



CARLA FERNANDA DE SOUZA

**ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE
À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA**

OURINHOS/SP
2014

ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

EXTRAORDINARY PERFORMANCE OF MINISTÉRIO PÚBLICO TO COMBAT ADMINISTRATIVE MISCONDUCT AND THE PRINCIPLE OF EFFICIENCY

Carla Fernanda de SOUZA¹

RESUMO

Trata-se de breve análise acerca da eficiência da atuação do Ministério Público no combate a atos de improbidade administrativa. Procura-se descrever os princípios regentes da Administração Pública, bem como sintetizar os elementos do ato ímprobo nos termos da Lei 8.429/92 para, finalmente, comparar o êxito obtido por meio dos instrumentos extrajudiciais a que dispõe o *Parquet* em detrimento dos resultados decorrentes do controle judicial da Administração.

Palavras-chave: Eficiência. Improbidade administrativa. Atuação Extrajudicial. Ministério Público. Controle da Administração Pública.

ABSTRACT

This is a brief analysis about the efficiency of the work of prosecutors in combating acts of administrative misconduct. Seeks to describe the regents principles of Public Administration, as well as synthesize elements of the unrighteous act, under the Law 8.429/92, to finally compare success achieved through extrajudicial instruments that the Ministry Public have, at the expense of the outcomes of the judicial control of Administration.

Keywords: Efficiency. Administrative misconduct. Extrajudicial performance. Public Prosecutor's Office. Control of the Public Administration.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Princípios Constitucionais da Administração Pública; 1.1 Conceito de princípio; 1.2 Princípios da Administração Pública na Constituição; 1.3 Princípio da Eficiência; 2 Improbidade Administrativa; 2.1 Ato de Improbidade Administrativa; 2.2 Sujeitos; 2.3 Sanções; 3 Ministério Público no Combate à Improbidade Administrativa; 3.1 Ministério Público como Função Essencial à Justiça; 3.2 Controle da Administração pelo Ministério Público; 3.2.1 Atuação do MP no Controle Judicial; 3.2.2 Controle Extrajudicial pelo Ministério Público; 3.3 Eficiência da Atuação do *Parquet* no Combate aos Atos de Improbidade Administrativa; Conclusão; Referências.

¹ Pós-graduanda em nível de Especialização em Direito do Estado pelas Faculdades Integradas de Ourinhos-SP. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

INTRODUÇÃO

Atualmente, os direitos transindividuais têm merecido posição de destaque no âmbito jurídico. Nesta senda, a proteção ao patrimônio público aparece como de extrema relevância para se garantir uma boa gestão, pautada no interesse público.

É mister fazer um estudo sobre a base constitucional-principiológica da Administração, apontando-se como deve se estruturar para atender aos fins a que se destina. Caso não obedecidos os ditames previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, haverá uma administração desconforme, possivelmente ímproba.

Por isso a importância da Lei 8.429/92 ao anunciar quais os considerados atos de improbidade administrativa, por quem, contra quem e como podem ser praticados, bem como quais as sanções capazes de suficientemente puni-los e afastá-los.

Ao Ministério Público, como instituição que presta função essencial à justiça na defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos direitos sociais e coletivos, cabe a verificação dos atos praticados pela Administração Pública. Como o *Parquet* pode atuar judicial e extrajudicialmente, resta verificar qual de suas atividades demonstra mais eficácia no combate aos atos ímprobos, ou seja, qual forma de exercício ministerial está mais compatível com o princípio constitucional da eficiência.

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1 Conceito de princípio

Nos últimos tempos, muito tem se falado de princípios no mundo jurídico, os quais são amplamente utilizados para elaboração de leis, bem com na fundamentação de atos administrativos, pedidos judiciais, decisões e sentenças.

Com efeito, o advento da Constituição Federal de 1988 em muito ampliou a discussão principiológica do Direito, de modo que postulados com certo ar de abstração se tornassem tão importantes quanto regras objetivamente previstas para a regulamentação da vida em sociedade.

A professora Fernanda Marinela bem enfatiza que

O atual ordenamento jurídico reconhece que os **princípios** não são simples recomendações, orientações; são normas que obrigam aqueles que a elas estão sujeitos. A sua generalidade quanto aos destinatários e ao conteúdo não prejudica a sua força coercitiva e assegura maior potencial de durabilidade na regulação da vida em sociedade. (2012, p. 24, grifo da autora)

Os princípios, enunciados gerais, abertos e não absolutos que contemplam uma série de situações, constitucionalmente previstos ou não, imperam em todo o ordenamento jurídico pátrio, possibilitando que estudiosos e operadores do Direito rumem por diferentes vertentes a partir da valoração que realizarem, diferentemente do que acontece com as regras, que são conceitos fechados, impositivos e apresentam limites mais rígidos para a atividade de interpretação.

Distinguem-se os princípios das demais normas jurídicas (as regras) em aspectos diversos. Já pelo conteúdo (os princípios incorporando primeira e diretamente os valores ditos fundamentais, enquanto as regras destes se ocupam mediatamente, num segundo momento), mas também pela apresentação ou forma enunciativa (vaga, ampla, aberta, dos princípios, contra uma maior especificidade das regras), pela aplicação ou maneira de incidir (o princípio incide sempre, porém normalmente mediado por regras, sem excluir outros princípios concorrentes e sem desconsiderar outros princípios divergentes, que podem conjugar-se ou ser afastados apenas para o caso

concreto; as regras incidindo direta e exclusivamente, constituindo aplicação integral – conquanto nunca exaustiva – e estrita dos princípios, e eliminando outras conflitantes) e pela funcionalidade ou utilidade (que é estruturante e de fundamentação nos princípios, enquanto as regras descem à regulação específica). Traduzem ambos – princípios como regras – expressões distintas ou variedades de um mesmo gênero: normas jurídicas. (ROTHENBURG *apud* BREGA FILHO, 2002, p. 53)

No mesmo sentido:

Assim, **princípios** são *mandamentos de otimização*, normas que ordenam a melhor aplicação possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, portanto a sua incidência depende de ponderações a serem realizadas no momento de sua aplicação. Existindo para o caso concreto mais de um princípio aplicável, esses não se excluem. (MARINELA, 2012, p. 25, grifo da autora)

Princípios nada mais são, portanto, que alicerces onde se estrutura todo o ordenamento jurídico.

1.2 Princípios da Administração Pública na Constituição

Como já observado, os princípios imperam mesmo que não positivamente previstos. No entanto, quando indicados no texto da Carta Maior, têm força de norma constitucional e, por isso, viciam todas as normas infraconstitucionais que com eles afrontem direta ou indiretamente.

Se houve uma preocupação do constituinte para inserção do postulado na norma hierarquicamente superior que é a Constituição Federal, significa que ele se revela um preceito fundamental para a organização do próprio Estado de Direito.

No artigo 37, *caput*, da Constituição da República de 1988, há previsão expressa de cinco princípios que tangenciam a Administração Pública, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A *legalidade*, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. [...]

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. (MEIRELLES, 2010, p. 89, grifo do autor)

Essa vinculação positiva do administrador facilmente se explica em razão da indisponibilidade do interesse público: não se conceberia sua atuação senão dos exatos ditames legais, vez que gerencia algo que não lhe pertence. Sendo assim, razoável que a lei, fruto do entendimento dos representantes do povo – que é o legítimo “proprietário” dos bens e, consequentemente, titular do interesse que deve ser atendido – pautar a atuação do administrador. Como o próprio nome já sugere, o administrador público administra, gere, dirige a coisa pública.

Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade. (DI PIETRO, 2012, p. 66)

É impensável que um Estado de Direito, aquele que segue seu próprio regramento jurídico, não fique adstrito aos ditames legais para administrar a coisa pública, que é indefinidamente de todos e, por isso, indisponível ao administrador.

Hely Lopes Meirelles ainda define que

O princípio da *impressoalidade*, referido na Constituição de 1988 (art. 37, *caput*), nada mais é que o clássico princípio da *finalidade*, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu *fim legal*. E o *fim legal* é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, *de forma impessoal*. (2010, p. 93, grifo do autor)

Para Hely, portanto, a impessoalidade é sinônimo da finalidade, corolário do princípio da legalidade, determinando que o administrador atue pautado nos fins de interesse público.

O princípio em referência impede que o autor se beneficie ou se autopromova por meio da condução da máquina administrativa, bem como destine seus atos privilegiando ou prejudicando determinados particulares, de acordo com seus interesses pessoais.

Já o princípio da moralidade, segundo os ensinamentos de Fernanda Marinela, reclama da Administração e de seus agentes uma atuação com honestidade, lealdade, boa-fé; em síntese, que direcione seu regramento interno para uma boa e ética administração. (2012, p. 39)

O princípio em questão está insitivamente ligado à probidade administrativa, aos valores éticos e à retidão da conduta do administrador público. Em outras palavras, não basta atingir os fins, é necessário condicionar os meios ao justo, correto, moral, suficiente para a boa administração.

É nesse sentido que Maria Sylvia di Pietro ensina que

Certamente, com o objetivo de sujeitar ao exame judicial a moralidade administrativa é que o desvio de poder passou a ser visto como hipótese de **ilegalidade**, sujeita, portanto, ao controle judicial. Ainda que, no desvio de poder, o vício esteja na consciência ou intenção de quem pratica o ato, a matéria passou a inserir-se no próprio conceito de legalidade administrativa. O **direito** ampliou o seu círculo para abranger matéria que antes dizia respeito apenas à **moral**.” (2012, p. 78, grifo da autora)

Desse modo, o Direito deixa de punir apenas as condutas que causem danos objetivos para alcançar também aquelas que se desvirtuem das regras morais impostas à coletividade. É mister que o administrador atue com o mínimo de honestidade, considerado pela consciência coletiva como necessário, para o gerenciamento de bem pertencente a outrem.

No que tange à publicidade, entende Fernanda Marinela que este princípio tende a divulgar a atividade administrativa a fim de que o público tenha dela conhecimento. E continua: “Esse princípio tem como base o fato de que o administrador exerce função pública, atividade em nome e interesse do povo, por isso nada mais justo que o titular desse interesse tenha ciência do que está sendo feito com os seus direitos.” (2012, p. 40)

Na mesma linha, sustenta Pedro Lenza que o “**princípio da publicidade** é ínsito ao Estado Democrático de Direito e está intimamente ligado à perspectiva de **transparência**, dever da Administração Pública, direito da sociedade.” (2014, p. 1417, grifo do autor)

Sem dúvidas, a publicidade garante ciência à população do que é realizado pela Administração Pública, permitindo a fiscalização, o controle externo, que pode ser feito pelo próprio povo ou por outras entidades como o Ministério Público.

1.3 Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência não se apresentava no texto constitucional originário; foi incluído no artigo 37 pela Emenda Constitucional 19/1998. Encontra-se também previsto no art. 6º, §1º, da Lei 8.987/95, que define serviço público adequado.

É composto de diversos postulados independentes, tais como celeridade, economicidade, adequação, que se coadunam para a formação de um princípio-parâmetro, utilizado para avaliação a atividade administrativa de um ente público.

A ideia de eficiência aproxima-se da de economicidade, princípio expresso no art. 70, *caput*, da Constituição, referente ao controle financeiro da administração pública. Busca-se o atingimento de objetivos traduzidos por boa prestação de serviços, do modo mais simples, mais rápido, e mais econômico, melhorando a relação custo/benefício da atividade da administração. (ALEXANDRINO; PAULO, 2013, p. 207 e 208)

Também nesse sentido:

Parece-nos evidente que o princípio da eficiência tem que ser concebido a partir de ensinamentos de Economia e estudado a partir de lições de produtividade e maximização da riqueza, sendo inútil melhá-lo a outros princípios, eliminando o seu real significado. (DIAS, 2009, p. 110)

Hely Lopes Meirelles, com clareza, explica que “o *princípio da eficiência* exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional.” (2010, p. 98, grifo do autor)

Continua:

Assim, a verificação da eficiência atinge os aspectos quantitativo e qualitativo do serviço, para aquilatar do seu rendimento efetivo, do seu custo operacional e da sua real utilidade para os administrados e para a Administração. Tal controle desenvolve-se, portanto, na tríplice linha administrativa, econômica e técnica. (2010, p. 109)

Isso significa que a eficiência não se restringe ao aspecto qualitativo, ou seja, à economia, produtividade, ao estabelecimento de metas; não é o resultado numérico objetivamente considerado. É também a observância aos meios adequados, o aprimoramento de técnicas, o aperfeiçoamento do serviço.

A implantação do princípio da eficiência deve-se à comparação do modelo de gestão pública ao privado: enquanto este estabelecia objetivos palpáveis e atingia-os com êxito, a Administração era morosa, dispendiosa, improdutiva. Idealizou-se equipararem-se as atividades administrativas às empresas para se alcançar melhores resultados, com maior qualidade e menos gastos.

Assim Fernanda Marinela destaca que a eficiência “consiste na busca de resultados práticos de produtividade, de economicidade, com a consequente redução de desperdícios do dinheiro público e rendimentos típicos da iniciativa privada, sendo que, nessa situação, o lucro é do povo; quem ganha é o bem comum.” (2012, p. 44)

Importante pontuação faz Celso Antônio Bandeira de Mello no sentido de que não se pode conceber a busca eficiência isolada do princípio da legalidade, que é o dever administrativo por excelência. (2010, p. 122)

Com o escopo de alcançar a eficiência, foram alterados alguns dispositivos constitucionais que tratam da Administração Pública, como por exemplo, o artigo 41, referente às regras de estabilidade do servidor público, e o artigo 169, a respeito da racionalização da máquina administrativa.

Ambas alterações objetivaram, basicamente, aumentar a produtividade dos servidores e reduzir gastos com pessoal, respectivamente. É o princípio da eficiência concretamente considerado, irradiando suas disposições e pautando toda a atividade administrativa.

2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.1 Ato de Improbidade Administrativa

Define o dicionário Michaelis a palavra improbidade como falta de probidade, desonestidade, mau caráter. Embora o conceito não tenha qualquer apelo jurídico-científico, esta definição é totalmente cabível para a improbidade administrativa, que consiste na deslealdade, desonestidade do administrador público com a “coisa pública”.

