

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL - UNISC

CURSO DE DIREITO

Augusto Nöller Basso

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE O MINISTÉRIO PÚBLICO FIRMAR TERMO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA EM CASOS DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

Santa Cruz do Sul

2019

Augusto Nöller Basso

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE O MINISTÉRIO PÚBLICO FIRMAR TERMO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA EM CASOS DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

Projeto de Trabalho de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como condição para aprovação na disciplina de Trabalho de Curso II.

Orientado pela Prof.^a Dra. Denise Bittencourt Friedrich

Santa Cruz do Sul

2019

Aos meus pais e minha irmã, que são o maior exemplo de amor e gratidão, e aos demais familiares e amigos que estiveram presentes nessa caminhada.

Deixo registrada minha eterna gratidão.

AGRADECIMENTOS

Palavras não são suficientes para demonstrar o tamanho da gratidão e carinho que tenho para com as pessoas que fazem parte da minha vida. Contudo, torno público, de forma singela, esses agradecimentos, de modo a tentar expressar esses sentimentos a vocês.

Inicialmente, remeto a palavra aos meus pais, Edson Maciel Basso e Maria Vânia Nöller. Eu gostaria que vocês pudessem mensurar o tamanho do orgulho que tenho em ser filho de vocês. Meu maior tesouro. Sinto-me, inclusive, envergonhado de todas as vezes que reclamei de cansaço durante a trajetória acadêmica, e, principalmente, na elaboração desse trabalho, em face de todo o esforço que vocês fazem diariamente para que eu consiga alcançar meus objetivos. Devo tudo o que eu alcancei até hoje a vocês. Muito obrigado, de coração.

Não posso deixar de citar, também, minha irmã, Cibele Nöller Basso. Agradeço por me acompanhar durante toda a minha vida. Por nunca me abandonar e sempre me incentivar. Torço para que tu sejas muito feliz e consigas alcançar todos os teus objetivos. Te amo.

Em tempo, agradeço aos demais familiares, principalmente minhas avós, Danila e Eloah, que sempre falaram que eu era capaz de alcançar meus objetivos, minha dinda, Vânia Maria Nöller, que, incansavelmente, me incentivou a nunca desistir e sempre dar o meu melhor, independente da situação, e meus primos e primas.

Ainda, agradeço a todos os meus amigos que fizeram parte dessa trajetória. Contudo, em relação à elaboração desse trabalho, cito, em especial, o nome de Laura, Taiane e Paula, que sempre me ajudaram quando precisei, bem como dos meus irmãos, Anderson Rohde, Felipe Corrêa e Victor Waechter.

Agradeço a todos os professores, em especial minha orientadora, Denise Friedrich, por ter acreditado no meu potencial e aceitado, prontamente, ser minha orientadora. Obrigado por todas as orientações e ensinamentos.

Finalmente, agradeço eternamente a minha chefe, Dra. Maristela Schneider. Não apenas pela escolha do presente tema e pelas orientações quando da elaboração desse trabalho. Mas por tudo que aprendi contigo durante esse período. Obrigado por me apresentar o Ministério Público, instituição que tanto admiro.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo averiguar a possibilidade jurídica do Ministério Público firmar termo de ajustamento de conduta (TAC) em casos de improbidade administrativa. Desta forma, busca-se responder o seguinte problema de pesquisa: à luz do ordenamento jurídico pátrio, é possível o Ministério Público firmar termo de ajustamento de conduta em matéria envolvendo improbidade administrativa? O método de abordagem a ser utilizado no desenvolvimento do presente estudo é o dedutivo, ou seja, partindo do geral para o específico, uma vez que a questão relacionada à improbidade administrativa é ampla, partindo, posteriormente, para análise de alternativa para solucionar essa demanda. O método de procedimento será o histórico analítico. Já em relação às técnicas de pesquisas, esta será bibliográfica, tendo como norte a coleta em diversos materiais, principalmente livros, revistas, artigos, pesquisa na internet, legislação e jurisprudência. No que diz respeito à abordagem, esta irá ocorrer em três capítulos, sendo que no primeiro será explanado acerca do liame entre corrupção e improbidade administrativa, com a apresentação da origem histórica, evolução e conceito destas, bem como sobre o histórico de preceitos constitucionais e infraconstitucionais que versam sobre o combate à improbidade administrativa no território pátrio. No segundo capítulo será elucidado sobre o Ministério Público, instituição vanguarda no combate à improbidade administrativa, bem como seus respectivos instrumentos. Já o terceiro capítulo irá tratar sobre os ordenamento jurídico que tratam da (im)possibilidade de ser celebrado termo de ajustamento de conduta em matéria de improbidade administrativa, bem como apresentar os prós e contras do referido meio de autocomposição de conflito. Com efeito, pretende-se analisar a possibilidade jurídica do Ministério Público firmar termo de ajustamento de conduta em casos de improbidade administrativa. Conclui-se que é possível o *Parquet* celebrar termo de ajustamento de conduta em casos de improbidade administrativa, em que pese a Lei 8.429/92 tratar de forma diferente a discussão. Isto porque o Ministério Público, através da Resolução nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, orientou e regulamentou esta faculdade ao promotor de justiça, ocasião que deixou claro que a celebração do TAC deve restituir de forma integral o dano causado ao erário, uma vez que se trata de direito indisponível.

Palavras-chave: Ação civil pública. Corrupção. Improbidade administrativa. Ministério Público. Termo de ajustamento de conduta.

ABSTRACT

The present study has as objective to investigate the legal possibility of the Public Prosecutor's Office to sign a term of conduct adjustment (TAC) in cases of administrative improbity. Thus, it is sought to answer the following research problem: in the light of the legal order of the country, is it possible for the Public Prosecutor's Office to sign a term of adjustment of conduct in matters involving administrative improbity? The method of approach to be used in the development of the present study is the deductive one, that is, starting from the general to the specific one, since the question related to the administrative improbity is broad, starting later for analysis of alternative to solve this demand . The procedure method will be the analytical history. Regarding research techniques, this will be a bibliographical one, having a collection in several materials, mainly books, magazines, articles, research on the internet, legislation and jurisprudence. Regarding the approach, this will occur in three chapters, the first one will be explained about the relationship between corruption and administrative improbity, with the presentation of their historical origin, evolution and concept, as well as the history of constitutional and infraconstitutional precepts that deal with the fight against administrative improbity in the country. In the second chapter, the Public Prosecutor's Office will be elucidated, an avant-garde institution in the fight against administrative improbity, as well as its respective instruments. The third chapter will deal with the legal systems dealing with the (im)possibility of an agreement being reached in the matter of administrative misconduct, as well as to present the pros and cons of this means of self-determination of conflict. In effect, it is intended to analyze the legal possibility of the Public Prosecutor's Office to sign a term of adjustment of conduct in cases of administrative improbity. It is concluded that it is possible for the Parquet to establish an agreement for the adjustment of conducts in cases of administrative improbity, in spite of Law 8.429 / 92 deals differently with the discussion. This is because the Public Prosecutor's Office, through Resolution No. 179/2017 of the National Council of the Public Prosecutor's Office, directed and regulated this power to the prosecutor, which made it clear that the conclusion of the TAC must fully refund the damage caused to the treasury, since it is an unavailable right.

Keywords: Public civil action. Corruption. Administrative improbity. Public

Prosecutor's Office. Conduct adjustment Term.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	ANÁLISE HISTÓRICA ACERCA DO COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	12
2.1	Improbidade administrativa e corrupção.....	12
2.2	A presença do combate à improbidade administrativa nos textos constitucionais brasileiros.....	19
2.3	Legislações infraconstitucionais que visam compelir atos ímprobos – dos primórdios até a vigência da Lei de Improbidade Administrativa.....	22
3	DO MINISTÉRIO PÚBLICO E SEUS RESPECTIVOS INSTRUMENTOS NA ATUAÇÃO EM CASOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	31
3.1	Origem histórica, princípios, funções, garantias e vedações do Ministério Público.....	31
3.2	O Ministério Público frente a importante ferramenta de combate à improbidade administrativa: o inquérito civil	39
3.3	Ação civil pública.....	44
3.4	Termo de ajustamento de conduta.....	48
4	DA (IM)POSSIBILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FIRMAR TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA EM CASOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	51
4.1	Do ordenamento jurídico pátrio que trata do termo de ajustamento de conduta em se tratando de improbidade administrativa.....	51
4.2	Temas controvertidos acerca da celebração do termo de ajustamento de conduta em casos de improbidade administrativa.....	64
4.3	Pontos positivos em relação à celebração do termo de ajustamento de conduta.....	67

5 CONCLUSÃO.....71

REFERÊNCIAS.....75

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo averiguar a possibilidade jurídica do Ministério Público firmar termo de ajustamento de conduta (TAC) em casos de improbidade administrativa, através de um estudo detalhado da Lei nº 8.429/92, responsável por, de forma específica, disciplinar a matéria em comento, bem como das inovações jurídicas, legislativas e institucionais, que buscam atualizar o ordenamento jurídico pátrio na busca de resultados mais efetivos e céleres.

Desta forma, objetiva-se averiguar a possibilidade jurídica do Ministério Público celebrar termo de ajustamento de conduta em matéria de improbidade administrativa.

Nesse sentido, busca-se responder o seguinte problema de pesquisa: é possível o Ministério Público celebrar termo de ajustamento de conduta em matéria envolvendo improbidade administrativa?

O método de abordagem a ser utilizado no desenvolvimento da pesquisa é o dedutivo, ou seja, partindo do geral para o específico, uma vez que a questão relacionada à improbidade administrativa é ampla, partindo, posteriormente, à análise de alternativa para solucionar essa demanda. O método de procedimento será o histórico analítico. Já em relação às técnicas de pesquisas, esta será bibliográfica, tendo como norte a coleta em diversos materiais, principalmente livros, revistas, artigos, pesquisa na internet, legislação e jurisprudência.

O primeiro capítulo irá abordar, de forma singela, o liame envolvendo improbidade e corrupção, tendo em vista ser imprescindível a análise em conjunto desses fenômenos. Desta maneira, será explorado o conceito, a origem histórica e a evolução dessas práticas ilícitas, a fim de melhor entender a atual conjuntura social e econômica brasileira. Não obstante a isso, será pesquisado sobre o histórico legislativo pátrio que busca combater a improbidade administrativa, seja em âmbito constitucional, ou em matéria infraconstitucional.

O segundo capítulo, por sua vez, irá tratar sobre o Ministério Público, instituição vanguarda no combate à improbidade administrativa. Nesse diapasão, será explorado sobre a sua origem histórica, princípios, garantias, funções e vedação, a fim de melhor demonstrar seu protagonismo nessa seara. Não obstante a isso, serão apresentados seus respectivos instrumentos, mais especificadamente o inquérito civil, a ação civil pública e o termo de ajustamento de conduta, que

viabilizam ao *Parquet* investigar, de forma segura, situações que envolvam improbidade administrativa, bem como adotar as respectivas medidas para aplicação das penas previstas na Lei 8.429/92, seja através do ajuizamento de ação civil pública, como mediante celebração de termo de ajustamento de conduta.

Já o terceiro capítulo irá apresentar os textos do ordenamento jurídico pátrio que tratam da (im)possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta em matéria de improbidade administrativa. Nesse ínterim, será feita uma abordagem mais considerável sobre o que preceitua a Lei 8.429/92, mais precisamente o artigo 17, §1º, que, em seu texto, veda a celebração de transação, acordo ou conciliação.

Em tempo, serão apresentadas as inovações legislativas e institucionais sobre a presente discussão, dando ênfase na Resolução nº 179/2017 do Conselho Superior do Ministério Público, que regulariza e viabiliza o Ministério Público a celebrar TAC em matéria de improbidade administrativa, e no Provimento nº 58/2018 do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, que, em atenção ao artigo 6º da referida resolução, disciplina, em âmbito estadual, a mencionada celebração.

Ainda no segundo capítulo, serão apresentados os questionamentos sobre essa medida, bem como os seus pontos positivos, no intuito de demonstrar se é recomendado, ou não, celebrar esse meio de autocomposição.

Desta maneira, o estudo do presente tema é de suma importância, uma vez que a improbidade administrativa é um fenômeno social que há muito tempo gera grandes prejuízos aos cofres públicos brasileiros, ocasionando diversos problemas na estrutura organizacional do país.

Com efeito, sendo motivo de grande preocupação por parte do legislador brasileiro, foram criados diversos preceitos que visam erradicar tal prática ilícita, ou, no mínimo, diminuí-la.

Contudo, na medida em que as sociedades evoluem, é necessário que haja um acompanhamento do legislador, a fim de que os códigos não fiquem ultrapassados em virtude da atual demanda jurídica-social.

Diante do exposto, justifica-se a importância do presente trabalho, uma vez que estuda o tema e averigua a possibilidade de o Ministério Público celebrar termo de ajustamento de conduta em casos de improbidade administrativa, opção esta que busca resultados mais céleres, econômicos e resolutivos em face da conduta ímproba, ao contrário da forma que acontece quando do ajuizamento de ação civil pública.

