixação da competência do órgão jurisdicional. Por exemplo, o art. 29, VIII, da Lei nº 8.625/93 afirma ser atribuição do Procurador-Geral de Justiça promover inquérito civil e ajuizar ação civil pública em relação a atos de improbidade administrativa cometidos pelo Governador do Estado, o Presidente da Assembleia Legislativa ou os Presidentes dos Tribunais. Como a Constituição Federal não prevê foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade administrativa para essas autoridades, os inquéritos civis serão instaurados e processados pelo Procurador-Geral de

Justiça, embora as ações civis públicas deles decorrentes devam ser ajuizadas perante o juízo de primeiro grau¹⁰.

A Lei nº 8.429/92 não prevê regra específica sobre a competência territorial. Como a improbidade administrativa possui natureza não penal (exegese do art. 37, §4º, da Constituição Federal), sujeita-se às regras processuais gerais da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85). Em outras palavras, o art. 17 da Lei nº 8.429/1992 – apesar de prever regras especiais, notadamente quanto à fase inicial do processo judicial de apuração da prática de ato de improbidade administrativa (art. 17, §7º) – não é incompatível com as regras procedimentais previstas na Lei nº 7.347/1985, tampouco, regulamentou inteiramente o procedimento aplicável aos atos de improbidade administrativa.

Com efeito, mesmo a Lei nº 8.429/1992 sendo posterior à Lei nº 7.347/1985, e ainda que aquela lei não tenha uma regra explícita dizendo que esta legislação se aplica subsidiariamente, outra conclusão não é possível senão a que privilegia a interpretação que maior efetividade dê à Constituição. Assim, se o art. 129, III, da CF afirma que cabe ao Ministério Público promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público, estranho seria concluir que tal ação, regulamentada na Lei nº 7.347/1985, não é a mesma que deve ser ajuizada para a responsabilização judicial pela prática de atos de improbidade administrativa, justamente quando o escopo da Lei nº 8.429/1992 é a proteção do patrimônio público¹¹.

Consequentemente, o ajuizamento de ações civis públicas de improbidade administrativa deve observar o art. 2º da Lei nº 7.347/85, pelo qual as ações devem ser propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá *competência funcional* para processar e julgar a causa. Trata-se de regra de competência territorial *absoluta* (isto é, não se prorroga, não depende de exceção

10 Cf. CAMBI, 2014, p. 215 e seg. Na jurisprudência dos Tribunais Superiores, verificar, entre outros/: STF, RE 540.712 AgR-AgR/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 13.12.2012; AI 556.727 AgR/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 26.4.2012; AI 678.927 AgR/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 1º.2.2011; AI 506.323 AgR/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 1º.7.2009STJ, REsp 1407862/RO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 9.12.2014, DJe 19.12.2014; AgRg no AREsp 553.972/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16.12.2014, DJe 3.2.2015.

11 Em sentido contrário, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes argumentam que a Lei nº 7.347/1985 não trata especificamente de improbidade administrativa e que, por força da regra da especialidade, tal lei não se aplica aos casos contidos na Lei nº 8.429/1992. Alegam, ainda, que esta lei regulou inteiramente a matéria, afastando, por força do art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a aplicação da Lei nº 7.347/1985. Ademais, a Lei de Improbidade Administrativa traz regras tanto de direito material quanto de direito processual, não fazendo remissão à Lei da Ação Civil Pública. Além disso, a ação civil pública se restringe às condenações em dinheiro ou às obrigações de fazer ou não fazer (art. 3º da Lei nº 7.347/1985), enquanto que as sanções da improbidade administrativa são diversas (como a perda de cargos públicos e/ou de direitos políticos e as restrições a contratações futuras com o Poder Público; art. 12 da Lei nº 8.429/1992). Ainda, as condenações da Lei de Improbidade Administrativa reverterem em benefício da própria pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito (art. 18 da Lei nº 8.429/1992), enquanto que, na ação civil pública, a indenização deve ser revertida a um Fundo gerido por um Conselho federal ou por Conselhos estaduais (art. 13 da Lei nº 7.347/1985). Cf. MEIRELLES; WALD; MENDES, 2012, p. 260-261.

para ser conhecida, além de poder ser declarada de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive em ação rescisória), voltada a facilitar o exercício da função jurisdicional, por ser mais eficaz a valoração das provas no local onde se deram os fatos¹².

O art. 2º da Lei nº 7.347/85 se aplica tanto às ações civis públicas por improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º da Lei nº 8.429/92) e que causam prejuízo ao erário (art. 10º da Lei nº 8.429/92) quanto para as que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11 da Lei nº 8.429/92). Assim, a regra contida no art. 2º da Lei nº 7.347/85 incide ainda que as ações civis públicas por improbidade administrativa não discutam, efetivamente, danos ao patrimônio público. Qualquer ato de improbidade administrativa deve se sujeitar a ação civil pública a ser ajuizada no foro do local do ato contrário ao direito, ainda que dele não tenham resultado prejuízos ao erário. Tal conclusão pode ser obtida mediante o postulado da proporcionalidade, que resulta da estrutura lógico-normativa do ordenamento jurídico, e que proíbe a ação insuficiente dos poderes estatais (CAMBI, 2011, p. 465).

Ademais, se a tutela jurisdicional deve ser prestada no foro que melhores condições tenham de produzir e de valorar a prova, acaso os prejuízos aconteçam em diversas localidades ou mesmo na hipótese de caracterização da abrangência nacional dos danos, a ação civil pública por improbidade administrativa, por força do art. 2º da Lei nº 7.347/85, deve ser ajuizada onde se localizam a maior parte dos elementos probatórios¹³.

Caso no local do dano, ou melhor, o lugar onde se verificar a ação ou a omissão ilícita ou contrária aos demais princípios do art. 11 da Lei nº 8.429/92, não seja sede de vara do juízo federal, a ação civil pública, por improbidade administrativa, deve ser ajuizada na seção judiciária onde o causador do dano/ilícito/violação de outros princípios tiver domicílio (exegese do art. 109, §1º, da CF). A ação deve ser ajuizada na Justiça Federal, ainda que o local do dano não seja sede de vara do juízo federal, pois as hipóteses em que a Constituição Federal (art. 109, §3º) admite que uma ação seja, nessa situação, processada e julgada na Justiça Estadual são apenas as que versam sobre natureza previdenciária ou que a lei assim dispuser de forma expressa. Logo, nesses casos, a atribuição para investigar os atos de improbidade administrativa continua a ser do Ministério

12 Cf. MOREIRA, 2005. p. 247-255; STJ, REsp 1068539/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 3.9.2013, DJe 3.10.2013.

13 STJ, CC 97.351/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27.5.2009, DJe 10.6.2009.

Público Federal, apesar de não existir sede da vara do juízo federal no local onde tiver ocorrido o ato lesivo ou contrário ao direito.

Isso porque prevaleceu a regra de competência territorial *absoluta* do art. 2º da Lei nº 7.347/85 sobre o entendimento da Súmula 183 do STJ, que afirmava que competia à Justiça Estadual, nas comarcas que não fossem sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figurasse no processo. Tal Súmula foi cancelada quando do julgamento dos Embargos de Declaração no Conflito de Competência nº 27.676-BA, pela Primeira Seção, do STJ, em 8 de novembro de 2000¹⁴. O artigo 109, §3º, da Constituição Federal autoriza, pois, apenas o ajuizamento de causas de natureza previdenciárias na Justiça Estadual, quando a comarca não for sede de vara do juízo federal¹⁵.

Por outro lado, quando a ação civil pública for ajuizada em face da União, a exegese sistemática do art. 2º da Lei nº 8.429/92 e do art.109, §2º, da Constituição Federal determina que o ato de improbidade administrativa seja judicializado no local onde estiver ocorrido o dano ou o ato contrário ao direito¹⁶. Nesse caso, tratando-se de desvio de verbas federais, caberá ao Ministério Público Federal ajuizar a ação civil pública por improbidade administrativa na Vara Federal que abrange o município onde ocorreu o dano.

Entretanto, o Novo Código de Processo Civil, ao tratar da produção antecipada da prova, prevê uma regra inovadora, no art. 381, § 4º, ao afirmar que o juízo estadual tem competência para a produção antecipada de prova requerida, em face da União, de

14 "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOCAL DO DANO. JUÍZO FEDERAL. ART. 109, I, E §3º, DA CF/88. ART. 2º, DA LEI 7.347/85. 1 - O tema em debate, por ser de natureza estritamente constitucional, deve ter a sua interpretação rendida ao posicionamento do Colendo Supremo Tribunal Federal, que entendeu que o dispositivo contido na parte final do art. 3º, do art. 109, da CF/88, é dirigido ao legislador ordinário, autorizando-o a atribuir competência ao Juízo Estadual do foro do domicílio da outra parte ou do lugar do ato ou do fato que deu origem à demanda, desde que não seja sede de Vara da Justiça Federal, para causas específicas dentre as previstas no inciso I, do referido art. 109. No caso dos autos, o Município onde ocorreu o dano não integra apenas o foro estadual da comarca local, mas também o das Varas Federais. 2 - Cancelamento da Súmula nº 183, deste Superior Tribunal de Justiça, que se declara. 3 - Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para o fim de reconhecer o Juízo Federal da 16ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia" (STJ, EDcl no CC 27.676/BA, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 8.11.2000, DJ 5.3.2001, p. 118).

15 "O dispositivo contido na parte final do §3º do art. 109 da Constituição é dirigido ao legislador ordinário, autorizando-o a atribuir competência (rectius jurisdição) ao juízo estadual do foro do domicílio da outra parte ou do lugar do ato ou fato que deu origem à demanda, desde que não seja sede de Varas da Justiça Federal, para causas específicas dentre as previstas no inciso I do referido art. 109. (...) Considerando que o juiz federal também tem competência territorial e funcional sobre o local de qualquer dano, impõe-se a conclusão de que o afastamento da jurisdição federal, no caso, somente poderia dar-se por meio de referência expressa à Justiça estadual, como a que fez o constituinte na primeira parte do mencionado §3º em relação às causas de natureza previdenciária, o que no caso não ocorreu." (STF, RE 228.955, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 10.2.2000, Plenário, DJ de 24.3.2000).

16 "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA DO LOCAL DO DANO. 1. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que o foro do local do dano é competente para processar e julgar Ação Civil Pública, mesmo nos casos de improbidade administrativa. 2. À luz do art. 109, §2º, da Constituição Federal, a União pode ser processada no foro do local do dano, o que, na hipótese de Ação Civil Pública, convola em obrigatoriedade, conforme estatuído no art. 2º da Lei 7.347/1985. 3. Agravo Regimental não provido" (AgRg no REsp 1043307/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24.3.2009, DJe 20.4.2009).

entidade autárquica ou de empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal.

Com isso, é possível admitir que, tratando-se de investigação sobre ato de improbidade administrativa que dependa da produção antecipada de provas, poderá o Ministério Público Federal ajuizar ação cautelar de produção antecipada de provas perante o juízo estadual.

Aliás, não há regra que vede o Ministério Público Federal ser autor de uma demanda perante a Justiça Estadual (DIDIER Jr.; GODINHO, 2014, p. 79). O art. 37, II, da Lei Complementar nº 75/1993 preceitua que o Ministério Público Federal exercerá suas funções “nas causas de competência de quaisquer juízes e tribunais”. Para corroborar tal entendimento, o art. 5º, §5º, da Lei nº 7.347/1985 autoriza o litisconsórcio ativo entre Ministérios Públicos para a propositura de ação civil pública. Trata-se de hipótese de litisconsórcio *facultativo*. Isso significa que cada unidade do Ministério Público pode, sozinha ou sem a anuência da outra, ajuizar a ação civil pública (NERY Jr.; NERY, 2013, p. 1.664-1.665). Logo, tanto o Ministério Público da União pode demandar perante a Justiça Estadual quanto o Ministério Público Estadual pode ajuizar ação civil pública na Justiça Federal, sem ser necessário o litisconsórcio. Afinal, o titular do direito de ação é o Ministério Público (art. 129, III, CF), não suas unidades de forma fragmentada.

Não cabe ao juiz de primeiro grau ou ao relator nos Tribunais, com exceção do Supremo Tribunal Federal (por força da exegese do art. 102, I, *f*, CF), decidir se a atribuição é do Ministério Público Federal ou do Estadual. Tal questão é *interna corporis* e inerente à unidade e à indivisibilidade do Ministério Público (arts. 127, §1º, e 128/CF) (NERY Jr.; NERY, 2013, p. 1.664-1.665).

Assim, o Judiciário não pode resolver o processo sem julgamento de mérito sob o fundamento de carência de ação por falta de legitimidade ativa *ad causam*. Repita-se: tanto é legítimo o Ministério Público Federal ajuizar ação civil pública na Justiça Estadual quanto o Ministério Público Estadual demandar perante a Justiça Federal. O titular da ação é sempre o Ministério Público, instituição uma e indivisível, sendo a atribuição de suas unidades (Ministério Público Federal ou Estadual) uma questão interna que não retira a legitimidade ativa de um ou de outro para ajuizar ação civil pública.

O que o Judiciário pode e deve analisar, inclusive de ofício, por ser matéria de ordem pública, é a competência jurisdicional.

Constada a incompetência absoluta da Justiça Estadual ou Federal, os autos devem ser remetidos ao juízo competente que pode ratificar ou não os atos praticados. Os atos não decisórios podem ser ratificados (arts. 113, §2º, CPC-73, 64, §2º, CPC-2015 e 567/CPP), posteriormente, pelo juízo competente. Para a ratificação desses atos, cabe ao juiz competente verificar se os atos alcançaram, apesar de outro modo, a sua finalidade (arts. 244/CPC-1973 e 275/CPC-2015) ou não tenham causado prejuízo às partes (art. 249/CPC-73 e 280/CPC-2015).

No entanto, a fixação da competência da Justiça Federal ou Estadual, pelos critérios do art. 109 da Constituição Federal, nenhuma relação tem com as atribuições do Ministério Público Federal ou Estadual. Não se define a competência porque o Ministério Público Federal ou Estadual é o autor da ação civil pública, mas em razão de outros padrões constantes na Constituição Federal, como a circunstância da União ser parte no processo ou terceiro interveniente (art. 109, I) ou do ato questionado emanar de autoridade federal (art. 109, VIII, CF).

De qualquer modo, resolvido pelo Supremo Tribunal Federal o conflito de atribuições, declarada a atribuição do Ministério Público Federal para atuar em inquérito civil que tramitava perante o Ministério Público Estadual, ou vice-versa, o promotor natural poderá ratificar os atos praticados pelo outro agente ministerial e prosseguir nas investigações. Caso a ação civil pública por improbidade administrativa já tenha sido ajuizada, poderá pedir a convalidação judicial dos atos processuais praticados ou, se necessário, a complementação ou a repetição de indispensáveis à discussão do mérito da causa.

3. COMPETÊNCIA PARA AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS QUE ENVOLVAM VERBAS FEDERAIS

Para evitar conflito de competência entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual, em ações que questionam o desvio de recursos públicos federais, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 208, com o seguinte teor: “Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal”.

O enunciado contido na Súmula 208/STJ deve ser compreendido como regra, mesmo porque, pelo art. 71, VI, da Constituição Federal cabe ao Tribunal de Contas da União fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante

convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, Distrito Federal ou a municípios, com a possibilidade de o TCU, inclusive, aplicar as sanções aos responsáveis pelo dano ao erário (art. 71, VIII, CF).

Por sua vez, é atribuição da Controladoria-Geral da União (CGU) assistir, direta e indiretamente, o Presidente da República, no desempenho de suas atribuições quanto aos assuntos e providências que, no âmbito do Poder Executivo, sejam atinentes à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal (art. 17 da Lei nº 10.683/2003). Além de poder instaurar procedimentos e processos administrativos ou requisitar a instauração daqueles que venham sendo injustificadamente retardados pela autoridade responsável (art. 18, §5º, II, Lei nº 10.683/2003), a CGU tem o dever de encaminhar à Advocacia-Geral da União os casos que configurem improbidade administrativa e todos quantos recomendem a indisponibilidade de bens ao erário e outras providências a cargo daquele órgão, bem como provocar a atuação do Tribunal de Contas da União, da Secretaria da Receita Federal, dos órgãos do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal e, quando houver responsabilidade penal, do Departamento de Polícia Federal e do Ministério Público, inclusive quanto a representações ou denúncias que se afigurem manifestamente caluniosas (art. 18, §3º, da Lei nº 10.683/2003).

Logo, o que importa não é se o recurso público é incorporado ao patrimônio do Estado ou do município, mas se cabe ao TCU, à CGU ou a outro órgão federal fiscalizar a aplicação dos recursos repassados pela União aos demais entes federativos (GARCIA; ALVES, 2014, p. 963-966).

Como o artigo 71, VI, da Constituição Federal afirma que *quaisquer recursos repassados pela União* deverão ser fiscalizados pelo TCU, somente quando a causa não envolver recursos da União é que a competência é da Justiça Estadual. Com efeito, a Súmula nº 9/STJ (“Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal”) deve ter aplicação restritiva para ser aplicada não aos recursos federais, mas apenas para explicitar que, quando houver a transferência de recursos estaduais para o município, é que a competência é da Justiça Comum Estadual. No limite, a Súmula nº 9/STJ deveria ser cancelada, porque pode confundir e até ofuscar

a compreensão do entendimento contido na Súmula nº 8/STJ e presente na orientação jurisprudencial do STF, isto é, sempre que a verba federal for fiscalizada por órgão público federal caberá o Ministério Público Federal atuar, ainda que tenha que processar a autoridade municipal ou estadual perante a Justiça Estadual.

Tal conclusão, de que toda verba federal suscetível de fiscalização por órgão federal enseja a atuação do Ministério Público Federal e o ajuizamento da ação civil pública, como regra, perante a Justiça Federal, por envolver hipótese que recai sobre o art. 109 da Constituição Federal, pode ser extraída dos julgados que serviram para a edição da Súmula nº 8/STJ.

Nesse sentido, vale destacar quatro Conflitos de Competência (CC), que deram origem à Súmula nº 8/STJ, os quais, não obstante tenham sido gerados em processos criminais, apontam para a competência da Justiça Federal toda vez que a prestação de contas da verba pública tenha que ocorrer perante órgão federal.

O CC nº 18.517/SP¹⁷ tratou de ação penal ajuizada contra ex-prefeito de cidade do interior de São Paulo, denunciado pela prática do crime do art. 312/CP, que teria se apropriado de verba, oriunda de Lei Orçamentária, com dotação nominalmente identificada do Ministério da Agricultura e da Reforma Agrária, destinada ao financiamento de programa de eletrificação rural do assentamento Itá. O STJ considerou que a regra é que a Justiça Comum Estadual processe e julgue ação penal, em que se discute desvio de verbas federais destinada ao município, mediante convênio, por integrar o patrimônio da municipalidade. Porém, como o ex-prefeito estava obrigado a prestar contas perante o Ministério da Agricultura e da Reforma Agrária, o STJ remeteu os autos à Justiça Federal.

No CC nº 14.358/RS¹⁸, a causa versava sobre convênio celebrado entre o Município de Serafina Corrêa-RS e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), em que o ex-prefeito tinha que prestar contas à Delegacia do Ministério da Educação do Rio Grande do Sul, razão pela qual fixou-se a competência da Justiça Federal.

No CC nº 15.426/RS¹⁹, o ex-prefeito de Serafina Correia-RS foi indiciado em inquérito policial sob a acusação de haver se apropriado de verbas oriundas da União, decorrente de convênio, para a construção de um alojamento de dois pavimentos para estudantes

17 Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23.4.1997, DJ 26.5.1997, p. 22471.

18 Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 9.4.1997, DJ 19.5.1997, p. 20551.

19 Rel. Ministro ANSELMO SANTIAGO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27.3.1996, DJ 27.5.1996, p. 17806.

da Escola Agrícola Municipal. O Convênio havia sido celebrado entre o município e do Fundo de Desenvolvimento da Educação (FNDE). O STJ decidiu que havia interesse federal na realização do objeto do convênio e, portanto, a competência deveria ser da Justiça Federal.

Por último, o CC nº 15.703/RO²⁰ dizia respeito à instauração de inquérito policial em desfavor de ex-secretário Estadual de Cultura, Esporte e Turismo de Rondônia, que teria sido indiciado pelo desvio de verbas federais, provenientes de convênio estabelecido com o Ministério da Cultura, para a execução do projeto “Centenário da Abolição da Escravatura”. A referida Secretaria descumpriu a cláusula que a obrigava a prestar contas ao órgão federal, no prazo de 60 dias após a utilização dos recursos recebidos, e a restituir aos cofres da União os valores não utilizados no projeto. Tal conduta determinou a realização de Tomada de Conta Especial pelo Tribunal de Contas da União. Por considerar que as verbas estavam sujeitas ao controle do TCU, o STJ concluiu que havia interesse da União Federal e firmou a competência da Justiça Federal para processar e julgar a causa.

Julgados mais recentes do Superior Tribunal de Justiça confirmam a conclusão de que a regra, quanto à fixação da competência para o ajuizamento de ações civis públicas por improbidade administrativa, deve ser a presença de verba federal suscetível de fiscalização por órgão da União, e não a incorporação de tal recurso nos cofres públicos dos Estados, Distrito Federal ou municípios. Nesse sentido, vale destacar quatro outros precedentes do STJ.

No RHC nº 42.582/PR²¹, discutiu-se a competência para processar e julgar ação penal pelos crimes de peculato, corrupção, fraude em licitações, falsidade ideológica e formação de quadrilha, pelo suposto envolvimento dos acusados no desvio de verbas federais, por Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) – denominada de Agência de Desenvolvimento Educacional e Social Brasileira (ADESOBRAS), provenientes do Sistema Único de Saúde, para a execução de parceria realizada entre a ADESOBRAS e o município de Itaipulândia/PR. O STJ, após considerar que os recursos estavam sujeitos à fiscalização da Controladoria-Geral da União, ainda que a transferência das verbas tivesse ocorrido na modalidade “fundo a fundo”, por continuarem sujeitas ao controle e à fiscalização de órgãos federais, fixou a competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal. Aliás, essa também

20 Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13.3.1996, DJ 22.4.1996, p. 12524.

21 Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 2.12.2014, DJe 11.12.2014.

foi a orientação do Supremo Tribunal Federal no RHC nº 98564²², que se referia a verbas repassadas ao Estado do Piauí, oriundas do Sistema Único de Saúde, sendo afetas, portanto, à fiscalização do Tribunal de Contas da União. Logo, a competência para o processo e o julgamento de crime resultante de desvio, em repartição estadual, de recursos oriundos do SUS, é da Justiça Federal, com fundamento no art. 109, I, da Constituição Federal.

No AgRg no AREsp nº 30.160/RS²³, o STJ afirmou que verbas oriundas do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) devem ser fiscalizadas pelo Ministério Público Federal e as ações judiciais são da competência da Justiça Federal. Cuidava-se da malversação de verbas federais, repassadas pela União ao município de Canoas/RS, para aporte financeiro no Programa Nacional de Alimentação Escolar PNAE/FNDE, cujo objetivo é atender as necessidades nutricionais de alunos matriculados em escolas públicas. O PNAE é uma política pública concebida e titularizada pela União, financiada com recursos federais repassados aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios. Tem execução descentralizada, mediante depósito em conta-corrente de recursos federais, montante a ser incluído nos orçamentos dos entes federativos beneficiados. O beneficiário deve prestar contas dos recursos, inclusive perante o Tribunal de Contas da União e o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal. A vinculação e os deveres do ente beneficiário, perante a União, não se resumem à habilitação para o recebimento de verbas federais, que reforçarão os orçamentos estaduais, distrital e municipais. O vínculo e os deveres permanecem mesmo após o depósito em conta-corrente. Como o PNAE é um programa de execução descentralizada, os recursos federais não integram exclusivamente o patrimônio municipal, distrital ou estadual, o que afasta a incidência da Súmula 209 do STJ. Com efeito, a correta aplicação das verbas federais do PNAE envolve interesse federal, em razão da natureza dos bens e dos valores jurídicos tutelados. Ademais, a desnecessidade de convênio, ajuste ou contrato, por serem os recursos federais diretamente depositados em conta-corrente específica, não gera a incorporação automática do recurso aos cofres do ente federativo beneficiado. Este continua a ter o dever de prestar contas à União. Afinal, a verba orçamentária federal não é concedida a fundo perdido, mas repassada para aplicação específica como execução descentralizada do PNAE. Assim, em caso de não utilização, deve ser devolvida à origem com juros e

22 Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 15.9.2009, DJe-208 DIVULG 5.11.2009 PUBLIC 6.11.2009 EMENT VOL-02381-04 PP-00976.

23 Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 12.11.2013, DJe 20.11.2013.

correção monetária. Por fim, o PNAE é normatizado, coordenado e fiscalizado por órgão público federal, o FNDE, o que torna legítimo o interesse da União em intervir nos processos judiciais, na condição de litisconsorte processual do Ministério Público, em ação de improbidade administrativa. Além disso, concluiu-se que o fato de outros órgãos de fiscalização terem descoberto possível prática ilícita ocorrida na municipalidade, quanto à utilização de verbas oriundas do FNDE, não é suficiente para afastar a competência da Justiça Federal²⁴.