De fato, sabe-se que os princípios norteadores do direito administrativo são a supremacia do interesse público e a indisponibilidade deste interesse, ou seja, o administrador, ao exercer a função pública, deve se orientar para a superioridade da vontade dos indivíduos coletivamente considerados em detrimento do interesse particular de cada um, não podendo dispor desse interesse para alcançar fins que não os legais.

Consoante ensina Fernanda Marinela, o administrador tem a função de gerir bens, direitos e interesses da coletividade, motivo pelo qual não pode exercer suas vontades pessoais liberadamente. (2012, p. 28)

A partir do momento em que há uma ruptura entre a atuação do administrador – ou de qualquer outro sujeito a quem possa ser imputado ato de improbidade administrativa, como se verá adiante –, e a moralidade administrativa, na medida em que ele se afasta da busca pela supremacia do interesse público ou dispõe desse interesse, substancia-se a improbidade administrativa.

O princípio da **moralidade administrativa** não se confunde com a moralidade comum. Enquanto a última preocupa-se com a distinção entre o bem e o mal, a primeira é composta não só por correção de atitudes, mas também por regras de boa administração, pela ideia de função administrativa, interesse do povo, de bem comum. Moralidade administrativa está ligada ao conceito de bom administrador. (MARINELA, 2012, p. 39, grifo da autora)

Nesse sentido também ilustra Hely Lopes Meirelles:

Além de atender à *legalidade*, o ato do administrador público deve conformar-se com a *moralidade* e a *finalidade* administrativas para dar plena legitimidade à sua atuação. Administração legítima só é aquela que se reveste de legalidade e probidade administrativas, no sentido de que tanto atende às exigências da lei como se conforma com os preceitos da instituição pública. (2010, p. 90)

A lei 8.429/92 dispõe sobre a improbidade dos agentes públicos, definindo os atos e quem pode praticá-los, sanções e procedimentos administrativo e judicial para apuração. No que tange aos atos, elenca uma série deles nos artigos 9º a 11, dividindo-os em três grandes grupos, quais sejam, os que importam enriquecimento ilícito, os que causam prejuízo ao erário e os que atentam contra os princípios da administração pública.

É fácil perceber que a lei estabeleceu uma ideia de hierarquia entre os grupos de atos de improbidade administrativa no que se refere a sua gravidade e lesividade social. Os atos do primeiro grupo – os que importam enriquecimento ilícito – são os mais lesivos e juridicamente reprováveis, os atos enquadrados na segunda categoria – os que causam lesão ao erário, sem importar enriquecimento ilícito do agente – ocupam uma posição intermediária e os atos pertencentes ao terceiro grupo – os que atentam contra os princípios da administração pública – são considerados menos graves do que os demais. (ALEXANDRINO; PAULO, 2013, p. 955)

Em breve síntese, consiste em ato de improbidade administrativa aquele praticado por agente público, acompanhado ou não de terceiro, ocasionando enriquecimento ilícito, dano ao erário

ou afronta aos princípios do Direito Administrativo. É possível que um mesmo ato atinja duas, ou até mesmo as três categorias citadas; nesse caso, será enquadrado naquela de maior gravidade.

A rigor, qualquer violação aos princípios da legalidade, da razoabilidade, da moralidade, do interesse público, da eficiência, da motivação, da publicidade, da impessoalidade e de qualquer outro imposto à Administração Pública pode constituir ato de improbidade administrativa. No entanto, há que se perquirir a intenção do agente, para verificar se houve dolo ou culpa [...]. (DI PIETRO, 2012, p. 897)

Cumpra observar ainda se os atos de improbidade administrativa exigem elemento subjetivo e, em caso positivo, se abrangem o dolo e a culpa. Em análise à lei 8.429/92, nota-se que apenas o artigo 10, correspondente aos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, faz menção aos elementos subjetivos dolo e culpa, ao que se conclui que os demais podem ser punidos apenas em caso de dolo.

Essa consequência lógica decorre do texto do artigo 37, §6º, da Constituição Federal que, prevendo a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados na prestação do serviço público, veda a aplicação dessa ao agente, o qual somente será responsabilizado em caso de culpa ou dolo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro abrilhanta a discussão:

Dos três dispositivos que definem os atos de improbidade, somente o artigo 10 fala em ação ou omissão, **dolosa ou culposa**. E a mesma ideia de que, nos atos de improbidade causadores de prejuízo ao erário, exige-se dolo ou culpa, repete-se no artigo 5º da lei. É difícil dizer se foi intencional essa exigência de dolo ou culpa apenas com relação a esse tipo de ato de improbidade, ou se foi falha do legislador, como tantas outras presentes na lei. A probabilidade de falha é a hipótese mais provável, porque não há razão que justifique essa diversidade de tratamento. (2012, p. 900, grifo da autora)

Dessarte, a ideia de que aos atos de improbidade que ocasionam enriquecimento ilícito ou que atentam contra os princípios da Administração Pública seria aplicada a responsabilidade objetiva não prospera. Apresentar-se-ia excessivamente temerária a responsabilização baseada apenas no trinômio conduta (objetivamente considerada), nexos de causalidade e dano, haja vista a complexidade do tema e as graves consequências a que o sujeito ativo do ato estaria submetido.

2.2 Sujeitos

Segundo a lei 8.429/92, é considerado agente público “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.”

O artigo 3º da lei amplia o rol para aquele que, mesmo não ostentando a condição de agente público, “induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.”

Verifica-se, pois, a abrangência da lei em relação ao sujeito ativo do ato.

Esse ato tem que ser praticado no exercício de função pública, considerada a expressão em seu sentido mais amplo, de modo que abranja as três funções do Estado; mesmo quando praticado por terceiro, que não se enquadre no conceito de agente público, o ato tem que ser algum reflexo sobre uma função pública exercida por agente público. Difícil conceber ato de improbidade praticado por terceiro que não esteja em relação de cumplicidade com agente público. (DI PIETRO, 2012, p. 896)

Em outras palavras, a prática do ato de improbidade administrativa pode ou não ter a participação de terceiro estranho à Administração, mas em qualquer caso haverá a atuação de agente público.

Por outro lado, é considerado sujeito passivo, nos termos do artigo 1º, *caput* e parágrafo único da lei, “a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual”, bem como “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% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.”

Há também uma amplitude na definição de sujeito passivo para abranger todos aqueles que integrem a Administração ou de qualquer forma recebam verbas públicas.

Na realidade, as entidades protegidas pela lei são praticamente as mesmas protegidas pela Lei nº 4.717, de 29-6-65, que disciplina a ação popular, conforme definição de seu artigo 1º. Só que, nessa lei, o objeto é a anulação do ato lesivo e o ressarcimento dos danos causados ao erário; e, na lei de improbidade o objeto é, de um lado, a aplicação de medidas sancionatórias e, de outro, o ressarcimento do erário. (DI PIETRO, 2012, p. 890)

2.3 Sanções

O ato ímprobo, como ilícito que é, enseja uma sanção. Para Miguel Reale, “sanção é, pois, todo e qualquer processo de garantia daquilo que se determina em uma regra.” (2004, p. 72)

Se a regra é agir com probidade, aquele que a infringe deve sofrer uma sanção, seja para reparar o mal causado, seja para se abster de novamente fazê-lo ou ainda, para que se demonstre a vigência do ordenamento à coletividade.