2 ANÁLISE HISTÓRICA ACERCA DO COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

No presente capítulo será apresentada a evolução histórica do ordenamento jurídico pátrio que tem como escopo combater a improbidade administrativa, bem como expor a relação dessa conduta com o fenômeno da corrupção.

2.1 Improbidade Administrativa e Corrupção

Inicialmente, antes de adentrar no campo da improbidade administrativa propriamente dito, faz-se necessário tecer alguns comentários acerca da corrupção, uma vez que é imprescindível fazer a análise em conjunto desses fenômenos.

Diga-se isso porque a corrupção está inserida dentro dos meios de práticas de improbidade administrativa, sendo um dos mais comuns e praticados. Em outras palavras, a improbidade administrativa é gênero e a corrupção é espécie, ou seja, a improbidade administrativa engloba as condutas tipificadas como corruptas (GARCIA; ALVES, 2008, p. 7).

É importante aduzir que esses fenômenos estão diretamente ligados e ocasionam diversos problemas para a atual conjuntura política social do país. Nessa esteira, Kohls e Leal (2014, p. 116), realizando uma abordagem geral sobre o aspecto de improbidade administrativa e corrupção, trazem as seguintes palavras acerca dos problemas por elas gerados:

Definir o que é a corrupção e o que é a improbidade administrativa também não é tarefa fácil, pois assumem diversas formas, e estão em constante transformação, acompanhando a evolução da sociedade. Importante é entender que ambas são derivadas de condutas reprovadas e que se tornam um problema para a sociedade, pois a presença destas mazelas acaba interferindo diretamente na implementação e concretização de direitos fundamentais e sociais previstos constitucionalmente, pois dilapidam a condição financeira de um Estado para implementação de políticas públicas voltadas para a saúde, educação, segurança pública, etc.

Já os autores Garcia e Alves (2008, p. 161), visando conceituar corrupção, trazem a seguinte informação:

Etimologicamente, corrupção deriva do latim *rumpere*, equivalente a romper, dividir, vindo a gerar o termo *corrumpere*, que significa deterioração, depravação, alteração, sendo largamente coibida pelos povos civilizados,

isto em razão dos conhecidos males que a venalidade que envolve o exercício da função pública causa ao interesse da *polis*.
A corrupção, em essência, consiste na obtenção de vantagens ilícita em decorrência de um ato de ofício do agente.

Ainda acerca da conceituação desse fenômeno, imperioso trazer as palavras da obra de Silva (1996, p. 3), oportunidade em que o autor faz uma abordagem sobre corrupção e economia. Sobre corrupção em sentido amplo, menciona:

A palavra corrupção (ou corrução) possui a mesma acepção de suas correlativas em francês, italiano e espanhol, bem como em inglês, e têm uma mesma origem na palavra latina *corruptione*. Essa palavra denota decomposição, putrefação, depravação, desmoralização, sedução e suborno. Normalmente, associamos corrupção a um ato ilegal, no qual dois agentes, um corrupto e um corruptor, travam uma relação “fora-da-lei”, envolvendo a obtenção de propinas. O senso comum identifica a corrupção como um fenômeno associado ao poder, aos políticos e às elites econômicas. Mas, igualmente, considera a corrupção algo freqüente entre servidores públicos (como policiais e fiscais, por exemplo), que usam o “pequeno poder” que possuem para extorquir renda daqueles que teoricamente corromperam a lei – ultrapassando o sinal vermelho ou não pagando impostos.

Na verdade, existem muitos sentidos que podem ser atribuídos à palavra corrupção, mas há um denominador comum a todos: ela envolve a interação entre pelo menos dois indivíduos ou grupos de indivíduos que corrompem ou são corrompidos, e essa relação implica uma transferência de renda que se dá fora das regras do jogo econômico ou político-legal *stricto sensu* [...].

Não obstante a isso, Silva (1996, p. 3-4), completando sua definição de corrupção, aduz que esse fenômeno traz consigo três elementos, quais sejam: conceito de burocracia e de agente público; separação da *res pública* e *res privada*; e, por último, a transferência de renda não condizentes com o ditame da economia.

Nesse sentido, o autor relata que a burocracia tem como fim a obtenção dos fins programados, dentro de um sistema hierárquico, sendo que as principais características da burocracia são a imparcialidade e a separação entre os fins privados e públicos. Ainda, menciona que o trato da coisa pública, visando evitar profissionais burocratas, deverá ser realizados por pessoas selecionados levando em conta quesitos meritocráticos, bem como organizadas de forma hierárquicas (SILVA, 1996, p. 4).

No que diz respeito à separação da *res pública* e *res privada*, imperioso mencionar que a definição da primeira se dá unicamente através da análise normativa, “o qual parte do princípio segundo o qual os agentes públicos devem zelar por um estoque de recursos que é retirado da sociedade para a realização de

atividades públicas” (SILVA, 1996, p. 4).

Por último, em relação à transferência de valores dentro da sociedade, o autor ensina que isso decorre do fato de ser utilizada a máquina governamental, citando o exemplo de um político que aceita propina para criação de uma lei, bem como de um policial que, para não aplicar uma multa, aceita suborno por parte do particular (SILVA, 1996, p. 4).

Com efeito, através desses apontamentos, Silva (1996, p. 5) conclui o seguinte sobre corrupção em âmbito público:

A corrupção pública é uma relação social (de caráter pessoal, extramercado e ilegal) que se estabelece entre dois agentes ou dois grupos de agentes (corruptos e corruptores), cujo objetivo é a transferência ilegal de renda, dentro da sociedade ou do fundo público, para a realização de fins estritamente privados. Tal relação envolve a troca de favores entre os grupos de agentes e geralmente a remuneração dos corruptos com o uso da propina e de quaisquer tipos de incentivos, condicionados estes pelas regras do jogo e, portanto, pelo sistema de incentivos que delas emergem.

Outrossim, em relação ao campo de existência da corrupção, Hernandez (2011, p. 11-12) ensina que esse fenômeno pode existir tanto na esfera pública como na esfera privada. Contudo, em sendo realizada na primeira, a corrupção causa problemas para toda a sociedade. Já na esfera privada, os problemas, em tese, se direcionam à própria empresa.

Outros pontos que detêm destaque quando se fala de corrupção e improbidade administrativa são os princípios da moralidade e probidade administrativa.

Nesse diapasão, Leal (2014, p. 101), ao citar o doutrinador Marcelo Figueiredo, menciona que a probidade é uma espécie do gênero moralidade, à luz do artigo 37, *caput* e §4º, da Constituição Federal.

Vislumbra-se, com efeito, que a probidade é um subprincípio da moralidade administrativa, este elencado no rol dos princípios constitucionais da administração pública.

Ainda acerca desse assunto, Leal (2014, p. 101) acrescenta a seguinte lição:

Di Pietro igualmente tem dito que os princípios moralidade e probidade têm pontos de confluência muito fortes, embora algumas leis façam referência separadamente a cada um deles.⁴⁵ No entanto, quando se fala em improbidade como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões imoralidade e improbidade, porque esta tem um sentido mais amplo e mais preciso, por abranger não somente atos desonestos ou imorais, mas também atos

ilegais. Efetivamente, na Lei de Improbidade Administrativa, a lesão à moralidade é apenas uma das inúmeras hipóteses de atos de improbidade previstos em lei.

Finalmente, Kohls e Leal (2014, p. 109) aduzem que sempre que a ação for motivada pela imoralidade, com ofensas aos padrões socialmente aceitos como corretos, com má-fé ou na contramão da própria Carta Maior, será considerada como ímproba.

Posteriormente, em relação aos primórdios da corrupção, os autores Garcia e Alves (2008, p. 161) destacam que esse fenômeno é tão antigo quanto o homem, podendo ser citado, como exemplo, a conhecidíssima história de Adão e Eva, em que uma serpente seduz Adão com a oferta de uma maçã. Além do mais, citam que o termo aparece em outras oportunidades no texto bíblico, mais especificadamente em Êxodo, capítulo XXIII, Versículo 8; em Deuteronomio, Capítulo 16, Versículo 18; em Isaías, Capítulo 1, Versículos 21 a 23.

No prosseguimento, para Hungria, conforme Garcia e Alves (2008, p. 161), a corrupção é uma preocupação das antigas civilizações, a saber:

O juiz corrupto, pela lei mosaica, era punido com a flagelação, e na Grécia com a morte. Conta a História que o rei Cambises mandou esfolar vivo um juiz venal, cuja pele foi guarnecer na cadeira onde devia sentar o seu substituto. No antigo direito romano, a pena capital era igualmente cominada aos magistrados que mercadejavam com a função.

Com o passar do tempo, as legislações passaram a alterar a natureza das sanções aplicadas aos agentes ímprobos, ou seja, estes eram compelidos a devolver o indebitamente percebido. Podem ser citados como ordenamento internacional da idade antiga, que visavam o combate a essas condutas: *Lex Calpurnia de repetundis* (149 a.C); *Lex Acilia Repetundarum* ou *Sempronia iudiciaria* (123 a.C); *Lex Servilia Glaucia* (104 a.C); *Lex Cornelia* (81 a.C); *Lex Repetundarum de Sila* (81. A.C); *Code de Lege Julia repetundar* (59 a.C) (GARCIA; ALVES, 2008, p. 162-163).

Realizando uma pequena interrupção no marco histórico da corrupção, pulando, assim, para o início da corrupção no Brasil, faz-se necessário trazer as palavras de Kohls e Leal (2014, p. 105), em que destacam que a colonização portuguesa teve papel fundamental no enraizamento da corrupção em solo pátrio, a saber:

Assim, conforme as considerações de Ronzani, ficaria claro que a forma pela qual se desdobrou a dominação portuguesa gerou uma série de práticas administrativas lesivas aos interesses da coletividade e voltadas para um poder central, pois era centralizadora e despojada da intenção de forjar qualquer pacto político, além de ser aderida à opção patrimonialista. Nesse sentido, o desinteresse com o coletivo fez com que surgissem problemas sociais, políticos e econômicos que se tornaram crônicos e ainda mais incontroláveis, tendo em vista a legislação frouxa e manipulada (RONZANI, 2007, p. 72).

Com a análise histórica das formas de governo, percebe-se que tanto no período colonial, imperial e republicano ficava demonstrada a presença de antivalores na vida social e política da nacionalidade, e este pode ter sido um fator importante para a forma com que hoje é tratado o interesse público.

Mais adiante, conforme ensina Hernandez (2011, p. 20-21), a corrupção organizada no Brasil começou a ganhar força no governo de Juscelino Kubitschek, passando pelo período da ditadura militar, momento que havia grande intervenção estatal e criação de diversas obras, bem como pelo governo de Fernando Collor de Mello, em que foi descoberto grande esquema de caixa dois.

Não se pode deixar de citar os escândalos de corrupção que assolaram o país nos últimos anos. Nesse sentido, mencionam-se, como meros exemplos, haja vista que há diversos outros casos de mesma magnitude, os escândalos do mensalão e, mais recentemente, o da lava-jato, em que foram descobertas diversas fraudes contra o sistema jurídico brasileiro, que ocasionaram um imensurável prejuízo aos cofres públicos do país. Porém, visto ser um tema de ampla discussão, somado ao fato de não ser o objetivo principal do presente trabalho, estes tópicos não serão abordados de forma mais ampla.

No complemento à parte histórica da corrupção, o autor Simão (2017, p. 36) destaca que a corrupção teve início no período Mesolítico, entre a pré-história e história, ocasião em que, com a evolução de técnicas de produção, o homem deixou de sobreviver sozinho e começou a conviver em grupos, com a finalidade de atingir um objetivo maior e aumentar a produção. Assim, começou a aparecer a figura do administrador, responsável pela gerência das atividades dos grupos formados, sendo que, com o passar do tempo e aumento de tarefas, este foi ganhando cada vez mais atribuições e responsabilidades.

Desta forma, naturalmente, começaram a surgir líderes, pessoas que conseguiram evoluir e adquirir qualidades e virtudes de forma mais célere, e que, conseqüentemente, tiveram um destaque na sociedade em que estavam inseridos. Com efeito, essas pessoas começaram a possuir responsabilidade superior aos

demais, ou seja, possuíam mais poderes, e, concomitantemente, força (SIMÃO, 2017, p. 36).

Ao passo em que as sociedades evoluíam, o poder era cada vez mais cobiçado pelas pessoas, passando a ser considerado como um atributo de dominação, isto é, quem o possuía era considerado como uma autoridade dominante (SIMÃO, 2017, p. 36).

Contudo, as pessoas começaram a utilizar o poder para alcançar vantagens e benefícios, e não somente para o bem das pessoas que eram “lideradas”. É dessa forma que nascem os problemas relacionados ao poder e a corrupção.

A título de exemplos acerca da utilização do poder para a busca de vantagens e benefícios, citam-se os regimes ditatoriais e autocráticos, que, por serem conduzidos sem a representatividade popular, ou melhor, sem democracia, acabam por apresentar um alto nível de corrupção (GARCIA; ALVES, 2008, p. 07).