Além disso, no RHC nº 40.611/SP²⁵, o STJ manteve tal entendimento, em ação penal por fraude à licitação, falsidade ideológica e quadrilha, relacionados a desvios de recursos públicos pela prefeitura de Aurifloma/SP. O município havia recebido recursos para a realização de recapeamento asfáltico, mediante convênio com o Ministério do Turismo, representado pela Caixa Econômica Federal, no qual havia expressado obrigação de prestação de contas perante a União. A circunstância de a prefeitura ter prestado contas perante o Tribunal de Contas de São Paulo não retirou a necessidade de explicitar as despesas perante o Ministério do Turismo ou outros órgãos de controle da União, nos termos das cláusulas pactuadas, o que determinou a competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal.

Por último, no CC nº 127.429/RN²⁶, em inquérito policial para apurar o crime do art. 92 da Lei nº 8.666/93, o STJ definiu que as irregularidades verificadas nas obras de construção do sistema de esgotamento sanitário do município de Parnamirim/RN, realizadas por meio do repasse de verbas federais, por um contrato de financiamento junto à Caixa Econômica Federal (CEF), com recursos do FGTS, estão sujeitos à fiscalização tanto da CEF quanto do Tribunal de Contas da União. Portanto, isso torna competente a Justiça Federal, com fundamento no art. 109, IV, da Constituição Federal, para processar e julgar o delito de desvio de verba cuja prestação se faz perante órgão federal.

É importante destacar, todavia, que a fixação da competência em matéria cível pode ser diferente da penal. Isso ficará mais claro no próximo tópico. De qualquer modo, tal diferença, que resulta da interpretação de diferentes incisos do art. 109 da CF, não enfraquece a tese de que, havendo repasse de verbas federais sujeitas

24 Nesse sentido, cf. STJ, AgRg no CC 113.209/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27.6.2012, DJe 1.8.2012.

25 Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 8.10.2013, DJe 29.10.2013.

26 Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14.8.2013, DJe 23.8.2013.

a fiscalização de órgãos da União, a atribuição para investigar atos de improbidade administrativa é do Ministério Público Federal e, como regra, haverá interesse processual da União, a ensejar o processamento de ação civil pública perante a Justiça Federal.

4. ATRIBUIÇÃO PARA A FISCALIZAÇÃO E COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA ENVOLVENDO RECURSOS DO FUNDEF/FUNDEB

Tema que ensejou longo debate no Supremo Tribunal Federal²⁷ foi o relativo à competência para julgar as ações civis e penais referentes ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério (FUNDEF), depois transformado em Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização da Educação (FUNDEB).

Vale explicar que o FUNDEF foi criado pela Emenda Constitucional n° 14, de 12.9.1996, e instituído, inicialmente, pela Lei n° 9.424, de 24.12.1996. Tal lei foi alterada pela Lei n° 11.494, de 20.6.2007, que passou a denominar o FUNDEF de FUNDEB.

O FUNDEB é de natureza contábil e constituído, originariamente, por recursos financeiros dos Estados, Distrito Federal e municípios, provenientes de diversas fontes e vinculados constitucionalmente ao custeio da educação. No exercício de sua função redistributiva, supletiva e de assistência financeira, a União participa do FUNDEB, complementando-o sempre que, no âmbito de cada Estado e no Distrito Federal, o valor médio ponderado por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente (art. 4° da Lei n° 11.494/2007). O valor mínimo por aluno é definido por Decreto do Presidente da República (art. 60, V a VII, do ADCT, com a redação dada pela Emenda Constitucional n° 53, de 19.12.2006). A atuação da União é *suplementar*, pois ocorre apenas para acrescentar às verbas pertencentes aos Estados e ao Distrito Federal, vinculadas ao fundo, quando forem insuficientes para alcançar o valor mínimo por aluno definido nacionalmente (art. 60, II, ADCT).

Esses recursos, condicionados a posterior prestação de contas e controle do Tribunal de Contas da União, garantem a equalização de oportunidades educacionais e a manutenção de um *padrão mínimo* de ensino aos Estados ou municípios menos aquinhoados. Na hipótese de Estados e municípios apresentarem suficiência financeira para atingir o valor mínimo por aluno definido nacionalmente, o

²⁷ ACO 1109, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX (art. 38, IV, b, do RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 5.10.2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 6.3.2012 PUBLIC 7.3.2012.

FUNDEB é composto exclusivamente por recursos oriundos da repartição de suas receitas tributárias e, por essa razão, passam a integrar os próprios orçamentos dos Estados e municípios, nos termos dos arts. 157, 158, 159 e 212, §1º, da Constituição Federal. Logo, os Estados e os municípios, quando não recebem repasses da União, sujeitam-se ao controle e prestam contas apenas ao Tribunal de Contas estadual e/ou municipal.

A necessidade ou não de complementação do FUNDEB com recursos federais influi na definição de atribuições do Ministério Público Federal ou do Ministério Público Estadual, bem como na adequada delimitação da natureza cível ou criminal da matéria envolvida, para fins de fixação da competência da Justiça Federal ou Estadual.

A competência da Justiça Federal, em matéria cível, tem como regra o art. 109, I, da Constituição Federal, enquanto que a seara criminal, o 109, IV, da Constituição Federal.

A definição da atribuição do Ministério Público Federal ou Estadual para investigar possíveis desvios de verbas do FUNDEB em matéria civil, que inclui a improbidade administrativa, está baseada no critério do interesse processual. Assim, toda vez que a União aporte de forma suplementar recursos para o Estado ou o Município, em razão de tal recurso se sujeitar ao controle do TCU, bem como quando entidade autárquica ou empresa pública federal figurarem em um dos polos da relação processual na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, a atribuição para investigar e, eventualmente, ajuizar ação civil pública é do Ministério Público Federal e a competência para processá-la e julgá-la é da Justiça Federal.

Em contrapartida, quanto ao aspecto criminal, por força da interpretação do art. 109, V, da Constituição Federal não basta a presença de um daqueles entes da União no processo. É imprescindível verificar a *natureza da lesão* a bens, interesses ou serviços. O art. 109, V, da CF preceitua que será competente a Justiça Federal quando as infrações penais forem praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União. Toda conduta delituosa que implique lesão ao interesse da União atrai a competência para o processo e o julgamento da ação penal à Justiça Federal, ainda que, de forma concorrente, tenham sido violados interesses Estaduais e municipais.

Portanto, as ações e os procedimentos afetos ao FUNDEB, no âmbito criminal, são de atribuição do Ministério Público Federal,

independentemente de complementação, ou não, com recursos federais²⁸.

Em contrapartida, em matéria cível, a atribuição do Ministério Público Federal ou Estadual depende da presença, ou não, de algum ente federal, pois, nesse caso, a competência é *ratione personae* (art. 109, I, CF). Isto é, se houver complementação de recursos do FUNDEB da União para o Estado, como a fiscalização deve ser do TCU, a atribuição é do Ministério Público Federal. Em sentido contrário, quando não há tal complementação, para atingir o valor médio a ser gasto por aluno, fixado nacionalmente, a atribuição é do Ministério Público Estadual para investigar a prática de ato de improbidade administrativa, uma vez que os recursos são de propriedade exclusiva dos Estados e municípios e, portanto, sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas Estadual e/ou municipal²⁹.

Por isso, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ação de civil originária (ACO) nº 1109, como se cogitava da possibilidade de ter havido desvio de recursos, o que configuraria delito, em tese, praticado pelo prefeito de Taciba/SP e, ao mesmo tempo, ato de improbidade administrativa, concluiu pela atribuição do Ministério Público Federal para a apuração do delito. Porém, como não havia repasse da União para a complementação do FUNDEB no Estado de São Paulo, a atribuição para investigar acerca de improbidade administrativa foi assegurada ao Ministério Público Estadual.

5. OUTROS EXEMPLOS DE CONFLITOS DE ATRIBUIÇÕES RESOLVIDOS PELO STF

Além dos padrões fixados no caso do FUNDEF/FUNDEB, o Supremo Tribunal Federal tem decidido diversos conflitos de atribuições envolvendo os Ministérios Público, Federal e Estadual. Cabe examinar alguns deles para fixar a tese de que é atribuição

28 Tal orientação tem sido seguida pelo STF (HC 100772, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22.11.2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-025 DIVULG 3.2.2012 PUBLIC 6.2.2012) e foi acolhida pelo STJ: "A malversação de verbas decorrentes do FUNDEF, no âmbito penal, ainda que não haja complementação por parte da União, vincula a competência do Ministério Público Federal para a propositura de ação penal, atraindo, nessa hipótese, a da Justiça Federal, bem como o controle a ser exercido pelo TCU, conforme dispõe o artigo 71 da CR/88" (CC 119.305/SP, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 8.2.2012, DJe 23.2.2012). No mesmo sentido, conferir, entre outros: STJ, HC 218.921/PI, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25.3.2014, DJe .2.4.2014; HC 199.564/PA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11.3.2014, DJe 24.3.2014; AgRg no CC 125.291/RO, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 8.5.2013, DJe 14.5.2013.

29 Pet 4885, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11.2.2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 26.2.2014 PUBLIC 27.2.2014. Nesta hipótese analisada pelo STF, o Município de Mirandópolis/SP não recebeu recursos federais, a título de complementação, na forma do art. 6º da Lei nº 9624/96. Não havendo recursos da União, não caberia ao Tribunal de Contas da União fiscalizar nem tampouco ao Ministério Público Federal atuar ou, ainda, fixar a competência da Justiça Federal para processar e julgar eventual ação civil pública, pois a infração civil não ocorreu em detrimento de bens, serviços ou interesses da União.

do Ministério Público Federal investigar os atos de improbidade administrativa envolvendo desvios de recursos federais sujeitos ao controle de órgãos públicos da União.

Assim, a atribuição para apurar possíveis irregularidades no cadastro do programa habitacional “Minha Casa, Minha Vida” é do Ministério Público Federal, ainda que tenham como suspeitos autoridades estaduais ou municipais. O STF, ao julgar a Ação Cível Originária nº 2.166-MT, em que a execução do programa habitacional estaria sendo prejudicada por um esquema montado dentro da prefeitura, no qual um vereador e alguns servidores estariam contemplando parentes com o benefício, considerou que o “Minha Casa, Minha Vida” é um programa custeado com recursos provenientes do Orçamento Geral da União, aportados pelo Fundo de Desenvolvimento Social, regulado pela Lei Federal nº 11.977/2009 (art. 18), regulamentados pela Resolução CCFDS nº 183/2011 e Instrução Normativa nº 34/201, ainda que tal programa seja gerido pelos Ministérios das Cidades e da Fazenda, e operacionalizado pela Caixa Econômica Federal (arts. 9º e 10º da Lei Federal nº 11.977/2009). Desse modo, a atribuição para investigar possíveis ilegalidades é do Ministério Público Federal. Os Estados e os municípios, por sua vez, atuam como meros executores do programa, e eventual ação judicial deve ser proposta perante a Justiça Federal (art. 109, I, CF), em razão da existência de interesse da União em fiscalizar e manter a adequada aplicação dos recursos federais.

Também é atribuição do Ministério Público Federal investigar supostas ilegalidades na aplicação de recursos do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar. O PRONAF é regulado pela Lei Federal nº 8.427/1992 e regulamentado pelo Decreto nº 3.999/2001, cujo art. 1º afirma que o PRONAF

tem por finalidade promover o desenvolvimento sustentável do meio rural, por intermédio de ações destinadas a implementar o aumento da capacidade produtiva, a geração de empregos e a elevação da renda, visando à melhoria da qualidade de vida e do exercício da cidadania dos agricultores familiares.

Os agricultores familiares têm direito de acessar o microcrédito rural, para financiar suas atividades produtivas, e a assistência técnica de forma gratuita e em concordância com a Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural (PNATER). Os recursos do PRONAF são alocados apenas por instituições financeiras federais (Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Banco do Nordeste e Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social), que são

responsáveis pelos repasses das verbas ao público-alvo. Cuida-se de uma política subsidiada pelo orçamento da União, que arca com a diferença entre os juros cobrados aos beneficiários (entre 1% e 9%) e a taxa SELIC. O Orçamento Geral da União também prevê o pagamento aos Bancos pelo seu trabalho de intermediação. O art. 6º do Decreto nº 3.991/2001 preceitua que cabe à Secretaria da Agricultura Familiar do Ministério do Desenvolvimento Agrário planejar, coordenar e supervisionar o PRONAF em âmbito nacional. Ademais, a fiscalização da aplicação dos recursos deve ser feita pelo Tribunal de Contas da União e pela Controladoria Geral da União. Por isso, investigação e possível ajuizamento de ação civil pública por improbidade administrativa deve ser conduzida pelo Ministério Público Federal. Além disso, toda vez que a gestão, a administração ou a fiscalização de qualquer atividade ou serviço for realizada por órgão da Administração Pública Federal está caracterizado o interesse público federal. Em havendo conduta que possa implicar lesão ou ameaça de lesão a interesses da União, eventual ação deve ser processada e julgada pela Justiça Federal (art. 109, I), ainda que sejam violados interesses municipais ou estaduais. Assim, na Ação Cível Originária nº 1.281-SP, o STF, ao examinar irregularidades na execução do PRONAF pelo município de Aramina/SP, cujo agente financeiro do Banco do Brasil S/A não teria solicitado declarações de agricultores quanto à existência de dívidas em outros bancos, não teria fiscalizado as operações do PRONAF executadas e liberadas pela agência bancária nem exigido os projetos de assistência técnica, determinou que a atribuição para apurar tais fatos é do Ministério Público Federal³⁰.

Por outro lado, a investigação sobre atos ilícitos existentes em políticas de cotas de universidades estaduais e municipais, bem como o consequente ajuizamento de ação civil pública por improbidade administrativa deve ser realizado pelo Ministério Público dos Estados. Isso porque as Universidades Públicas estaduais e municipais não agem por delegação do Poder Público federal. Ao contrário, a Constituição Federal, no artigo 207, assegura o princípio da autonomia universitária e, no artigo 211, garante a autonomia dos entes federativos para organizar e gerir seus sistemas de ensino, os quais devem agir em regime de cooperação. O artigo 17, I, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96) também estabelece

30 "CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR A AÇÃO. PRECEDENTES. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES. APURAÇÃO DE SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA APLICAÇÃO DOS RECURSOS ORIUNDOS DO PRONAF. INTERESSE DA UNIÃO. ART. 109, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL" (ACO 1281, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 13.10.2010, DJe-243 DIVULG 13.12.2010 PUBLIC 14.12.2010 EMENT VOL-02450-01 PP-00001).

que os sistemas de ensino dos Estados abrangem as instituições mantidas pelo Poder Público Estadual. Logo, os atos de gestão praticados por universidades estaduais não implicam interesse direto da União (art. 109, I, CF)³¹. Assim, a apuração de eventual denúncia de irregularidade na política de reserva de vagas, como decidiu o STF na Ação Cível Originária nº 1.145-PB, em relação à Universidade Estadual da Paraíba, deve ser do Ministério Público Estadual.

6. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÕES CIVIS PÚBLICAS POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PRATICADOS EM DETRIMENTO DO PATRIMÔNIO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA FEDERAL

Pelo art. 109, I, da Constituição Federal, os atos de improbidade que recaiam sobre o patrimônio público da União, de suas entidades autárquicas ou de empresas públicas federais devem ser objeto de ações civis públicas a serem processadas e julgadas pela Justiça Federal.

O Novo Código de Processo Civil determina que a competência é fixada pelas normas nele estabelecidas ou em legislação especial, pelas normas de organização judiciária e, ainda, no que couber, pelas Constituições Estaduais, desde que obedecidos os limites estabelecidos pela Constituição Federal (art. 44). Ademais, o NCPC explicita que, quando os autos tramitam perante a Justiça Estadual, mas nele intervier a União, suas empresas públicas, entidades autárquicas e fundações, ou conselho de fiscalização de atividade profissional (conforme já fazia a Súmula nº 66/STJ)³², na qualidade de parte ou de terceiro interveniente, os autos serão remetidos ao juízo federal competente, exceto nas ações de recuperação judicial, falência, insolvência civil, acidente de trabalho ou sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho (art. 45).

Porém, nem o art. 109, I, da Constituição Federal nem o art. 45 do Novo Código de Processo Civil fazem expressa menção às sociedades de economia mista federal (como a Petrobrás e o Banco do Brasil). Diante dessa omissão, as ações civis públicas por atos de

31 "COMPETÊNCIA. - EM FACE DO 'CAPUT' DO ARTIGO 177 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMPETE AOS ESTADOS-MEMBROS E AO DISTRITO FEDERAL ORGANIZAR SEUS SISTEMAS ADMINISTRATIVOS DE ENSINO, SENDO O SISTEMA FEDERAL MERAMENTE SUPLETIVO. - ASSIM, OS DIRIGENTES DE UNIVERSIDADES QUE SEJAM AUTARQUIAS ESTADUAIS - COMO SUCEDE COM A UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, OU DE UNIDADES QUE A INTEGREM, NÃO PRATICAM ATOS POR DELEGAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL. - CONSEQUENTEMENTE, A COMPETÊNCIA PARA O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DE AÇÕES - INCLUSIVE MANDADO DE SEGURANÇA - CONTRA TAIS ATOS NÃO É DA JUSTIÇA FEDERAL, MAS, SIM, DA JUSTIÇA COMUM DO ESTADO-MEMBRO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO" (RE 95722, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 17.3.1982, DJ 5.11.1982 PP-11241 EMENT VOL-01274-02 PP-00267 RTJ VOL-00105-01 PP-00303).

32 "Compete à Justiça Federal processar e julgar execução fiscal promovida por conselho de fiscalização profissional".

improbidade administrativa praticados por tais entidades devem ser ajuizados perante a Justiça Estadual.

Nesse sentido, a Súmula nº 42 do Superior Tribunal de Justiça afirma que “compete a Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento”. De igual modo, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 556, pela qual “É competente a Justiça Comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista”.

No entanto, quando a União manifesta interesse jurídico na causa e intervém como assistente ou oponente, as ações devem ser deslocadas para a Justiça Federal (Súmula nº 517/STF). Para tanto, a União deve ser intimada para que, expressamente, manifeste se tem ou não interesse no feito.

De qualquer forma, a fixação da atribuição do Ministério Público na defesa do patrimônio público, em casos de improbidade administrativa, por desvios de verbas federais, não pode ficar condicionada à decisão da União em ingressar no processo como assistente ou oponente (art. 109, I, CF). A existência de indícios de irregularidades na aplicação das verbas públicas federais, sujeitas à prestação de contas a órgãos da União, justifica, por si só, tanto a atuação do Ministério Público Federal quanto o processamento e o julgamento da ação civil pública por improbidade administrativa pela Justiça Federal.

Os desvios de recursos pertencentes a sociedades de economia mista federal estão sujeitos ao controle do Tribunal de Contas da União, que, pelos arts. 71, II, da Constituição Federal e 1º, I, da Lei nº 8.443/1992, tem competência para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídos os das fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário³³. Com efeito, estando os recursos da sociedade de economia mista federal sujeitos ao controle do Tribunal de Contas da União, a atribuição para investigar eventual prática de ato de improbidade administrativa é do Ministério Público Federal, ainda que a ação civil pública tenha que ser ajuizada perante a Justiça Estadual.

33 STF, MS 25092, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 10.11.2005, DJ 17.3.2006 PP-00006 EMENT VOL-02225-03 PP-00407; MS 25181, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10.11.2005, DJ 16.6.2006 PP-00006 EMENT VOL-02237-01 PP-00131.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e Estadual. Não obstante o conflito de atribuições entre unidades diferentes do Ministério Público brasileiro não ser capaz de promover, potencialmente, o desequilíbrio no sistema federativo, como poderia se depreender da interpretação do art. 102, I, *f*, da CF, eventual atribuição de competência ao Superior Tribunal de Justiça para julgar tais conflitos dependeria – o que, aliás, seria recomendável e coerente com a função harmonizadora do STJ – da edição de Emenda Constitucional. Tal solução poderia contribuir para a *efetividade* do sistema processual, uma vez que o STJ já possui a competência para processar e julgar os conflitos de competência entre a Justiça Federal e Estadual (art. 105, I, *d*, CF).

A atribuição para investigar supostos atos ilegais envolvendo verbas públicas federais, sujeitas a órgãos de controle da União, é do Ministério Público Federal, ainda que a ação civil pública tenha que ser ajuizada perante a Justiça Estadual. Não há nenhuma regra na Constituição Federal que afirme que o Ministério Público Federal atue somente na Justiça Federal ou que Ministério Público Estadual deva agir, tão somente, na Justiça Estadual.

O Ministério Público brasileiro é uma instituição indivisível (art. 127, §1º, CF), integrada pelo Ministério Público da União e dos Estados (art. 128/CF). Não há diferença *ontológica* entre as unidades do Ministério Público brasileiro, cuja função institucional comum é a defesa do patrimônio público (art. 129, I, CF).

Tampouco é correto afirmar que o Ministério Público Federal somente pode atuar na Justiça Federal em razão de ser uma unidade do Ministério Público da União (art. 128, I, *a*, CF). Embora o MPF seja uma instituição que funcione em todos os Estados da Federação e no Distrito Federal, o art. 129, IX, da Constituição Federal veda, expressamente, ao Ministério Público a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. Não poderia ser diferente, pois, do contrário, o Ministério Público Federal não poderia ajuizar ações em face da União, tampouco o Ministério Público dos Estados, em face dos Estados-Membros.

A mera presença do Ministério Público Federal como parte (*v.g.*, autora de uma ação civil pública) não é suficiente para que se fixe a competência da Justiça Federal para processar e julgar a

demanda (DIDIER Jr.; GODINHO, 2014, p. 76-80). Isso porque o art. 109, I, da Constituição Federal atribui competência aos juizes federais para processarem e julgarem as causas “em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes³⁴, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”.

Ajuizada a ação civil pública pelo Ministério Público Federal, na hipótese de a União não estar no polo passivo da relação processual, é necessário a sua intimação ou da entidade autárquica federal para que se manifestem sobre o interesse em intervir no processo. Caso entendam que não é caso de intervenção processual, os autos devem ser remetidos à Justiça Estadual (exegese do art. 109, I, CF e Súmula nº 224/STJ³⁵).

Tal entendimento foi incorporado ao art. 45, §3º, do Novo Código de Processo Civil, que prevê que o “juízo federal restituirá os autos ao juízo estadual sem suscitar conflito se o ente federal cuja presença ensejou a remessa for excluído do processo”.

Além disso, quando a Constituição Federal fixou a competência da Justiça Federal, em razão da presença de um órgão federal (art. 109, VIII, CF), fez referência apenas ao mandado de segurança ou ao *habeas data* impetrado contra ato de autoridade federal, não mencionando a ação civil pública ajuizada por ente federal.

De qualquer modo, o processo que tiver sido originado pela ação civil pública por improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal e/ou pelo Ministério Público Estadual não deve ser resolvido sem julgamento de mérito, por falta de legitimidade ativa. Se o conflito de competência for instaurado após o ajuizamento de uma ação civil pública, o processo deve ficar suspenso à espera da definição judicial quanto ao processamento da demanda pela Justiça Federal ou pela Justiça Estadual (DIDIER Jr.; GODINHO, 2014, p. 81). Tal definição, contudo, cabe exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, não podendo o juiz de primeiro grau ou mesmo os demais Tribunais decidir se a atribuição para investigar atos de improbidade administrativa ou para ajuizar eventual ação civil pública é do Ministério Público Federal ou Estadual. Aliás, é necessária a regulamentação, no plano legal, dos conflitos de

34 “A posição na relação jurídica processual, de modo a justificar a atração da causa para a Justiça Federal, pode dar-se em quatro hipóteses. Como autora, quando ingressa com uma ação de qualquer natureza contra alguém. Como ré, quando responde a qualquer tipo de ação judicial. Como assistente, atuando na qualidade de terceiro, quando tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma das partes litigantes. Como oponente, quando pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito disputado em juízo” (FREITAS, 2014, p. 1.461).

35 “Excluído do feito o ente federal, cuja presença levara o Juízo Estadual a declinar da competência, deve o Juiz Federal restituir os autos e não suscitar conflito”.

atribuição entre unidades do Ministério Público, inclusive para prever a suspensão da ação civil pública (nem o art. 265 do CPC-73 nem o art. 313 do NCPC preveem tal hipótese), enquanto o STF decide quem pode investigar e demandar judicialmente.

Quando o Ministério Público não for autor da ação civil pública, mas agir apenas como fiscal da lei, a dúvida quanto saber qual unidade do Ministério Público (Federal ou Estadual) possui atribuição para agir não deve determinar a suspensão do processo, porque isso resultaria em injustificável prejuízo para as partes e comprometeria a garantia constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF) (DIDIER Jr.; GODINHO, 2014, p. 81). Nessa hipótese, ou se admite que ambas as unidades do Ministério Público emitam parecer nos autos ou que se prorrogue a atribuição do Ministério Público que já está atuando nos autos, até a definição do conflito de atribuições em processo próprio. Caso o órgão do Ministério Público se recuse a participar do processo, não há nulidade processual, desde que se assegure a prévia intimação dos atos necessários, com o prosseguimento do processo sem a intervenção ministerial, conforme disposição expressa no art. 180, §1º, do NCPC³⁶.