Pode-se dizer ser a sanção jurídica a consequência jurídica prejudicial, prevista pela própria norma, aplicável no caso de sua inobservância, não desejada por quem a transgredir, a ele aplicável pelo poder público. Pode recair sobre a pessoa ou o patrimônio do transgressor de seu preceito. A sanção jurídica neutraliza, desfaz, anula ou repara o mal causado pelo ilícito, bem como cria uma situação desfavorável para o transgressor. Só podem ser aplicadas as sanções previstas em lei; além delas, o juiz não pode ir. (GUSMÃO, 1991, p. 111)

Tendo em vista a importância do tema, a Constituição Federal prevê expressamente em seu artigo 37, §4º, em rol não taxativo, um mínimo de sanções aplicáveis ao ato de improbidade administrativa, tais como suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário. Salienta ainda que lei estabelecerá a forma de aplicação e a gradação de tais sanções, que não impedem a punição na seara penal.

É nesse sentido que Alexandrino e Paulo ensinam que referido dispositivo constitucional elenca um “rol de consequências mínimas atribuídas à prática de atos de improbidade administrativa.” (2013, p. 952)

A contrario sensu, entende-se que lei infraconstitucional pode ampliar o rol de sanções, como o faz a Lei 8.429/92 em seu artigo 12, acrescentando as sanções de perda de bens ou valores, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios.

Em suma, verifica-se que as penalidades cabíveis têm natureza civil e política, e atingem seriamente o agente público ou o terceiro a aquele conluiado, pois terão efeitos na órbita patrimonial e da própria cidadania.

Dispõe ainda o artigo 21 da lei em comento que a aplicação dessas sanções prescinde da efetiva ocorrência de dano, exceto no caso de ressarcimento, bem como da aprovação ou rejeição das contas.

Refletindo acerca do tema, Di Pietro leciona:

Já a hipótese prevista no inciso I do artigo 21, que dispensa a ocorrência de dano para aplicação das sanções da lei, salvo quanto à pena de ressarcimento, merece meditação mais cautelosa. Seria inconcebível punir-se uma pessoa se de seu ato não resultasse qualquer tipo de dano. Tem-se que entender que o dispositivo, ao dispensar o “dano ao patrimônio público” utilizou a expressão **patrimônio público** em seu sentido restrito de patrimônio econômico. (2012, p. 898, grifo da autora)

Com razão a jurista, já que o Direito não pode tolerar a responsabilização civil por atos que não geram qualquer resultado lesivo. É necessário o dano para caracterização do ato ímprobo; o que a lei dispensa em aludido dispositivo é o prejuízo material à Administração. Um ato que ofenda os princípios da Administração Pública, por exemplo, pode não ser financeiramente danoso, mas é certo que ocasionará dano ao patrimônio público moralmente considerado.

A boa administração não se resume em administração mais econômica. A gama de princípios anteriormente elencada demonstra que é preciso muito mais que proteção aos bens corpóreos do Estado para o alcance do interesse público; indubitavelmente, a não obediência aos princípios norteadores do direito administrativo é de tamanha gravidade que, por si só, já identifica o caráter prejudicial do ato.

No que tange à pena de ressarcimento do dano, cumpre enfatizar ainda que a lei sintetiza os princípios gerais do direito, determinado que quem cause dano a outro o ressarça, e prevendo a aplicação desta sanção apenas nos casos em que haja efetivo prejuízo material, já que, do contrário, o ressarcimento implicaria em enriquecimento ilícito do Estado.

Como já mencionado, as sanções em referência não são penais e, por isso, não impedem que as condutas ímprobas sejam também tipificadas como criminosas. Ademais, quando praticadas por servidor público, caracterizam infração funcional, acarretando sanção administrativa.

3 MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1 Ministério Público como Função Essencial à Justiça

A Constituição Federal, ao tratar Da Organização dos Poderes, destacou um capítulo para as funções essenciais à justiça. Logo no artigo 127 define o Ministério Público como “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.”

De acordo com Elpídio Donizetti, “no processo civil, especificamente, é o órgão incumbido de tutelar o interesse público, que compreende os interesses sociais e individuais indisponíveis, e a ordem jurídica, na relação processual e nos procedimentos de jurisdição voluntária.” (2012, p. 239)

É inegável a importância dessa instituição em um Estado de Direito, na medida em que possui autonomia funcional, administrativa e financeira, podendo fiscalizar a atuação dos Poderes para uma efetiva concretização das normas constitucionais visando ao interesse público.

Alexandre de Moraes, citando Nagib Slaibi Filho, explica que o Ministério Público, da forma como se constitui no Brasil, é instituição ímpar, pois sofreu diversas influências:

O Ministério Público brasileiro, com a moldura e a consistência que lhe foi dada pela Constituição de 1988, bem representa a contradição decorrente de tais influências, pois: a) dos Estados Unidos, herdou a desvinculação com o Poder Judiciário, a denominação de sua chefia, o controle externo de determinadas atividades administrativas ligadas ao Poder Executivo, o resqúcio de poder participar da política partidária,

ainda que em hipóteses restritas previstas em lei, a postura independente que aqui somente se subordina à consciência jurídica de seu membro, como, aliás, está na Lei Maior ao assegurar sua autonomia funcional e administrativa (art. 127); b) da Europa continental, herdou a simetria da carreira com a magistratura, inclusive as prerrogativas similares, o direito de assento ao lado dos juízes, as vestes próprias e até mesmo o vazo de atuar como se magistrado fosse, embora devesse ter o ardor do advogado no patrocínio da causa. O Ministério Público desenvolveu-se sob a influência do Novo e Velho Mundo, e da simbiose vem a sua força..." (2003, p. 494)

Nota-se que o Ministério Público é dotado de uma força paralela e, ao mesmo tempo, suplementar aos Poderes da República. Como função essencial à justiça que é, possui instrumentos que possibilitam o alcance da finalidade pública por meio de sua atividade administrativa particular e independente.

3.2 Controle da Administração pelo Ministério Público

Tratando-se o Ministério Público de instituição defensora da ordem jurídica, regime democrático e interesses sociais, logicamente tem a incumbência de fiscalizar a atuação de pessoas de direito público e direito privado que possam estar lesando seus objetos de proteção.

Por isso, uma das atribuições ministeriais é investigar quando noticiadas possíveis irregularidades na Administração que prejudiquem o interesse público. Saliente-se que o membro do Ministério Público pode, inclusive, agir de ofício na fiscalização de entidades públicas.

Nesse sentido que Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo afirmam que “o Ministério Público não depende de qualquer provocação para atuar visando a apurar a prática de ato de improbidade administrativa.” (2013, p. 957)

O Ministério Público que emerge com a nova ordem constitucional é uma instituição diferente, com novas atribuições, com importantes garantias institucionais e pessoais, aliando a sua clássica tradição de postulação em juízo, seja no âmbito penal seja no âmbito cível na tutela de direitos transindividuais e individuais indisponíveis, com a possibilidade de uma ampla atuação de defesa extrajudicial da cidadania, e com os poderes de investigação e de utilização de outras medidas extrajudiciais para a defesa do patrimônio público social. (RODRIGUES, 2008, p. 175)

A princípio, cumpre trazer à baila que a doutrina, em geral, dá dois enfoques diferentes ao conceito de Administração Pública; em sentido formal, consiste nos entes que realizam a atividade administrativa e, por outro lado, em sentido material, significa a própria função administrativa.