Percebe-se que um dos pilares da corrupção são os governos não democráticos. Nesse sentido, ressalta-se:

A debilidade democrática facilita a propagação da corrupção ao aproveitar-se das limitações dos instrumentos de controle, da inexistência de mecanismos aptos a manter a administração adstrita à legalidade, da arbitrariedade do poder e da conseqüente supremacia do interesse dos detentores da *potestas pública* face ao anseio coletivo (GARCIA; ALVES, 2008, p. 07).

Contudo, Garcia e Alves frisam que até mesmo no regime democrático há vertentes que visam à corrupção, mesmo indo na contramão dos ideais desse sistema político. Nesse contexto:

Em que pese à pureza de seus ideais, a democracia, muitas vezes, tende a ser deturpada por agentes que pretendem se perpetuar no poder. Um dos instrumentos comumente utilizados para esse fim é o ilegítimo repasse de recursos financeiros aos partidos políticos ou àqueles que prestigiem a “postura ideológica” por eles sustentadas, o que pode se dar de múltiplas formas: repasse de verbas às vésperas da eleição, realização de obras com nítida intenção de promoção político-partidária e admissão de correligionários de partido em cargos em comissão, com a ilegítima permissão de que busquem sua promoção pessoal no exercício da função (GARCIA; ALVES, 2008, p. 09).

Porém, Simão (2017, p. 42) menciona que, além dos governos não democráticos, existem outros fatores que favorecem a corrupção, quais sejam: causas derivadas de características pessoais dos agentes corruptos; causas

derivadas de influências estruturais; falta de transparência da estrutura governamental e educação de má qualidade.

Nessa baila, imperioso destacar que a corrupção é um fenômeno social, isto é, o Estado só é corrupto porque os membros que formam a sociedade também o são, uma vez que o Estado é, apenas, sua representação. Em outras palavras, o Estado espelha as atitudes, inclusive negativas, de seus cidadãos. Assim, conseqüentemente, os elementos da corrupção variam de sociedade para sociedade (SIMÃO, 2017, p. 37).

Com efeito, para que haja a corrupção estatal, necessário, inicialmente, que haja a corrupção dos membros da sociedade. Destarte, denota-se que o Estado não é corrupto, e sim as pessoas, sendo o Estado apenas o reflexo das atitudes imorais dos cidadãos, conforme Simão (2017, p. 38).

Segundo Garcia e Alves (2008, p. 13), o problema é que a prática rotineira de desvios comportamentais por parte dos agentes corruptos ocasiona a criação de um código paralelo, que vai ao sentido contrário das diretrizes normativas, que aos poucos vai incorporando aspecto de usual e costumeiro, sendo difícil a reversão ao *status quo*.

Não obstante, a corrupção praticada por agentes superiores hierarquicamente acaba por influenciar servidores com cargos inferiores, ocasionando, assim, aumento da corrupção na pirâmide hierárquica de forma descendente (GARCIA; ALVES, 2008, p. 13).

Além disso, imperioso mencionar as palavras Hernandez (2011, p. 8), no que tange aos efeitos da corrupção perante a sociedade:

Apesar de uma inicial controvérsia, na qual alguns autores argumentavam que a corrupção poderia funcionar como um “lubrificante” de economias enrijecidas (LEFF, 1964; HUNTINGTON, 1968), o consenso atual é de que a corrupção traz, em seu saldo geral, efeitos negativos à economia, como queda da taxa de investimento e conseqüente queda do crescimento (MAURO, 1995), piora na distribuição de renda, distorção da incidência tributária e geração de perda de foco das políticas públicas (ALONSO-TERME; DAVOODI; GUPTA, 2002). Analisando o investimento, Mauro (1995) apresenta um estudo no qual encontra correlação negativa entre corrupção e crescimento econômico. Estudando como a corrupção afeta o nível de investimento – e, conseqüentemente, de crescimento econômico – de diversos países, o autor conclui que a existência de corrupção inibe o investimento do setor privado – por elevar riscos e custos –, reduzindo o nível de crescimento econômico do país.

Vislumbra-se, destarte, que a corrupção, como um dos meios de prática de improbidade administrativa, é um problema que há tempos assola e prejudica as sociedades.

2.2 A presença do combate à improbidade administrativa nos textos constitucionais brasileiros

Com efeito, realizado esse pequeno parêntese acerca da corrupção, inicia-se a análise dos ordenamento jurídico pátrios que visam o combate à improbidade administrativa.

Nesse diapasão, Fazzio (2016, p. 1) explana acerca das dificuldades encontradas pelo legislador na elaboração de ordenamento que visam o combate a tais condutas, nos seguintes termos:

Desde logo, deve ser colocado em tela que, no plano da ilegalidade e da improbidade administrativa, ao menos no Brasil, a renovação legislativa imprescindível à suficiência do direito positivo desenvolve-se com insuportável lentidão. Desde a proclamação da República (1889), apenas em 1946, o direito constitucional brasileiro voltou seus olhos para a necessidade de inserir entre seus postulados a prevenção e a correção do desvirtuamento da Administração pública, pelos seus próprios agentes.

Já os autores Garcia e Alves (2008, p. 165) vão além. Afirmam que a preocupação com casos de improbidade administrativa já vem de longa data, sendo, destarte, disciplinados por diversos preceitos, de diferentes graus de força normativa, inclusive pela própria Carta Magna. Contudo, conforme os autores, o ordenamento jurídico anterior à lei n.º 8.429/1992 eram, por pouco, ineficazes.

Em contrapartida, Simão (2017, p. 49) menciona que a primeira previsão legal brasileira que teve como norte o confronto a condutas ímprobas foi a Carta Constitucional de 1824, sendo que o legislador brasileiro reproduziu o chamado *actio popularis*, assim conhecido pelos romanos. Já no Brasil era a chamada de ação popular, prevista no artigo 157 da Constituição Federal de 1824, que previa que contra aquele que aceitasse suborno, cometesse peculato ou concussão poderia ser ajuizada ação popular, respeitada a ordem processual prevista em lei.

Nessa esteira, o artigo 133 da Carta Superior de 1824 sustentava as responsabilidades aos Ministros de Estado que viessem a cometer atos de

improbidade administrativa, mais especificadamente “peita, suborno ou concussão (inciso II), abuso de poder (inciso III); pela falta de observância da lei (inciso IV) e por qualquer dissipação dos bens públicos (inciso VI)” (BRASIL, 1824, <<http://www.planalto.gov.br>>). Não obstante, o artigo 134 do referido diploma menciona que lei particular especificaria a natureza das condutas supracitadas. Já o artigo 135 lecionava que a responsabilidade dos Ministros de Estado não seria excluída, ainda que com ordem do Imperador, seja por ordem verbal ou ordem escrita.

A grande crítica à Constituição de 1824, referente à luta contra condutas ímprobas, fica por conta de seu artigo 99. Nesse texto, o legislador explicitava que contra o Imperador não haveria qualquer tipo de responsabilidade, inclusive pela prática de atos considerados ímprobos. Percebe-se que, naquela época, a pessoa do Imperador detinha um poder superior aos demais, inclusive em relação à própria sociedade, uma vez que aquele estava blindado de qualquer responsabilidade pela prática de qualquer ato por ele praticado.

No prosseguimento, Andrade e Pavione (2010, p. 26) trazem alguns comentários acerca do combate à improbidade administrativa à luz da Constituição Federal de 1891:

Constituição de 1891: o art. 54 previu diversas condutas que tipificavam caracterizavam crimes de responsabilidade do Presidente da República, dos quais destacamos aquelas que atentassem contra a probidade da administração (art. 6º) e a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos (art. 7º). A aplicabilidade do dispositivo também estava condicionada à edição de lei específica (§§ 1º, 2º e 3º).

Destarte, fazendo comparação entre a responsabilidade do Imperador perante a Constituição Federal de 1824 e a responsabilidade do Presidente da República frente à Constituição Federal de 1891, percebe-se que, entre o lapso temporal de 67 anos, houve uma drástica mudança nesse sentido, em benefício à sociedade. Assim, a partir de 1891, até mesmo o Chefe do Estado estava sujeito a responder processualmente em face dos atos ímprobos praticados.

Após, a Carta Magna de 1934, nos mesmos moldes da anterior, em seu artigo 57, f e g, também previu a responsabilidade do Presidente da República em face de condutas tipificadas como ímprobas. Ademais, o legislador constitucional assegurou, através do artigo 38, a legitimidade do cidadão em ajuizar ação pleiteando a

nulidade ou anulação de atos dessa linhagem, a saber: “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios” (BRASIL, 1934, <<http://www.planalto.gov.br>>).

A fim de evitar desnecessária tautologia, frisa-se que a Carta Superior de 1937, da mesma forma das duas últimas, trouxe a responsabilidade do Presidente da República diante de prática de atos de improbidade administrativa, através de seu artigo 85, d.

Porém, a originalidade desse preceito constitucional está previsto no artigo 86, conforme lição de Andrade e Pavione (2010, p. 26):

Constituição de 1937: consolidou as duas condutas em um único inciso (art. 85, “d”). No art. 86, definiu-se o procedimento para julgamento e processamento dos crimes de responsabilidade perante o Conselho Federal, depois de declarada por dois terços de votos da Câmara de Deputados a procedência da acusação. Chama-se a atenção para o §1º, segundo o qual o Conselho Federal só poderá aplicar a pena de perda de cargo, com inabilitação até o máximo de cinco anos para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo das ações cíveis e criminais cabíveis na espécie. O §2º, entretanto, condicionou a aplicabilidade do dispositivo à lei específica.

Dando prosseguimento, o autor Fazzio (2016, p. 1) menciona que a Carta Política de 1946 foi a primeira a verificar a necessidade de proteção e correção de desvirtuamentos da administração pública.

Nessa esteira, Simão (2017, p. 49) complementa, menciona que a Carta Superior de 1946 foi a pioneira em mencionar em seu próprio corpo as sanções oriundas da prática de improbidade administrativas em razão de enriquecimento ilícito.

As sanções acima mencionadas estão previstas no artigo 141, §31:

Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. **A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica** (BRASIL, 1946, <<http://www.planalto.gov.br>>, grifo nosso).

Seguindo, a Constituição Federal de 1967 consagrou, em seu artigo 150, §11, além das razões previstas na Carta Magna anterior, a possibilidade de perdimento

de bens em virtude de danos causados ao erário.

Nos mesmos moldes, a Emenda Constitucional n.º 1 de 1969 reiterou, em seu artigo 153, §11, segunda parte, o texto do artigo 150, §11, da Constituição de 1967. Outrossim, através do artigo 154, a citada Emenda Constitucional previu a possibilidade de suspensão dos direitos políticos àquele que teria abusado de direito individual ou político, com o intuito de subversão do regime democrático ou corrupção (GARCIA; ALVES, 2008, p. 166).

Simão (2017, p. 53) explana que as Constituições Federais anteriores a de 1988 tinham como norte a preocupação com o enriquecimento ilícito, com efeito, essa prática era a mais repudiada pela sociedade, ocasionando sua repetição nos textos constitucionais.

Já em relação à Constituição Cidadã, Garcia e Alves (2008, p. 167, grifo nosso) tecem alguns comentários sobre:

Diferentemente dos textos anteriores, os quais restringiam a tipologia dos atos de improbidade administrativa às hipóteses de dano ao erário e enriquecimento ilícito, **o art. 37, §4º, da Constituição Federal de 1988 confere maior liberdade ao legislador ordinário, dispondo que “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 prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”, tendo sido o preceito constitucional regulamentado pela Lei nº 8.429/1992.**

Ainda sob a ótica da Constituição de 1988, o seu art. 15, V, prevê a suspensão dos direitos políticos do cidadão nos casos de “improbidade administrativa, nos termos do art. 37, §4º”. O art. 14 § 10, dispõe sobre o cabimento da ação de impugnação de mandato eletivo sempre que for detectada a prática de corrupção, no curso do procedimento eletivo, em benefício do diplomado, tendo um nítido efeito preventivo, afastando da representatividade popular aquele que demonstrou ter uma degeneração de caráter incompatível com ela.

Denota-se, com efeito, que houve significativa evolução desse texto constitucional para seus anteriores, uma vez que o legislador constitucional simplesmente mencionou as sanções decorrentes das práticas de condutas ímprobas, contudo, não citou os atos, apenas informou que sua regulação seria através de lei, no caso, a Lei 8.429/92.

2.3 Legislações infraconstitucionais que visam compelir atos ímprobos – dos primórdios até a vigência da Lei de Improbidade Administrativa

Realizado esse pequeno apanhado de textos constitucionais que têm como norte o combate à improbidade administrativa, passa-se, agora, a análise de leis infraconstitucionais especiais nesse sentido, anteriores à lei n.º 8.429/1992.

Para tanto, registra-se que o primeiro ordenamento jurídico infraconstitucional é o Decreto Lei n.º 3.240/41, editado pelo então Presidente da República, Getúlio Vargas. Conforme menciona Simão (2017, p. 53), esse Decreto regulava o sequestro de bens em face de pessoa que teria praticado dois tipos de crimes: contra a Fazenda Pública ou locupletamento ilícito. Ou seja, para ser realizado o sequestro de bens, a corrupção deveria ser caracterizada como tipo penal.