Além disso, a Súmula nº 209/STJ, ao firmar que compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal, deve ser cancelada, pois mais confunde do que esclarece. Tal entendimento exige do Judiciário uma análise das cláusulas dos convênios e da natureza das verbas³⁷. Porém, ainda que um recurso seja incorporado ao patrimônio do município (v.g., na construção de uma obra pública) e mesmo que o convênio seja omissivo quanto à prestação de contas, se há verbas federais, caberá a fiscalização do Tribunal de Contas da União e, por consequência, a atuação do Ministério Público Federal.

Não poderá o convênio ou qualquer outro ato comercial entre as partes se sobrepôr ao art. 70, VI, da Constituição Federal, que afirma que *quaisquer recursos* repassados pela União devem ser fiscalizados pelo TCU (incorporado no art. 1º, XIX, do Regimento Interno do TCU e explicitado no art. 1º, I, da Lei Federal nº 8.443/92).

36 “Findo o prazo para a manifestação sem o oferecimento do parecer, o juiz requisitará os autos e dará prosseguimento ao processo”.

37 STJ, REsp 1391212/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 2.9.2014, DJe 9.9.2014.

O cancelamento da Súmula nº 209/STJ inibiria a existência de conflitos de atribuições entre o Ministério Público Federal e Estadual, descongestionaria o Supremo Tribunal Federal e agilizaria as investigações de atos de improbidade administrativa, com mais rápida e eficiente responsabilização dos agentes ímprobos.

REFERÊNCIAS

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2.ed. São Paulo: RT, 2011.

_____; BATISTA, Morena Gabriela C. S. P.. Foro por prerrogativa de função nas ações civis públicas por improbidade administrativa. *Revista de processo*, v.233, julho/2014.

DIDIER Jr., Fredie; GODINHO, Robson Renault. Questões atuais sobre as posições do Ministério Público no processo civil. *Revista de processo*, v. 237, nov./2014.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Comentários à Constituição do Brasil*. Coord. J. J. Gomes Canotilho *et al.* São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público. Organização, atribuições e regime jurídico*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Expressão “competência funcional” no art. 2º da Lei de Ação Civil Pública. In: *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Édis Milaré. São Paulo: RT, 2005.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 13.ed. São Paulo: RT, 2013.

SILVA, Cláudio Barros. A designação prevista no artigo 28 do Código de Processo Penal, em face ao Princípio Constitucional da Independência Funcional. In: *X Congresso Nacional do Ministério Público. O Ministério Público: corrupção, criminalidade e violência*. Belém: CEJUP, 1994.

FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: LIMITES AO PODER CONSTITUINTE ESTADUAL À LUZ DO SISTEMA CONSTITUCIONAL FEDERAL

Alexandre de Castro Coura¹
alexandrecura@ig.com.br

Gustavo Senna Miranda²
gmiranda@mpes.mp.br

Resumo: O presente artigo busca analisar a (in)constitucionalidade das tentativas de extensão da prerrogativa de foro às ações de improbidade administrativa pelo poder constituinte derivado reformador nos estados-membros da federação. Aplicando-se método indutivo, foi realizado estudo de caso e avaliado o cenário evidenciado no Espírito Santo, a partir da promulgação da Emenda Constitucional Estadual nº 85/2012. Dessa forma, serão tratados a teoria das competências implícitas e o princípio da simetria, como limites ao poder constituinte estadual. Serão também apresentados argumentos pragmáticos juridicamente relevantes para o controle de constitucionalidade cabível nessa matéria e discutido o risco de retrocesso social e da proteção insuficiente a bens fundamentais nesses casos.

Palavras-chave: Foro especial. Prerrogativa de função. Poder constituinte estadual. Ações civis. Simetria.

Sumário: **1.** Introdução **2.** Exposição de motivos da Emenda nº 85/2012 à Constituição do Estado do Espírito Santo. **3.** Argumentos empregados no controle incidental de inconstitucionalidade da EC nº 85/2012. **4.** Sobre a inaplicabilidade da tese das competências implícitas segundo o Supremo Tribunal Federal. **5.** Simetria Federativa e a incoerência sistêmica decorrente da criação de prerrogativa de foro nas ações de improbidade pelo Poder Constituinte Estadual. **6.** Argumentos operacionais e pragmáticos: sobrecargados tribunais

1 Pós-doutorado como *Visiting Scholar na American University Washington College of Law e Visiting Foreign Judicial Fellow no Federal Judicial Center* – Washington D.C. Mestre e doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor do Programa de Doutorado e Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV. Ex-professor adjunto do Departamento de Direito da UFES. Promotor de Justiça do estado do Espírito Santo.

2 Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professor de Direito na Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Promotor de Justiça. Dirigente do Centro de Apoio e Defesa do Patrimônio Público do MPES.

e distanciamento do local do fato. **7.** Risco de retrocesso social e a violação ao princípio da vedação da proteção insuficiente aos bens jurídicos fundamentais. **8.** Considerações Finais. **9.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

À luz da Constituição Federal, poderia o poder constituinte derivado estadual restringir a competência ordinária dos magistrados de primeiro grau para julgar ações civis públicas por ato de improbidade administrativa propostas em face de agentes públicos ocupantes de cargos determinados?

Em outras palavras, pode ser considerada compatível com a Constituição Federal uma emenda constitucional estadual que amplie competência originária de Tribunal de Justiça para julgamentos que possam resultar na suspensão ou perda dos direitos políticos ou na perda da função pública ou de mandato eletivo de certos agentes públicos?

Para responder a tais indagações, o presente artigo empregará método indutivo, com base em estudo de caso ocorrido no Estado do Espírito Santo, em que foi publicada a Emenda Constitucional de nº 85, no dia 9 de julho de 2012, tratando exatamente dessa matéria.

Tal norma ampliou a competência originária do Tribunal de Justiça (TJES) e os limites materiais do foro especial por prerrogativa de função de agentes públicos estaduais e municipais, até então restrito aos crimes comuns e de responsabilidade. Nesse caso, a competência originária do TJES foi ampliada para julgamento de todas as ações que pudessem resultar na suspensão ou perda dos direitos políticos ou na perda da função pública ou de mandato eletivo de tais agentes públicos, independentemente da matéria.

Com efeito, a emenda constitucional estadual suprimiu a competência ordinária dos magistrados de primeiro grau no Estado do Espírito Santo para julgar ações civis públicas por ato de improbidade administrativa propostas em face dos ocupantes dos cargos de Vice-Governador do Estado, de Deputado Estadual, de Prefeito, de Secretário de Estado, de Procurador-Geral do Estado, de juiz de direito ou de membros do Ministério Público.

Considerando que pretensão semelhante já foi tentada e pode ser reiterada em outros estados-membros da República Federativa do Brasil, busca-se discutir o seguinte:

1. Se a extensão do foro especial por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa fere o princípio da simetria federativa e extrapola limites materiais impostos pelo Poder Constituinte Originário, que destinou tal instituto aos crimes comuns e de responsabilidade, conforme se infere do artigo 102, I, *b* e *c*, e artigo 105, I, *a*, da Constituição da República;
2. Se a norma esculpida pelo Poder Constituinte Estadual pode, ainda que reflexamente, interferir na competência dos tribunais regionais federais e dos juízes federais, definida na própria Constituição da República;
3. Se dificuldades pragmáticas associadas à concretização dessa prerrogativa de foro para ações de improbidade, como a sobrecarga de processos no Tribunal de Justiça, a distância do local de produção de provas e a concentração de funções nos órgãos do Ministério Público que atuam perante os tribunais, podem obstaculizar a efetivação de garantias constitucionais como o acesso à justiça e a duração razoável do processo. Ainda, nessa seara, se argumentos e óbices de caráter pragmático podem ser considerados juridicamente relevantes para a afirmação da inconstitucionalidade desse tipo de emenda constitucional estadual.

Assim, o presente artigo consiste em análise crítica da ampliação do foro especial por prerrogativa de função por ato normativo do Poder Constituinte Estadual, à luz da Constituição da República e do paradigma do Estado Democrática de Direito.

Nesse sentido, serão retomados alguns argumentos trabalhados em artigo publicado na ocasião da supracitada proposta de emenda à Constituição do Estado do Espírito Santo³ e, também, analisados os fundamentos verificados, posteriormente, no controle incidental de constitucionalidade efetivado pelo TJES.

Dessa forma, pretende-se contribuir para reflexão crítica no âmbito dessa matéria e subsidiar controle incidental de constitucionalidade eventualmente requerido em outros estados da federação, bem como o controle direto a ser realizado pelo STF, na apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) já proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) no caso do ES.

3 Cf. COURA; MIRANDA, 2012.

2. EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA EMENDA Nº 85/2012 À CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Na proposta da Emenda Constitucional nº 07/2012 (da qual decorreu a EC nº 85/2012), a Assembleia Legislativa expôs os motivos para ampliação material das hipóteses de foro especial por prerrogativa de função dos agentes públicos referidos no art. 109, I, da Constituição do Estado do Espírito Santo. Em síntese, a justificativa apresentada divide-se em dois eixos argumentativos:

a. A tese das competências implícitas na Constituição Federal e a necessidade de lógica e coerência no sistema punitivo estatal foram empregadas para legitimar a extensão do foro especial por prerrogativa de função na seara penal para outras formas de responsabilização que possam resultar suspensão ou perda dos direitos políticos ou perda da função pública ou de mandato eletivo.

Na justificativa da emenda, afirmou-se que o Poder Constituinte Originário teria autorizado, implicitamente, a criação e o desenvolvimento de prerrogativa de foro para as ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, na esteira da aplicabilidade de um regime jurídico punitivo unitariamente concebido. Para corroborar tal conclusão, ressaltou-se a existência de decisões do Supremo Tribunal Federal (STF)⁴ e do Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁵ nesse sentido.

b. O disposto no art. 125, § 1º, da Constituição da República, que deixou a cargo da Constituição Estadual a fixação da competência dos Tribunais de Justiça. Tal dispositivo constitucional foi utilizado para sustentar a conclusão de que o Poder Constituinte Estadual poderia ampliar as matérias que ensejam o foro especial por prerrogativa de função, independentemente da matéria e da simetria federativa.

Nesse sentido, afirmou-se que a inexistência de emenda à Constituição da República criando prerrogativa de foro para os agentes públicos e autoridades federais no sentido proposto pela Emenda Constitucional Estadual nº 85/2012 não configuraria impedimento para o exercício da competência prevista no art. 125, § 1º, da Constituição Federal por parte do Poder Constituinte Derivado Estadual.

4 Pet. 3.211-0/DF, Relator para Acórdão Min. Menezes Direito.

5 AgRg na MC 18692/RN. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJe 20.3.2012.

Mais uma vez, esse argumento foi corroborado com referência a decisões pretéritas do STF, as quais haviam reconhecido a possibilidade de as Constituições estaduais elencarem hipóteses de foro por prerrogativa de função.

Todavia, em sede de controle incidental de constitucionalidade, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo se posicionou de maneira diametralmente oposta, conforme se verificará a seguir.

3. ARGUMENTOS EMPREGADOS NO CONTROLE INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EC Nº 85/2012

O plenário do Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES) teve a oportunidade de debruçar sobre a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 85/2012. O julgamento se deu em caráter incidental (art. 97, da Constituição Federal) nos autos da ação civil de improbidade administrativa nº 0534649-14.2010.8.08.0024, ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face de três requeridos, com fundamento nos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/92.

Em linhas gerais, a referida ação havia sido ajuizada perante o Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória. Após a instrução e o julgamento, o magistrado proferiu decisão sustentando sua incompetência absoluta para o processamento do feito, diante do art. 109, I, *h*, da Constituição Estadual (alterado pela EC nº 85/2012).

Remetido os autos para o Tribunal de Justiça, o Desembargador Relator Ney Batista Coutinho, inicialmente, ratificou a competência do primeiro grau para o processamento do feito. No entanto, sua argumentação se circunscreveu à demonstração de como os Tribunais Superiores e o próprio TJES haviam decidido em casos análogos.⁶

O Pleno do TJES passou a se manifestar acerca de sua competência para o processamento e o julgamento das ações de improbidade administrativa “originárias” (fundadas no art. 109, I, *h*, da Constituição Estadual). Alguns votos foram lançados⁷, até que

6 O Des. Ney Batista Coutinho trouxe aos autos os seguintes julgamentos demonstrando que a competência seria do primeiro grau: STJ, AgRg na Rcl n. 12.514/MT, Rel. Min. Ari Pargendler, DJe em 26.9.2013; STF, Pet nº 5.080/DF, Decisão Monocrática Min. Celso de Mello, DJ em 1.8.2013; STF, Rcl nº 15.831/DF, Decisão Monocrática Min. Marco Aurélio, DJ em 20.6.2013; STF, Rcl nº 15.131/RJ, Decisão Monocrática Min. Joaquim Barbosa, DJ em 4.2.2013; STF, Rcl nº 15.825/DF, Decisão Monocrática Min. Carmen Lúcia, DJ em 13.6.2013; STF, Rcl nº 2.509/BA, Decisão Monocrática Min. Rosa Weber, DJ em 6.3.2013; TJES, Segunda Câmara, AI nº 24129008850, Rel. Des. Carlos Simões, DJ em 20.3.2013; TJES, Segunda Câmara, AI nº 24139002877, Rel. Des. José Paulo Calmon Nogueira da Gama, DJ em 5.6.2013.

7 Até a divergência, votaram acompanhando o Relator Ney Batista Coutinho: Des. Adalto Tristão, Des. Manoel Rabelo; Des. Annibal de Rezende Lima; Des. Sérgio Gama; Des. Carlos Mignone; Des. Catharina Barcellos; Des. Ronaldo de Sousa; Des. Samuel Brasil; Des. Carlos Simões. Declarou-se suspeito o Des. José Luiz Barreto Vivas. Declarou-se impedido o Des. José Paulo Calmon Nogueira da Gama.

houve a manifestação do Des. Namyrr Carlos de Souza, do Des. Dair Bregunice e da Des. Eliana Munhós, alertando para necessidade de juízo incidental de (in)constitucionalidade acerca da Emenda nº 85/2012.

Superados alguns esclarecimentos, o Des. Namyrr Carlos de Souza pediu vista dos autos. Ao abrir o voto de divergência, alertou que a decisão necessariamente deveria passar pela análise incidental da constitucionalidade da referida emenda, não se limitando à declaração ou não da competência.

A fundamentação da decisão do Des. Namyrr Calos de Souza passou pelos seguintes eixos: I) a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, que declarou a inconstitucionalidade da Lei Federal nº 10.628/2002, a qual trazia novas hipóteses de prerrogativa de foro por função inclusive em ações civis, serve de parâmetro para demonstrar os limites do Poder Decorrente e a atribuição da competência dos Tribunais de Justiça; II) O Poder Decorrente deve observar o princípio da simetria para determinar a competência dos Tribunais de Justiça. Dessa forma, como não há qualquer regramento na Constituição Federal sobre prerrogativa de foro por função nas ações de improbidade administrativa, não estaria o legislador constituinte estadual autorizado a criar essa nova hipótese.

O voto proferido pelo Des. Namyrr Carlos de Souza firmou-se vitorioso⁸ e, por maioria, foi exercido o controle difuso de inconstitucionalidade da referida norma de modo a determinar a competência do juízo de primeiro grau para o processamento do feito.

O cenário exposto pela decisão do TJES desvela questões que devem ser discutidas para além do cenário capixaba, visto que se está diante de um tema que transcende debates estritamente regionais. Por esse motivo, os próximos tópicos demonstrarão como a prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa estabelecida pelo Poder Constituinte Reformador Estadual carece de sustentabilidade em face do sistema constitucional federal.

4. SOBRE A INAPLICABILIDADE DA TESE DAS COMPETÊNCIAS IMPLÍCITAS SEGUNDO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Acerca da tese das competências implícitas referida na justificativa da EC nº 85/2012, constata-se que o próprio Supremo

⁸ Acompanharam a divergência: Des. Namyrr Carlos (Relator da divergência); Des. Annibal Lima; Des. Sérgio Gama; Des. Carlos Amaral; Des. Carlos Mignone; Des. Catharina Novaes; Des. Ronaldo Sousa; Des. Carlos Simões; Des. William Couto; Des. Samuel Brasil; Des. Álvaro Bourguignon; Des. Dair José Bregunice; Des. Telêmaco Antunes; Des. Willian Silva; Des. Eliana Munhós; Des. Fábio Clem; Des. Convocado Luiz Guilherme Risso; Des. Substituta Hermínia Azouri. Acompanharam o relator: Des. Ney Batista Coutinho (Relator, e manteve o voto); Des. Adalto Tristão; Des. Manoel Rabelo. Não se manifestaram: Des. João Paulo Calmon (impedido); Des. Convocado Jorge Henrique Valle (Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória).

Tribunal Federal (STF) a tem refuta do, sistematicamente, no exame das tentativas de extensão do foro especial por prerrogativa de função existente em matéria penal às ações civis por ato de improbidade administrativa.

De fato, em particular decisão na Questão de Ordem nº 3.211-0, o Plenário do STF assentou que compete ao próprio Pretório Excelso o julgamento de ação de improbidade contra ato de seus Ministros.

No entanto, o fundamento central da tese vencedora foi o de que a lógica do sistema judiciário impediria que Ministros do STF pudessem perder o cargo em decorrência de decisão de juiz de primeiro grau. Logo, tal decisão não corrobora a tese da “competência implícita complementar” referida na justificativa da emenda e nos julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ).⁹

A rigor, o STF somente realizou uma adequação de seu entendimento tradicional a uma situação específica, sob o fundamento de que o sistema escalonado de jurisdição impediria o reconhecimento da competência do juiz de primeiro grau para julgar ação de improbidade administrativa em face de Ministro do STF.

Por isso, tal decisão não é apta a sustentar sequer os precedentes do STJ, muito menos a conclusão de que o STF teria consagrado a tese da competência implícita dos tribunais (foros especiais) para o julgamento das ações de improbidade administrativa. Afinal, diferentemente das premissas fundamentadoras da decisão na Questão de Ordem nº 3.211-0, inexistente hierarquização, seja funcional, seja jurisdicional, entre o magistrado de primeiro grau e as demais autoridades externas ao Poder Judiciário.

Na verdade, o próprio STF manteve sua jurisprudência a respeito da matéria, negando a adequação do entendimento afirmado na supracitada Questão de Ordem a outros casos. Nessa linha, é possível afirmar que não há que se falar em prerrogativa de função em ações cíveis para os seguintes cargos: prefeito¹⁰, secretários de Estado¹¹ e demais agentes políticos que porventura gozem da prerrogativa na esfera penal¹².

9 Petição 3211, Questão de Ordem, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 13.3.2008, DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-01 PP-00061 LEXSTF v. 30, n. 357, 2008, p. 148-163.

10 STF, AI 678927 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 2.12.2010, DJe-020 DIVULG 31-01-2011 PUBLIC 01-02-2011 EMENT VOL-02454-07 PP-01831.

11 STF, AI 554398 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 19.10.2010, DJe-218 DIVULG 12-11-2010 PUBLIC 16-11-2010 EMENT VOL-02431-01 PP-00147.

12 AI 506323 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 2.6.2009, DJe-121 DIVULG 30-06-2009 PUBLIC 01-07-2009. EMENT VOL-02367-06 PP-01095 RT v. 98, n. 888, 2009, p. 152-154 LEXSTF v. 31, n. 367, 2009, p. 107-111.

Ante o exposto, percebe-se que, mesmo após a decisão da Questão de Ordem 3.211 – 0, o STF manteve o entendimento de que não há foro especial por prerrogativa de função em ação civil pública por improbidade administrativa, inexistindo competência implícita na Constituição da República a justificar tal conclusão.

Reforçando a consistente posição do STF e demonstrando a fragilidade da premissa utilizada para justificar a EC nº 85/2012, vale reproduzir a elucidativa lição de Joaquim José Gomes Canotilho (2003, p. 549) acerca da ideia de competência implícita:

A força normativa da constituição é incompatível com a existência de competências não escritas salvo nos casos de a própria Constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo-constitucionalmente especificado. No plano metódico, deve também afastar-se a invocação de ‘poderes implícitos’, de ‘poderes resultantes’ ou de ‘poderes inerentes’ como formas autônomas de competência. É admissível, porém, uma complementação de competências constitucionais através do manejo de instrumentos metódicos de interpretação (sobretudo de interpretação sistemática ou teleológica). Por esta via, chegar-se-á a duas hipóteses de competências complementares implícitas: (1) *competências implícitas complementares*, enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências (ex: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação da decisão); (2) *competências implícitas complementares*, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica de preceitos constitucionais.

Agora, cumpre realizar alguns esclarecimentos acerca do segundo eixo argumentativo da justificativa apresentada para a emenda constitucional em tela. Trata-se da tese da desnecessidade de simetria federativa para a alteração intentada pela EC nº 85/2012.

5. SIMETRIA FEDERATIVA E A INCOERÊNCIA SISTÊMICA DECORRENTE DA CRIAÇÃO DE PRERROGATIVA DE FORO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE PELO PODER CONSTITUINTE ESTADUAL

De fato, constata-se que a jurisprudência do STF tem reconhecido a possibilidade de as Constituições Estaduais ampliarem o rol de sujeitos detentores do foro especial por prerrogativa de função em matéria penal, sem observância da simetria em relação aos agentes e autoridades federais. Ou seja, o Poder Constituinte

Estadual poderá, ao definir a competência originária do Tribunal da Justiça Estadual, ampliar o rol de agentes públicos e autoridades locais que terão o foro especial em matéria penal (crimes comuns e de responsabilidade). Nesses casos, a exigência de simetria federativa tem sido dispensada.¹³

No entanto, ao contrário do que insinua a justificativa apresentada para a criação da EC nº 85/2012, o Poder Constituinte Derivado Estadual está sujeito a limites constitucionais federais até mesmo para a definição do rol de agentes detentores do foro especial por prerrogativa de função em matéria penal. A título de exemplo, mencione-se a vedação da prerrogativa de foro aos delegados de polícia no Estado de Goiás, conforme decisão em sede de controle concentrado.¹⁴

Logo, na mesma esteira, é possível aferir a inconstitucionalidade da extensão do foro especial por prerrogativa de função produzida pela EC nº 85/2012, em razão dos semelhantes obstáculos criados para o exercício do mister constitucional de controle externo da Administração Pública e a tutela da probidade administrativa por parte do Ministério Público.

Ademais, a reforçar tal aferição de inconstitucionalidade, deve-se salientar que a hipótese trazida pela EC nº 85/2012 é bem distinta daquela referida na justificativa da emenda.

Isso porque, em vez de ampliar o rol de sujeitos detentores do foro especial por prerrogativa de função nas hipóteses de crimes comuns e de responsabilidade, o Poder Constituinte Derivado Estadual alargou as próprias matérias que ensejam a competência originária do Tribunal de Justiça, transcendendo a esfera penal.

Por isso, sequer os precedentes do STF acerca da dispensa de simetria federativa se aplicam ao caso em tela. Afinal, reconheceram apenas a possibilidade de o Poder Constituinte Estadual, ao definir a competência dos Tribunais de Justiça, ampliar o rol de agentes e autoridades públicas detentoras de foro especial por prerrogativa de função, desde que respeitados limites decorrentes da Constituição da República.

Num aspecto muito mais abrangente, a EC nº 85/2012 estendeu materialmente o foro especial por prerrogativa de função, exclusivamente no Estado do Espírito Santo, para alcançar também as ações civis por ato de improbidade, e não apenas o julgamento de

¹³ ADI MC 2.587/GO, rel. Min. Maurício Corrêa, pleno, 15.5.2002, DJ 6.9.2002, p. 66; ADI 2.587/GO, rel. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ ac. Min. Carlos Britto, pleno, 1.12.2004, DJ 6.11.2006, p. 29; ADI 541-3/PB, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ ac. Min. Gilmar Mendes, pleno, 10.5.2007, DJ 06.09.2007, p. 35.

¹⁴ ADI 2.587/GO, rel. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ ac. Min. Carlos Britto, pleno, 01.12.2004, DJ 6.11.2006, p. 29.

crimes comuns e de responsabilidade. Nesse caso, é necessário um paralelismo mínimo entre a Constituição Estadual e Constituição da República, em observância à simetria federativa.

Lembre-se que a redação da EC nº 85/2012 suprimiu a competência ordinária dos magistrados de primeiro grau no Estado do Espírito Santo para julgar ações civis públicas que se enquadrem no art. 109, I, h, da Constituição Estadual.

Assim sendo, cumpre também indagar, especificamente, se tal emenda padece de inconstitucionalidade ao intentar a supressão da competência originária dos magistrados federais de primeiro grau, a qual é estabelecida diretamente pela Constituição da República. No mesmo sentido, qualquer tentativa de interferência na competência dos Tribunais Regionais Federais, por ato normativo estadual, há de ser questionada.