Independente do sentido que se adote, é evidente o interesse público entrelaçado na atividade da Administração, motivo pelo qual seu controle se mostra necessário a fim de apurar ilícitos. Em outras palavras, como o princípio da legalidade prescreve os trilhos pelos quais a Administração deve seguir, ao Ministério Público, como garantidor da ordem jurídica e dos interesses sociais e indisponíveis, se incumbe a tarefa de fiscalizar se esse princípio está sendo perseguido, ou seja, se as atividades administrativas são legais.

Mais precisamente, a ideia central, quando se fala em controle da administração pública, reside no fato de o titular do patrimônio público (material e imaterial) ser o povo, e não a administração pública, razão pela qual ela se sujeita, em toda a sua atuação, sem qualquer exceção, ao princípio da indisponibilidade do interesse público. (ALEXANDRINO; PAULO, 2013, p. 841)

Razoável que, se o Estado pertence a todos, sem distinção, sua gestão seja fiscalizada para evitar gastos desnecessários, atitudes benéficas ou detrimetosas a pessoas específicas, abusos etc.

Fernanda Marinela explica que o controle da administração consiste nos instrumentos jurídicos e administrativos aptos a fiscalizar e revisar a atividade administrativa. (2012, p. 1014). Continua enfatizando que:

A **fiscalização** é o modo de atuação pelo qual se direcionam recursos humanos e materiais a fim de avaliar a gestão pública. Tal atuação consiste, basicamente, na coleta de dados e informações para sua análise, produzindo ao final um diagnóstico que leva à formação de um juízo de valor, tendo como base os princípios da Administração Pública. (2012, p. 1015, grifo da autora)

Essa é a linha que segue também Hely Lopes Meirelles, advertindo que “controle, em tema de administração pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional do outro.” (2010, p. 697)

A vigilância e orientação, em especial, podem e devem ser realizadas pelo Ministério Público por meio dos instrumentos de que dispõe, consistentes no procedimento preparatório, inquérito civil, termo de ajustamento de conduta, recomendação, ação de improbidade, mandado de segurança, ação civil pública *etc.* Insta ressaltar que a instituição é incumbida de tutelar o interesse público e, por isso, tem a obrigação de velar pelo controle da atividade administrativa de maneira efetiva e eficiente.

Nesse diapasão, cabe pontuar a interferência que a nova ordem constitucional realizou no controle da Administração ao tratar do Ministério Público como instituição autônoma e independente, retirando-lhe a qualidade de órgão do Poder Executivo. Explica-se: uma efetiva fiscalização é realizada quando a entidade não está subordinada ao ente fiscalizado, isto é, quando se encontra do lado de fora, controlando externamente, pelo que se conclui que os resultados alcançados pelo *Parquet* após 1988 são mais palpáveis.

Em atenção às diversas classificações de controle da Administração existentes, pode-se dizer que a exercida pelo Ministério Público é externa, apenas de legalidade e, quanto ao momento de exercício, se destaca pela atuação concomitante e subsequente.

A atuação externa, como já mencionado, se verifica por se tratar de uma instituição que se encontra exteriormente à atividade administrativa. O controle é de legalidade, haja vista a obrigatoriedade de legalidade estrita no âmbito do Direito Público, de modo que é vedado ao Ministério Público adentrar no mérito administrativo. Os critérios de oportunidade e conveniência são exclusivos do administrador público, não podendo o membro ministerial avaliar se a escolha daquele foi acertada.

O controle é concomitante quando “acompanha a realização do ato para verificar a regularidade de sua formação”, ao passo que “o **controle subsequente ou corretivo**, também chamado de *a posteriori*, é o que se efetiva após a conclusão do ato controlado, visando a corrigir-lhe eventuais defeitos, declarar sua nulidade ou dar-lhe eficácia [...]”. (MARINELA, 2012, p. 1019, grifo da autora)

Inegavelmente a nova ordem constitucional cometeu ao Ministério Público o exercício da importante função pública do controle da atividade administrativa e da promoção dos direitos transindividuais, explicitando o poder político de seus agentes. (RODRIGUES, 2008, p. 176)

3.2.1 Atuação do MP no Controle Judicial

O controle judicial da Administração Pública é aquele em que o Poder Judiciário verifica a legalidade do ato administrativo. Como se sabe, o Judiciário é inerte, precisando de provocação para atuar. Aqui surge a figura do Ministério Público que, na tutela dos interesses coletivos, aciona o Judiciário para anular atos ilícitos, afastar pessoas ou coisas prejudiciais ao bom andamento da Administração e determinar a reparação do dano causado ao Estado.

Inúmeros são os instrumentos judiciais ao alcance do Ministério Público para inaugurar o controle judicial da Administração, dentre eles o mandado de segurança, a ação de improbidade, a ação civil pública, ações ordinárias etc.

Verifica-se, portanto, a existência de uma ação específica prevista na lei 8.429/92 destinada ao combate da improbidade administrativa: a ação de improbidade. Em que pese seu procedimento ímpar, alguns autores defendem sua natureza de ação civil pública, o que é bastante aceito pela jurisprudência.

Preceitua o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, que é função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, os quais objetivam proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos.

Ainda nos termos do artigo 25, inciso IV, alínea b, da Lei 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público), incumbe ao Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública para anular ou declarar “nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem.”

Inexiste, portanto, qualquer dúvida de que o Ministério Público possui legitimidade para defesa do patrimônio público através de ação civil pública, instrumento posto à disposição da Instituição para que esta possa pedir a proteção do bem da vida tutelado pela Constituição Federal, no caso o patrimônio público. (MORAES, 2003, p. 502)

Dos dispositivos legais em referência pode-se extrair ainda que “sempre que o responsável pelo dano ou ameaça de dano a um dos bens jurídicos tutelados for a administração pública, poderá a ação civil pública representar um meio de controle de sua atuação (ou omissão).” (ALEXANDRINO; PAULO, 2013, p. 940)

Os autores continuam explicando que

A ação civil pública visa a apurar responsabilidade por danos morais ou patrimoniais causados aos bens jurídicos por ela tutelados. Mais precisamente, a ação pode ter finalidade preventiva ou repressiva, isto é, pode ter por escopo evitar uma lesão, ou, se já ocorrida, repará-la (se possível) e responsabilizar os que a ocasionaram, por ação ou omissão. (2013, p. 943)

A lei 7.347/85 disciplina a ação civil pública, trazendo em seu bojo a possibilidade de ajuizamento de ação cautelar para evitar o dano. Ademais, é precisa ao determinar que o Ministério Público, mesmo quando não seja autor da ação, atue como fiscal da lei, haja vista a previsão constitucional que uma das funções da instituição é tutelar os interesses sociais e coletivos.

Registre-se que também a conduta omissiva da Administração Pública pode ser objeto de controle judicial quando importar descumprimento de encargos político-jurídicos ou de comandos constitucionais ou decorrentes de lei em sentido estrito. Mas tal controle não pode invadir o mérito da atuação administrativa, como a forma de execução da própria política pública prevista pela norma ou a fixação de parâmetros ou valores, valendo notar que os destinatários da norma podem pleitear a indenização correspondente causada pela omissão. (MEIRELLES, 2010, p. 744)

Em breve análise à lei, é possível conferir o vasto campo de atuação do Ministério Público no manejo da ação civil pública de improbidade, na medida em que pode se voltar contra ações ou omissões de agentes públicos ou terceiros que causem danos, patrimoniais ou não, à Administração, ou estejam na iminência de fazê-lo.