Outrossim, cabe mencionar que o sequestro se dava através de requerimento do Ministério Público, fundada em representação da autoridade competente, sem audiência da parte, à autoridade judicial (art. 2º), sendo que o sequestro só poderia ser embargado por terceiros (art. 2º, §2º). Além do mais, para a realização do sequestro, eram necessários indícios veementes em relação à prática do crime (art. 3ª), sendo que poderia recair sobre todos os bens do indiciado (art. 4º) (BRASIL, 1941, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Ademais, o sequestro poderia ter sua eficácia cancelada, uma vez sendo o réu absolvido por sentença judicial transitada em julgada. Contudo, em caso de condenação definitiva, transitada em julgado, ocasionaria a perda dos bens produtos do crime, ou adquiridos com o produto do crime, em favor da Fazenda Pública, ressalvado o direito de terceiro de boa fé (SIMÃO, 2017, p. 54).

Em relação à atual aplicabilidade do Decreto n.º 3.240/41, o autor Simão (2017, p. 54, grifo nosso) expõe o seguinte comentário:

É de salientar, ainda, que o Supremo Tribunal de Justiça considera estar em pleno vigor o Decreto nº 3.240/41, no ponto em que disciplina o sequestro de bens de pessoa indiciada por crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública, podendo, o sequestro, recair sobre todos os bens, inclusive os que estejam em poder de terceiros, mesmo que doados após a prática do crime, sem nenhuma ressalva ou restrição, bastando que o indiciado tenha auferido locupletamento ilícito.

Adiante, cita-se o Decreto Lei n.º 3.164/1957, de 1º de Junho de 1957, também conhecido como Lei Pitombo-Godói Ilha.

Segundo Simão (2017, p. 54), esse ordenamento jurídico praticamente copiava o texto do Decreto n.º 3240/41, adicionando, apenas, alguns comentários, com o intuito de ajustar o artigo 141, § 31, 2ª parte, da Constituição Federal de 1946.

Já o autor Fazzio (2016, p. 4) expõe que esse Decreto Lei contribuiu principalmente para a diminuição do enriquecimento ilícito, uma vez que possibilitou o aumento na transparência administrativa. Nessa esteira, o autor complementa que a Lei Pitombo-Godói Ilha trouxe em seu texto a inovação da necessidade/obrigatoriedade do registro público de valores e bens particulares dos agentes públicos que exerciam cargo ou função pública da União ou entidades autárquicas, eletivas ou não, sendo que o registro era atualizado bienalmente, junto ao Serviço do Pessoal competente, bem como que emissão de declaração falsa poderia ensejar, inclusive, pena de demissão do serviço público.

Em relação a esse ordenamento jurídico, os doutrinadores Andrade e Pavione (2010, p. 27) narram o seguinte:

Lei 3.164/57: também conhecida como Lei Pitombo Godói-Ilha, trouxe o sequestro e perda em favor da Fazenda Pública dos bens adquiridos pelo servidor público, por influência do cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízos da responsabilidade criminal eventualmente apurada.

Para complementar, Simão (2017, p. 55) acrescenta que o sequestro de bens adquiridos de forma ilícita pelo agente público era realizado através de ação civil pública, com legitimidade geral, ou seja, poderia ser ajuizada por qualquer cidadão, bem como pelo Ministério Público. Além do mais, o agente público poderia, inclusive, ser responsabilizado na esfera penal, porém, à época, já se tratavam de instâncias autônomas, ou seja, a incorporação dos bens adquiridos de forma ilícita à Fazenda Pública independe da condenação ou não na esfera criminal.

No prosseguimento, tem-se a Lei n.º 3.502/1958, também denominada como Lei Bilac Pinto, tendo como principal revolução o sequestro de bens em virtude de enriquecimento ilícito (SIMÃO, 2017, p. 55).

Conforme explana Garcia e Alves (2008, p. 168), este ordenamento jurídico, ao contrário da Lei Pitombo-Godói Ilha, clareou e norteou de forma mais sistêmica os institutos do sequestro e perdimento de bens em virtude de enriquecimento ilícito. Nesse diapasão, os autores mencionam que o referido texto previu, em seu artigo 1º, §§ 1º e 2º, as expressões servidor público, dirigente ou empregado de autarquia como sujeitos possíveis de estarem no polo ativo dessas ações, bem como seus respectivos conceitos, em virtude de práticas de condutas que ensejam enriquecimento ilícito. Já nos artigos 2º e 4º, o legislador previu, em *numerus*

apertus, as possibilidades de enriquecimento ilícito.

Em contrapartida, Fazzio (2016, p. 7) levanta uma pequena crítica à Lei Bilac Pinto, ao mencionar que o referido ordenamento jurídico abrangia apenas uma das condutas tidas como atos de improbidade administrativa, mais especificadamente: enriquecimento ilícito. Ou seja, este diploma legal estava de acordo com os textos constitucionais à época, os quais não iam além das relações singulares da administração pública e agente público.

Em relação à legitimidade de ajuizamento de ação cabível, os Doutrinadores Garcia e Alves (2008, p. 169) mencionam que mesmo o texto não prevendo, o Ministério Público continuava com legitimidade, uma vez que assegurada pela Lei n.º 3.164/1927. A novidade está relacionada à ampla e abundante legitimidade do cidadão em promover a ação.

Nos mesmos moldes, os autores Garcia e Alves (2008, p. 169) também apresentam certa desaprovação com a Lei n. 3.502/1958, a saber:

Não obstante o sensível aperfeiçoamento em relação à disciplina existente, a ineficácia persistiu. Dentre os principais fatos que contribuíram para este quadro, teve: a) a dificuldade de prova dos inúmeros requisitos previstos para a configuração da tipologia legal do enriquecimento ilícito, sendo até mesmo exigida a prova de interesse político do doador na hipótese de doação de bem pertencente ao patrimônio público sem observância da sistemática legal (art. 2º, b e parágrafo único, 1); b) a não-tipificação do enriquecimento ilícito consistente na aquisição de bens em montante superior à renda do agente; e c) com exceção da perda dos bens adquiridos ilicitamente, o não estabelecimento de nenhuma sanção direta e específica para o agente, o qual continuaria a exercer o cargo até que sua conduta fosse novamente aferida em outro procedimento sujeito a disciplina diversa.

Tanto é verdade que o próprio Bilac Pinto, ao justificar a criação desta lei, menciona que as sanções previstas no ordenamento jurídico não foram suficientes para intimidar ou reprimir a corrupção (FAZZIO, 2016, p. 2).

Seguindo a ordem cronológica, cita-se a Lei 4.717/1965, mais conhecida como Lei de Ação Popular, que tinha como escopo a regulação do artigo 141, § 38, da Constituição Federal de 1946, dando legitimidade a qualquer cidadão em pleitear a anulação ou a nulidade de atos lesivos em face do patrimônio público (SIMÃO, 2017, p. 57).

Para finalizar esse breve resumo de leis que visavam o combate à improbidade administrativa, apontam-se os Atos Institucionais 5/1968 e o 14/1969. O primeiro ato institucional, muito polêmico, diga-se de passagem, teve como principal

apontamento ao combate à improbidade a possibilidade do confisco de bens do agente público que tivesse cometido crime contra a Administração Pública e, conseqüentemente, enriquecido ilicitamente (GARCIA; ALVES, 2008, p. 169).

Já o ato institucional n.º 14/1969 constituiu nova redação à Constituição Federal de 1967, dando possibilidade de perdimento de bens em casos de enriquecimento ilícito em face de atos de improbidade administrativa, conforme ensinam Andrade e Pavione (2010, p. 27).

Adiante, dando prosseguimento ao presente estudo, inicia-se análise dos principais aspectos da Lei n.º 8.429/1992, à luz da Constituição Federal de 1988, principal ordenamento jurídico pátrio que regula e ajusta o combate à improbidade administrativa.

Antes, ressalta-se a participação e importância da Constituição Federal de 1988 nesse combate, eis que a esta Carta Magna elencou em seu texto artigos que visam enfrentar a corrupção e a improbidade administrativa. O principal é o artigo 37, §4º, que está dentro do capítulo “DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA”, que prevê: “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” (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Outrossim, o artigo 14, §9º, da Constituição Cidadã, explana em relação à inelegibilidade de candidatos, a fim de proteger a probidade administrativa, sendo que isso será regulado mediante lei complementar. Nesse mesmo entendimento, o artigo 15, inciso V, menciona que “é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de improbidade administrativa” (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Por fim, o artigo 85, inciso V, aduz sobre quais são os crimes de responsabilidade cometidos Presidente da República, citando os que são praticados em face da probidade administrativa (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

No prosseguimento, adentrando na seara da Lei n.º 8.429, também conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA), de referir que o artigo 25 desse ordenamento jurídico acabou por revogar as leis anteriores, mais especificadamente: Leis n.º 3.164/1957 e 3.502/1958 (BRASIL, 1992, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Já em relação à criação e importância da referida lei, os autores Garcia e Alves (2008, p. 171, grifo nosso) explanam o seguinte:

Com a promulgação da Constituição de 1988, tinha-se o campo propício ao alargamento da tipologia legal, já que o art. 37, §4º do texto constitucional falava unicamente em “improbidade administrativa”, expressão que teria o seu conceito e sua extensão integrados pelo legislados ordinário, o que permitiria a criação de eficazes mecanismos de combate à corrupção.

Apesar disto, o primeiro anteprojeto relativo à matéria, encaminhado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional em agosto de 1991, propunha disciplina semelhante à anterior, restringindo os atos de improbidade às hipóteses de enriquecimento ilícito. **Somente após inúmeras discussões e emendas, logrou-se êxito em aprovar o texto que originou a Lei n.º 8.429/1992, a qual, se não é a melhor, ao menos representa instrumento dotado de real eficácia no combate à corrupção.**

Nessa esteira, o autor Fazzio (2016, p. 10) menciona que, entre o lapso temporal da data da promulgação da Constituição Federal de 1988 e da elaboração da Lei de Improbidade Administrativa, o cenário legislativo nesse sentido era bastante conturbado, uma vez que a Carta Magna mencionava em relação à punição de gênero, ou seja, atos de improbidade administrativa, já a lei ordinária que regulava essa matéria (Lei Bilac Pinto) trazia em seu texto apenas uma espécie de atos ímprobos, o enriquecimento ilícito.

Não obstante, Fazzio (2016, p. 10-11, grifo nosso), nos mesmos moldes dos autores Garcia e Alves, menciona em sua obra acerca da eficácia e avanço da Lei n.º 8.429/1992, nas seguintes palavras:

Com o advento da lei nº 8.429/92, diploma legal concretizador do programa explicitado no art. 37, §4º, da Constituição Federal, se tornou possível alcançar gama mais expressiva de ilicitudes cometidas por agentes públicos e terceiros, bem como a imposição de sanções mais enérgicas, no sentido de que disponibilizam alternativas dotadas de potencial intimidativo mais consistente.

Sob o ponto de vista de imediata correção do organismo administrativo, a Lei nº 8.429/92 materializa sensível avanço. Entretanto, não é, nem poderia ser, o passo definitivo, uma vez que a crescente complexidade dos expedientes ilícitos que assolam a Administração Pública implica a permanente exigência de atualização dos programas corretivos. A singela pregação ética já demonstrou sobejamente sua insuficiência, em face da sofisticação dos expedientes econômicos.

Contudo, os doutrinadores Garcia e Alves (2008, p. 179) mencionavam em relação às diversas tentativas de deformar a Lei de Improbidade Administrativa, visando, principalmente, seu enfraquecimento e, conseqüentemente, a impunidade pela prática de atos ímprobos. A título de exemplo, os autores mencionam a Medida Provisória n.º 2.225/2001, que alterou o artigo 17 da Lei de improbidade Administrativa, que dificultou significativamente o recebimento da peça póstica, bem

como possibilitou ao magistrado rejeitar a ação, mesmo sem a produção de provas por parte do autor, uma vez aquele se convencendo da inexistência de ato ímprobo.

Não suficiente, Garcia e Alves (2008, p. 179-180) lançam severas críticas aos defensores da aplicação da extensão do foro por prerrogativa de função previsto área criminal para casos de improbidade administrativa, na esfera cível, porque, segundo os doutrinadores, isso serviria apenas para transferir à esfera cível a impunidade do crime.

Ademais, em relação às sanções de atos ímprobos, imperioso mencionar que os crimes contra a Administração Pública podem ser coibidos de diversas formas, através de diversos órgãos, cominando, assim, na possibilidade de diversas sanções, seja na esfera cível, penal, bem como na administrativa. A título de exemplo, a própria Constituição Federal, prevê em seu artigo 14, §10, a possibilidade de impugnação de eleitos que tenham praticado abuso de poder econômico, corrupção ou fraude, bem como em seu artigo 5º, inciso LXXIII, que aduz sobre a possibilidade de qualquer cidadão impugnar atos lesivos ao patrimônio público e à moralidade administrativa (GARCIA; ALVES, 2008, p. 173).