Nesse passo, seria igualmente questionável eventual construção hermenêutica que, em nome de uma “interpretação conforme” a Constituição Federal, buscasse restringir a aplicação da EC nº 85/2012 aos processos federais – mantendo-se intacta a competência da Justiça Federal (e de outros órgãos jurisdicionais com competência expressa na Constituição da República). Afinal, tal ressalva hermenêutica apenas evidenciaria a insustentabilidade de um modelo de competência originária exclusivo para o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, independentemente de paralelo na Constituição Federal, pois levaria à afirmação de que, em primeiro grau, apenas os magistrados estaduais, e não os federais, perderiam a competência de julgar, por ato de improbidade administrativa.

Logo, também por essa via, constata-se a inconstitucionalidade da EC nº 85/2012, na medida em que: I) o Poder Constituinte Estadual não pode alterar a competência dos juízes e dos tribunais federais; II) a criação de eventual ressalva à aplicação da emenda aos processos de competência da Justiça Federal demonstraria a inadequação entre o fim a que se prestou (evitar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos por decisão de magistrados de 1º grau) e o meio estabelecido (extensão da competência originária do Tribunal de Justiça do Espírito Santo), afrontando o devido processo legal material e a proporcionalidade dos atos normativos, critérios já utilizados pelo STF.

Por fim, vale lembrar que o próprio Poder Constituinte Originário teve a oportunidade de criar o foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade administrativa, mas

não o fez. Ora, a especialidade de foro poderia constar, de modo expresso, nos dispositivos que cuidaram da matéria (artigos 29, X, 102, I, *b e c*, e 105, I, *a*), mas tal opção não foi acolhida pela Constituição da República Federativa do Brasil. Por consequência, há de se reconhecer “silêncio eloquente” do Poder Constituinte Originário, o que não pode ser simplesmente desconsiderado pelo Poder Constituinte Derivado Estadual, sem o mínimo respaldo na Constituição da República. Afinal, como lembra Lenio Luiz Streck (2004, p. 563), o princípio da simetria “nada mais é do que um *bis in idem*, na medida em que a *ratio* do federalismo brasileiro, ao contrário do norte-americano, é exatamente a de ser simétrico”.

Por todo o exposto, conforme a situação criada a partir da EC nº 85/2012 e as razões debatidas, a criação de hipóteses de foro por prerrogativa de função em ações de improbidade administrativa pelo Poder Constituinte Reformador Estadual não encontra respaldo na simetria federativa. Ao contrário, essa pretensão de alteração viola tal princípio além de desestruturar o regime de competência federal, por meio de restrições indevidas.

Por si só, a argumentação do presente tópico já daria as balizas necessárias para criticar a reprodução dessa extensão da competência originária dos tribunais em outros estados da Federação, tal qual ocorreu no ES. No entanto, vale também destacar certos argumentos de ordem pragmática que apresentam notável relevância jurídica para a presente discussão.

6. ARGUMENTOS OPERACIONAIS E PRAGMÁTICOS: SOBRECARGA DOS TRIBUNAIS E DISTANCIAMENTO DO LOCAL DO FATO

Outro obstáculo à consagração do foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa relaciona-se à sobrecarga dos tribunais brasileiros, o que se deve a variados fatores, como a amplitude legal dos procedimentos e a falta de recursos materiais e humanos, nos termos do diagnóstico realizado pelo Ministério da Justiça, intitulado “Indicadores Estatísticos do Poder Judiciário Brasileiro”.¹⁵

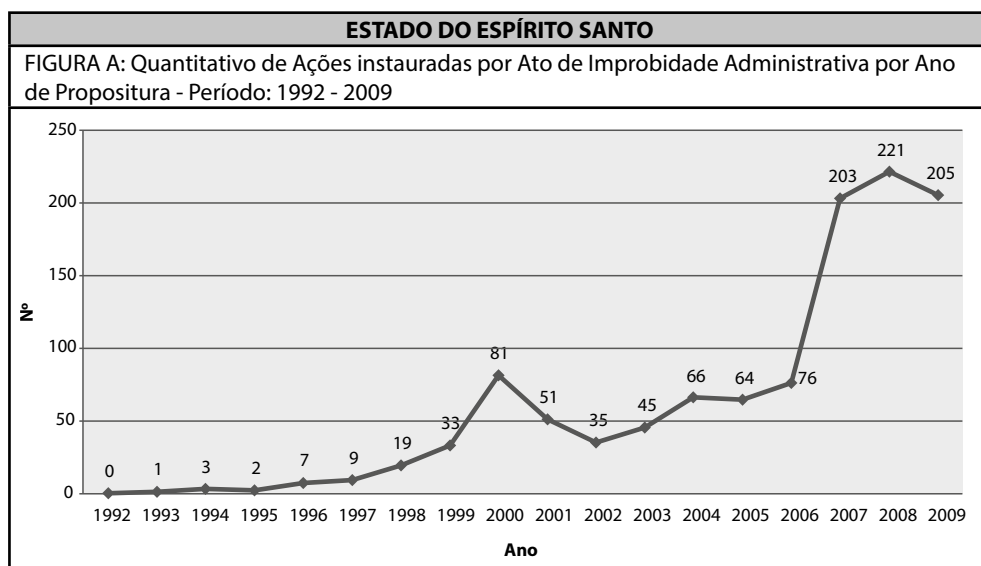
Para exemplificar, no tocante a matéria de improbidade administrativa, apenas do Estado do Espírito Santo, foram propostas 1.224 ações, no período de 1992 a 2009 (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, p. 106):

¹⁵ Cf. propostas em: <<http://www.stf.gov.br/seminario>>. Acesso em: 3 dez. 2005.

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO			
Tabela 3: Quantitativo das Ações de Improbidade Administrativa instauradas por Entrância e Comarca de Ocorrência - Período: 1992-2009 (Conclusão)			
Entrância	Comarca	Nº	%
1ª	Pedro Canário	35	9,54
	Mantenópolis	22	5,99
	Conseição do Castelo	10	2,72
	Presidente Kennedy	12	3,27
	Boa Esperança	14	3,81
	Rio Novo do Sul	11	3,00
	São José do Calçado	13	3,54
	Alto Rio Novo	09	2,45
	Fundão	13	3,54
	Pinheiros	11	3,00
	Ibatiba	05	1,36
	Ibitirama	06	1,63
	Laranja da Terra	15	4,09
	Mucurici * (e Ponto Belo)	11	3,00
	Piúma	14	3,81
	Rio Bananal	09	2,45
	Santa Maria de Jetibá	06	1,63
	Atílio Vivacqua	07	1,91
	Jaguará	06	1,63
	Marilândia	11	1,91
	Montanha	06	1,63
	Santa Leopoldina	04	1,09
	Santa Teresa* (c São Roque do Canaã)	04	1,09
	Venda Nova do Imigrante	05	1,36
	Água Doce do Norte	04	1,09
	Alfredo Chaves	03	0,82
	Anchieta	04	1,09
	Bom Jesus do Norte	16	4,36
	Dores do Rio Preto	04	1,09
	Itarana	06	1,63
	João Neiva	08	2,18
	Muniz Freire	05	1,36
	São Domingos do Norte	07	1,91
	Apiacá	10	2,72
	Jerônimo Monteiro	03	0,82
	Marechal Floriano	07	1,91
	Águia Branca	09	2,45
	Iconha	03	0,82
	Itaguaçu	03	0,82
	Muqui	08	2,18
Vargem Alta	08	2,18	
Sub-Total		367	100,00
	TOTAL GERAL	1.124	-

Fonte: Órgãos do Ministério Público e do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo e Arquivos

Com base no diagnóstico situacional das ações de improbidade administrativa elaborado pelo Centro de Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, percebe-se a demanda crescente nessa área, comprovada pelo número de ações propostas a cada ano, no período em análise (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, p. 103):



Fonte: Órgão do Ministério Público e do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo e Arquivos

A Figura A demonstra uma progressiva ascendência no número de ações de improbidade administrativa propostas no período de 1992 a 2000, seguida por uma fase de declínio entre 2001 e 2002 e a retomada de modesto crescimento entre 2003 e 2006. Os dados revelam um aumento expressivo no quantitativo de ações propostas nos anos de 2007 e 2008, seguido de um leve declínio em 2009.

Projetando tal tendência ao plano nacional, evidencia-se, ainda mais, o perigo da premissa intentada pela EC nº 85/2012, caso reiterada nos 26 estados do Brasil, o que atingirá um total de 5.565 (cinco mil, quinhentos e sessenta e cinco) municípios. Imaginem-se os dados estatísticos acerca da demanda relativa aos processos de improbidade administrativa e as consequências da atribuição da competência originária aos tribunais de justiça de todo o País.¹⁶ Haverá número suficiente de desembargadores? Haverá número suficiente de procuradores de Justiça? E os demais recursos humanos disponíveis na Comarca da Capital?

Nesse passo, o foro especial para o julgamento das ações de improbidade administrativa acabará importando em retrocesso, na

¹⁶ Só para se ter uma ideia, estima-se que atualmente tramitam cerca de 863.173 processos nos tribunais de Justiça dos Estados. No Espírito Santo, de acordo com dados do Tribunal de Justiça Estadual tramitam cerca de 17.598 processos, para um pequeno número de desembargadores (Fonte: Jornal A Gazeta, de 23.2.2005, Caderno de Política, p. 13).

contramão da reforma do Poder Judiciário. Isso porque, enquanto a reforma busca aliviar a carga dos tribunais, notadamente do Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de proporcionar condições para que tais órgãos cumpram seu papel constitucional precípua, a extensão do foro especial às ações de improbidade provocará uma sobrecarga de demandas originárias nessas cortes.¹⁷

Outro argumento que merece atenção diz respeito ao distanciamento dos tribunais ao local do fato. A transferência da tarefa de instrução dos processos de improbidade para os tribunais acentua a relevância da discussão acerca da estrutura dos órgãos jurisdicionais de segundo grau, notadamente em razão do distanciamento do local da prática dos atos a serem apurados.

Em se tratando de processo de julgamento de competência originária, como destacou o Ministro Sydney Sanches¹⁸, haverá necessidade de que o respectivo relator tenha que agir como um juiz de primeiro grau na colheita de provas. Tal incumbência esbarra na característica estrutural dos tribunais, órgão não vocacionado constitucionalmente para a colheita de provas (reservada a hipóteses excepcionais), problema que não é simplesmente resolvido pela possibilidade de descentralização prevista no art. 107, §§ 3º e 6º, da Constituição Federal.

Ora, não se pode negar que, em muitas ações de improbidade, a produção de prova testemunhal é necessária. Em muitos casos, seria imperioso o deslocamento do relator para a comarca em que reside a testemunha, ou, então, a expedição de carta de ordem para o juízo do local do dano, obstáculos à duração razoável do processo e ao próprio acesso à justiça.

Ademais, a pretensão de ampliar o foro especial às ações de improbidade também desconsidera que é no local dos fatos que a comunidade perceberá, com maior visibilidade, a resposta da Justiça

17 Cf. RTJ 179/930. É oportuno destacar a seguinte parte do voto do eminente Ministro: "26. Além disso, quando a Súmula foi aprovada, eram raros os casos de exercício de prerrogativa de foro perante esta Corte. Mas os tempos são outros. Já não são tão raras as hipóteses de inquéritos, queixas ou denúncias contra ex-Parlamentares, ex-Ministros de Estado e até ex-Presidente da República. E a Corte, como vem acentuando seu Presidente, o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, em reiterados pronunciamentos, já está praticamente se inviabilizando com o exercício das competências que realmente tem, expressas na Constituição, enquanto se aguardam as decantadas reformas constitucionais do Poder Judiciário, que, ou encontram fortíssimas resistências dos segmentos interessados, ou não contam o interesse maior dos responsáveis por elas. E não se pode prever até quando perdurarão essas resistências ou esse desinteresse. 27. É de se perguntar, então: deve o Supremo Tribunal Federal continuar dando interpretação ampliativa a suas conseqüências, quando, nem pela interpretação estrita, tem conseguido exercitá-la a tempo e hora? 28. Não se trata, é verdade, de uma cogitação estritamente jurídica, mas de conteúdo político, relevante, porque concernente à própria subsistência da Corte, em seu papel de guarda maior da Constituição Federal e de cúpula do Poder Judiciário Nacional. 29. Objetar-se-á, ainda, que os processos envolvendo ex-titulares de cargos ou mandatos, com prerrogativa de foro perante esta Corte, não são, assim, tão numerosos, de sorte que possam agravar a sobrecarga já existente sem eles. Mas não se pode negar, por outro lado, que são eles trabalhosíssimos, exigindo dos relatores que atuam como verdadeiros juizes de 1º grau, à busca de uma instrução que propicie as garantias que justificaram a Súmula 394".

18 Julgamento da Questão de Ordem arguida no Inquérito Policial nº 687-SO, que levou o plenário do STF ao cancelamento da súmula 394. Cf. RTJ 179/930.

para os agentes ímprobos, e não em local distante. Por isso, é tão importante o processamento e o julgamento dos atos de improbidade administrativa pelo juízo do local do dano, o que incrementa a prevenção geral, na medida em que será mais visível para a comunidade a resposta do Judiciário. Apenas dessa forma, a atuação do Poder Judiciário alcança, em sua plenitude, efeito simbólico e pedagógico, de modo a inibir outros agentes ímprobos e a combater a sensação social de impunidade.

Daí decorre o escopo atribuído ao Poder Constituinte Originário e ao Legislador Federal, qual seja, proporcionar uma instrução mais rápida e efetiva, com a consagração do julgamento dos atos de improbidade administrativa no local do dano, pelo juiz de primeiro grau.

No que toca aos reflexos da EC nº 85/2012 nas atribuições dos órgãos do Ministério Público, o mesmo problema pode ser endereçado aos procuradores de Justiça. Diferentemente dos promotores de justiça, os membros do MP em segundo grau estão distantes dos fatos, dificuldade que não será solucionada, simplesmente, pela eventual delegação da função de investigar. Afinal, tal delegação privará o órgão do Ministério Público de uma experiência relevante para a elaboração da ação e para a atuação a frente do processo, além de outros problemas relacionados aos possíveis questionamentos jurídicos vinculados ao princípio do Promotor Natural.

Em síntese, a pretensão intentada pela EC nº 85/2012 menospreza as dificuldades decorrentes da distância entre o tribunal e o fato, que se refletem na produção de provas, na efetividade da investigação, no acesso à justiça e na duração razoável do processo.

Esses dois argumentos (sobrecarga dos tribunais e distanciamento do fato) convergem na violação dos pilares na sistemática do processo civil: a celeridade e a duração razoável do processo.

Nota-se que o fator tempo é um dos pontos mais delicados do Direito Processual¹⁹, tanto que essa temática vem sendo

19 Nesse sentido é a posição de Alberto Silva Franco e Maurício Zanoide (In: Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. v. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 278), que invocando lição de Mario Chiavario, observam: “Não há questão mais problemática do que o relacionamento do processo com o fator tempo. Ninguém desconhece que o processo é uma relação jurídica dinâmica que se projeta necessariamente numa equação temporal, a partir de sua proposição até seu desfecho. Como ensina MARIO CHIAVARIO (**Processo e garanzie della persona**. Milão: Giuffrè, 1982, v. 2, p. 205), ‘o processo é uma entidade, por sua natureza, destinada a desenvolver-se no tempo, por mais breve que possa ser o intervalo que separa o início do próprio processo da decisão final’. É inquestionável, portanto, que o processo, enquanto dimensão durável num determinado trato temporal – curto ou longo, pouco importa –, não pode dispensar o conceito de tempo a que está intimamente vinculado”.

objeto constante de preocupação entre os operadores jurídicos²⁰, notadamente com a massificação das demandas levadas ao Judiciário e a conseqüente mudança de perfil dos usuários do sistema. Isso tem acarretado busca de alternativas para que os litígios tenham uma solução célere, a fim de que a prestação da tutela jurisdicional não seja prestada tardiamente, fulminando ou comprometendo seriamente o direito daqueles que batem às portas do Judiciário. Por isso, o que acontecerá no futuro configura preocupação central do Direito, uma vez que ele traz consigo a função de estabilizar expectativas de comportamento.²¹

Com isso, não se está se afirmando que a questão da celeridade do processo seja o único caminho para sua efetividade. Porém, é inquestionável que a excessiva demora na prestação da tutela jurisdicional conspira contra o processo, vulnerando o princípio do devido processo legal processual^{22_23}.

Com efeito, qualquer iniciativa dos poderes derivados, inclusive do Poder Constituinte Estadual, que venha a comprometer esse direito é flagrantemente inconstitucional, pois além de conflitar com a sistemática constitucional tratada nos tópicos anteriores, também viola o princípio do devido processo legal e a duração razoável do processo.

Destarte, o direito de toda pessoa ser julgada tempestivamente, sem dilações indevidas, acaba sendo um obstáculo constitucional e pragmático para que se tenha a consagração do foro por prerrogativa de função para o julgamento das ações de improbidade administrativa.

Os argumentos pragmáticos narrados no presente tópico já serviram de parâmetro para decisões do STF. Duas podem ser tratadas como as mais eloquentes: a constitucionalidade do prazo

20 "A grande luta do processualista moderno é contra o tempo. Isso porque, quanto mais demorar a tutela jurisdicional, maior a probabilidade de a satisfação por ela proporcionada não ser completa. De outro lado, impossível a entrega imediata da prestação, pois a verificação de efetiva existência do direito demanda exame cuidadoso dos fatos alegados, o que não pode ser feito instantaneamente. Talvez o maior problema enfrentado pelo operador e pelo consumidor do processo seja a compatibilização entre esses dois valores opostos: a urgência na entrega de tutela e necessidade de investigação dos fatos constitutivos de direito pleiteado" (BEDAQUE, 2003, pp. 114-115).

21 Nesse passo são oportunas as colocações de Niklas Luhmann, autor que entende que a discussão em torno da ideia de tempo está implícita na própria noção de sistema jurídico. Com efeito, para o referido autor "A estreita relação entre o direito e o tempo já se insinua na normatividade enquanto transposição temporal, e até mesmo já no caráter do direito enquanto estrutura de expectativas – mas apenas se insinua, permanecendo inicialmente impenetrável. A expectativa contém um horizonte futuro e transcender-se além daquilo que poderia ocorrer inesperadamente. A normatividade reforça essa indiferença contra eventos futuros imprevisíveis, busca essa indiferença tentando assim desvendar o futuro. O que acontecerá no futuro torna-se a preocupação central do direito. Quanto futuro será necessário para que se possa viver sensatamente no presente, isso constitui uma variável essencialmente evolutiva, e aí reside o ponto onde as mudanças nas necessidades sociais invadem o direito" (**Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasiliense, 1985, p. 166).

22 Sobre a temática tempo e processo confira a excelente obra de José Rogério Cruz e Tucci (1998). Aliás, destaca o referido autor que "A intempestividade da tutela jurisdicional, em termos globais, aumenta a incerteza; compromete a segurança jurídica e, por isso, chega até a influir na eficiência da economia" (Ibid., p. 12).

23 Cf. DINAMARCO, 2002, p. 894.

em dobro por parte da Defensoria Pública²⁴ e a possibilidade de o Ministério Público intentar a Ação Civil *Ex Delicto*²⁵. As duas decisões se valeram da técnica da “Lei ainda Constitucional” ou “Inconstitucionalidade Progressiva”, de modo que tais regramentos só seriam constitucionais até que as defensorias fossem efetivamente estruturadas.

Todo esse contexto demonstra como os argumentos pragmáticos, associados aos princípios basilares do processo civil, devem ser tomados como referências no sentido de se afastar por completo a normatividade proposta pela EC nº 85/2012 e por outros estados da Federação que venham a adotar posturas semelhantes.

7. RISCO DE RETROCESSO SOCIAL E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE AOS BENS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS

A estrutura do Poder Judiciário brasileiro foi conformada para que a competência originária dos tribunais seja residual em relação à competência dos juízes em geral, o que se nota pela análise da proporção reduzida de desembargadores em relação ao número de magistrados de 1º grau. Por isso, para além dos argumentos pragmáticos já abordados no item anterior, outras duas situações devem ser mencionadas.

Caso a prerrogativa de função se torne uma prática habitual pelos entes federados, tal qual intentado pela Assembleia Legislativa do Espírito Santo, torna-se iminente o risco de retrocesso social e a proteção deficiente aos bens jurídicos fundamentais.

A pretensão de consagrar o foro por prerrogativa de função no julgamento das ações de improbidade administrativa poderá afetar a efetividade das ações coletivas no combate à improbidade administrativa, mormente da sua vertente mais nefasta: a corrupção²⁶. Logo, esse regramento significa uma afronta ao Estado Democrático de Direito.

24 HC 70.514, julgado em 23.3.1994.

25 RE 341.717-SP – Relator: Min. Celso de Mello.

26 No voto (pendente de publicação) proferido na Reclamação nº 2.138-6-DF, o então Ministro Carlos Velloso, com o brilhantismo que lhe é peculiar, destaca: “No ‘ranking’ dos países onde há corrupção, estamos muito mal colocados. Esse ‘ranking’ é organizado, de regra, por organizações não governamentais que combatem esse mal. Precisamos, portanto, nos esforçar, cada vez mais, para eliminar a corrupção na administração pública. Ora, o meio que me parece mais eficiente é justamente o de dar a máxima eficácia à Lei de Improbidade. Refiro-me, especialmente, às administrações municipais. Temos mais de cinco mil municípios. Em cada um deles, há um promotor fiscalizando a coisa pública municipal. Abolir a ação de improbidade relativamente aos agentes públicos municipais seria, repito, um estímulo à corrupção”.

Lembre-se, nesse plano, o papel cada vez mais crescente das ações de improbidade administrativa para concretização das prestações sociais assumidas pelo Estado, na medida em que evita o desvio e também possibilita o resgate de recursos públicos desviados. Nesse passo, vale frisar que “nenhuma emenda constitucional, por mais que formalmente lícita, pode ocasionar retrocesso social” (STRECK, 2004, p. 706).

Aliás, sobre o princípio do retrocesso social são oportunas as seguintes observações de Canotilho (apud ROTHENBURGO, 1999, p. 47):

O legislador pode revogar estas disposições legais concretizadas, mas não se considera legitimado a anular, neutralizar ou reduzir o nível já alcançado da realização do princípio. A justificação do fenómeno é fornecida de várias maneiras: criação de um direito subjetivo público, alicerçamento de uma pretensão subjectiva derivada, proibição do *venire contra factum proprium*, princípio da confiança, autovinculação do legislador. Todavia, se as aproximadas concretizações do princípio não beneficiarem do pressuposto do *consenso básico* e da *radicação na consciência jurídica geral* continua por ficar a explicar a força heterovinculante ou heterodeterminante que se pretende atribuir à concretização legislativa. É que, nestes casos, não é apenas importante, sob o ponto de vista político, que o *retrocesso social* constitua um limite para o legislador, interessa também que, sob o ponto de vista jurídico-constitucional, esse retrocesso surja como arbitrariedade violador das imposições ou programa constitucional. Mais do que um simples “princípio de confiança” do legislador ou de uma “justiça do sistema” (*Systemgerechtigkeit*), prefere-se falar da *força dirigente irradiante* das normas constitucionais directivas e da constitucionalização (pelo menos material) dos preceitos legais concretizadoras.²⁷

Ora, como afirmado, a ação civil pública por atos de improbidade administrativa é atualmente um importante mecanismo para garantia dos direitos sociais já incorporadas à Constituição Federal, sendo incabível a reversão do sistema no sentido de dificultar, sem apresentar qualquer medida compensatória, o exercício de tal ação, o que certamente ocorrerá, caso seja consagrada o foro por prerrogativa de função para o julgamento das ações de improbidade administrativa.

²⁷ Sobre tal princípio vide também BARROSO, 2005, p. 44-45.

Daí porque é perfeitamente possível invocar o princípio de proibição de retrocesso social²⁸ nessa seara, que também pode servir de barreira para a aprovação das propostas de emenda constitucionais que objetivam sacramentar o foro de prerrogativa de função para o julgamento das ações de improbidade administrativa.

Paralelamente, há de se considerar que o foro por prerrogativa de função para o julgamento das ações de improbidade administrativa poderá também dificultar o papel dos tribunais nas garantias de respeito à Constituição Federal e à lei infraconstitucional. Isso porque haverá multiplicação de ações originárias perante essas cortes superiores, olvidando completamente a atual estrutura dos tribunais, já sobrecarregada para o atendimento da competência eleita pelo Poder Constituinte Originário.²⁹

O art. 37, § 4º, da Constituição Federal não deixa dúvida acerca do dever fundamental de proteção suficiente da probidade administrativa, a fim de que os recursos públicos sejam corretamente aplicados, em prol das prestações estatais necessárias à efetivação de direitos sociais.

Assim, identifica-se um verdadeiro mandado constitucional de penalização para os agentes ímprobos. Daí poder-se extrair da Constituição a exigência de efetividade no combate aos atos que caracterizam atos de improbidade administrativa, sendo inconstitucional qualquer tentativa – legislativa ou judicial – de se diminuir a eficiência da tutela do patrimônio público, do que depende a concretização das prestações sociais assumidas pelo Estado.

Assim, caso prevaleça a competência originária dos tribunais nas ações de improbidade administrativa, estar-se-á violando o princípio da vedação da proteção insuficiente, que configura um dos desdobramentos do princípio da proporcionalidade, pois esse princípio – entre outros significados – não significa apenas a vedação de proibição de excesso dirigida ao legislador e ao aplicador do direito, mas, também, a vedação de proteção insuficiente de determinados direitos fundamentais para a pessoa humana.