Contudo, muito se discute acerca da eficiência dessas ações, principalmente em razão da demora do provimento jurisdicional. Diversas são as causas que obstem o princípio da celeridade nas ações civis públicas: seja pela comum e considerável quantidade de réus, procedimento extenso,

previsão de cabimento de diversos instrumentos processuais e recursos, dificuldades na apuração e na produção de prova etc.

Com isso, surge a dúvida se a ação de improbidade está atendendo devidamente ao fim a que se destina ou se há meios de controle mais céleres e eficazes para controle da Administração Pública, de modo que o interesse público seja previamente resguardado ou reparado de maneira mais rápida.

3.2.2 Controle Extrajudicial pelo Ministério Público

O Ministério Público ainda é dotado de instrumentos extrajudiciais para vigilância da atividade administrativa.

Conforme já mencionado, o artigo 129, III, da Constituição Federal trata também do inquérito civil, um procedimento administrativo de investigação de caráter informal. Nos termos da lei 7.347/85, é o meio pelo qual o Ministério Público requisita informações, realiza a oitiva de pessoas, ou seja, é um ato preparatório que dará suporte a eventual ação civil pública.

O objetivo precípuo do inquérito civil é investigar a materialidade dos fatos potencialmente ou efetivamente lesivos a um direito transindividual, identificando os responsáveis pela sua prática. [...]

Destarte, é indiscutível que o mesmo possa ser utilizado para identificação de elementos para o ajuizamento de ação de improbidade. Como é cediço, a lei de improbidade tem uma previsão normativa própria, foi concebida na Lei 8.429/92, enquanto o inquérito civil público foi disciplinado na lei da ação civil pública (Lei 7.347/85). Todavia, a Constituição Federal de 1988, ao discipliná-lo, e estabelecer os poderes ínsitos a esta investigação deu um novo valor a este instrumento, permitindo que o mesmo fosse utilizado para o exercício de todas as atribuições constitucionais do Ministério Público. No caso da tutela do patrimônio público, é evidente que há um interesse difuso à boa gestão do Erário Público que pode ser protegido através da ação civil pública, ou da ação de improbidade, aliás há previsão expressa no artigo 129, III, da Constituição Federal no sentido de que o Ministério Público está legitimado para tanto. (RODRIGUES, 2008, p. 180 e 181)

Do mesmo modo, há menção expressa no artigo 25, inciso IV, alínea b, da Lei Orgânica do Ministério Público, supramencionado. É evidente que o Ministério Público pode diligenciar administrativamente a fim de investigar atos atentatórios ao patrimônio público e à moralidade administrativa, ou seja, que afrontem quaisquer dos princípios que tutelam a Administração Pública.

A instauração e tramitação do inquérito civil encontram-se também regulamentadas na Resolução 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público. Em suma, o procedimento em referência deve ser escrito e tem prazo de um ano de duração, prorrogável por igual período; pode ser antecedido por instrumento preparatório, isto é, investigações preliminares realizadas quando não há certeza da ocorrência do fato lesivo, tampouco da autoria.

Trata-se, em verdade, de instrumento de participação política efetiva, uma vez que para noticiar ao Ministério Público a ocorrência de fatos lesivos ao patrimônio público não é necessário ostentar a condição de eleitor, nos termos do artigo 6º da Lei 7.347/85, *in verbis*: “Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção.”

Os elementos de informação carreados no inquérito civil, tendo em vista seu caráter inquisitivo, não observam o contraditório e a ampla defesa. Prioriza-se a investigação, a busca da verdade real em detrimento da paridade de armas, que deve existir em âmbito judicial.

Consoante precedentes do Superior Tribunal de Justiça as provas *colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório*. (Recurso Especial n. 476.660-MG, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 4.8.2003.) (RODRIGUES, 2008, p. 192)

Caso o inquérito civil não seja conclusivo para propositura da ação civil pública, mister se faz seu arquivamento, o qual precisa ser homologado pelo Conselho Superior do Ministério Público. Insta enfatizar que em hipótese alguma o inquérito civil pode servir para aplicação de sanções pelo Ministério Público.

Evidencia-se a eficiência desse instrumento para a atividade ministerial, na medida em que apura os elementos essenciais dos ilícitos praticados, possibilitando uma eficaz fundamentação da ação civil pública. Revela-se importante ainda ao permitir, mediante análise das informações colhidas durante a investigação, um minucioso estudo da viabilidade do ajuizamento da ação civil pública, evitando, assim, o ingresso no Judiciário de ações desnecessárias, em que evidentemente não haveria êxito algum.

Compartilha desse entendimento Geisa de Assis Rodrigues quando ilustra que, “na verdade, a instrumentalização da investigação do Ministério Público é vantajosa para todos a quem se imputa a lesão a algum direito transindividual, uma vez que se trata de um filtro para a propositura das ações descabidas.” (2008, p. 183)

Outro meio de atuação extrajudicial do Ministério Público se dá por meio dos termos de compromisso de ajustamento de conduta, conhecidos como TACs, consistentes em documentos assinados pelas partes, que voluntariamente se submetem a condições previamente estabelecidas pelo *Parquet*, o qual objetiva, com isso, tutelar interesses transindividuais.

Como se sabe, os interesses coletivos são afetos a uma infinidade de pessoas e, por isso, costumam ensejar soluções mais rápidas. E, nesse sentido, Geisa de Assis Rodrigues leciona que os Termos de Ajustamento de Conduta têm atuado na prevenção dos direitos, com maior celeridade, uma vez que “as decorrências da lentidão dos mecanismos formais de justiça se tornam dramáticas para sua proteção”, e ainda mais econômicos, pois seu custo, mesmo que subsidiado por recursos públicos, é bem menos oneroso que as demandas judiciais. (2008, p. 197)

Ademais, possuem força de título executivo extrajudicial, agilizando o cumprimento da conduta pactuada ou eventuais perdas e danos em caso de descumprimento.

Os TACs antecipam a resolução dos problemas de uma forma muito mais rápida e eficaz do que se o caso fosse a juízo. Rápida, porque uma ação judicial geralmente leva anos até chegar à decisão judicial definitiva em razão dos inúmeros recursos existentes; e eficaz, porque os direitos protegidos na área da Tutela Coletiva, pela sua própria natureza, necessitam de soluções rápidas, sob pena de o prejuízo tornar-se definitivo e irreparável. É claro que, em alguns casos, se a parte demandada não cumpre o combinado, o MPF se verá obrigado a levar o caso à Justiça. A sua diferença para os acordos judiciais é que estes são firmados no curso de ação judicial já proposta, e, por isso, devem ser homologados pelo juiz federal que preside o julgamento da causa. Mas, tanto o TAC quanto o acordo judicial têm o mesmo objetivo: abreviam o processo, com a assinatura de um compromisso da parte ré, concordando com o que é proposto pelo Ministério Público. Se essa parte desrespeitar o acordo, não cumprindo com as obrigações que assumiu, o procurador da República pode entrar com pedido de execução, para o juiz obrigá-la ao cumprimento. (Em: <<http://www.prba.mpf.mp.br/paraocidadao/pecas-juridicas/termos-de-ajustamento-de-conduta>>)

Entretanto, o §1º do artigo 17 da Lei 8.429/92 proíbe a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade. Assim sendo, prevalece o entendimento de que os Termos de Ajustamento de Conduta podem ser utilizados amplamente para tutela dos direitos transindividuais, exceto o patrimônio público, ante seu caráter de indisponibilidade.