Em contrapartida, Garcia e Alves (2008, p. 173) explanam que, na esfera penal, as sanções se dão através da tipificação de diversos crimes contra a Administração Pública, previstos no próprio código penal e em legislações especiais. No âmbito cível, os autores mencionam os preceitos que tem como norte a reparação de danos patrimoniais.

No complemento, Fazzio (2016, p. 11) ensina que a Lei de Improbidade Administrativa possui conceitos de outros ramos do direito, ou seja, possui caráter multidisciplinar, haja vista que os atos de improbidade administrativa não constituem matéria somente do Direito Administrativo. Com efeito, esse texto tem como escopo a tutela do direito difuso em relação à proteção do patrimônio público e à probidade administrativa.

A fim de ilustrar a multidisciplinaridade da Lei n.º 8.429, tem-se a seguinte menção:

Para sua conformação, concorrem preceitos de direito civil (arts. 5º e 6º), direito administrativo (arts. 2º; 11, incisos I e II; 13; 23, incisos I, II, e III), direito processual civil (art. 17 e §§), direito processual penal (art. 17, §12), direito penal (art. 19), direito constitucional (art. 12, suspensão dos direitos políticos), direito financeiro (art. 10, inciso VI), direito tributário (art. 10, inciso X), direito empresarial (art. 11, inciso VII) etc.

Qualquer prospecção sobre os dispositivos da Lei nº 8.429/92 tem com ponto de partida sua matriz constitucional a indicar sua natureza primordialmente sancionadora, mas sintonizada com o contexto administrativo-constitucional e com os direitos fundamentais. Ademais, como suas matrizes estão alojadas entre os parágrafos do art. 37 da Constituição Federal, é incontroverso que sua leitura depende do dispositivo do *caput* e deve se harmonizar com os outros parágrafos com os quais coexiste (FAZZIO, 2016, p. 11).

Outro ponto que deve ser levantado acerca da Lei de Improbidade Administrativa é em relação à sua constitucionalidade, uma vez que há correntes que defendem que a lei ofende a ordem constitucional, sendo questionada, mais especificadamente, sua inconstitucionalidade no âmbito formal e material (SIMÃO, 2017, p. 131).

Nesse diapasão, complementa Fazzio (2016, p.13).

Não é de hoje que se agita a questão da inconstitucionalidade da Lei nº 8.429/92. No plano material, discute-se sobre eventual ruptura federativa motivada pela substituição de competências, em detrimento de preceito constitucional. Na esfera formal, o debate se concentra na suposta irregularidade no processo legislativo que a produziu.

Em relação à inconstitucionalidade formal, a discussão é entorno de como a referida lei foi aprovada. Diga-se isso porque o artigo 65 da Constituição Federal prevê o bicameralismo, ou seja, a necessidade do projeto de lei passar tanto pelo Senado Federal como pela Câmara de Deputados, que atuarão como Casas iniciadora e revisora (SIMÃO, 2017, p. 135).

Contudo, afirma-se que o processo legislativo não seguiu os ditames do artigo 65 da Carta Magna, uma vez que:

O processo legislativo teve início na Câmara Federal (Casa iniciadora) onde foi aprovado o projeto de lei (PL nº 1.446/91) de iniciativa do Poder Executivo.

Em seguida, foi regularmente encaminhado ao Senado, no caso, a Casa Revisora. Afirma-se que o Senado Federal rejeitou integralmente o projeto aprovado na Câmara e aprovou outro, do próprio Senado, então remetido à Casa Iniciadora. Esta, após submetê-lo a modificações substanciais, aprovou-o e encaminhou-o à sanção presidencial, sem devolvê-lo ao Senado, Teria havido, pois, inobservância do disposto no art. 65 ss da Constituição Federal (FAZZIO, 2016, p. 13).

Ocorre que a premissa de que o Senado teria rejeitado de forma integral o Projeto de Lei oriundo da Câmara de Deputados é falso. Na verdade, o Senado

Federal (Câmara Revisora) aprovou um Substitutivo e encaminhou de volta à Câmara de Deputados (Câmara Iniciadora), sendo que esta elaborou alteração à Emenda Substitutiva e encaminhou à sanção presidencial. Assim, denota-se que o processo legislativo não feriu à ordem constitucional, pelo contrário, seguiu à risca os requisitos dos artigos 65 e 66 da Carta Superior (FAZZIO, 2016, p. 15).

No que tange à inconstitucionalidade material, a discussão diz respeito ao conteúdo previsto na Lei de Improbidade Administrativa, se fere ou não o texto constitucional. Diga-se isso porque pacto federativo, também conhecido como princípio federativo, (artigo 18 cumulado com artigo 60, §4º, da Constituição Federal) prevê que cada ente federal possui autonomia para regular as regras jurídicas de seu respectivo território, inclusive sobre as sanções de seus agente públicos. Ou seja, não há previsão expressa que autoriza a União a legislar sobre normas gerais de improbidade administrativa (FAZZIO, 2017, p. 132).

Para finalizar essa discussão e ratificar a constitucionalidade da Lei n.º 8.429/1992, Fazzio (2017, p. 133) traz a seguinte lição:

Entendemos que, embora não exista previsão expressa estabelecida no art. 24 da CF, ela decorre do §4º do art. 37 da CF, quando se reporta à lei especial. O primeiro ponto que refuta a tese de inconstitucional material é o fato de que a Constituição Feral não cuida, neste caso, de improbidade “disciplinar”, ou seja, aquela fundamentada no regime especial, sancionada pelo chamado Poder Disciplinar. Ela visa à proteção da ordem social, e não dos serviço internos. O que temos é o exercício do *jus puniendi* do Estado como finalidade social.

Com efeito, vislumbra-se que não há o que se falar em relação à constitucionalidade da Lei de Improbidade Administrativa, seja em âmbito formal ou no âmbito material, haja vista que foram observados todos os pressupostos para sua elaboração.

3 DO MINISTÉRIO PÚBLICO E SEUS RESPECTIVOS INSTRUMENTOS NA ATUAÇÃO EM CASOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O presente capítulo tem como fito demonstrar, resumidamente, os principais tópicos acerca da instituição Ministério Público, como sua origem histórica, princípios, garantias, funções e vedações, bem como apresentar os instrumentos utilizados pelo *Parquet* em se tratando de matéria de improbidade administrativa.

3.1 Origem histórica, princípios, funções, garantias e vedações do Ministério Público

O Ministério Público é instituição vital e fundamental no combate à condutas ímprobas, apresentando-se como órgão vanguardista na repressão dessas práticas, visto todo o amparo legal, constitucional e infraconstitucional, concedido ao *Parquet*, possuindo, com efeito, significativa autonomia e independência.

Para tanto, inicialmente, com o objetivo de explicar sua terminologia, se faz necessário trazer as seguintes as lições do doutrinador Tourinho Filho (2012, p. 411-412):

A palavra *Ministério* vem do latim *ministerium*, *i*, que significa o ofício do *minister*; *ri* (servidor), vale dizer, ofício do servidor. “Ministério Público” traz a ideia de um órgão incumbido de defender os interesses da sociedade, seja na área penal, em que é intensa sua atividade, seja no campo extra penal, em que não menos incansável sua tarefa, na defesa dos interesses sociais ou individuais indisponíveis. Creemos que a expressão *Ministère Public* foi empregada pela primeira vez pela lei francesa de 27 de janeiro de 1801.

Nessa senda, Moraes (2012, p. 631), visando conceituar o Ministério Público, menciona o seguinte:

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdição do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da Constituição Federal, art. 1º da Lei nº 8.625/93, art. 1º da Lei Complementar Federal nº 75/93 e art. 1º da Lei Complementar/SP nº 734/93).

No prosseguimento, com o fito de fazer um sucinto relato acerca da origem e da história da atuação do Ministério Público, menciona-se que esta instituição teve seu berço na França, em 1302, haja vista ter-se apresentado com caráter de

continuidade, em que pese haverem pessoas que defendam que o *Parquet* teve seus primórdios nos Éforos de Esparta, ou em Roma, outros, ainda, mencionam na Idade Média (MORAES, 2012, p. 624).

Ainda sobre a questão histórica, Tourinho Filho (2012, p. 413) esclarece a respeito da expressão *Parquet*, comumente usado para se referir ao Ministério Público. Nesse ínterim, explica que esse termo começou a ser usado na França antiga, quando os procuradores e advogados, durante a audiência, ficavam sobre o soalho (*parquet*), enquanto os juízes ficavam acima, em um estrado.

Já no Brasil, a primeira aparição do termo Ministério Público foi no Código de Processo Criminal de 1824, quando, brevemente, trouxe a menção do promotor da ação penal. Ulteriormente, teve-se sua regulação através do Decreto nº 120/1843, que tinha o condão de estipular o poder da nomeação dos promotores ao Imperador do Município da Corte e aos Presidentes nas Províncias (MORAES, 2012, p. 625).

Porém, o Ministério Público só ganhou papel de destaque quando da elaboração da Constituição Federal de 1934, momento em que o legislador pátrio preocupou-se em determinar sua existência em âmbito da União, Distrito Federal e Territórios, bem como nos Estados, sendo que deveriam, para tanto, serem regulados por lei. Ademais, a referida Carta Superior deteve-se em regulamentar que o ingresso como promotor de justiça se daria através de concurso público, e que a nomeação do chefe do Ministério Público, em âmbito Federal, seria através de nomeação feita pelo chefe do Poder Executivo (MORAES, 2012, p. 625).

Mais além, quando da confecção da Constituição Federal de 1967, o Ministério Público voltou a fazer parte do capítulo referente ao Poder Judiciário, substituindo o entendimento concretizado na Carta Magna de 1946, que o colocava em título especial, de forma independente dos demais poderes. Logo após, através da Emenda Constitucional 1/1969, o *Parquet* passou a figurar dentro do Poder Executivo (NOVELINO, 2012, p. 972).

Com relação à Constituição Cidadã, Moraes (2012, p. 627) ensina o seguinte sobre o protagonismo do Ministério Público:

A constituição atual situa o Ministério Público em capítulo especial, fora da estrutura dos demais poderes da República, consagrando sua total autonomia e independência e ampliando-lhe as funções (arts. 127/130), sempre em defesa dos direitos, garantias e prerrogativas da sociedade).

Nesse mesmo sentido, em relação à sua natureza jurídica, Novelino (2012, p.

973) corrobora o posicionamento supracitado, mencionando e defendendo que o Ministério Público trata-se de uma instituição constitucional autônoma, haja vista as diretrizes da Constituição Federal de 1988, bem como suas finalidades institucionais.

Além do mais, no que tange a estrutura orgânica do *Parquet*, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 128, incisos I e II, aduz que o Ministério Público abrange o Ministério Público da União e o Ministério Público dos Estados. Nesse sentido, ainda, a fim de delimitar suas atribuições e competências, cabe destacar que dentro do MPU estão alocados o Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar, Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Prosseguindo em relação aos apontamentos necessários sobre o Ministério Público, menciona-se que esta instituição possui princípios constitucionais setoriais, também denominados princípios institucionais, enumerados no artigo 127 da Constituição Federal, bem como princípios infraconstitucionais, estes elencados pela doutrina (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Nesse diapasão, menciona-se não haver hierarquia entre o Ministério Público da União e Ministério Público dos Estados, apenas definição de competências e atribuição de cada um deles. Destarte, imperioso frisar que os princípios institucionais devem ser analisados e interpretados em âmbito geral, ou seja, MPU e MPE (MORAES, 2012, p. 631).

Ainda sobre o tema de ausência de hierárquica entre os Ministérios Públicos, Moraes (2012, p. 631) apresenta importante trecho sobre a forma que em são resolvidos os conflitos de atribuições entre eles, a saber:

Ressalta-se que, nesse mesmo sentido de ausência de hierarquia entre os Ministérios Públicos, o Supremo Tribunal Federal solucionou lacuna legislativa no tocante à competência constitucional para dirimir conflitos de atribuições entre Ministérios Públicos de Estados diversos ou entre membros de Ministério Público Estadual e de um dos ramos da União. Conforme decidido, compete ao próprio STF “dirimir conflito de atribuições entre Ministérios Públicos Federal e Estadual, quando não configurado virtual conflito de jurisdição que, por força da interpretação analógica do art. 105, I, *d*, da CF, seja da competência do Superior Tribunal de Justiça.

Dentre os princípios institucionais, listados na Constituição Federal de 1988, citam-se os seguintes: unidade, indivisibilidade e princípio da independência ou autonomia funcional (NOVELINO, 2012, p. 974-975).

No que tange ao princípio da unidade, Tourinho Filho (2012, p. 428) ensina que

este princípio refere-se ao fato de que os órgãos do Ministério Público, em sentido amplo, atuam de forma interligada, ou seja, afasta a hipótese de atuarem de forma isolada.