28 Nesse passo, são oportunas as colocações de Patrícia do Couto Villela Abbud Martins (2004, p. 402), que ao discorrer sobre o princípio em tela, observa que “a proibição de retrocesso social representa um limite jurídico ao legislador, que se encontra submetido aos direitos sociais adquiridos. Faz transmutar para o Estado a obrigação antes positiva de concretizar o direito, em obrigação negativa, forçando-o a se abster de atentar contra a realização daquele direito fundamental social já estabelecido. [...] Concorrentemente, a vedação ao retrocesso social objetiva a preservação da harmonia do sistema jurídico, ao resguardar a observância dos princípios da confiança e da segurança, identificadores de um Estado de Direito. Proporciona na comunidade um sentimento de certeza e tranquilidade em relação a bens e posições jurídico-subjetivas já alcançadas”.

29 Como destaca Fernando Grella Vieira (2005, p. 181), com fundamento nos ensinamentos de José Afonso da Silva, para que uma alteração legislativa acabe comprometendo o regular funcionamento dos tribunais “não há necessidade de a norma expressamente suprimir ou obstar a competência do Poder. Basta que a proposta tenha aptidão, por exemplo, para restringir a esfera de competência por meio de mecanismos que irão inibir sua capacidade de exercer, com normalidade, as funções constitucionais que lhe são próprias e indelegáveis”.

Nesse sentido, vale lembrar a noção, enfaticamente defendida por Juarez Freitas (1997, p. 56-57), de que “o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. Exageros para mais ou para menos configuram irretorquíveis violações ao princípio”.

Destarte, tendo o Poder Constituinte Originário erigido e definido medidas protetivas para a probidade administrativa, não cabe ao intérprete ou ao Poder Constituinte Derivado restringir esse alcance, sob pena de proteger de forma insuficiente referido bem jurídico, fundamental para manutenção do próprio Estado Democrático (e Social) de Direito.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou evidenciar a inconstitucionalidade das tentativas de extensão da prerrogativa de foro às ações de improbidade administrativa pelo Poder Constituinte Derivado Reformador nos estados-membros da Federação.

Aplicando-se método indutivo, foi realizado estudo de caso e avaliado o cenário evidenciado no Espírito Santo, a partir da promulgação da Emenda Constitucional Estadual nº 85/2012.

Dessa forma, foram analisados a teoria das competências implícitas e o princípio da simetria, como limites ao Poder Constituinte Estadual.

Ainda, apresentaram-se argumentos pragmáticos e juridicamente relevantes para o controle de constitucionalidade cabível nessa matéria. Esses argumentos demonstram o risco de consequências desastrosas caso a prerrogativa de foro seja largamente estendida a ações cíveis, especialmente a ações de improbidade administrativa, sem a contraprestação estrutural correspondente.

Dessa forma, evidenciou-se, também, o perigo de retrocesso social e proteção deficiente de bens fundamentais, que devem se situar como norte para o exercício das atividades legislativa e jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. (4ª reimpressão). Coimbra- Portugal: Edições Almedina, 2003.

CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*. v.2. Milão: Giuffré, 1982.

COURA, Alexandre de Castro; MIRANDA, Gustavo Senna. Extensão do foro por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa: limites constitucionais para o redimensionamento da competência originária dos tribunais. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. n. 12, jul/dez 2012, p. 161-201.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. v.2. São Paulo: Malheiros, 2002.

FRANCO, Alberto Silva Franco; ZANOIDE, Maurício. *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. v.1. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FREITAS, Juarez; *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasiliense, 1985.

MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A Proibição do Retrocesso Social como Fenômeno Jurídico. In: GARCIA, Emerson (coord.). *A Efetividade dos Direitos Sociais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. Diagnóstico situacional das ações de improbidade administrativa no Estado do Espírito Santo: período 1992-2009. *Coleção do Averso ao Direito*, v.8. Vitória: MPES, 2011.

ROTHENBURGO, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo*. São Paulo: RT, 1998.

VIEIRA, Fernando Grella. Ação Civil Pública de Improbidade – Foro Privilegiado e Crime de Responsabilidade. In: MILARÉ, Edis (coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*, 2005.

CIDADES SÃO POSSÍVEIS?¹

A ORDENAÇÃO DO SOLO URBANO E A CORRUPÇÃO URBANÍSTICA

Carlos Vinícius Alves Ribeiro²

Resumo: Os problemas enfrentados pela população e pelas Administrações Públicas nos centros urbanos é enfrentado com a lente da corrupção urbanística, que, desvirtuando a finalidade dos institutos administrativos e urbanísticos, afasta cada vez mais as cidades de suas finalidades sociais e ambientais.

Palavras-chave: Corrupção Urbanística. Improbidade Administrativa. Direito Urbanístico. Uso do Solo. Zoneamento Urbano.

Sumário: **1.** Introdução. **2.** Zoneamento Urbanístico. **2.1.** Zona rural X Zona urbana, de expansão urbana ou de urbanização específica **2.2.** A competência para zonear o território municipal – inclusive área rural. **2.3.** Modificação da vocação da zona **3.** Loteamentos irregulares ainda que formalmente regularizados. **3.1.** Urbanização contígua. **3.2.** “Omissão” dos gestores tocante à infraestruturas. **4.** Considerações Finais. **5.** Referências

1. INTRODUÇÃO

Longe de pretender esgotar a análise dos motivos que levaram os homens a abandonar o campo e rumarem para agremiações urbanas, bem como sem lançar olhar multifocal sobre os problemas urbanos, o presente é mais um “pensar em voz alta” que propriamente um esquema que passa em revista todos os problemas das cidades, da ordenação do solo urbano e, ao final, apresenta uma solução acabada.

1 Quando ainda cursava mestrado em Direito do Estado na Universidade de São Paulo encontrei um amigo, Francisco Taveira Neto, à época também cursando mestrado em Direito Urbanístico na PUC de São Paulo, que narrou-me, naquela oportunidade, que havia lido uma pichação em um túnel em São Paulo com os dizeres “Cidades são possíveis?”. Aquela indagação me persegue desde então. Eis que nesta oportunidade poderei refletir publicamente sobre esta pergunta sobre o enfoque específico de questões urbanísticas e corrupção urbanística.

2 Promotor de Justiça na Região Metropolitana de Goiânia. Membro do Conselho Nacional do Ministério Público. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela USP. Autor de diversos livros jurídicos e artigos acadêmicos. Palestrante no Brasil e Exterior. Professor de Direito Administrativo na PUC-Go. Membro do CEDAU (Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico da USP).

Restringe-se mais: constatando problemas instalados e visíveis por toda gente em várias grandes cidades, concluirá que a falta de planejamento urbanístico, por vezes deliberada, pode servir de terreno fértil para o que se denominará corrupção urbanística.

Fixa-se, pois, de partida, que por corrupção urbanística entender-se-á as dos agentes da administração pública que, agindo em desvio de finalidade, abuso de poder ou quaisquer outras formas de ilegalidade, manipule indevida e ilegalmente os instrumentos jurídicos urbanísticos de modo que agentes públicos obtenham alguma vantagem direta ou indireta, para além das vantagens que a conduta administrativa ilegal tenha conferido a grupos ou pessoas específicas em detrimento de outros grupos ou pessoas.

Se há algo que obrigatoriamente deve estar na base para a caracterização da corrupção urbanística é a existência de uma norma jurídica prévia à prática do ato de corrupção que parametrize a conduta do gestor urbano/ambiental.

Trocando em miúdos, é preciso determinar, de pronto, se existe um dever de agir de autoridades públicas com atribuições urbanísticas, e quais são esses deveres. Isso pelo fato de, havendo o dever de agir, não agindo, já existe uma “não conduta” eventualmente corrupta. Se as ações impostas ao agente foram praticadas, o *iter* de tomada de decisões urbanísticas deverá ser passado em revista para sondar eventuais legalidades.

Especificamente no caso brasileiro, mesmo antes da atual Constituição Democrática, ainda sob a égide da Carta de 1967, foi aprovada a Lei Federal nº 6.766 em 1979, demonstrando, desde então, inquévoca preocupação com a criação de regras jurídicas para o estabelecimento de ordem mínima para as cidades, especialmente, nesse caso, para os parcelamentos e loteamentos.

Essa normativa foi colhida e recepcionada pelos arts. 182 e 183 da Constituição Democrática de 1988, em capítulo específico que trata da Política Urbana e das obrigações dos gestores em regular a ordenação do solo urbano.

Em seguida, outros dois importantíssimos regramentos: o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257 de 2001 e a Lei Minha Casa Minha Vida (12.424/11), todos voltados à ordenação das cidades com o fim de garantir habitação, pleno desenvolvimento e adequação ambiental e urbanística.

Como pano de fundo dessa preocupação do Estado brasileiro com as cidades, está a função social da propriedade, seja ela urbana

ou rural. E bom que se frise que nesta rápida análise está-se tratando também, não obstante o foco sejam as cidades, de propriedades rurais, pois, em grande medida, a corrupção urbanística ocorre exatamente na mudança por ato do Poder Público da vocação da propriedade, de rural para urbana, atendendo interesses muitas vezes expúrios.

A Constituição da República de 1988, pois, funcionalizando (MEDAUAR, 2002, p. 414) a propriedade, impregnou em sua concepção mais liberal, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 – *“la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité”* –, a necessidade de ela – a propriedade – também servir, em alguma medida, aos interesses de toda gente, ou, ao menos, garantir que não haja violação, no manejo dos direitos inerentes à propriedade, de direitos coletivos e difusos.

Na síntese de DERANI (2002), “a propriedade é uma relação com resultados individuais e sociais simultaneamente. Os meios empregados e os resultados alcançados devem estar condizentes com os objetivos jurídicos”.

Portanto, os condicionamentos que orbitam a propriedade visam à função social, ideia inserida por *Léon Duguit* inspirado em *Augusto Comte*, que encontrou guarida no próprio art. 5º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso XXIII³, e, posteriormente, também no texto constitucional, no art. 182, §2º⁴, no tocante à propriedade urbana.

Fixadas, pois, as premissas de que a propriedade urbana – e rural – deve atender à função social que, na propriedade urbana predica o atendimento das exigências fundamentais de ordenação da cidade expressa no plano diretor, é chegado o momento de lançar os olhos para a realidade das cidades e perceber onde os vícios ocorrem.

2. ZONEAMENTO URBANÍSTICO

A primeira e mais rotineira forma de se desordenar a cidade é por meio de um zoneamento urbano inadequado, desalinhado com a política pública urbana ou, mais grave ainda, por meio da falta de planejamento urbano.

3 XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.

4 §2º – A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Por zoneamento urbano entende-se “o procedimento urbanístico destinado a fixar os usos adequados para as diversas áreas do solo municipal ou a repartição do território municipal, à vista da destinação da terra, do uso do solo e das características arquitetônicas” (SILVA, 1995, p. 214). Esse procedimento de zonear vai além dos núcleos urbanos.

2.1. Zona rural X Zona urbana, de expansão urbana ou de urbanização específica

Antes de se fixar as zonas das cidades adequadas para esta ou aquela finalidade urbanística, é preciso, num momento pretérito, estabelecer onde, naquela municipalidade, existe zona rural, vocacionada, portanto, às finalidades rurais, zonas urbanas⁵, zonas de expansão urbana⁶, zonas de urbanização específicas e zonas urbanizáveis, estas últimas áreas rurais vocacionadas a agregarem-se, pelo crescimento natural de algumas cidades, às zonas urbanas.

É exatamente aqui, na decisão política de quais áreas rurais possuem vocações para urbanização, vale dizer, quais áreas rurais serão inseridas em zonas urbanizáveis ou de expansão urbana é que reside o primeiro foco de corrupção urbanística.

Se o art. 3º da Lei nº 6.766/79 estabeleceu que o parcelamento de solo urbano para fins urbanos somente será admitido em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, a conclusão óbvia é pela ilegalidade do parcelamento de solo rural para fins urbanos. Essa ilegalidade espraia consequências que desbordam em muito meras irregularidades formais. Para tanto, basta imaginar uma cidade integrante, por lei estadual, da região metropolitana de uma capital de Estado, cidade esta ainda não conurbada com o grande centro urbano.

Imagine-se, para fins apenas da construção do raciocínio, que essa cidade diste do grande centro urbano cinquenta quilômetros, e que mais de quarenta quilômetros das vias que fazem a ligação de ambas estejam flagrante e visualmente inseridas em zona rural, com atividades rurais em toda a extensão e sem aglomerados urbanos.

Seria natural imaginar que, com a expansão das cidades do raciocínio hipotético, seja uma ou outra, em determinado momento elas se uniriam em um verdadeiro aglomerado urbano.

5 Segundo Sérgio Frazão do Couto (1981, p. 8-11), área urbana é a porção territorial onde existem erigidas continuamente as moradias dos habitantes das cidades, as vias de circulação entre as residências, os serviços públicos e as entidades administrativas.

6 “Porção territorial ao redor das cidades, para onde possa seu crescimento se dirigir, para agregação de novos componentes urbanísticos constantes da zona urbana propriamente dita” (COUTO, 1981, p. 8-11).

Ocorre que não é incomum que a especulação imobiliária pressione o Poder Público para que se institua por lei, zonas de expansão urbana em áreas absolutamente ainda inadequadas para o parcelamento de solo para fins urbanos.

Esse “pressionar” daquele que adquiriu gleba rural visando alienar com preço de solo urbano, conquanto para muitos não extrapole os limites da defesa “no público” de interesses individuais legítimos, pode redundar, pelo simples ato do Poder Público de se criar zonas de expansão urbana em locais inapropriados, em desvio de finalidade ou de poder. Isso pelo fato de o zoneamento das cidades predicar uma decisão política prévia, que inclui um alinhamento com o plano nacional, regional e estadual de ordenação do território, bem como, e principalmente, o plano diretor.

O plano diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana (art. 182, §1º da Constituição da República), para além de servir de parâmetro de sondagem do cumprimento da função social da propriedade urbana – *cumpra a função social a propriedade que atente às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor* –, por englobar o território do município como um todo, permite a visualização, muitas vezes cartográfica, da política urbana daquela região, sabendo-se, apenas por ele, a vocação de cada área de determinado município fixada pelo plano.

Obviamente que o plano diretor, por ser um projeto de política urbana executável a longo prazo, não pode sofrer interferências legislativas recorrentes, sob pena de desnaturar-lhe o caráter de plano, passando, em havendo mudanças recorrentes, a ser um retalho albergador dos interesses de vários grupos de forma desconexa e com alto preço aos munícipes.

A primeira maneira de se evitar ordenações desastrosas das cidades é por meio de elaboração de uma política urbana municipal, fixada pelo plano diretor, alinhada com a política estadual e regional e, se for o caso, com a política da região metropolitana (caso a cidade esteja inserida em uma região metropolitana).

2.2. A competência para zonear o território municipal – inclusive área rural

Nessa ordenação do território do município, que é dever do gestor municipal por meio de projeto de lei de sua iniciativa, será zoneada a totalidade do território, surgindo, assim, a dúvida quanto à competência municipal para regular urbanisticamente a zona rural

do município. Alguns marcos legislativos são indicadores dessa competência, a iniciar pelo Código Tributário Nacional.

Como é de se imaginar, a preocupação do CTN ao ingressar nessas questões ligadas à delimitação das zonas de determinado município está atrelada à tributação, pois a depender de um ou outro zoneamento, haverá incidência de mais tributos municipais (ITU e IPTU) ou mais tributo federal (ITR).

Estabelece o CTN, que área urbana, para fins tributários, é a área fixada por lei municipal onde existam, pelos menos, dois dos seguintes “melhoramentos” construídos ou mantidos pelo Poder Público: meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais, abastecimento de água, sistema de esgotamento sanitário, rede de iluminação pública com distribuição domiciliar e escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de três quilômetros do imóvel considerado.

Se para fins tributários isso é válido, permanece a indagação da aplicação dessas normas às questões urbanísticas.

O art. 24 da Constituição da República é expreso no estabelecimento de competência legislativa concorrente para fixar normas sobre Direito Urbanístico. De outra banda, o art. 30 indica que compete aos municípios legislar sobre assuntos de interesse local.

E o que não fez o Estatuto da Cidade senão, para além de regular os arts. 182 e 183 da Constituição da República, exaurir o dever constitucional da União em legislar sobre Direito Urbanístico?

Fazendo-o, manteve – na verdade, mais que isso, determinou – aos municípios a competência para legislar sobre os assuntos urbanísticos locais.

Para além disso, o inciso VIII do art. 30 atribuiu competência aos municípios para ordenar seu território, mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano.

Importa notar aqui que a legislação municipal não elaborará normas de Direito Urbanístico, pois competência concorrente da União e dos Estados, mas legislará sobre questões urbanísticas locais, como determinou, na linha da Constituição da República, o Estatuto da Cidade.

Parece, pois, evidente, que para além da competência de zoneamento para fins tributários, os municípios possuem também competência para legislar sobre questões urbanísticas.

Não de outra forma concluiu Helly Lopes Meirelles (2006, p. 545) ao lecionar que “a delimitação da zona urbana ou perímetro urbano deve ser feita por lei municipal, tanto para fins urbanísticos como para efeitos tributários”.

Interessante notar que citado autor, pouco antes, na mesma obra, defende que a ação urbanística do município é plena na área urbana e restrita na área rural, pois o ordenamento da área rural do município, “para suas funções agrícolas, pecuárias e extrativas, compete à União, só sendo lícito ao Município intervir na zona rural para coibir empreendimentos ou condutas prejudiciais à coletividade urbana ou para preservar ambientes naturais de interesse local” (MEIRELLES, 2006, p. 545). A aparente contradição não passa, como já anunciado, de aparência.

O município permanece tendo competência para zonar sua área, sendo seu dever não intervir na área rural com vocação para atividades rurais, a menos que haja antevisão, no planejamento urbanístico de médio e longo prazo, que aquela área, hoje em zona rural, possuirá vocações urbanas nesse mesmo médio e longo prazo.

2.3. Modificação da vocação da zona

Bom destacar que, no caso de verdadeiro reconhecimento pelo Município, com base em estudos específicos, de que determinada área rural está vocacionada a atividades urbanas, deverá o município comunicar e ouvir previamente a União, marcadamente o INCRA, demonstrando que a formação de núcleos urbanos, zonas de urbanização ou áreas de sítios de recreio naquelas áreas rurais do município é indicada pelas características e situação da área, que é própria para a implantação de serviços comunitários, ou que a área rural a ser urbanizada seja oficialmente declarada zona de turismo ou tenha características de estância hidrotermal ou balneária ou, finalmente, comprovadamente tenha perdido suas características produtivas, tornando antieconômico o seu aproveitamento rural⁷.

Apenas quando o imóvel rural perde suas características agrícolas, extrativistas, pecuária e agroindustrial é que estará o município autorizado a, por lei municipal, cumpridos os requisitos supracitados, modificar o zoneamento, em verdadeiro ato de reconhecimento jurídico da mudança fática naquela área.

Essa decisão de converter áreas rurais em zonas urbanizáveis ou de expansão urbana deve ser planejada e estar sempre lastreada em estudos e pareceres técnicos indicadores das áreas municipais realmente vocacionadas ao crescimento urbano.

⁷ Cf. art. 53 da Lei nº 6.766 de 1979 e Instrução 17-B INCRA, item 3.

Do contrário perceber-se-á o que já é observado em vários municípios: zoneamentos absolutamente caóticos, com áreas de expansão urbana, urbanizáveis ou de urbanização específica ilhadas por zonas efetivamente rurais por todos os lados, em flagrante falta de planejamento, indicando desvios das autoridades legislativas e executivas instituidoras dessas zonas e, por consequência, a ocorrência do que aqui se denomina corrupção urbanística.

Em outras palavras, quando àqueles agentes políticos com funções urbanísticas no município (Prefeito e Vereadores) deixarem de manejar suas atribuições, ou manejando-as, fizerem de forma flagrante e provavelmente ilegais, descumprindo, *e.g.* as diretrizes fixadas no art. 2º, incisos IV e seguintes, da Lei nº 10.257/01, incorrerão, no mínimo, nas condutas constituidoras de improbidade administrativa do art. 11 da Lei nº 8.429/92.

3. LOTEAMENTOS IRREGULARES AINDA QUE FORMALMENTE REGULARIZADOS

Passada a etapa do zoneamento, não restará superado o risco de um desenvolvimento urbano desastroso.

Isso pelo fato de, zoneado o município, abre-se, em tese, aos proprietários de terra urbana, de expansão urbana ou de urbanização específica, a possibilidade de parcelamento ou desmembramento de suas propriedades.

A efetiva possibilidade de o proprietário de solo, especialmente nas áreas de expansão urbana ou de urbanização específica, parcelar suas glebas dependerá da constatação pelo município de que essas zonas já estejam maduras ou aptas a suportar parcelamento e adensamento urbano.

Para tanto, o Município manejará ferramental jurídico capaz de promover ou retardar o desenvolvimento urbano de suas zonas de expansão urbana ou de urbanização específica, instrumentos estes colocados à disposição do Poder Público municipal para cumprir as diretrizes instituídas no planejamento da cidade.

3.1. Urbanização contígua

O só fato de a gleba estar localizada em área passível de urbanização não gera ao proprietário o direito subjetivo de parcelar, quando e como lhe aprouver, sua propriedade.

Para além da obrigação do município de indicar em cada zona os usos permitidos, com os índices de parcelamento e ocupação, é seu dever fomentar o parcelamento e a ocupação de áreas que interessem ao município que sejam urbanizadas, além de ser também dever do município desestimular o “adensamento por saltos”, evitando-se os vazios urbanos com todas as suas consequências e custos.

Nessa forma de adensamento, propriedades localizadas em áreas de expansão urbana ou de urbanização específica não contígua com a zona urbana *mater* são autorizadas pelo município a serem parceladas sem que as autoridades municipais se atentem para as dificuldades que o município enfrentará em levar aos cidadãos que adquirirão lotes naquela região os serviços públicos e as ligações dos equipamentos urbanos.

Não basta portanto, para o parcelamento, que a gleba esteja localizada em área passível de parcelamento. Igualmente não basta que o loteador performe bem sua infraestrutura, vale dizer, que instale em sua propriedade os equipamentos urbanos básicos, como os que constituem requisitos ao parcelamento, e é de responsabilidade desse próprio loteador, pois muito pouco ou quase nada adianta a abertura de ruas, a construção das galerias de captação de águas pluviais, a implantação de sistema de distribuição de água e captação de esgoto, a estrutura interna ao loteamento de energia elétrica se as concessionárias (ou eventualmente a empresa pública que presta o serviço) de energia, água e esgoto não conseguem fazer a ligação de seu sistema com as redes do loteamento.

3.2. “Omissão” dos gestores tocante às infraestruturas

Se é certo que a ligação das redes internas com os sistemas das pessoas prestadoras dos serviços de energia, água, esgoto é de responsabilidade do loteador, também é certo que, no cotidiano das prefeituras das grandes cidades e das próprias concessionárias, inúmeros loteamentos⁸ foram e permanecem sendo aprovados, registrados, com lotes sendo alienados, sem que efetivamente haja distribuição de energia e água tratada e coleta de esgoto.

Se isso é fato constatável e de conhecimento de toda gente, há, por óbvio, agentes do Estado que permitem que esses loteamentos irregulares se instalem, dando-lhes ares de regularidade pela aprovação formal das prefeituras.

⁸ Mesmo sem um levantamento empírico realizado pelo autor, é possível afirmar que em todos os grandes centros urbanos, ora ou outra foi autorizado, registrado e implantado loteamento, inclusive com alienação de lotes, sem que os equipamentos urbanos de fato prestem às suas finalidades.

Para além disso, por vezes as pessoas prestadoras de serviços públicos certificam, por meio de atestados de viabilidade técnica que, instaladas as redes internas do loteamento, a concessionária fará, por ela própria e às suas custas, a ligação dos sistemas, sem ao menos sondar as distâncias e os custos dessa ligação que, num primeiro momento, é de responsabilidade do loteador.

A depender da densidade habitacional do loteamento – loteamentos que, por pequenos e distantes a tarifa/taxa cobrada pelo serviço não cobrirá sequer, nem a longo prazo, o custo da ligação –, quando acionada para de fato promover a interligação, as pessoas prestadoras dos serviços anunciam uma “impossibilidade técnica não constatada anteriormente”, deixando famílias, muitas vezes desprovidas de conhecimento e recursos, sem os serviços básicos para uma moradia digna.

Essas pessoas acabam sendo as vítimas primeiras de um sistema de corrupção urbanística em que o Poder Executivo municipal ou é ímprobo ao permitir o que não deveria ter sido permitido ou é omissivo – e uma coisa não significa que não possa ser também outra – em seu dever de efetivamente sondar todos os aspectos anteriores e concomitantes ao loteamento, a começar por um estudo verdadeiramente técnico da área, analisando as características geomorfológicas e os impactos da urbanização, o impacto de vizinhança, impacto de segurança, impacto no sistema viário existente, impacto do loteamento na saúde pública municipal, além da viabilidade efetiva, para além da criação da rede interna para a distribuição de serviços públicos, da ligação dessas redes com a das pessoas prestadoras desses serviços.