Praticamente todos os tipos de direitos transindividuais podem ser objeto do compromisso de ajustamento de conduta, com exceção dos casos em que houver ato de improbidade administrativa, em virtude de expressa vedação da conciliação prevista no §1º do artigo 17 da Lei 8.429/92. Em não havendo ato de improbidade a ameaça e violação ao patrimônio público podem ser reparadas através de compromisso de ajustamento de conduta. (RODRIGUES, 2008, p. 202)

Pode também o Ministério Público se utilizar da Recomendação, instituto previsto no artigo 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei 8.625/93, que significa a formulação de sugestões e apontamentos pelo membro do MP a órgãos da Administração Pública direta ou indireta, concessionárias, permissionárias e outras entidades prestadoras de serviços públicos, a fim de estes sejam realizados de maneira adequada e eficiente, atendendo às necessidades e anseios sociais e, conseqüentemente, satisfazendo o interesse público.

Há previsão expressa também no artigo 6º, inciso XX, da Lei Complementar 75/96, que compete ao Ministério Público da União “expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.”

Pode-se conceber a recomendação como um alerta, uma sugestão de como o administrador deve proceder, não havendo obrigatoriedade do recomendado em acatar as indicações ministeriais. No entanto, este tem o dever de divulgar as recomendações, bem como responder por escrito ao Ministério Público os motivos de sua inobservância, quando solicitado.

A recomendação não obriga o recomendado a cumprir os seus termos, mas serve como advertência a respeito das sanções cabíveis pela sua inobservância. É importante que a recomendação seja devidamente justificada, de modo a que possa convencer o recomendado de sua justeza. Em regra, é expedida nos autos do inquérito após a sua instrução, como forma de evitar a propositura de medida judicial e quando não seja caso de ajustamento de conduta, mas nada impede que a recomendação seja feita fora de uma investigação, ou até seja um das primeiras diligências do inquérito civil. (RODRIGUES, 2008, p. 217)

Interessante reflexão faz Raul de Mello Franco Júnior acerca da pouca valorização das Recomendações:

Parece pairar sobre ela certa sensação de fragilidade, de pouca valia, de perda de tempo, de adorno inútil que não se compraz com o vigor da instituição ou com aquilo que os autores de certos atos realmente merecem. A ideia deturpada de sua utilidade talvez tenha origem em pressupostos equivocados como “o MP deve priorizar o uso de ações judiciais” e “não cabe ao MP fazer aconselhamentos”. Todavia, o instituto da recomendação conforta-se em sutilezas que a instituição não pode ignorar. (p. 2)

Com razão o autor, já que essa visão depreciativa das recomendações não pode prosperar.

Não obstante não vincule o recomendado, se mostra como um importante instrumento de advertência e persuasão do administrador que, ao mesmo tempo em que orientado para a retidão de conduta e boa administração, pode refletir sobre os efeitos da adoção dos atos sugeridos, até mesmo como uma alternativa ainda não pensada.

Franco Júnior, sustentando que a recomendação preserva a autonomia do Poder Público na medida em que pode atuar, corrigindo seus próprios vícios, sem interferência de entidade externa, elenca uma série de potenciais efeitos da medida em referência, tais como a influência na tomada de decisões, sem qualquer interposição na liberdade de decisão do recomendado. (p. 3 e 4)

Também favorável ao uso das recomendações, Geisa de Assis Rodrigues pontua que “em relação à medida judicial a recomendação representa todas as vantagens inerentes a uma solução extrajudicial de conflito: pouco custo, rapidez e eficácia.” (2008, p. 217)

Além disso, pode constituir um argumento a mais em caso de ajuizamento de ação de improbidade, já que demonstra que o sujeito ímprobo foi previamente advertido da ilicitude do ato.

Inegável os benefícios obtidos com o uso desse meio extrajudicial de controle pelo Ministério Público que, mesmo não tendo força coercitiva, intervém psicologicamente na escolha do Administrador e, por ser mais econômico e célere, pode ser amplamente utilizado, reduzindo gastos com ações judiciais desnecessárias, bem como desafogando o Poder Judiciário.

3.3 Eficiência da Atuação do *Parquet* no Combate aos Atos de Improbidade Administrativa

Como já verificado, o Ministério Público tem ao seu alcance os mais variados instrumentos para prevenir, investigar e combater atos de improbidade administrativa. A praxe jurídica sempre foi judicializar os conflitos envolvendo a Administração Pública, já que o interesse público é direito indisponível.

A tutela judicial, no entanto, nem sempre traz contento; uma das principais causas da insatisfação com o provimento jurisdicional é a demora de sua chegada. O ato ímprobo tem de ser repellido de modo pontual, específico, suficiente e rápido, sob pena de perda da eficácia da medida sancionatória.

Questiona-se se é eficiente o ajuizamento de ação civil pública – por vezes morosa, dispendiosa –, quando há outros meios extrajudiciais aptos a atingir o mesmo fim. Como bem sustentam Alexandrino e Paulo, “o objetivo do princípio da eficiência é assegurar que os serviços públicos sejam prestados com adequação às necessidades da sociedade que os custeia.” (2013, p. 207)

Não se pode negar que a atividade ministerial, além da finalidade de proteger o patrimônio público, fiscalizando o correto uso das verbas públicas, também é custeada com esse dinheiro, o qual ainda subsidiará o trâmite de eventual ação civil. Portanto, o princípio da eficiência deve nortear primordialmente as atitudes do membro do MP para que os anseios sociais sejam realizados.

Observe-se, por exemplo, que a sanção de inelegibilidade, quando tardia, não produz os efeitos desejados. Se a pessoa punida não tem mais vida política ativa, em nada influiria aludida penalidade. Por outro lado, uma recomendação poderia evitar a prática do ato lesivo que essa mesma pessoa, por eventualmente não conhecer sua ilicitude, praticou, infringindo a norma. Nesse caso, a recomendação, como uma sugestão ou conselho ao administrador, seria eficiente na medida em que previne a lesão ao interesse público; saliente-se que a prevenção é muito mais interessante que o reparo, o qual pode ainda se caracterizar como tardio e ineficaz.

Em outras palavras,

Podemos dizer que, atualmente, excogitam-se técnicas mais aperfeiçoadas para obter-se o cumprimento das normas jurídicas, através não de sanções intimidativas, mas sim através de processos que possam influir no sentido da adesão espontânea dos obrigados, como os que propiciam incentivos e vantagens. (REALE, 2004, p. 75)

Outra situação notável é no caso do ajuizamento de ação de improbidade sem prévia e suficiente investigação sobre os fatos. Uma ação faticamente infundada, que não trace com precisão os atos ímprobos e seus responsáveis, pode levar ao desacolhimento da pretensão ministerial, prejudicando o próprio interesse público inerente a tal pretensão. De igual modo acontece quando em uma investigação é possível evidenciar a inoccorrência do ato de improbidade, mas por ter sido mal elaborada, resultou no ajuizamento de ação civil pública e, logicamente, na improcedência do pedido do autor. Em ambos os casos haveria gasto de dinheiro público no trâmite de uma ação sem resultados, o que poderia ser evitado com o esgotamento da atividade extrajudicial.