É desse princípio que se extrai a informação de que a correta terminologia ao se direcionar ao Promotor de Justiça é chama-lo de representante do Ministério Público, e não representante, haja vista que, naquela ocasião, quando atuando em seu cargo, o Promotor é a personificação do próprio *Parquet*.

Não obstante a isso, cabe mencionar que, se tratando do princípio da unidade, ou seja, o fato dos Promotores de Justiça formarem a própria instituição, estes estão subordinados de forma administrativa a uma única chefia (NOVELINO, 2012, p. 974).

Completando a abordagem sobre o referido princípio, têm-se os seguintes ensinamentos de Novelino (2012, p. 974):

A unidade deve ser compreendida sob o *aspecto funcional*, uma vez que o Ministério Público possui uma *divisão orgânica* criada para atender à estrutura federativa adotada no Brasil, a exemplo do que ocorre com o Poder Judiciário. Sob esse *prisma*, só existe uma unidade dentro de cada Ministério Público (CF, art. 128), não podendo o membro de um determinado ramo exercer as atribuições de inerentes a outro. O princípio da unidade torna legítima a atuação do Ministério Público Federal, junto aos Tribunais Superiores, nas ações ajuizadas pelos Ministérios Públicos Estaduais, ou mesmo naquelas em que intervieram no âmbito da Justiça Estadual. A unidade não impede que os membros do Ministério Público assumam posições divergentes em sua atuação, tendo em vista sua independência funcional.

Para finalizar, ressalta-se que a unidade só existe dentro de cada Ministério Público. Em outras palavras, inexistente este princípio entre o Ministério Público dos Estados e Ministério Público da União, em qualquer um dos ramos, tampouco entre Ministérios Públicos de diferentes Estados e entre os próprios ramos do Ministério Público da União (MORAES, 2012, p. 632).

No que diz respeito ao princípio da indivisibilidade, Novelino (2012, p. 974) menciona que este princípio decorre do princípio da unidade, possibilitando que os Promotores de Justiça do mesmo ramo substituam-se uns aos outros no curso do mesmo processo, não havendo, com efeito, uma vinculação do Promotor de Justiça ao processo. Contudo, observa o doutrinador sobre a necessidade de se observar o ordenamento jurídico para verificar se não há impedimentos para a substituição.

Desta forma, através da substituição dos Promotores de Justiça, não existe a

possibilidade de o Ministério Público subdividir-se, impossibilitando, com efeito, a criação de outros órgãos autônomos (MORAES, 2012, p. 632).

Adiante, o princípio da independência funcional fornece ao diretamente ao Promotor de Justiça grande autonomia na tomada de suas decisões.

Como bem ensina Tourinho Filho (2012, p. 431-432), o Ministério Público, a partir da Constituição de 1988, conquistou grandes avanços, dentre eles o princípio da autonomia funcional.

Nesse diapasão, menciona-se que ao Promotor de Justiça não lhe é dada a tarefa de prestar contas da tomada de suas decisões a ninguém, nem, tampouco, a seu superior hierárquico, devendo, somente, seguir a Constituição Federal, as leis e a sua própria consciência (MORAES, 2012, p. 632).

Destarte, os órgãos de administração superior do Ministério Público não possuem legitimidade e capacidade para propor diretamente ao Promotor de Justiça titular do processo judicial ou expediente administrativo a ordem para agir conforme seu respectivo ponto de vista ou interesse. Porém, a administração superior pode, apenas, expedir recomendações em caráter normativo, direcionadas a todos os seus membros, não apenas de forma individual e direta (MORAES, 2012, p. 632-633).

Não obstante a isso, menciona-se a lição de Novelino (2012, p. 974-975), no sentido de que o princípio da independência funcional versa, também, acerca da autonomia da instituição Ministério Público, e não somente em relação ao Promotor de Justiça. A saber:

O princípio da independência funcional deve ser compreendido em dois aspectos. Em relação à *instituição*, a Lei Maior assegurou uma série de garantias e prerrogativas visando à preservação de sua independência, de modo a evitar pressões e interferências de ordem externa. No tocante aos seus *membros*, assegura a liberdade para o exercício de suas funções, impedindo uma subordinação que não seja à Constituição Federal, às leis ou à sua própria consciência.

Outro princípio que merece destaque é o do promotor natural. Mesmo não estando elencado no rol dos princípios institucionais do *Parquet*, ou seja, não possui previsão no artigo 127 da Carga Maior, esse princípio possui grande valor quando se fala do Ministério Público.

Da mesma maneira do princípio constitucional do juiz natural, esse princípio aduz que, mesmo antes da ocorrência do fato apurado, o investigado, aqui se falando em casos de improbidade administrativa, deverá ter o conhecimento acerca

do Promotor de Justiça titular da Promotoria de Justiça responsável pela apuração e investigação de casos que envolvam essa matéria, ou seja, a atuação deverá ser predeterminada (NOVELINO, 2012, p. 975).

Nesse íterim, Moraes (2012, p. 634) acrescenta e finaliza os comentários em relação ao princípio do promotor natural:

É inadmissível, portanto, após o advento da Constituição Federal, regulamentada pela Lei n.º 8.625/93, que o Procurador-geral faça designações arbitrárias de Promotores de Justiça para uma Promotoria ou para as funções de outro Promotor, que seria afastado compulsoriamente de suas atribuições e prerrogativas legais, porque isto seria ferir a garantia da inamovibilidade prevista no texto constitucional. Esta inamovibilidade é ampla, protegendo o cargo e a função, pois seria um contrassenso ilógico subtrair as respectivas funções aos próprios cargos.

No que concerne às funções do Ministério Público, imprescindível mencionar que estas estão enumeradas no artigo 129 da Constituição Federal de 1988.

Nessa perspectiva, Moraes (2012, p. 635) registra que a Carta Magna aumentou significativamente as funções do *Parquet* e fortaleceu a própria instituição, tanto na esfera penal quanto na área cível. Nesse diapasão, cita sobre a função da titularidade do Ministério Público ação penal pública, bem como na atuação na área cível, através da fiscalização dos demais Poderes Públicos e da defesa da legalidade e moralidade administrativa, através da titularidade da ação civil pública e inquérito civil.

A fim de melhor delimitar e expor as funções atribuídas ao Ministério Público, colacionam-se as atribuições previstas no artigo 129 da Carga Maior:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - 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; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. (BRASIL, 1988,

<<http://www.planalto.gov.br>>).

Outrossim, necessário frisar que o artigo 129 da Constituição Federal é meramente exemplificativa, podendo, nesse íterim, o Ministério Público exercer outras funções que lhe forem atribuídas, desde que compatíveis com sua finalidade, conforme aduz o artigo 129, inciso IX, da Constituição Federal de 1988. Para tanto, a própria Lei Orgânica do Ministério Público (Lei 8.625/93) acrescenta diversas funções atribuídas ao *Parquet* (MORAES, 2012, p. 636).

Para finalizar, Moraes (2012, p. 636-637) faz uma importante ressalva, no sentido da impossibilidade de Leis Municipais atribuírem funções ao *Parquet*, sendo que apenas os Estados e a União poderão estabelecer tais atribuições, em concordância com as finalidades institucionais.

No que diz respeito às garantias e vedações dos membros do Ministério Público, imperioso explicar que estão previstas no artigo 128, § 5º, incisos I e II.

Em relação às garantias, Moraes (2012, p. 442) ensina o seguinte:

As garantias constitucionais do Ministério Público foram-lhe conferidas pelo legislador constituinte objetivando o pleno e independente exercício de suas funções e podem ser divididas em garantias institucionais e garantias aos membros. Tão importante este objetivo, que a Constituição Federal considera crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de atos atentatórios do livre exercício do Ministério Público (art. 85, II, da Constituição Federal).

A primeira garantia atribuída ao membro do Ministério Público é a vitaliciedade. Nessa senda, Tourinho Filho (2012, p. 414), ao explicar acerca dessa garantia, menciona que o Promotor de Justiça adquire a vitaliciedade decorrido 2 anos de exercício, após o estágio probatório.

Não obstante, necessário aduzir que o Promotor de Justiça perderá o cargo apenas com sentença judicial transitada em julgada, nos casos elencados no artigo 38, § 1º, da Lei 8.625, a saber: I – prática de crime incompatível com o exercício do cargo; II – exercício de advocacia e III – abandono do cargo por prazo superior a 30 dias corridos. (BRASIL, 1993, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Porém, cabe a observação que vitaliciedade não corresponde à perpetuidade, visto que o Promotor de Justiça, ao completar 70 anos de idade, será compulsoriamente aposentado, e aos 35 anos, voluntariamente (TOURINHO FILHO, 2012, p. 414).

A inamovibilidade é a segunda garantia atribuída ao membro do Ministério Público.

Conforme instrui Novelino (2012, p. 992), esta garantia serve para dar segurança ao Promotor de Justiça, com o fito de evitar pressão e garantir a independência funcional, uma vez que este não poderá ser removido contra a sua vontade, nem mesmo em hipótese de promoção.

A única hipótese que permite a remoção do membro do *Parquet* é em virtude do interesse público, situação prevista no artigo 128, § 5, I, *b*, da Constituição Federal, ocasião que o órgão colegiado competente (Conselho Superior do Ministério Público), pelo voto da maioria absoluta, assegurada a ampla defesa, decidirá pela remoção do Promotor de Justiça (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

A última garantia atribuída ao Promotor de Justiça é a irredutibilidade de subsídio. Na mesma intenção das duas supracitadas garantias, o objetivo desta é proporcionar segurança ao membro do Ministério Público, a fim de que este não sofra intimidações em face da possibilidade de ser reduzido o seu subsídio.

A título de complementação, Moraes (2012, p. 643) menciona que, além destas três garantias atribuídas diretamente ao Promotor de Justiça, a Carta Maior prevê garantias da própria instituição Ministério Público. Nesse sentido, ensina que estas garantias são: autonomia funcional, administrativa e financeira, listadas no artigo 127, §§ 2º e 3º da Constituição Federal, bem como o modo de nomeação e destituição do procurador-geral, elencada no artigo 128, §§ 1º, 2º, 3º e 4º.

Em contrapartida, as vedações impostas ao Promotor de Justiça estão elencadas no artigo 128, inciso II, da Constituição Federal. São elas:

a) – receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; b) – exercer advocacia; c) – participar de sociedade comercial, na forma da lei; d) – exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer função pública, salvo uma de magistério; e) – exercer atividade política e f) – receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Com o condão de explicar a necessidade destas vedações, Novelino (2012, p. 992) ensina o seguinte:

As vedações impostas aos membros do Ministério Público atual como *garantias de imparcialidade* que visam a assegurar o correto exercício de suas atribuições, impedindo a prática de condutas capazes de comprometer sua atuação funcional. Uma análise comparativa revela a grande proximidade com as vedações impostas aos magistrados (CF, art. 95, parágrafo único).

Assim, apresentado os princípios aspectos sobre a instituição Ministério Público, passa-se, agora, à análise dos instrumentos por este utilizado para averiguação e comprovação do ato ímprobo, bem como, em sendo verificada a improbidade administrativa, os meios para aplicação das sanções positivadas e demais medidas.

3.2 O Ministério Público frente a importante ferramenta de combate à improbidade administrativa: o inquérito civil

Para realizar a análise da atuação do Ministério Público na seara da improbidade administrativa, imprescindível verificar e examinar seus respectivos instrumentos. Nesse sentido, o inquérito civil possui grande importância, visto ser peça fundamental em âmbito extrajudicial para averiguar e investigar condutas tipificadas como ímprobos.

O inquérito civil foi criado através da Lei 7.347/85 (Lei da ação civil pública), com previsão em seu artigo 8º, §1 e consagrado no texto constitucional, mais especificadamente em seu artigo 129, inciso III, o qual prevê as funções do Ministério Público (MAZZILLI, 2007, p. 421).

Com a intenção de conceituar esse instrumento, o doutrinador Mazzilli (2007, p. 411) aduz, sucintamente, que o inquérito civil trata-se de uma investigação administrativa de responsabilidade do órgão ministerial, em que são colhidos elementos para o ajuizamento de ação civil pública, ou, subsidiariamente, para que o promotor de justiça prepare a elaboração de termo de ajustamento de conduta, realize audiências públicas, bem como elabore recomendações.

Nesse mesmo objetivo, Simão (2017, p.371-372) traz as seguintes palavras acerca do inquérito civil:

Denomina-se *inquérito civil* o procedimento administrativo instaurado pelo Ministério Público com a finalidade de esclarecer a necessidade ou não da ação do órgão ministerial. É uma atividade administrativa, com finalidade estritamente administrativa (*opinio delicti*). Foi criado como similar ao

inquérito policial, ou seja, um instrumento de investigação com objeto diferenciado daquele. Em outras palavras, foi criado um instrumento de investigação de ilícitos extrapenais, como forma de evitar lides temerárias e proporcionar uma melhor atuação do membro ministerial.