Destaca-se, uma vez mais, que os adquirentes serão apenas as primeiras vítimas. Isso pelo fato de os loteadores, alienando todos os lotes, rotineiramente e literalmente desaparecem, deixando para o município a obrigação de prover àqueles lotes e sua gente, de infraestrutura necessária à constituição de moradias dignas.

Nesse segundo momento é que ficará ostensivo o outro bloco de vítimas, quais sejam, os próprios munícipes, que arcarão com a infraestrutura que deveria ter sido plenamente performada pelo empreendedor.

Para além de vitimados pela utilização dos recursos financeiros do município que teriam outras utilidades não fossem essas circunstâncias, os moradores das cidades ainda arcarão com pesado ônus advindo de impactos não mensurados e portanto, não corrigidos

atempadamente, na saúde municipal, na segurança, na distribuição de água, na coleta de resíduos, no transporte e na mobilidade urbana.

Esse ciclo repetitivo de corrupção urbanística conta sempre com as condutas ilegais de gestores públicos municipais, eventualmente também com omissões deliberadas ou ações indevidas – como emissão de atestados e certidões falsas – dos responsáveis pelos serviços públicos necessários à implantação dos loteamentos e, sempre, com aqueles que, sendo proprietários de solo passível de urbanização, pretendendo um lucro virtualmente legítimo, passam à quadra da improbidade e da criminalidade ao perceberem que, agindo ilegalmente, potencializam seus ganhos.

Eventuais erros de gestão urbana podem ocorrer, é verdade, mas também é certo que o volume de fatos que envolvem a desordenação urbanística aponta não para uma gestão ineficiente, mas para um “processo de ordenação” urbana corrupto, por vezes financiador de campanhas eleitorais, mas, geralmente, servindo de fonte de renda pessoal e ilegal para os agentes públicos envolvidos nesse processo.

É exatamente esse “processo de ordenação” desastroso do solo urbano – nem é processo, tampouco é, havendo algum processo, de ordenação – em que, para além de não haver estudos e pesquisas técnicas holísticas utilizadas para fundamentar o planejamento, não há manejo adequado de instrumentos urbanísticos (criação de zonas de adensamento preferencial, zonas de adensamento restrito, áreas de diretrizes especiais etc.) que garante a perpetuação desse ciclo de corrupção urbanística.

Esse sistema retroalimentado continuamente pela falta de planejamentos ou pelos péssimos planejamentos realizados com carências técnicas gritantes, acaba gerando uma urbanização muito mais serviente a interesses políticos – ou de políticos – e econômicos – não no sentido da boa economia que deve ser fomentada, mas de um único interesse econômico ditando os rumos da urbanização – que propriamente aos interesses legítimos das várias pessoas ou grupos que a cidade alberga.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não foi outra a conclusão da Professora Odete Medauar (2004, p. 29) ao afirmar que “parece que os governantes brasileiros em geral sentem ojeriza por planejamento e por planos; por vezes, estes são elaborados, mas raramente são aplicados”.

Para romper o ciclo das catástrofes urbanísticas e da corrupção urbanística, é fundamental que exista um controle eficaz, agindo também ordenada e planejadamente de maneira uniforme.

O “apagar incêndios” dos órgãos de controle das atividades urbanísticas pouco tem resolvido, pois não voltaram ainda os olhos para a gênese do problema, qual seja, o planejamento.

De nada – ou muito pouco – adianta agir quando o problema está instalado. É fundamental, em um primeiro momento, um controle de orientação, de fomento, de auxílio às administrações públicas municipais na confecção de seus planos urbanísticos.

Essa aproximação vestibular dos órgãos de controle com os responsáveis pelo planejamento acaba por tornar mais aparente àqueles que estão realmente interessados em cumprir o mister de planejar e ordenar o solo urbano daqueles que, querendo o caos, veem ali ambiente propício para corrupção.

Em outras palavras, é preciso que exista um controle *soft* antes e durante o planejamento urbanístico, controle este não voltado ao sancionamento, mas à orientação, ao auxílio.

Controle que, inclusive, e principalmente, deve incidir sobre o processo de planejamento urbanístico, levando o gestor ao cumprimento de seu mister, buscando a legitimação de suas decisões neste processo, em estudos técnicos e, principalmente, na participação compulsória dos cidadãos (controle social – MEDAUAR, 2012, p. 175), destinatários primeiros de tudo isso, na construção das diretrizes ordenadoras de suas cidades.

Esse primeiro processo de planejamento urbano resultará para além da parametrização da atuação administrativa no que toca ao manejo de instrumentos urbanísticos, em momento posterior, na criação de um novo processo voltado a dar ciência aos interessados em atividades ligadas às cidades, em como, quando e a que custo as atividades urbanas de seus interesses serão possíveis.

O objeto de controle aqui é a política propriamente dita, não ainda sua execução. E controlar, destaca-se, não autoriza o deslocamento da competência da produção do planejamento para o controlador.

O controlador tem a função primeira de fomentar, deflagrar a produção do planejamento e, se necessário, tomar medidas para que esse planejamento efetivamente seja realizado a contento. Seu dever não é planejar, mas controlar a falta ou a deficiência do planejamento.

Esse planejamento, por si só, além do impacto direto sobre as cidades, sobre a ordenação do solo urbano, será suficiente para impor dificuldades àqueles agentes com intenções ilegais.

Superado e garantido o planejamento adequado, momento de acompanhar sua efetiva aplicação, seu cumprimento.

O objeto do planejamento urbano, ao contrário do que ocorre em outras políticas públicas, possui uma característica facilitadora do acompanhamento pelos órgãos de controle da efetiva observação do que foi planejado. As cidades falam, são ostensivas, por vezes gritam por socorro.

Bem conhecendo o planejamento, os órgãos de controle serão capazes de, olhando para a cidade, perceber algo fora do planejado e nesse momento, com as atividades urbanas parametrizadas, será possível, de pronto, saber se a ilegalidade limita-se a atividade do privado que empreendeu urbanisticamente ao arrepio da administração pública ou se houve participação de agentes do Estado na empreitada urbana desviada do planejado.

Apenas assim, com planejamento efetivamente realizado, com processos urbanísticos transparentes e com órgãos de controle eficientes e coordenados será possível uma efetiva ordenação das cidades o que, por si só, já é desestímulo para atuações ímprobadas de agentes públicos ligados às questões urbanísticas.

REFERÊNCIAS

COUTO, Sérgio Frazão do. *Manual teórico e prático do parcelamento do solo urbano*. Forense, Rio de Janeiro, 1981.

DAROCA, Eva Desdentada. *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico – Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*. 2.ed. Navarra: Aranzadi, 1999.

DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da função social. *Revista de Direito Ambiental*, n. 27, São Paulo, jul-set de 2002.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1993.

_____. Caracteres do Direito Urbanístico. *Revista de Direitos Difusos, Direito Urbanístico e qualidade de vida nas cidades*, v.2, 2000.

_____. *Direito Administrativo Moderno*. 10.ed. São Paulo: 2002.

_____. *Controle da Administração Pública*. 2.ed. São Paulo: RT, 2012.

_____. Diretrizes Gerais. In: MEDAUAR, Odete, ALMDEIDA, Fernando Dias Menzes de (coord.). *Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001: comentários*. 2.ed. São Paulo: RT, 2004.

_____; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: RT, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*, 14.ed, atualizada por REIS, Mário Schneider e SILVA, Edgard Neves da. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLBERTZ, Karlin. *Operação Urbana Consorciada*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SILVA, José Afonso. *Direito Urbanístico brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

A OMISSÃO DOS PREFEITOS NO ENFRENTAMENTO E NA RESOLUÇÃO DOS LIXÕES E A CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Thyego de Oliveira Matos

Resumo: A Lei nº 12.305/2010 foi editada com o propósito de modificar o retrato da maioria das cidades brasileiras, eliminando os lixões e instituindo uma gestão ambientalmente adequada dos resíduos sólidos. Sucede que, passados mais de quatro anos desde a edição da referida Lei, a realidade de muitos municípios brasileiros ainda é exatamente a mesma e, em muitos casos, em decorrência de uma total falta de comprometimento dos prefeitos. Nesses cenários de total omissão, a conduta de tais agentes públicos não é apenas ilegal, qualificando-se como ímprobas.

Palavras-chave: Meio ambiente. Dever de proteção. Omissão intencional. Improbidade administrativa.

Sumário: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. A edição da Lei nº 12.305/2010 – novos paradigmas no tratamento da questão do lixo. 2.2. Lixo, omissão dos prefeitos e a caracterização da conduta ímproba. B Considerações Finais. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Vivemos, cada vez mais, imersos em uma sociedade de consumo de massa, incentivados, a todo tempo, pelos espaços publicitários, à aquisição dos mais variados bens. Dados oficiais revelam que aproximadamente quarenta milhões de brasileiros elevaram seus padrões de consumo nas últimas duas décadas. Uma das consequências desse novo paradigma é justamente a maior produção de resíduos.

Após vinte e um anos maturando no Congresso Nacional, foi sancionada a Lei nº 12.305/2010 com o propósito de modificar o retrato da maioria das cidades brasileiras, por meio de uma

destinação ambientalmente adequada dos resíduos gerados pelos diversos seguimentos (indústria, comércio, consumidores etc.), assimilando, dentro desse processo, a um só tempo, a proteção ao meio ambiente e aos mecanismos de inclusão e promoção social.

Em que pese o referido diploma legal estabelecer, expressamente, que a responsabilidade pela resolução do problema dos resíduos é “compartilhada” (Poder Público, setor produtivo e consumidores), não se pode olvidar que cabe ao Poder Público um papel de protagonismo nesse processo, na medida em que as mudanças necessárias perpassam pela adoção de políticas públicas.

Sucede que, passados mais de quatro anos desde a edição da Lei nº 12.305/2010, a realidade de muitos municípios brasileiros ainda é exatamente a mesma. Isto é, não se verificou nenhum avanço no que tange à destinação ambientalmente adequada dos resíduos sólidos.

O presente artigo pretende discorrer sobre as condutas omissivas dos prefeitos, em municípios onde nada se fez desde a edição do marco legal acima mencionado, e sua caracterização como ato de improbidade administrativa.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. A edição da Lei nº 12.305/2010 – novos paradigmas no tratamento da questão do lixo

O Brasil é portador de um valioso patrimônio natural e assumiu, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o compromisso de protegê-lo (CF, art. 225).

Até o advento da Lei nº 12.305/2010, o País carecia de um marco normativo que instituísse uma política pública voltada à regulação dos resíduos sólidos, algo essencial para qualquer sociedade que se pretenda sustentável.

Sobre a edição da referida Lei, oportunas as palavras de Lyssandro Norton Siqueira¹:

A lacuna legislativa até então existente em nosso País dava margem a grandes distorções na solução deste grave problema. Com efeito, a ausência de uma lei, regulando uma política nacional de resíduos sólidos, deixava os entes federados com razoável liberdade para

¹ Disponível em: <<http://www.revistadir.mcampos.br/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/lisandronortonsiqueiradosprincipioseinstrumentospoliticanacionalresiduossolidos.pdf>>. Acesso em 24 out. 2014

definir prioridades, estabelecer restrições e incentivos a atividades empreendedoras. Tal liberdade acabou por provocar um certo desequilíbrio entre os procedimentos adotados em distintos municípios e estados da federação.

Oportunamente, portanto, foi publicada a Lei n. 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, dispondo sobre seus princípios, objetivos e instrumentos. Foram definidas as diretrizes relativas à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos; às responsabilidades dos geradores e do poder público e aos instrumentos econômicos aplicáveis.

Assim, a edição da Lei nº 12.305/2010 fez surgir um importante marco normativo que se propõe a modificar a gestão dos resíduos sólidos, dando-lhes uma destinação ambientalmente adequada.

Sobre a temática, oportunas as palavras do Prof. Édis Milaré (2011, p. 855):

A Política Nacional de Resíduos Sólidos preencheu uma importante lacuna no arcabouço regulatório nacional. Essa iniciativa é o reconhecimento, ainda que tardio, de uma abrangente problemática ambiental que assola o País, problemática esta de proporções desconhecidas, mas já com diversos episódios registrados em vários pontos do território nacional, e que tem origem exatamente na destinação e disposição inadequadas de resíduos e consequente contaminação no solo, além da dificuldade de identificação dos agentes responsáveis.

Esses registros indicam a gravidade de situações de contaminação do solo e das águas subterrâneas, com risco efetivo à saúde pública e à biota, além do comprometimento do uso de recursos naturais em benefício da sociedade. Com efeito, os episódios de poluição do solo têm, como característica preponderante, o grande período de latência entre o fato causador e manifestação – e consequente percepção – de efeitos mais graves no meio ambiente e, em algumas vezes, na saúde da população do entorno, direta ou indiretamente exposta à contaminação.

Esse novo marco regulatório contempla princípios, objetivos e diretrizes que podem alterar profundamente a atual gestão e destinação dos resíduos sólidos no País, ao prever importantes instrumentos voltados à estruturação de uma gestão adequada do lixo e apresentando metas de redução, reutilização e reciclagem.

“Dados oficiais revelam que a geração de resíduos sólidos é um fenômeno cotidiano, diário, inevitável, ocasionando danos e degradando o meio ambiente” (MARTINS; MURARI, 2013, p. 2). O Brasil, em 2009, segundo a Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais (ABRELPE), gerou mais de 57 milhões de toneladas de resíduos, 7,7 % a mais em relação ao ano anterior, sendo que as capitais e as cidades com mais de 500

mil habitantes produziram cerca de 23 milhões de toneladas de resíduos.²

Na análise de um interregno temporal maior, observa-se que o crescimento é exponencial, tanto que, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no ano 2000, a quantidade de resíduos produzidos diariamente no Brasil era de 125.281 toneladas, ou seja, cerca de 45,7 milhões de toneladas ao ano.³ Em 2008, segundo dados do mesmo Instituto, a quantidade de resíduos sólidos produzidos diariamente no Brasil era de 259.547 toneladas⁴. Isto é, um crescimento de mais de 100% (cem por cento) em um período de apenas oito anos.

Assim, a preocupação com resíduos sólidos não é uma questão regionalizada, é sim, universal, globalizada e vem sendo discutida há algumas décadas nas esferas nacional e internacional. Ademais, com uma preocupação ambiental preservacionista e um arcabouço jurídico verde mais solidificado, novas regras para uma gestão integrada dos resíduos sólidos surgem para transformar a realidade nacional (MARTINS; MURARI, 2013, p. 3).

Em que pese a dignidade dos valores envolvidos e os valiosos fins almejados, muitos municípios brasileiros nada fizeram para positivar as transformações pretendidas pela Lei nº 12.305/2010. Isto é, não elaboraram qualquer plano de resíduos sólidos, não implementaram a coleta seletiva e a educação ambiental, não realizam monitoramento e fiscalização ambiental etc. (art. 8º da Lei nº 12.305/2010).

A referida Lei, apenas para exemplificar, fixou marcos temporais para a elaboração dos Planos Municipais de Resíduos Sólidos e para a disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos (criação dos aterros sanitários em substituição aos atuais lixões) para todos os municípios brasileiros. Tais prazos se venceram em 2 agosto de 2012 e 2 de agosto de 2014, respectivamente.

Lei n.º 12.305/2010 [...]

Art. 54. A disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, observado o disposto no § 1º do art. 9º, deverá ser implantada em até 4 (quatro) anos após a data de publicação desta Lei.

Art. 55. O disposto nos arts. 16 e 18 entra em vigor 2 (dois) anos após a data de publicação desta Lei.

2 Cf. ABRELPE. Panorama dos resíduos sólidos no Brasil, 2009. Disponível em: <http://www.abrelpe.org.br/panorma_2009.php>. Acesso em: 24 mar. 2011

3 Cf. IBGE. Pesquisa Nacional de Saneamento Básico 2000. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/27032002pnsb.shtm>>. Acesso em: 15 mar. 2011

4 Cf. IBGE. Pesquisa Nacional de Saneamento Básico 2008. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoedevida/pnsb2008/PNSB_2008.pdf>. Acesso em: 24 out. 2014

Assim, diante de um cenário de total omissão dos gestores municipais, é possível sua responsabilização com fundamento na Lei nº 8.429/1992, traduzindo-se, tal omissão, em conduta ímproba?

Na sequência, alguns apontamentos sobre tal questionamento.

2.2. Lixo, omissão dos prefeitos e a caracterização da conduta ímproba

A Lei no 8.429/1992 lançou mão, acertadamente, de cláusulas abertas para enunciar, *numerus apertus*, as condutas que se qualificam como ímprobas. Ao longo do arts. 9, 10 e 11 da referida Lei, o legislador, em rol exemplificativo, indica as condutas que se qualificam como ímprobas, desde que, respectivamente, importem *enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou atente contra os princípios da administração pública*.

Para os fins propostos no presente artigo, que se limita a analisar, estritamente, a omissão dos prefeitos em face das obrigações impostas pela Lei nº 12.305/2010, sem fazer qualquer injunção em possível enriquecimento ilícito ou lesão ao erário, aspectos estes que exigiriam prova específica, entende-se que tal conduta se caracteriza como atentatória aos princípios regentes da Administração Pública (art. 11 da Lei nº 8.429/1992).

Isto é, quando se verifica a omissão dos prefeitos em implementar as medidas necessárias para dar uma destinação ambientalmente adequada aos resíduos sólidos, tem-se a caracterização do ato de improbidade, pois atenta contra os “*princípios regentes da atividade estatal*”⁵.

Sucedo que, em razão das graves sanções cominadas em face dos que praticam atos de improbidade administrativa, definida, enquanto tal, como ilegalidade qualificada, é pacífico o entendimento, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, que ilegalidade e improbidade não se confundem. Assim, para a configuração de um ato como sendo ímprobo, faz-se necessária a demonstração de elementos objetivos e subjetivos, dentro da tipologia estabelecida pela Lei nº 8.429/1992.

Nesse sentido, os escólios de José Antonio Lisboa Neiva (2013, p.158):

O art. 11 exige adequada interpretação, pois não seria razoável, por exemplo, entender que a simples violação ao princípio da

5 Expressão cunhada por Emerson Garcia. Cf. GARCIA;ALVES, 2011.

legalidade, por si só, ensejaria a caracterização de ato de ímprobo. Seria confundir os conceitos de improbidade administrativa e de legalidade.

Ressalta Marcelo Figueiredo que o legislador infraconstitucional peca pelo excesso e acaba por dizer que ato de improbidade pode ser decodificado como “toda e qualquer conduta atentatória à legalidade, lealdade, imparcialidade etc. Como se fosse possível, de uma penada, equiparar coisas, valores e conceitos distintos. O resultado é o arbítrio. Em síntese, não pode o legislador dizer que tudo é improbidade”.

No mesmo sentido, Mariano Pazzaglini Filho (apud NEIVA, 2013, p.160):

Ilegalidade não é sinônimo de improbidade e a prática de ato funcional ilegal, por si só, não configura ato de improbidade administrativa. Para tipificá-lo como tal, é necessário que ele tenha origem em comportamento desonesto, denotativo de má-fé, de falta de probidade do agente público”.

Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência de que a pura ilegalidade, por si só, não configura improbidade, exigindo algo mais:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICABILIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. ANÁLISE DE PROVAS. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. CONFIGURAÇÃO DO DESVIO DE FINALIDADE.

1. (...)

2. (...)

3. A jurisprudência do STJ, inclusive de sua Corte Especial, no sentido de que “não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10” (AIA 30/AM, Corte Especial, DJe de 27.9.2011). Agravo regimental improvido. AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 184.147 - RN (2012/0111058-0).

Fixados esses parâmetros na retentiva, faz-se necessário, então, perscrutar se a omissão dos prefeitos, ao não implementarem as medidas preconizadas pela Lei nº 12.305/2010, estariam dando ensejo a uma simples ilegalidade ou a uma conduta omissiva que se pode qualificar como ímproba.

Pois bem, o art. 11 da Lei nº 8.429/1992 estabelece:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições. (sem grifo no original)

Importante trazer à baila que a ideia de “legalidade” entalhada no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, acima transcrito, é uma cláusula aberta, cuja interpretação deve, sempre, associar-se à ideia de interesse público.

Nesse sentido, oportunas as palavras do Prof. Emerson Garcia (2011, p. 312-313):

É voz corrente que no constitucionalismo contemporâneo o paradigma normativo do “direito por regras” passou a coexistir com o denominado “direito por princípios”. Como consequência dessa transição, constara-se que a norma comportamental poderá adequar-se de forma mais célere às constantes modificações das relações sociais, evitando que o emperramento normativo inviabilize ou comprometa o evoluir social.
(...)

O amplo horizonte que se apresenta à atuação estatal e a quase total inviabilidade de uma produção normativa casuística quanto aos ilícitos passíveis de serem praticados pelos agentes públicos, não poderiam ser erigidos como óbice à observância dos vetores básicos da atividade estatal, razão de ser do próprio Estado Democrático de Direito. Sensível a tal realidade, optou o legislador por integrar o art. 37, §4º, da Constituição com preceitos que permitissem a imediata subsunção, e conseqüente coibição, de todos os atos que violassem os princípios condensadores dos deveres básicos dos agentes públicos.

A desonestidade e a desídia, pejorativos ainda comuns entre alguns agentes públicos, ramificam-se em vertentes insuscetíveis de serem previamente identificadas. Soltas as rédeas da imaginação, é inigualável a criatividade humana, o que exige a elaboração de normas que de adequem a tal peculiaridade e permitam a efetiva proteção dos interesses tutelados, in casu, o interesse público. É este, em essência, o papel dos princípios.

Assim, entende-se que a inação dos prefeitos, revelada na total omissão em implementar os desideratos fixados na Lei nº 12.305/2010, transcende a mera ilegalidade, por omissão, revestindo-se dos contornos suficientes à configuração de improbidade administrativa. Isso porque subjaz a esse *non facere* uma violação ao dever de proteção ambiental, bem como ao dever

de proteção à saúde, direitos de primeira grandeza, expressamente consagrados na Constituição Federal (arts. 196⁶ e 225⁷).

Ademais, além do art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92, o inciso II do mesmo artigo também se amolda à hipótese retratada no presente artigo, *in verbis*:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

(...)

II – Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

O dispositivo não cogita do enriquecimento ilícito do agente ou do prejuízo para o erário, contemplados nos atos descritos nos arts. 9º e 10. Tem a finalidade de fazer prevalecer os deveres do agente público, salientados no art. 4º da Lei de Improbidade Administrativa, que impõe aos agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia a obrigação de velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos. Constitui regra que garante a observância dos princípios estipulados no art. 37 da Constituição Federal (SOBRANE, 2005).

Sério Turra Sobrane (2005) afirma que o inciso II do art. 11 “pune a prevaricação do agente, que retarda ou omite a prática de ato de ofício que era de sua obrigação realizar”. Esta modalidade de improbidade pode ser aplicada com frequência em matéria ambiental. É comum o retardamento de atos pelas autoridades ambientais que, sem justificativa plausível, atrasam a conclusão de procedimentos ou realização de diligências.

O objetivo insculpido no inciso II do art. 11 da Lei de Improbidade é punir o agente público omissivo, que retarda ou se abstém de praticar um ato de sua competência em absoluta violação à norma legal e, por conseguinte, aos princípios que regem a Administração Pública.

Na mesma linha de tirocínio, a Lei Federal nº 10.257/01 (Estatuto das Cidades) é um exemplo de norma que contempla a questão da improbidade administrativa diante da inércia do gestor municipal. O artigo 52 da referida Lei preconiza:

6 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (sem grifo no original)

7 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (sem grifo no original)

Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, quando:

[...]

VI - impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º do art. 40 desta Lei;

VII - deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no § 3º do art. 40 e no art. 50 desta Lei. (sem grifo no original)

Assim, o prefeito totalmente omissos na adoção das providências administrativas determinadas na Lei nº 12.305/2010, voltadas à destinação ambientalmente adequada dos resíduos gerados no município, incorre em ato de improbidade administrativa.

Ademais, deve-se ter em mente que a Lei nº 12.305/2010 estabelece a Política Nacional de Resíduos Sólidos e fixa, para os Estados, Distrito Federal e municípios, igualmente, a obrigação de instituir políticas públicas que possibilitem a destinação ambientalmente adequada dos resíduos. A ideia de política nacional, estadual e municipal revela a intenção de transformação da realidade atual, que deve ser buscada por todos os entes da federação. Verdadeira norma programática.

Nesse norte, o princípio da proteção ambiental, consagrado no art. 225, *caput*, da CF, impõe ao Poder Público o dever de defender o meio ambiente e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, valores muito caros à sociedade e que, por conseguinte, não podem ser negligenciados.

O gestor público que deixa de agir quando a lei exige o contrário, olvidando, intencionalmente, o dever de proteção ambiental, assume, *in casu*, o paradigma da omissão censurável, traduzindo-se não apenas em conduta ilegal, mas ímproba.

É uma decorrência do bem jurídico tutelado (meio ambiente ecologicamente equilibrado), direito fundamental das presentes e futuras gerações, e cuja proteção não deve ficar ao arrepio das vicissitudes dos gestores públicos, como se pudessem, ao seu bel prazer, decidir *se* ou *quando* agir.