Nota-se, portanto, a importância dos meios extrajudiciais do MP como uma alternativa ao arcaico modelo de controle pelo Judiciário.

O inquérito civil é um verdadeiro “instrumento de cidadania”, e muitas vezes a sua própria instauração aborta a possibilidade do conflito transindividual, ensejando a participação da sociedade, organizada ou não, na esfera pública. Ademais, o seu adequado manejo evita a propositura de lides temerárias, além de ser palco de alternativas à movimentação jurisdicional, posto que importantes medidas extrajudiciais de composição de conflito coletivo são adotadas nos autos do inquérito [...]. (RODRIGUES, 2008, p. 195)

A autora ainda alerta sobre o conteúdo do artigo 15 da Resolução 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público, que veda a expedição de recomendação em substituição ao compromisso de ajustamento de conduta e à ação civil pública:

A única forma de compreender tal disposição normativa é entender que a *mera* expedição da recomendação não supre a necessidade da obtenção de um título executivo em favor da sociedade, seja judicial, através da ação civil pública, seja extrajudicial, através do compromisso de ajustamento de conduta, quando esta não for atendida, a não ser em hipóteses especialíssimas quando não seja possível exigir judicialmente o recomendado. Destarte, é muito importante a expedição da recomendação como uma primeira tentativa do Ministério Público de lograr resolver a controvérsia sem a movimentação da máquina jurisdicional. Quando esta não é acatada, quase sempre a decisão judicial leva em conta essa importante iniciativa do Ministério Público. Todavia, se a recomendação surte o efeito desejado não se pode restringir indevidamente o seu manejo, sob pena da norma regulamentadora violar a legislação de regência da matéria. (RODRIGUES, 2008, p. 218)

Essa interpretação proposta apenas chancela o já exposto quanto à importância de efetiva utilização dos instrumentos extrajudiciais pelo Ministério Público em detrimento de aforamentos desmedido de demandas judiciais.

E é nesse sentido que se conclui que

o Ministério Público tem o dever de tecer uma crítica construtiva e desenhar o eixo de uma política de sua atuação, notadamente das diretrizes de engenharia institucional que se articulem com a tutela eficiente do patrimônio público e com o aperfeiçoamento da atividade administrativa. E neste campo deve admitir que, em muitos casos, o uso da ação civil pública lastreada na lei de improbidade fez-se de forma desproporcional e desarrazoada, queimando etapas que poderiam e deveriam ter sido consideradas antes do acionamento da máquina judiciária. (FRANCO JÚNIOR, p. 5)

CONCLUSÃO

A supremacia do interesse público deve prevalecer em um Estado Democrático de Direito. Todas as ações que interfiram na coisa pública devem ser rigorosamente fiscalizadas pela coletividade como um todo e pelas instituições constitucionalmente incumbidas de tutelar os direitos transindividuais, tal qual o Ministério Público.

Objetivando a proteção integral ao patrimônio público, conforme mandamento constitucional, a lei 8.429/92 regulamentou exitosamente a configuração e punição dos atos de improbidade administrativa. Contudo, sua força punitiva pode se apresentar muito superior ao resultado objetivo de um ato que, mesmo eivado de vício, seja inapto a causar tamanha lesividade ao interesse público.

O que se quer dizer é que a aplicação da lei de improbidade a todo custo pode levar a atitudes desmedidas, com a aplicação de sanções desproporcionais, o que acarretaria em verdadeira banalização da própria lei.

Por isso é necessário um filtro, um controle prévio para o ajuizamento de ações. E esse é o papel extrajudicial do Ministério Público que, na busca do interesse público, faz a vigilância dos atos da Administração, distinguindo aqueles que merecem efetivo controle judicial, daqueles cuja propositura de ação civil só traria maiores prejuízos à coletividade.

Por meio do controle judicial, é possível o afastamento do perigo e reparação do dano causado; já através dos instrumentos extrajudiciais, que além de demandarem menor custo, se caracterizam pela rapidez e eficácia, é realizado o controle ao mesmo tempo em que se evitam lides temerárias.

É preciso verificar a viabilidade dos meios, e não apenas dos fins. Custa a acreditar que uma ação de improbidade que perdure por anos, exija altos custos para seu trâmite, acarrete punição tardia *etc*, corresponda às necessidades da sociedade. Há de se questionar, inclusive, se efetiva a proteção ao interesse público em tais casos.

Nesse contexto, surge a dúvida se a tutela jurisdicional realmente está sendo realizada a contento. É necessário que a resposta ao ato de improbidade seja rápida, sob pena de não haver mais eficiência na sua punição.

Dessarte, parece uma boa alternativa a exaustiva utilização de instrumentos prévios à ação de improbidade, tais como o inquérito civil e a recomendação, a fim de realizar um controle extrajudicial da Administração Pública, evitando o aforamento de ações desnecessárias, e melhor fundamentando as demandas que se mostrarem imprescindíveis, o que se coaduna com o próprio princípio da eficiência na prestação do serviço ministerial.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 jul. 2014.

BRASIL. **Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Diário Oficial da União, Brasília, 21 de maio de 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 21 jul. 2014.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 25 de julho de 1985. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm>. Acesso em: 28 jul. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 03 de julho de 1992. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 03 jul. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. . Diário Oficial da União, Brasília, 15 de fevereiro de 1993. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18625.htm>. Acesso em: 09 jul. 2014

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 14 de fevereiro de 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007**. Regulamenta os artigos 6º, inciso VII, e 7º, inciso I, da Lei Complementar nº 75/93 e os artigos 25, inciso IV, e 26, inciso I, da Lei nº 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do inquérito civil. Brasília, 17 de setembro de 2007. Disponível em <http://www.mprj.mp.br/portal_content/uploads/2013/08/Resolucao_CNMP_23_07.pdf>. Acesso em 29 jul. 2014.

DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípio da eficiência e moralidade administrativa**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

DICIONÁRIO MICHAELIS. Disponível em: <[HTTP://michaelis.uol.com.br](http://michaelis.uol.com.br)>. Acesso em 27 jun. 2014, às 10h40.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FRANCO JÚNIOR, Raul de Mello. A Importância do Instituto da “Recomendação” na Tutela do Patrimônio Público e Social. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Congresso/Congresso_Pat_Publico>. Acesso em 5 ago. 2014, às 21h10min.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria da República da Bahia. Termos de Ajustamento de Conduta. Disponível em: <<http://www.prba.mpf.mp.br/paraocidadao/pecas-juridicas/termos-de-ajustamento-de-conduta>>. Acesso em 13 ago. 2014, às 20h.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Reflexões sobre a Atuação Extrajudicial do Ministério Público: Inquérito Civil Público, Compromisso de Ajustamento de Conduta e Recomendação Legal. In: CHAVES, Cristiano; MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ROSENVALD, Nelson (org.). **Temas Atuais do Ministério Público: A Atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal**. Rio de Janeiro: 2008, Lumen Juris.