Em relação à importância deste instrumento em situações envolvendo possíveis práticas ímprobas, Garcia e Alves (2017, p. 822-823) mencionam que o inquérito civil possui grande magnitude no trabalho realizado pelo Ministério Público, haja vista que, através dele, se torna possível o esclarecimento de fatos geralmente complexos tomados pelo atuar ímprobo, bem como viabiliza a análise se existe, ou não, interesse de agir.

Porém, em uma linha de entendimento minoritária, Simão (2017, p. 373-374) defende que, considerando que o ato ímprobo é investigado e punido através dos ditames presentes na Lei 8.429/92, a qual não prevê o inquérito civil como instrumento de investigação, não seria possível a utilização deste procedimento administrativo em casos de improbidade administrativa.

Para embasar esse entendimento, o autor menciona duas razões, quais sejam: a) através de interpretação histórica, foi constatada a intenção do processo legislativo de excluir o inquérito civil como meio de investigação do Ministério Público, permitindo, apenas, ao *Parquet* o poder requisitório em face da autoridade policial; b) em se tratando de matéria de improbidade administrativa, as funções do Ministério Público devem sofrer uma releitura, ou seja, estas estão previstas no regramento específico do artigo 37, §4º, da Constituição Federal e na Lei de Improbidade Administrativa - interpretação gramatical e teleológica (SIMÃO, 2017, p. 374).

Desta forma, Simão (2017, p. 374) conclui o seguinte sobre a utilização do inquérito civil para fins de investigação de improbidade administrativa:

Enfim, o inquérito civil não é instrumento típico de investigação dos ilícitos previsto na Lei nº 8.429/92. Ciente o membro do Ministério Público do ato de improbidade administrativa, e faltando-lhe fortes indícios da configuração do ilícito e de sua autoria, deverá requisitar a abertura de processo administrativo e/ou inquérito policial. Aliás, essa orientação tem razão de ser em face da própria natureza da legitimidade do Ministério Público, como se verá adiante (*infra*, nº 31.4.2). Entretanto, sendo requisitada a abertura dos citados instrumentos de investigação e não tendo sido atendida a ordem, acreditamos que apenas nesse caso seria legítima a investigação pelo Ministério Público. O inquérito civil deve ser, dessa forma, um procedimento de investigação residual.

Em posicionamento antagônico ao acima citado, Garcia e Alves (2017, p. 828) aduzem que, mesmo que o artigo 22 da Lei 8.429/92 não mencione o inquérito civil como instrumento de investigação do Ministério Público em casos de improbidade administrativa, essa regra tem como escopo apenas facilitar o trabalho do *Parquet*, e não impossibilitar a utilização desse instrumento. Para corroborar esse entendimento, os autores mencionam que realizar uma análise contrária iria contra a Constituição Federal (artigo 129, inciso III) e leis subsequentes à Lei 8.429/92, no caso a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei 8.625/93) e Lei Complementar nº 75/93.

Prosseguindo, ressalta-se que, por não ter o objetivo de composição de conflitos, tampouco veicular qualquer tipo de acusação, durante o inquérito civil não é necessário respeitar o contraditório (GARCIA; ALVES, 2017, p. 821).

Adiante, Fazzio (2016, p. 399-400) ensina que, para o ajuizamento de ação civil pública de improbidade administrativa, não é necessária a instauração e a existência de inquérito civil, haja vista não haver nenhuma previsão legal nesse sentido. Isto porque, a defesa dos fatos investigados e imputados ao agente ímprobo é realizada em âmbito judicial, com a amplitude do contraditório e da ampla defesa.

Nesse mesmo sentido, o doutrinador Mazzilli (2007, p. 422) frisa e reitera as lições acima citadas, no sentido de que a instauração de inquérito civil não é sequer pressuposto processual para o ajuizamento de ação civil pública, visto que, havendo elementos suficientes para demonstrar e provar a prática ímproba, o inquérito civil torna-se prescindível, do mesmo modo que o inquérito policial é dispensável para a ação penal.

Nessa esteira, menciona-se que, para o ajuizamento da ação civil pública por parte dos co-legitimados, pouco interessa se o inquérito civil continua tramitando ou se foi arquivado pelo membro do *Parquet*, bem como que a instauração e/ou arquivamento não condiciona ou impede o ajuizamento da ação (MAZZILLI, 2007, p. 422).

Contudo, mesmo não sendo imprescindível em casos de investigação de improbidade administrativa, este instrumento é recomendável, visto que pode impedir o ajuizamento de ações temerárias (FAZZIO, 2016, p. 400).

Não obstante a isso, Garcia e Alves (2017, p. 829-835) defendem que o Promotor de Justiça, em verificando que há indícios de atos de improbidade administrativa, os quais necessitam de investigação mais profunda (isto é, não há

elementos suficientes e contundentes para de início ajuizar ACP), deverá obedecer ao princípio da obrigatoriedade, princípio este que também rege a ação penal e ação civil pública, ou seja, deverá instaurar o inquérito civil. Isto porque, o inquérito civil está diretamente vinculado à ação civil pública (que é regida por este princípio), bem como pelo fato de que, havendo indícios de improbidade administrativa, o eventual arquivamento do procedimento que investiga essas condutas deverá passar pelo crivo do Conselho Superior do Ministério Público, o que não ocorre quando do arquivamento de outros procedimentos administrativos preparatórios.

No que concerne à instauração do inquérito civil, necessário destacar que pode se dar através de quatro maneiras, a saber: de ofício; mediante representação; mediante comunicação; através de determinação do Procurador Geral de Justiça ou do Conselho Superior do Ministério Público. Outrossim, ressalta-se que não há impedimentos para que o inquérito civil seja instaurado com base em denúncia anônima (FAZZIO, 2016, p. 402).

Nesse diapasão, a título de exemplo diretamente relacionado ao estudo, cabe mencionar que o artigo 14 da Lei de Improbidade Administrativa prevê a possibilidade de qualquer pessoa representar à autoridade competente para que seja aberta investigação acerca de possível conduta ímproba (BRASIL, 1992, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Para melhor explicar o artigo 14 da Lei nº 8.429/92, tem-se as seguintes lições dos doutrinadores Garcia e Alves (2017, p. 835):

Consectário do direito de petição constitucionalmente consagrado (art. 5º, XXXIV), a faculdade de representar ao Poder Público com vistas à apuração de supostos atos de improbidade constitui-se num importante instrumento de combate aos desmandos administrativos, investindo o indivíduo e a própria sociedade no papel de fiscais dos atos praticados na gestão da coisa pública, dimensionando, inclusive, o próprio conceito de cidadania. Por autoridade administrativa competente, destinatária da representação a teor do *caput* do art. 14, além dos integrantes do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, deve-se entender toda aquelas que, integrando a estrutura político-administrativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em qualquer dos Poderes, disponham de atribuição legal para a apuração e conseqüente sancionamento administrativo da suposta improbidade. Nessa linha, a representação pode ser encaminhada aos Chefes dos respectivos Poderes em cada nível federativo, ou mesmo a seus auxiliares mais diretos (Ministros de Estado, Secretários Estaduais ou Municipais, Corregedores de Justiça, integrantes das Mesas Legislativas).

Além do mais, à luz do artigo 15 da Lei nº 8.429/92, quando instaurado procedimento, a comissão processante deverá informar ao Ministério Público e ao

Tribunal de Contas, a fim de que estes tomem conhecimento da investigação e designem representantes para acompanhar o trâmite da investigação (BRASIL, 1992, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Quando da instauração do inquérito civil, o agente ministerial responsável pelo procedimento, ou seja, aquele competente para propor a possível ação civil pública, deverá delimitar o objeto de investigação do inquérito civil, a fim de melhor prosseguir a investigação da possível conduta ímproba praticado pelo agente.

Outro ponto que merece destaque acerca do assunto inquérito civil é a possibilidade de ser expedida, durante a instrução, bem como após realizado seu arquivamento, recomendação aos órgãos ou pessoas investigadas. A recomendação nada mais é do que um documento formal expedido pelo Ministério Público, manifestando a exigência de que o investigado adote medidas com o fito de sanar e solucionar a matéria em comento no bojo do procedimento investigatório. Desta forma, caso não sejam adotadas medidas nesse sentido e a recomendação não seja cumprida, o agente ímprobo, ciente da ilicitude, estará evidenciando o dolo em sua conduta. Ou seja, o não cumprimento da recomendação é prova bastante robusta para o ajuizamento da ação civil pública.

Assim sendo, realizadas todas as diligências necessárias durante o trâmite do inquérito civil, o Promotor de Justiça poderá, após delimitar o objeto da investigação e analisar as provas colhidas no caderno investigatório, adotar três alternativas.

A primeira, e também mais corriqueira, é o ajuizamento de ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Nesse ínterim, importante mencionar a seguinte hipótese: o inquérito civil tramitou regularmente tendo como investigados mais de uma pessoa. No curso das investigações, restou cristalino que um dos investigados em nada participou na conduta ímproba investigada. Com efeito, o *Parquet*, levando em conta inclusive o princípio da verdade real dos fatos, deverá ajuizar a ação civil pública em face apenas dos investigados que contra eles haja indícios veementes do ato ilícito, promovendo pelo arquivamento, perante o Conselho Superior do Ministério Público, do inquérito civil em relação ao investigado probo.

Outra possibilidade a ser adotada pelo Promotor de Justiça é o arquivamento do inquérito civil. Essa alternativa é aplicada quando, após realizada toda a instrução no caderno investigatório, resta averiguado que não há elementos informativos suficientes para embasar o pedido de condenação na esfera cível. Outra hipótese

para que haja a promoção de arquivamento é quando o fato improprio investigado já restou fulminado pelo fenômeno da prescrição. Destarte, mesmo que haja indícios de improbidade, infelizmente o presentante do Ministério Público deverá optar pelo arquivamento, a fim de evitar uma judicialização desnecessária, haja vista que a ação será extinta futuramente sem alcançar os objetivos almejados.

Ainda sobre o arquivamento do inquérito civil, imperioso mencionar sobre a necessidade de homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público (CSMP). Desta maneira, após confeccionada a respectiva promoção, os autos são encaminhados ao CSMP. Este órgão superior é responsável por analisar os fundamentos que embasaram o arquivamento, bem como o próprio caderno investigatório. Em seguida, é decidido acerca da homologação ou não do inquérito civil. Em caso negativo, o inquérito civil, tendo em vista o princípio da independência funcional, é encaminhado a outro Promotor de Justiça, a fim de que ajuíze a ação civil pública ou de continuidade na colheita de provas, se assim for necessário.

Por fim, a última possibilidade que poderá ser adotada é a escolha pelo firmamento de TAC. Contudo, considerando que esse assunto será amplamente discutido ainda nesse e no próximo capítulo, não será aqui abordado profundamente, a fim de evitar desnecessária tautologia.

3.3 Ação Civil Pública

Inicialmente, imperioso aduzir que a ação civil publica encontra-se elencada dentro do rol de ações coletivas, uma vez que o autor destas ações tem como objetivo a defesa de direitos que visam o interesse de uma comunidade ou de um grande grupo, e não apenas o seu próprio direito (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 731).

Acerca do surgimento das ações coletivas, Theodoro Júnior (2016, p. 731) ensina o seguinte:

O surgimento das ações coletivas é fruto da superação, no plano jurídico-institucional, do individualismo exacerbado pela concepção liberal que o Iluminismo e as grandes revoluções do final do século XVIII impuseram à civilização ocidental. O século XX descobriu que a ordem jurídica não podia continuar disciplinando a vida em sociedade à luz de considerações que focalizassem o indivíduo solitário e isolado, com capacidade para decidir soberanamente seu destino. A imagem que se passou a ter do sujeito de direito, em fundamentalidade, é a “da pessoal humana dotada de um valor

próprio, mas inserido por vínculos e compromissos, na comunidade em que vive”.

Mais especificadamente sobre o surgimento da ação civil pública, Di Pietro (2012, p. 872) menciona que a primeira aparição, em âmbito legislativo, desta ação foi no bojo da Lei Complementar Federal nº 40/81 (Lei Orgânica do Ministério Público), que, conforme já mencionado, instituiu as funções do *Parquet*, dentre elas a promoção de ação civil pública.

Contudo, sua definição propriamente dita só foi possível através da Lei nº 7.347/85, responsável por disciplinar o tema.

Completando sua abordagem, a autora refere em relação ao progresso legislativo da ação civil pública, passando a ser incluída como tema constitucional:

A denominação justifica-se quer pela titularidade da ação (que compete ao Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público e à de direito privado que integram a Administração Indireta e, excepcionalmente, a entidades particulares) quer pelo seu objeto, que é sempre a defesa de interesse público ou, mais especificadamente, de interesses difusos. Surgiu na legislação ordinária, mas erigiu-se a nível constitucional, não no título concernente aos direitos e garantias individuais e coletivas, à semelhança da ação popular e do mandado de segurança coletivo, mas apenas mencionada na seção referente ao Ministério Público, entre as suas funções institucionais [...] (DI PIETRO, 2012, p. 873).