Nesse norte de ideias, fazem-se nossas as palavras de Tarcísio Henriques Filho (2011), para quem “a questão ambiental, pela sua importância e conformação atual, torna imprescindível a aplicação e utilização da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes públicos envolvidos nas ações públicas de proteção do meio ambiente”.

Em que pese grande parte dos autores de Direito Ambiental não discorrerem sobre o tema, Luíz Paulo Sirvinska (apud HENRIQUE FILHO, 2011) abre um capítulo específico em sua obra doutrinária para abordar a *ação civil de responsabilidade por improbidade administrativa em matéria ambiental*. Nesse ponto, diz o seguinte:

Esta ação civil passou a ser utilizada para a proteção do meio ambiente. É mais um instrumento processual para se somar à ação direta de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, à ação civil pública, à ação popular, ao mandado de segurança coletivo e ao mandado de injunção. Em 14 de julho de 1998, o ilustrado Promotor de Justiça, Dr. Sérgio Turra Sobrane, propôs, em caráter pioneiro, a primeira ação civil de responsabilidade por improbidade administrativa em matéria ambiental, com pedido liminar, em face da então Secretária Estadual do Meio Ambiente, da Coordenadora de Licenciamento Ambiental e Proteção de Recursos Naturais (CPRN), da Diretora do Departamento de Avaliação de Impacto Ambiental (DAIA) e da Embraparque (Empresa Brasileira de Parques S/C Ltda.), pedindo a nulidade da licença prévia irregularmente concedida à Embraparque e a condenação por improbidade administrativa da Secretária, da Diretora e da Coordenadora. A empresa Embraparque pretendia construir um parque aquático na cidade litorânea de Itanhaém, no Estado de São Paulo, denominado Xuxa Water Park. A ação foi julgada parcialmente procedente em primeira instância, encontrando-se em trâmite na segunda instância.

Sobre a importância do controle jurisdicional da Administração, no sentido de vencer a inércia administrativa na adoção de medidas de preservação da qualidade ambiental, Marino Pazzaglini Filho (2000, p. 55-56) preleciona:

Os órgãos e entidades públicas têm o poder-dever de atuar na tutela ambiental para 'assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado' (art. 225, § 1º da CF). Essa atuação obrigatória e prioritária decorre da norma constitucional, em especial do princípio da prevenção e precaução, que é impositivo, vinculante e coercitivo.

[...]

O dispositivo constitucional utiliza a expressão 'assegurar a efetividade desse direito', o que realça, na área do meio ambiente, o princípio constitucional da eficiência (art. 37 da CF), que deve ser observado pela Administração Pública em geral e sempre nortear a conduta dos agentes públicos encarregados do controle ambiental. Portanto, na defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, não basta aos organismos e aos agentes públicos comportamentos ativos e omissivos neutros, insuficientes para reparar, prevenir e precaver os danos ambientais.

É mister que organismos e agentes públicos executem as tarefas de sua responsabilidade, direcionadas sempre à reparação ou à proteção mais adequada, mais eficaz possível, dos recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora (inciso V da Lei nº 6.938, de 31-8-81, com a redação dada pela Lei nº 7.804 de 18-7-89).

Por conseguinte, os agentes públicos, no exercício da tutela do meio ambiente, em face do comando específico das normas ambientais de prevenção, precaução e efetividade (art. 205, caput e § 1º, da CF) e do princípio universal da eficiência (art. 37, caput da CF), têm o dever jurídico de adotar e executar as medidas mais eficazes e produtivas para a satisfação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Enfim, o dever jurídico de boa gestão ambiental deve imperar sempre na atuação dos agentes públicos, não lhes cabendo, nesse aspecto, qualquer margem de discricionariedade. A violação desse dever constitucional, além de implicar a reparação do dano ecológico causado, a responsabilidade civil do Estado perante os particulares lesados e a responsabilidade administrativa e, por vezes, penal do agente público responsável pela má gestão ambiental (Lei nº 9.605 de 12-2-1998), pode ensejar a aplicação de sanções estabelecidas na Lei de Improbidade Administrativa. (sem destaque no original)

Não se pode perder de vista, ademais, o constante dever de reforçar, sempre, a força normativa do texto do art. 225 da Constituição Federal, no qual está expressamente consignado que a “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (...) impondo-se ao Poder Público (...) o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” e que, para assegurar a efetividade desse direito, são relacionadas inúmeras incumbências ao Poder Público, além de diferentes sanções para aqueles que atuam de forma lesiva ao meio ambiente (§§1º e 3º do art. 225 da CF).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora a doutrina ainda não se debruce com profundidade sobre a responsabilidade dos gestores públicos, perante a Lei nº 8.429/1992, que dão causa a danos ambientais, essa aplicação, como sustentado no presente artigo, é possível e defensável, especialmente se considerarmos a dignidade dos bens jurídicos tutelados pelas normas ambientais.

A Lei nº 8.429/1992, no seu firme e valioso propósito de tutelar a probidade administrativa do trato da coisa pública, não pode ter seu conteúdo restringido.

Um exemplo dessa possível aplicação se dá nos casos em que os prefeitos nada fizeram, durante seus mandatos, para uma gestão responsável e ambientalmente adequada do lixo, diante das obrigações instituídas pela Lei nº 12.305/2010.

REFERÊNCIAS

ABRELPE. *Panorama dos resíduos sólidos no Brasil. 2009.* Disponível em: http://www.abrelpe.org.br/panorma_2009.php. > Acesso em: 24 mar. 2011.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública.* São Paulo, Atlas, 2000, p. 55-56.

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

HENRIQUE FILHO, Tarcísio. *Boletim Científico ESMPU,* Brasília, a.10. n. 36. Edição Especial, 2011, p. 29-52.

IBGE. *Pesquisa Nacional de Saneamento Básico 2000.* Disponível em: < <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/27032002pnsb.shtm> >. Acesso em: 15 mar. 2011.

IBGE. *Pesquisa Nacional de Saneamento Básico 2008.* Disponível em: < http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/pnsb2008/PNSB_2008.pdf >. Acesso em: 24 out. 2014.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro.* 22.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

MARTINS, Juliana Xavier Fernandes; MURARI, Gabriel Garcia. *Aspectos relevantes da política nacional de resíduos sólidos.* Lei nº 12.305/2010. Erika Bechara (organizadora). São Paulo: Atlas, 2013.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente.* A gestão ambiental em foco: doutrina jurisprudência, glossário. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NASCIMENTO NETO, Paulo. *Resíduos sólidos urbanos: perspectivas de gestão intermunicipal em regiões metropolitanas*. São Paulo: Atlas, 2013.

NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade administrativa. Legislação comentada artigo por artigo: doutrina, legislação e jurisprudência*. 5.ed., rev. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

SIQUEIRA, Lyssandro Norton. *Dos princípios e instrumentos da política nacional de resíduos sólidos*. Disponível em <<http://www.revistadir.mcampos.br/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/lisandronortonsiqueiradosprincípioseinstrumentospolíticanacionalresiduossolidos.pdf>>. Acesso em 24 out. 2014.

SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade Administrativa em Matéria Ambiental. Manual Prático da Promotoria de Justiça de Meio Ambiente*. São Paulo: Imprensa Oficial, Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005.

FRAUDES EM LICITAÇÕES: UMA ABORDAGEM PRAGMÁTICA

Renan Paes Felix¹

Resumo: O presente artigo tem como escopo proceder a uma análise jurídica dos crimes contra as licitações no ordenamento jurídico brasileiro, observando tais delitos no contexto de um sistema político “viciado”, bem como apontar meios para o aperfeiçoamento da apuração e persecução criminal por parte do Ministério Público. Para tanto, far-se-á, além de uma abordagem do tema sob a perspectiva teórica e jurisprudencial, uma incursão em casos práticos que lograram êxito em dismantelar esquemas de fraudes em licitações (investigações coordenadas pelo Ministério Público Federal e Polícia Federal).

Sumário: 1. Considerações Iniciais. 2. Dos Crimes Contra as Licitações. 2.1. Art. 89 da Lei nº 8.666/932. 1.1. Fracionamento indevido de licitações. 2.1.2. Festas e eventos. 2.1.3. Contratação de escritórios de advocacia. 2.2. Art. 90. 2.3. Art. 92. 2.4. Art. 96. 3. Formas De Investigação. 4. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo tem como escopo proceder uma análise jurídica dos crimes/atos de improbidade contra as licitações no ordenamento jurídico brasileiro, observando tais delitos no contexto de um sistema político “viciado”, bem como apontar meios para o aperfeiçoamento da apuração e persecução criminal por parte do Ministério Público. Para tanto, far-se-á, além de uma abordagem do tema sob a perspectiva teórica e jurisprudencial, uma incursão em casos práticos que lograram êxito em dismantelar esquemas de fraudes em licitações (investigações coordenadas pelo Ministério Público Federal e Polícia Federal).

De saída, é preciso registrar que em 15 de novembro de 1889 o Brasil deixou de ser uma monarquia e passou a adotar a forma de governo conhecida como República. Isso significa que o Poder passou a ser exercido não mais de forma hereditária (por meio da

¹ Procurador da República na Paraíba. Especialista em Direito Constitucional.

família real), mas sim de modo eletivo, com alternância periódica no Poder. Desse modo, atualmente, qualquer do povo que preencha os requisitos exigidos pela lei de regência pode se candidatar a cargos eletivos no Poder Executivo e passar a administrar o Estado brasileiro, seja na esfera municipal, estadual ou federal.

Desde o advento da Constituição de 1988, qualquer cidadão que atenda as exigências de elegibilidade previstas no art. 14 da Carta Magna está apto a concorrer, de forma democrática, no pleito eleitoral. Ocorre que o processo eleitoral demanda o dispêndio de recursos. E aqui não está nem a tratar de recursos espuriamente utilizados para compra de votos. Mesmo as campanhas eleitorais licitamente conduzidas custam caro.

O art. 26 da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97), por exemplo, elenca vários gastos eleitorais lícitos: confecção de material impresso de qualquer natureza e tamanho; propaganda e publicidade; aluguel de locais para a promoção de atos de campanha eleitoral; despesas com transporte e deslocamento de candidato e de pessoal a serviço das candidaturas; correspondência e despesas postais; despesas de instalação e funcionamento de comitês de campanha; remuneração a pessoal que preste serviço às candidaturas; montagem de carros de som; realização de comícios; produção de programas de TV, rádio, internet; realização de pesquisas eleitorais; custos com a criação de sítios na internet e redes sociais etc.

A democracia tem o seu preço, e não é barato. Como diz o conhecido adágio norte-americano, “não existe almoço grátis”. Para fazer frente a todos esses custos, os candidatos estão autorizados a receber doações tanto de pessoas físicas quanto jurídicas.

No plano ideal, conforme previsto na Lei das Eleições, toda a movimentação financeira dos candidatos deve ser feita em conta bancária específica, bem como registradas todas as doações, para fins de prestação de contas perante a Justiça Eleitoral. Assim dispõe o art. 22 da Lei das Eleições: “É obrigatório para o partido e para os candidatos abrir conta bancária específica para registrar todo o movimento financeiro da campanha”.

Ocorre que, no mundo real, nem todo dinheiro arrecadado em campanhas eleitorais entra na conta bancária oficial e na prestação de contas dos candidatos. Os casos que por diversas vezes já chegaram ao Poder Judiciário demonstram que é comum a formação do chamado “caixa 2” na campanha eleitoral. E esse caixa, que não passa pelo crivo da fiscalização, muitas vezes é arrecadado por

intermédio de doações realizadas por pessoas jurídicas interessadas em obter benefícios por intermédio do candidato eleito, quando este assume o Poder.

Daí – e é aqui que se quer chegar com toda essa contextualização do problema – após as eleições, os doadores “cobram a fatura” dos candidatos eleitos, exigindo para si a concessão de determinados benefícios que lhe assegurem retorno financeiro compatível (normalmente bem superior) com os gastos efetuados na campanha eleitoral do candidato. Uma mão lava a outra, e o ciclo vicioso se fecha. Esses benefícios normalmente são contratos com o Poder Público, dos mais variados tipos: execução de obras públicas, aquisição de bens e produtos, prestação de serviços, nomeação de apadrinhados em cargos comissionados etc.

Ocorre que a Lei Maior brasileira é muito clara ao dispor, no seu art. 37, XXI, que ,

ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleça obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Como se vê, a Constituição estabelece o saudável princípio da isonomia de condições a todos os concorrentes que preencham os requisitos legais de habilitação. Assim, para o legislador constituinte, qualquer particular que deseje celebrar contratos com o Poder Público deve concorrer em pé de igualdade com seus pares. Ora, é intuitivo que a salutar disputa de mercado enseja a consecução do interesse público na seleção da proposta mais vantajosa para o Estado.

No entanto, na linha do que se asseverou acima, a fim de assegurar que o “apadrinhado” do gestor seja o vencedor da licitação e receba o seu quinhão pela contribuição na campanha eleitoral, as mais variadas fraudes, como se verá, são cometidas. De mais a mais, algumas vezes o beneficiado não é nem contribuinte de “caixa 2” de campanha eleitoral, mas se dispõe a entrar no esquema e repassar ao gestor corrupto um percentual do contrato a ser adjudicado fraudulentamente.

É aí que entram em cena, como se verá, as mais variadas ações a fim de conferir ares de legalidade ao crime: empresas de fachada;

falsificação de documentos e de assinaturas; licitações simuladas; dispensas indevidas ao procedimento licitatório; superfaturamento; conluio entre empresas etc.

Cite-se um exemplo introdutório dessa chaga, que tanto abala a população. Em um município no alto sertão da Paraíba, a então prefeita da cidade fez um acerto com um empresário para adjudicar um contrato para construção de uma barragem na área rural do município. Os recursos, aproximadamente R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais), vieram de convênio celebrado com o Ministério da Integração Nacional. Com o espúrio acordo previamente definido entre prefeita e empresário, este conseguiu documentos de empresas de fachada para conferir aparência de legalidade à licitação, e sua empresa adjudicou o objeto do certame. A obra foi construída sem a devida fiscalização e, após alguns anos de sua conclusão, percebeu-se que devido a problemas de ordem estrutural, a barragem não estava apta para acumular água e servir ao seu propósito maior, que seria o abastecimento humano. Uma licitação fraudada gerou um prejuízo quase milionário aos cofres públicos e prejudicou seriamente uma população humilde, que tem difícil acesso à água.

Por isso, é fundamental que o Ministério Público e os demais órgãos públicos de investigação e controle aperfeiçoem a sua expertise no combate a tais crimes, que tanto prejudicam o erário e impedem o desenvolvimento do País.

2. DOS CRIMES CONTRA AS LICITAÇÕES

A fim de regulamentar o já citado art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, foi editada a Lei nº 8.666/93, que, como se sabe, disciplina os procedimentos licitatórios e os contratos da Administração Pública.

Referida lei também trouxe em seus dispositivos dez tipos penais, enquadrados entre os artigos 89 a 98.

Tendo em conta o viés prático do presente artigo, a análise será focada nos crimes mais recorrentes, que certamente serão objeto de apreciação no dia-a-dia da atuação do *Parquet*.

Para identificar esses casos, foi procedida uma pesquisa na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Realizada busca nos julgados do STJ, identificou-se um total de 285 acórdãos que trataram de crimes contra as licitações, conforme lista abaixo:

a) art. 89: 157 acórdãos (55,1%)

b) art. 90: 80 acórdãos (28,1%)

c) art. 91: 2 acórdãos (0,7%)

d) art. 92: 21 acórdãos (7,5%)

e) art. 93: 5 acórdãos (1,7%)

f) art. 94: 3 acórdãos (1%)

g) art. 95: 4 acórdãos (1,4%)

h) art. 96: 12 acórdãos (4,2%)

i) art. 97: 1 acórdão (0,4%)

j) art. 98: 0 acórdão (0,0%)

Essa análise é importante, pois demonstra que mais de 80% dos casos envolvendo crimes contra as licitações serão enquadrados nos arts. 89 e 90 da Lei nº 8.666/93. Por isso, não há dúvida em aprofundar a análise nesses dois tipos penais, secundados pelos tipos constantes nos arts. 92 e 96, que ainda possuem alguma incidência prática. Os demais tipos penais, embora previstos em lei e com vigência atual, quase não são acionados. Por isso, não serão analisados aqui.

Antes de adentrar no estudo de cada tipo penal em específico, cabe ressaltar, quanto à fase procedimental que, embora os crimes contra as licitações sejam delitos, em tese, contra a Administração Pública, a orientação predominante no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de não aplicar o procedimento especial previsto nos arts. 513 a 518 do Código de Processo Penal, pois este só é aplicável aos crimes funcionais típicos. A esse respeito:

CRIME DA LEI DE LICITAÇÕES (ARTIGO 90 DA LEI 8.666/1993). RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRELIMINAR. ARTIGO 514 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DELITO QUE NÃO SE QUALIFICA COMO FUNCIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. O procedimento especial previsto nos artigos 513 a 518 do Código de Processo Penal só se aplica aos delitos funcionais típicos, descritos nos artigos 312 a 326 do Código Penal. Precedentes.

2. No caso dos autos, os recorrentes foram denunciados pelo crime de fraude à licitação, o que afasta a incidência do artigo 514 do Estatuto Processual.

3. Recurso improvido.

(RHC 37.309/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 3.9.2013, DJe 17.9.2013)

Importante destacar também que a prática de crime contra as licitações sujeita os seus autores, quando servidores públicos, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo, a teor do art. 83 da Lei nº 8.666/93. Para NUCCI (2012, p. 397), não se trata de efeito automático de sentença penal condenatória, mas sim de sanção aplicável na órbita administrativa. No entanto, os Tribunais têm aplicado a sanção como efeito da condenação (STJ, REsp nº 1.244.666/RS e AgRg no AgRg no REsp nº 1.262.992/MA).

De resto, observe-se que o Ministério Público Federal só terá atribuição para investigação e persecução criminal de tais delitos quando houver, no edital de licitação, a previsão de utilização de recursos públicos federais, decorrentes, normalmente, de Convênios ou Contratos de Repasse. Caso a licitação seja realizada por um órgão estadual ou municipal com recursos próprios, a competência para investigação será do Ministério Público estadual.

2.1. Art. 89 da Lei nº 8.666/93

Esse tipo penal é, sem dúvida, um dos com maior incidência prática, demandando, por parte dos profissionais do Direito, um profundo conhecimento acerca de suas nuances.

Assim dispõe o art. 89:

Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena – detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

O crime objetiva tutelar a moralidade administrativa. Note-se que “dispensar” e “inexigir” são termos técnicos relacionados ao procedimento licitatório. A licitação é dispensável nas hipóteses previstas no art. 24 da Lei nº 8.666/93. Por outro lado, a licitação é inexigível quando não há possibilidade de concorrência, conforme exemplos elencados no art. 25 da Lei de Licitações. Assim, o crime é cometido quando o agente dispensa ou inexige licitação fora das hipóteses previstas, respectivamente, nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93. A outra conduta prevista no tipo penal, que consistente em “deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou inexigibilidade”, também está vinculada à inobservância dos artigos acima citados, bem como de outros artigos relacionados ao procedimento licitatório.

O crime é próprio, mas admite coautoria e coparticipação. Assim, podem cometer tal delito os servidores públicos responsáveis por operar o procedimento licitatório bem como as autoridades responsáveis. É comum nos municípios identificar prefeitos cometendo esse crime, para fazer valer esquemas de corrupção e favorecimento de determinadas empresas e pessoas. Isso porque, embora as licitações sejam coordenadas por uma comissão, não raro o prefeito seleciona servidores de pouca instrução, que sequer conhecem a legislação pertinente, apenas para dar aparência de legalidade às licitações fraudadas. E é ele que homologa, ao final, o procedimento licitatório.

Quanto a esse aspecto, é importante ressaltar que o tipo penal previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93 substitui aquele contido no art. 1º, XI, do Decreto-Lei nº 201/67². Embora o Decreto-Lei nº 201/67 seja um diploma normativo especial, pois trata de crimes em relação aos prefeitos, a Lei nº 8.666/93 também é especial, pois regula de forma exaustiva os procedimentos licitatórios. Desse modo, como ambas as normas são especiais, o conflito se resolve pelo critério cronológico. E sendo a Lei de Licitações mais nova, é ela que é aplicável na espécie. Nesse sentido, são a doutrina e a jurisprudência, servindo de exemplo os excertos abaixo:

É evidente que a norma do art. 89 da Lei de Licitações, por ser mais abrangente, absorveu parte da figura típica prevista no art. 1º, XI, do Decreto-lei 201/67, não socorrendo o argumento de ser esta lei especial e por isso ser vigor permaneceria, pois a Lei 8.666/93, em matéria de crimes de licitação, também é lei especial, pelo que o critério a ser utilizado para resolver essa aparente antinomia será o cronológico, ou seja, *lex posterior derogat legi priori*, e, sendo as duas normas do mesmo escalão, a última prevalece sobre a anterior (Freitas, 2010, p. 91-92).

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO POR PREFEITO. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. DECRETO-LEI 201/67 E LEI 8.666/90. CRITÉRIO CRONOLÓGICO.

1. Conquanto o Decreto-Lei nº 201/67 seja norma especial porque institui crimes próprios praticados por prefeitos e vereadores, a Lei nº 8.666/90 também é especial porque tipifica os crimes praticados em procedimentos licitatórios, disciplinando especificamente o tema relativo às licitações públicas.

2. Tratando-se de normas com equivalência hierárquica e incidência nos âmbitos municipal, estadual e federal, resta dirimir o conflito aparente de normas pelo critério

² Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: [...] XI – Adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei.

cronológico, prevalecendo o artigo 89 da Lei nº 8.666/90 para os atos praticados após a sua entrada em vigor.

3. Recurso improvido.

(STJ. REsp 1.288.855/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17.10.2013, DJe 29.10.2013).

O dolo é o genérico, não se exigindo para sua configuração o especial fim de agir. A maior parte da doutrina (NUCCI, 2012, p. 404) entende que se trata de crime formal, ou seja, que não exige resultado naturalístico para a sua consumação, consistente em efetivo prejuízo para a Administração Pública. Esse era o entendimento do STJ (HC 97.720/PE. Rel. Min. Felix Fischer, DJ 18.8.2008). No entanto, infelizmente, o Superior Tribunal de Justiça, a partir do julgamento da Apn 480/MG, alterou seu entendimento para o fim de exigir a comprovação do prejuízo para que o crime reste configurado. Nesse sentido:

AÇÃO PENAL. EX-PREFEITA. ATUAL CONSELHEIRA DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. FESTA DE CARNAVAL. FRACIONAMENTO ILEGAL DE SERVIÇOS PARA AFASTAR A OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO. ARTIGO 89 DA Lei N. 8.666/1993. ORDENAÇÃO E EFETUAÇÃO DE DESPESA EM DESCONFORMIDADE COM A LEI. PAGAMENTO REALIZADO PELA MUNICIPALIDADE ANTES DA ENTREGA DO SERVIÇO PELO PARTICULAR CONTRATADO. ARTIGO 1º, INCISO V, DO DECRETO-LEI N. 201/1967 C/C OS ARTIGOS 62 E 63 DA LEI N. 4.320/1964. AUSÊNCIA DE FATOS TÍPICOS. **ELEMENTO SUBJETIVO. INSUFICIÊNCIA DO DOLO GENÉRICO. NECESSIDADE DO DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR DANO AO ERÁRIO E DA CARACTERIZAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO.**

- Os crimes previstos nos artigos 89 da Lei n. 8.666/1993 (dispensa de licitação mediante, no caso concreto, fracionamento da contratação) e 1º, inciso V, do Decreto-lei n. 201/1967 (pagamento realizado antes da entrega do respectivo serviço pelo particular) exigem, para que sejam tipificados, a presença do dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo. Precedentes da Corte Especial e do Supremo Tribunal Federal.

- Caso em que não estão caracterizados o dolo específico e o dano ao erário.

Ação penal improcedente.

(Apn 480/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 29.3.2012, DJe 15.6.2012)

[...]

DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI (ARTIGO 89 DA

LEI 8.666/1993). NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO PARA A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME. ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Esta Relatoria, com base na jurisprudência então dominante neste Superior Tribunal de Justiça, posicionava-se no sentido de que a caracterização do ilícito previsto no artigo 89 da Lei 8.666/1993 prescindia da comprovação da ocorrência de prejuízo ao erário, sendo suficiente a dispensa irregular de licitação ou a não observância das formalidades legais.

2. Contudo, **após o julgamento da Apn 480/MG, a Corte Especial deste Sodalício sedimentou o entendimento de que para a configuração do crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei é imprescindível a comprovação do dolo específico do agente em causar dano ao erário, exigindo-se a efetiva comprovação do prejuízo à Administração Pública.**

3. No caso dos autos, tanto o édito repressivo quanto o aresto que o confirmou deixaram de se reportar a qualquer atitude do paciente capaz de caracterizar o necessário dolo específico de causar prejuízo ao erário, tendo apenas consignado que ordenava despesas sem a observância do procedimento licitatório necessário, o que, como visto, se mostra insuficiente para a caracterização do crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/1993.

4. Constatada a similitude fática dos demais corrêus com relação a atipicidade da conduta que ora se reconhece, devem lhes ser estendidos os efeitos desta decisão, nos termos do artigo 580 do Código de Processo Penal.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento da ação penal deflagrada em desfavor do paciente, no tocante do delito disposto no artigo 89 da Lei 8.666/1993, estendendo-se os efeitos desta decisão aos demais corrêus.

(HC 254.615/TO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 6.8.2013, DJe 23.8.2013)

Desse modo, enquanto esse entendimento for mantido, não basta indicar a adequação da conduta do agente ao tipo penal. É preciso, além disso, apontar o prejuízo causado à Administração Pública para que haja tipicidade formal e material. Para isso, cabe ao Ministério Público aprimorar: a) a argumentação; e b) a investigação dos fatos.

Quanto ao primeiro tópico, o ponto de partida é que a licitação é um expediente competitivo, com concorrentes atuando em igualdade de condições. Mediante esse embate, o vencedor será aquele que, via de regra, apresentar o menor preço (desde que seja um menor preço viável, executável). Por outro lado, se não há competição, por óbvio, não será alcançada a melhor proposta para a Administração Pública. E essa diferença entre a proposta ideal e a proposta vencedora em

uma licitação fraudulenta é exatamente o prejuízo sofrido pelo Estado quando ocorre o crime contra as licitações. Isso tem que ficar claro nos autos, para que não haja o risco de a tipicidade material do crime ser afastada.

Mas não é só. Também pode acontecer de o real adjudicatário do objeto licitado não possuir a qualificação técnica e operacional para executar a obra ou o serviço contratado. Nesse segundo caso, em que a obra possui defeito, para aferir o prejuízo é preciso realizar uma perícia técnica. Nessa perícia pode ser identificado tanto superfaturamento como falha na construção, e aí também o prejuízo pode ser mensurado.

A linha de investigação do Ministério Público, nesses casos, deve ser sempre voltada para a quantificação do prejuízo causado ao erário pelo descumprimento da legislação relativa às licitações.

É importante notar, outrossim, que muitas vezes o delito previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93 virá acoplado ao desvio de verbas públicas (art. 1º, I, Decreto-Lei nº 201/67). Isso porque, normalmente, a fraude no procedimento licitatório ocorre para permitir e/ou ocultar o desvio de recursos públicos.

2.1.1. Fracionamento indevido de licitações

Um caso comum de prática do art. 89 da Lei nº 8.666/93 é o fracionamento indevido de licitações. O gestor, em vez de fazer uma licitação, por exemplo, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), fraciona o objeto em dois procedimentos de dispensa, no valor de R\$ 7.500,00 cada. Dois procedimentos com o mesmo objeto e realizados no mesmo período. Trata-se de dispensa indevida ao procedimento licitatório. A esse respeito, confira-se o seguinte acórdão:

DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI 8.666/93. COMPRA DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO. FRACIONAMENTO. CONTRATAÇÃO DIRETA. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. URGÊNCIA DA MEDIDA. FATORES DESCONHECIDOS E NÃO ESPERADOS PELO ADMINISTRADOR. NÃO CARACTERIZAÇÃO. DOLO EVENTUAL. SUFICIÊNCIA. CONCURSO DE PESSOAS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. 1. O crime de dispensa ilegal de licitação objetiva tutelar, antes de mais nada, a moralidade administrativa, razão pela qual sua perfectibilização dispensa a prova de dano patrimonial à Administração Pública. 2. Trata-se de conduta típica descrita no artigo 89 de crime de mão própria - pois que somente pode ser realizada por determinado

servidor público detentor do poder pessoal e indeclinável de decidir sobre a realização ou não do certame licitatório.

3. Na análise do presente caso, a dispensa ilegal de licitação está associada às diversas contratações isoladas, sendo que o fracionamento fora efetivado de forma com que cada um dos procedimentos perfizesse valores extremamente próximos à limitação legal que dispensa a adoção do certame.

[...]

5. Considerando que o artigo 89 prescinde “de demonstração de qualquer finalidade específica na conduta do agente”, estando preenchido o tipo subjetivo com a simples presença do dolo direto ou eventual, resta perfectibilizado o delito na espécie. Precedentes jurisprudenciais.

6. Mesmo que um dos acusados tenha concorrido para a consumação da dita dispensa ilegal de licitação, não se pode dizer que, comprovadamente, dessa se beneficiou ao contratar diretamente com o Poder Público, uma vez que a empresa sobre a qual detinha participação (e que forneceu o material de construção) sequer foi paga.

(TRF da 4ª Região. ACR 200171000002443, TADAAQUI HIROSE, TRF4 - SÉTIMA TURMA, D.E. 24.2.2010).

2.1.2. Festas e eventos

Um caso que tem se revelado bastante comum é relacionado à realização de festas e eventos. O município, por intermédio de um convênio com o Ministério do Turismo, consegue verbas federais para realização de eventos na cidade, em datas comemorativas (carnaval, São João, feriados locais, dias santos etc.), com bandas e artistas musicais.

Para executar o convênio, o prefeito celebra uma contratação direta com determinado empresário, por inexigibilidade de licitação, fundamentado no art. 25, III, da Lei nº 8.666/93 (“Art.25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: III- para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública”).

Porém, o gestor municipal, para contratar as bandas musicais que tocarão no evento, celebra o contrato com um empresário local, que apresenta uma carta de exclusividade daquelas bandas tão somente para os dias do evento. Embora a legislação afirme ser inexigível a licitação apenas nos casos que o profissional do setor artístico seja consagrado (por exemplo, Ivete Sangalo, Caetano Veloso, Lulu Santos, Jota Quest etc.), e a contratação se dê por

intermédio de seu empresário exclusivo, o que ocorre é o seguinte: um empresário qualquer entra em contato com as bandas e “fecha” as datas para o evento. Após, ele se apresenta como “empresário exclusivo”, embora não o seja.

Nesses casos, o prejuízo ao erário com a inobservância do dever de licitar é exatamente a comissão a que o intermediário teve direito, que varia entre 10% e 20% dos valores contratados. Por isso, é importante, durante a investigação, proceder à oitiva do empresário e perguntar qual foi o valor (comissão) que ele recebeu pela intermediação na contratação da banda musical. E, ademais, por vezes, o grupo musical contratado sequer preenche o requisito de ser consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, sendo um ilustre desconhecido. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/1993. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA Nº 208/STJ. NECESSIDADE DE PRESTAÇÃO DE CONTAS À ÓRGÃO DA ESTRUTURA FEDERAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. [...]. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. FICTÍCIA EXCLUSIVIDADE ENTRE A EMPRESA CONTRATANTE E AS BANDAS CONTRATADAS. ESPECÍFICA PARA O EVENTO. ÂNIMO DE EIVAR DE IRREGULARIDADE O ATO. DANO AO ERÁRIO. DESNECESSIDADE. ELEMENTAR DO TIPO PENAL NA OMISSÃO À OBSERVÂNCIA ÀS FORMALIDADES PERTINENTES À DISPENSA OU À INEGIBILIDADE DE CERTAME LICITATÓRIO. APELAÇÕES IMPROVIDAS.

I. Firmada a competência da Justiça Federal, no caso concreto, pela obrigatoriedade de prestações de contas dos valores perante o órgão conveniente, o Ministério do Turismo, e a não incorporação dos recursos objeto do convênio ao patrimônio da municipalidade, eis que específica para a realização da festa da padroeira, o que enseja a aplicação da Súmula nº 208/STJ.

[...]

V. O conjunto probatório carreado aos autos, inclusive as próprias declarações do apelante, comprova que a empresa por ele dirigida não detinha a representação exclusiva das bandas que vieram a ser contratadas pela municipalidade e, sob tal fundamento, sem a necessária licitação, mas apenas que solicitara àquelas cartas de exclusividade específica para a festa organizada pela municipalidade, inexistindo o necessário contrato de exclusividade e, assim, ferindo o espírito da Lei nº 8.666/1993.

VI. De igual sorte, restou provado que o outro acusado solicitou a pessoas estranhas às bandas a assinatura de declarações de exclusividade, a demonstrar a irregularidade na contratação das mesmas.

VII. Desnecessária a ocorrência de dano ao erário, por não constituir tal o elementar do tipo penal, mas sim a ação omissiva quanto à observância às formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, o que se comprovou nos autos.

VIII. Extinta a punibilidade quanto a JOSÉ MATOS VALADARES, pela ocorrência da prescrição (art. 107, IV c/c arts. 109, IV, e 115, todos do Código Penal), restando prejudicada a apelação por ele manejada.

IX. Improvidas as apelações formuladas por JOSEDESON DÓRIA DE CARVALHO e JOSÉ DA SILVA MOURA.

(TRF da 5ª Região. ACR 00001092620124058501, Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, TRF5 – Quarta Turma, DJE – Data: 5.9.2013 – p.421)

2.1.3. Contratação de escritórios de advocacia

No caso de contratação de escritórios de advocacia por inexigibilidade de licitação, deve restar comprovada a notória especialização da banca e a singularidade dos serviços jurídicos oferecidos. Para a configuração do delito, além da ausência de tais requisitos, a jurisprudência tem exigido, como já visto, a comprovação do dano ao erário. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. LICITAÇÃO ILEGALMENTE INEXIGIDA (ART. 89 DA LEI N. 8.666/93). ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO PROFISSIONAL PARA PATROCÍNIO DE CAUSA ESPECÍFICA. EXISTÊNCIA DE CORPO JURÍDICO CONSTITUÍDO NO ÂMBITO DA AGÊNCIA DE FOMENTO. CONFLITO DE INTERESSES CONFIGURADO. GRAU DE CONFIABILIDADE. CRITÉRIO SUBJETIVO. DISCRICIONARIEDADE DO AGENTE PÚBLICO. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O tipo penal descrito no artigo 89 da Lei n. 8.666/93 visa apenar o administrador que dispensa ou considera inexigível o procedimento licitatório fora das hipóteses legais (artigos 24 e 25 do aludido diploma legal), ou deixa de observar formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.

2. A inviabilidade de competição a que se refere o artigo 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93, não se caracteriza apenas na exclusividade na prestação do serviço técnico almejado, mas também na sua singularidade, marcada pela notória especialização do profissional, bem como pela confiança nele depositada pela administração. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

3. O grau de confiança depositado na contratação do profissional, em razão da sua carga subjetiva, não é suscetível de ser valorado no bojo de um certame licitatório e se encontra no âmbito de atuação discricionária do administrador público, razão pela qual a competição se torna inviável.

4. Na hipótese em apreço, o órgão acusatório considerou irregular a contratação direta pela administração pública pelo fato da agência de fomento presidida pelo paciente contar com um corpo jurídico próprio, o qual seria apto a defendê-la na demanda que é objeto do contrato.

5. O fato da agência de fomento presidida pelo paciente possuir um corpo jurídico próprio, por si só, não torna ilegal a contratação de escritório de advocacia por meio de inexigibilidade do certame licitatório, mormente pela existência de conflito de interesses de membros daquele com a demanda.

6. Constatando-se que a contratação direta ocorreu dentro dos limites legais, afasta-se a tipicidade da conduta, sendo imperioso o trancamento da ação penal em apreço.

7. Sendo comum aos demais corréus o constrangimento ilegal reconhecido, aplica-se o disposto no artigo 580 do Código de Processo Penal.

8. Ordem concedida para reconhecer a atipicidade da conduta atribuída ao paciente, determinando-se o trancamento da ação penal deflagrada, estendendo-se os efeitos desta decisão aos demais corréus.

(STJ. HC 228759/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24.4.2012, DJe 7.5.2012)

I. Habeas corpus: prescrição: ocorrência, no caso, tão-somente quanto ao primeiro dos aditamentos à denúncia (L. 8.666/93, art. 92), ocorrido em 28.9.93. II. Alegação de nulidade da decisão que recebeu a denúncia no Tribunal de Justiça do Paraná: questão que não cabe ser analisada originariamente no Supremo Tribunal Federal e em relação à qual, de resto, a instrução do pedido é deficiente. III. Habeas corpus: crimes previstos nos artigos 89 e 92 da L. 8.666/93: falta de justa causa para a ação penal, dada a inexigibilidade, no caso, de licitação para a contratação de serviços de advocacia. **1. A presença dos requisitos de notória especialização e confiança, ao lado do relevo do trabalho a ser contratado, que encontram respaldo da inequívoca prova documental trazida, permite concluir, no caso, pela inexigibilidade da licitação para a contratação dos serviços de advocacia. 2. Extrema dificuldade, de outro lado, da licitação de serviços de advocacia, dada a incompatibilidade com as limitações éticas e legais que da profissão (L. 8.906/94, art. 34, IV; e Código de Ética e Disciplina da OAB/1995, art. 7º).**

(STF. HC 86198, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 17.4.2007, DJe-047 DIVULG 28.6.2007 PUBLIC 29.6.2007 DJ 29.6.2007 PP-00058 EMENT VOL-02282-05 PP-01033)

2. 2. Art. 90

O art. 90 está assim disposto: “Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório com o intuito de obter, para

si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena – detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa”.

De saída, cabe ressaltar a grave falha do legislador em aplicar, para um crime mais grave (art. 90 – pena máxima de 4 anos), uma pena menor do que a aplicada a um crime, em tese, menos grave (art. 89 – pena máxima de 5 anos). Ora, no crime do art. 90 há uma fraude, um dolo escancarado de maquiar a ilegalidade cometida no procedimento licitatório para beneficiar indevidamente um dos licitantes. A conduta descrita no art. 90 é mais reprovável e recebe sanção menor.

Note-se que, do ponto de vista da investigação, é muito mais fácil provar que uma licitação não aconteceu (art. 89) do que identificar uma frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório (art. 90).

Conforme Nucci (2012, p. 406), o importante para configurar o tipo é eliminar a competição ou promover uma ilusória competição entre participantes da licitação por qualquer mecanismo.

O elemento subjetivo específico é o “intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”. O objeto material do delito é a competição do procedimento licitatório e o jurídico é a tutela dos interesses da Administração Pública.

É importante ressaltar que tanto essa conduta quanto a prevista no art. 89 também constituem ato de improbidade administrativa, conforme Lei nº 8.429/92:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...] VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente.

Observe-se que qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do delito ora em análise, não sendo imprescindível ser agente público para cometer o delito. Nesse sentido é a orientação do STJ:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AOS ARTS. 61, II, “G”, DO CP, E 90 DA LEI Nº 8.666/93. INOCORRÊNCIA. EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA NÃO INTEGRANTE DO TIPO PENAL. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Este Tribunal Superior sufragou entendimento no sentido de que o tipo penal previsto no artigo 90 da Lei nº 8.666/93 (Estatuto das Licitações) pode ser praticado por qualquer pessoa, não sendo a condição de agente público elementar do tipo, de modo que não há bis in idem na aplicação da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea “g”, do Código Penal.

2. Agravamento regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 4.047/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 3.9.2013, DJe 16.9.2013)

Por outro lado, é importante destacar a maior reprovabilidade na conduta tipificada no art. 90 quando cometida por prefeito, pois deste se espera maior cuidado na gestão dos recursos públicos que lhe são confiados. A esse respeito:

HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 90, DA LEI N.º 8.666/93, C.C. ART. 29, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. CRIME PRATICADO POR PREFEITO. CIRCUNSTÂNCIA DA CULPABILIDADE ESPECIALMENTE CENSURÁVEL. PENA-BASE ELEVADA EM PATAMAR PROPORCIONAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. É adversa a circunstância da culpabilidade se há exacerbada reprovabilidade na conduta praticada.

2. Tendo sido confiado ao Paciente, que ocupava o cargo de prefeito, pelo sufrágio, a honrosa função de zelar pelo interesse público municipal, deve sua conduta ser sancionada com maior rigor, pela especial censura.

3. Não se tratando o art. 90, da Lei n.º 8.666/93, de crime próprio de prefeitos, a conjuntura apontada pelas instâncias ordinárias extrapola consideravelmente as elementares do tipo imputado ao Paciente, do qual se exigia comportamento totalmente probo, em razão do múnus que lhe foi confiado pelo voto popular.

4. Lembre-se, no ponto, o que já esclareceu o eminente Ministro JORGE MUSSI, em julgamento proferido por esta Turma, de habeas corpus por ele relatado: “segundo a doutrina, na análise da circunstância judicial da culpabilidade, “deve aferir-se o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu (DELMANTO, Celso e outros, Código Penal Comentado, 7ª ed., Renovar: RJ, 2007, p. 186) (STJ, HC 152.162/SP, QUINTA TURMA, julgado em 25.10.2011, DJe 8.11.2011).

5. Ainda que tenham as instâncias ordinárias incorrido em impropriedade ao valorar de forma desfavorável, a título de maus antecedentes, processos ainda sem trânsito em julgado, tem-se que o aumento da pena-base implementado em razão daquela que extrapola as elementares do tipo, de 1 (um) ano, releva-se

proporcional e razoável.

6. No mais, “[j]ustificada e razoável a dosimetria utilizada pelo magistrado para fixar a pena-base, não se permite, em sede de habeas corpus, rever o conjunto probatório para examinar a justiça da exasperação (STJ, HC 58.493/RJ, 6.^a Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA, DJ de 24.9.2007).

7. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 193.124/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11.12.2012, DJe 17.12.2012)

2.3. Art. 92

O art. 92 está assim disposto:

Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 deste Lei: Pena – detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

O objeto é a modificação ou vantagem relativa a contrato celebrado com o Poder Público e o particular, sem autorização legal. A prorrogação dos contratos administrativos deve observar a previsão legal (art. 57 da Lei nº 8.666/93).

O sujeito ativo é o servidor público, na figura do *caput*, e o contratado, na modalidade prevista no parágrafo único. A conduta, basicamente, diz respeito a modificar ou prorrogar, sem autorização legal, contrato administrativo, ou ainda interferir na ordem cronológica dos pagamentos.

2.4. Art. 96

O art. 96 está assim descrito:

Art.96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

- III - entregando uma mercadoria por outra;
 - IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;
 - V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:
- Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Nesse tipo penal exige-se conduta fraudulenta e que cause prejuízo ao erário, por intermédio de atos descritos nos incisos (tipo misto alternativo), que podem dizer respeito ao procedimento licitatório (elevação arbitrária de preços) ou à execução do contrato (vender como verdadeira ou perfeita mercadoria falsificada ou deteriorada; entregar uma mercadoria por outra; alterar a substância, qualidade ou quantidade de mercadoria fornecida; tornar mais onerosa a proposta ou a execução do contrato, de forma injusta).

Nesse tipo, o sujeito ativo é o licitante e o tipo busca evitar prejuízo ao erário, seja em razão do preço ou em razão da qualidade ou quantidade das mercadorias fornecidas.

Note-se que embora haja certa semelhança com o tipo penal previsto no art. 90, tratam de delitos distintos, inclusive passíveis de condenação em concurso material. A esse respeito, confira-se a jurisprudência do STJ:

*RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL E PENAL. CRIMES LICITATÓRIOS NA ÁREA DA SAÚDE PÚBLICA, FORMAÇÃO DE QUADRILHA E CORRUPÇÃO ATIVA. CONDENAÇÃO. PRELIMINARES. REUNIÃO DOS PROCESSOS. CONEXÃO (CPP, ART. 79). DESMEMBRAMENTO DOS FEITOS. FACULDADE. JUÍZO DE CONVENIÊNCIA DO MAGISTRADO (CPP, ART. 80). APLICABILIDADE AINDA QUE EM CRIME DE QUADRILHA. PRECEDENTES DO STF. PREJUÍZO EM RAZÃO DO INTERESSE NA PROVA PRODUZIDA PELOS DEMAIS ACUSADOS. RESPOSTA APRESENTADA PELO TRIBUNAL. MATÉRIA, CONTUDO, NÃO IMPUGNADA NO APELO NOBRE. QUESTÃO NÃO CONHECIDA. (...) **CONCURSO DOS CRIMES PREVISTOS NO ART. 90 E 96, INCISO I, DA LEI N. 8.666/93. ALEGADA OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. DESCONFIGURAÇÃO. TIPOS PENAIIS DISTINTOS. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO.***

Tratando-se de tipos penais totalmente distintos, é possível o concurso de crimes, pois o objeto, no tocante ao crime do art. 90 da Lei nº 8.666/93, é a preservação do caráter competitivo do procedimento licitatório, enquanto que na figura penal do art. 96, inciso I, o delinquente, mediante fraude, atinge diretamente a licitação, elevando arbitrariamente os preços, em prejuízo da Fazenda Pública. (...)

(REsp 1315619/RJ, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES

(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 15.8.2013, DJe 30.8.2013)

3. FORMAS DE INVESTIGAÇÃO

Para finalizar essa breve incursão no tema dos crimes contra as licitações, cabe apontar, de forma clara e objetiva, algumas dicas simples para aperfeiçoar a investigação e persecução criminal de tais delitos, com base em investigações já realizadas pelo MPF e pela Polícia Federal. Tais orientações serão apontadas nas linhas abaixo.

Especialmente na investigação do crime do art. 90 da Lei nº 8.666/93, é importante estar atento à documentação relativa aos procedimentos licitatórios, para identificar elementos indiciários de conluio entre os licitantes. Tais elementos podem ser:

- a. Certidões relativas à regularidade jurídica (cadastro no CNPJ) e fiscal (certidões negativas) emitidas em data semelhante ou sequencial pelas empresas licitantes, ou ainda certidões vencidas;
- b. Propostas de preços ou planilhas orçamentárias das empresas licitantes com muitas semelhanças do ponto de vista da formatação e/ou do preço em si; às vezes até erro de ortografia que “coincidentalmente” se repetem;
- c. Empresas que possuem os mesmos sócios e/ou o mesmo contador. Já surgiram casos em que uma empresa licitante pertencia ao marido e outra à esposa;
- d. Atas de julgamento de licitações sem assinaturas;
- e. Procedimentos licitatórios sem números de páginas ou erroneamente autuados;
- f. Empresa vencedora da licitação que apresentou documentação incompleta de habilitação e ainda assim adjudicou o objeto da licitação;
- g. Ausência de publicação do edital da licitação em Diário Oficial e jornais locais;
- h. Participação de empresas de “fachada” nas licitações. Para identificar empresas de fachada, é preciso diligenciar, no

sentido de procurar a sede da empresa, consultar registros na Previdência Social para verificar se a empresa possui empregados registrados ou até mesmo pedir a quebra de sigilo bancário para verificar se existe movimentação financeira. Também é importante verificar se o participante das licitações é o sócio ou um procurador que não faz parte do quadro societário da empresa.

Por vezes, o endereço de várias empresas de fachada, ou de seus sócios, é o mesmo. E isso também constitui um forte indício da maquinação criminoso.

Nesse mesmo sentido, é importante pesquisar em banco de dados de Portais de Transparência, TCU, TCE, entre outros, a respeito de licitações com as mesmas empresas, que se repetem, de forma suspeita. É também relevante solicitar os atos constitutivos das empresas às respectivas Juntas Comerciais, pois pode acontecer de a empresa participante de uma licitação adulterar o contrato social a fim de ocultar a presença na sociedade de algum sócio, ou incluir outro fraudulentamente.

A análise da movimentação financeira é de suma importância para identificar as fraudes em licitações e o desvio de recursos públicos. Normalmente, quando há conluio entre empresas, elas se acertam entre si para “lotear” determinado mercado, cabendo determinado “quinhão” a cada uma, ou acertam o repasse de valores a título de “comissão”.

Em determinada investigação, pela quebra de sigilo bancário, foi possível comprovar que a empresa vencedora de algumas licitações repassava os valores recebidos em razão de contratos celebrados com o Poder Público à empresa perdedora na licitação, com uma retenção de aproximadamente 10% dos valores recebidos. Daí infere-se que a empresa perdedora executou “de fato” o contrato enquanto que a ganhadora adquiriu a sua “comissão” e nada fez no plano real, realizando uma subempregitada integral ilícita.

Também é importante destacar que, em razão de os crimes contra as licitações serem punidos com pena de detenção, não é cabível a interceptação telefônica para investigação de tais delitos. É que a Lei nº 9.296/96 só admite a quebra do sigilo das comunicações telefônicas na persecução de crimes punidos com reclusão, a teor do art. 2º, III: “Art. 2º- Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: (...) III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção”.

Entretanto, muitas vezes, a prática de crimes contra as licitações vem acompanhada de outros como peculato (art. 312, CP), desvio de recursos públicos (art. 1º, I, Decreto-Lei nº 201/67), associação criminosa (art. 288, CP), lavagem de dinheiro (art. 1º, Lei nº 9.613/98) e crimes contra a ordem tributária (art. 1º, Lei nº 8.137/90). E tais delitos, por serem punidos com reclusão, admitem a interceptação telefônica.

Por fim, outro ponto importante nas investigações são as oitivas. Ouvir os representantes das empresas licitantes, os membros da comissão de licitação e o gestor, às vezes, é fundamental para desvendar a trama criminosa. Nesse particular, o oferecimento de proposta de colaboração premiada a alguns dos atores do crime pode ser essencial para que o agente desvele o *modus operandi* da conduta delitiva e facilite os trabalhos de investigação.

REFERÊNCIAS

FREITAS, André Guilherme Tavares. Crime na Lei de licitações. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. v.I. 6.ed. São Paulo: RT, 2012.



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