Acerca do objeto da Lei 7.347/85, imperioso mencionar que se encontram listados no caput do artigo 1º do referido ordenamento. Nesse ínterim, regem-se por esta lei as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causadas em face do meio ambiente; do consumidor; dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; do interesse difuso e coletivo; **de infração da ordem econômica**; à ordem urbanística; da honra e da dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e **do patrimônio público e social** (MAZZILI, 2007, p. 125, grifo nosso).

Todavia, o autor menciona que não são apenas esses os objetos da ação civil pública. Nesse sentido, relata que, além das ações de responsabilidade por danos morais e materiais acima citadas, a Lei 7.347/85 também tem com objeto pedido destinado a evitar danos, pedido preventivo, conforme artigo 4º; pedido cominatório, ou seja, condenação em dinheiro ou em obrigação de fazer ou não fazer, presente em seu artigo 3º; e qualquer outro pedido para eficaz tutela coletiva, com base no

artigo 21, cumulado com artigo 83 e 90 do Código de Defesa do Consumidor (MAZZILI, 2007, p. 124).

Em contrapartida, Di Pietro (2012, p. 874) assevera que, através da Medida Provisória nº 2.180/85, responsável por introduzir o parágrafo único do artigo 1º da lei em comento, não poderá ser objeto de ação civil pública pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

No que diz respeito à legitimação para a propositura desta ação, Theodoro Júnior (2016, p. 738-739) expõe que, naturalmente, cabe ao Ministério Público, uma vez que este é o responsável pelo inquérito civil, procedimento, conforme mencionado, responsável pela colheita de elementos informativos para embasar a ação. É nesse ínterim que disciplina o artigo 8, §1º, da Lei 7.347/85, em que possibilita ao *Parquet* a instauração deste procedimento, bem como requisitar aos demais órgãos, públicos ou privados, documentos necessários para a propositura da inicial.

A importância do Ministério Público é tamanha que este órgão de execução, em sendo a ação proposta por outro legitimado, deverá intervir como fiscal da lei, à luz do artigo 5º, §1º, da Lei 7.347/85. Não obstante a isso, em havendo abandono ou desistência por parte de associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade da ação, conforme aduz o §3º do mesmo artigo (BRASIL, 1985, <<http://www.planalto.gov.br>>)..

Contudo, há outros legitimados para propor este tipo de ação, conforme aduz o artigo 5º do referido ordenamento jurídico. Em relação aos demais legitimados, Theodoro Júnior (2016, p. 738) narra o seguinte:

A lei, contudo, atribui legitimação **concorrente** a outras entidades, pessoas jurídicas estatais, autárquicas e paraestatais, bem como associações destinadas à proteção do meio ambiente ou à defesa do consumidor para promover a ação civil pública (*idem*, art. 5º). Na ordem prática não há preferência alguma entre os diversos legitimados.

Assim sendo, realizando análise sobre o artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública, percebe-se que possui legitimação para promover esta ação:

- I – Ministério Público;
- II – Defensoria Pública;

- III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
- IV – autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
- V – associação, que, concomitantemente:
 - a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil
 - b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (BRASIL, 1985, <<http://www.planalto.gov.br>>).

No que concerne ao sujeito passivo, Di Pietro (2012, p. 876) aduz que “poderá ser qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, responsável por dano ou ameaça de dano a interesse difuso ou geral”.

Mais precisamente sobre a questão direcionada à improbidade administrativa, Fazzio (2016, p. 431-433) traz à tona a discussão sobre a natureza da ação de improbidade administrativa, isto é, se é, ou não, considerada ação civil pública.

Nesse diapasão, menciona que há juristas de renome, como Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, que defendem o entendimento que a ação civil pública não pode estar elencada dentre o rol de ações civis públicas. Isto porque, conforme essa linha de raciocínio, a ação de improbidade administrativa tem contornos próprios, regidos pela LIA, somado ao fato que a Lei 7.347/85 não disciplina especificadamente sobre o tema improbidade administrativa, sendo que existe lei específica regulando essa matéria. (FAZZIO, 2016, p. 431).

Todavia, o doutrinador defende o posicionamento de que a ação de improbidade administrativa possui natureza de ação civil pública. Justifica, nesse diapasão, que o patrimônio público e o interesse de que a administração pública seja proba e honesta são interesses transindividuais, ou seja, difusos.

Nessa linha de raciocínio, Simão (2017, p. 343) ratifica que o interesse à probidade administrativa trata-se de interesse difuso, haja vista que é a intenção de toda uma coletividade.

Completando seu entendimento, Fazzio (2016, p. 432) informa que a proteção ao patrimônio público e social é uma das funções do Ministério Público, tutelada por ação civil pública, conforme aduz o artigo 129 da Constituição Federal. Ou seja, além de tratar-se de interesse difuso, a proteção do patrimônio público, por parte do Ministério Público, se dá através de ação civil pública.

Para finalizar esse tema, imperioso mencionar sobre a necessidade de ser observado o princípio da obrigatoriedade também no que diz respeito à propositura de ação civil pública em face de atos de improbidade administrativa.

Assim entendem Garcia e Alves (2017, p. 932). Para os autores, conforme já mencionado, do mesmo modo que há necessidade de ser instaurado o inquérito civil quando há elementos que demonstrem possível ato ímprobo, é evidente que o Promotor de Justiça deverá ajuizar a ação civil pública quando constatada essa prática.

Conforme ensinam os autores, o princípio da obrigatoriedade não alcança somente ao Ministério Público. Os demais legitimados para propositura da ação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) devem busca a reparação do dano causado ao erário. Isto decorre, principalmente, do artigo 23, inciso I, da Constituição Federal, que aduz a competência comum destes de zelar e conservar o patrimônio público. Além do mais (GARCIA; ALVES, 2017, p. 933).

3.4 Termo de Ajustamento de Conduta

Principal assunto do presente trabalho, o termo de ajustamento de conduta, também conhecido por sua abreviatura, TAC, é um dos principais instrumentos utilizados pelo Promotor de Justiça em seu campo de atuação, juntamente com os acima citados.

Todavia, considerando que esse tema será objeto de análise extensa e detalhada no corpo do terceiro capítulo, este momento servirá, apenas, para realizar algumas pincelas sobre o TAC, com o fito de conceitua-lo e mostrar alguns pontos importantes.

De início, necessário aduzir que o termo de ajustamento de conduta surgiu no ordenamento jurídico pátrio em 1990, ocasião que o Estatuto da Criança e Adolescente inovou e previu esse instrumento como forma de ajustamento das obrigações envolvendo as partes (MAZZILLI, 2007, p. 377). Posteriormente, teve previsão no Código de Defesa do Consumidor, sendo o CDC responsável por introduzir este instrumento na Lei de Ação Civil Pública, mais especificadamente em seu artigo 5, § 6º.

Com o objetivo de defini-lo, Mazzilli menciona que o TAC é um título executivo extrajudicial:

É ele um título executivo extrajudicial, por meio do qual um órgão público legitimado toma do causador do dano o compromisso de adequar sua conduta às exigências da lei.

Como tem natureza bilateral e consensual, poderíamos ser tentados a identifica-lo como uma transação do direito civil. Não seria correto, porém, esse raciocínio. Se tivesse natureza mesmo a natureza de transação verdadeira e própria, seria um contrato, porque suporia o poder de disposição dos contratantes, que, por meio de concessões mútuas, preveniriam ou terminariam o litígio

Entretanto, o compromisso de ajustamento de conduta não é um contrato; nele o órgão público legitimado não é titular do direito transindividual, e, como não pode dispor do direito material, não pode fazer concessões quanto ao conteúdo material da lide. Nem se diga que o compromisso teria natureza contratual porque o órgão público nele também assumiria uma obrigação, qual seja a de fiscalizar o seu cumprimento (MAZZILLI, 2007, p. 385),

Destarte, conclui o autor que o TAC é um ato administrativo negocial, sendo que somente o investigado se compromete a cumprir uma obrigação. Nesse ínterim, menciona que o órgão público que o toma em nada se compromete, exceto, implicitamente, em se abster de ajuizar ação civil pública, uma vez que já possui título executivo extrajudicial (MAZZILLI, 2007, p. 385).

Além disso, no que tange à legitimidade para celebração do TAC, Mazzilli (2007, p. 382- 384) defende que nem todos os elencados para propor a ação civil pública, através do artigo 5º da Lei 7347/85, possuem legitimidade para tomar o compromisso de ajustamento. Veja-se:

Assim, cremos ser possível desmembrar a resposta ao problema da seguinte maneira:

a) Quando se trate de órgãos pelos quais o Estado administra o interesse público, ainda que integrem a chamada administração indireta (como autarquias, fundações públicas ou empresas públicas), nada obsta a que tomem compromissos de ajustamento quando ajam na qualidade de entes estatais. Dessa forma, por exemplo, quando as empresas estatais ajam como prestadores ou exploradores de serviço público, em tese é aceitável também possam tomar compromisso de ajustamento;

b) Contudo, quando os órgãos estatais ajam na qualidade de exploradores da atividade econômica, não se admite possam tomar compromissos de ajustamento. Com efeito, a esses órgãos e empresas dos quais os Estados participa, quando concorram na atividade econômica em condições empresariais, não se lhes pode conceder a prerrogativa de tomar compromissos de ajustamento de conduta, sob pena de estimular desigualdades afrontosas à ordem jurídica, como é o caso das sociedades de economia mista ou das empresas públicas, quando ajam em condições de empresa no mercado.

Outrossim, o autor traz algumas características acerca do TAC, citando, como exemplo, que não há concessões de direito material por parte do órgão público legitimado, mas apenas a assunção da obrigação de fazer ou não fazer por parte do causador do dano; o fato de não necessitar testemunhas; não ser necessário a homologação em juízo; a necessidade do título conter obrigação certa, quanto ao

seu objeto e existência, haja vista que o compromisso obtido constitui título executivo extrajudicial (MAZZILLI, 2007, p. 386-387).

Ademais, necessário mencionar sobre a possibilidade de ser realizado o arquivamento parcial do inquérito civil, com a realização do TAC apenas sobre determinado ponto da investigação. Nessa situação, o Promotor de Justiça deverá, quando da celebração do TAC, realizar o arquivamento do IC da matéria ajustada em termo, sendo que o restante das investigações continuará tramitando na Promotoria de Justiça, agora em novo expediente. Nesse ínterim, insta gizar que a homologação frente ao Conselho Superior do Ministério Público diz respeito ao inquérito civil, e não ao TAC celebrado, uma vez que este, a partir de sua celebração, *a priori*, já possui eficácia (MAZZILLI, 2007, p. 389-391).

Finalmente, considerando que o TAC é celebrado no curso do inquérito civil, reforça-se em relação à necessidade de o IC ser encaminhado ao CSMP, a fim de que o Conselho Superior homologue, ou não, o arquivamento do expediente, com base nos mesmos fundamentos expostos no item 3.2 do presente trabalho.

4 DA (IM)POSSIBILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FIRMAR TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA EM CASOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Neste capítulo será explorado e analisado o ordenamento jurídico pátrio que trata sobre a (im)possibilidade do Ministério Público firmar TAC em casos de improbidade administrativa, bem como apresentar os questionamentos acerca da presente matéria e, por fim, exemplificar aspectos positivos acerca dessa alternativa.

4.1 Do ordenamento jurídico pátrio que trata do termo de ajustamento de conduta em se tratando de improbidade administrativa

Ao realizar uma breve leitura sobre a Lei 8.429/92, responsável por, de forma específica, discorrer e disciplinar sobre a matéria de improbidade administrativa no ordenamento jurídico pátrio, percebe-se, de início, que a referida lei veda a adoção de meios de autocomposição, quando se trata da aplicação das sanções previstas na referida legislação.

Isto porque, o artigo 17 da Lei é cristalino ao vedar a transação, acordo ou conciliação em se tratando de ações que tem como escopo a condenação por atos ímprobos.

Em contrapartida, é imprescindível mencionar sobre a necessidade de, ao passo que a sociedade evolui, existir um acompanhamento por parte do legislador e do aplicador do direito, a fim de que a legislação e a produção jurídica não fiquem ultrapassadas em virtude da atual demanda jurídica-social.

Desta mesma maneira entende Faricelli, que, ao destacar sobre a evolução da sociedade, ensina sobre a importância do direito modernizar-se, de modo que consiga abarcar as novas relações entre Estado e cidadãos. Veja-se:

Assim, é imprescindível que as normas jurídicas se modernizem de forma a abarcar as novas relações entre o cidadão e o poder público, bem como entre os diversos Estados nacionais. O surgimento de blocos econômicos e relações nunca antes verificadas igualmente determina que o direito se modernize e possa regulamentar situações absolutamente imprevisíveis. Nesse modelo, o direito deverá ser capaz de regular situações mesmo que não as tenha previsto e, para tanto, cada vez mais as formas não tradicionais de solução de conflitos serão necessárias na medida em que são capazes de trazer soluções criativas, no tempo atual da sociedade. Ou seja, normas jurídicas que levem tempo a se modernizar e adaptar às transformações econômico-sociais estão com os dias contados na medida

em que a sociedade, no atual nível informacional e globalizado, demanda por regulamentos capazes de acompanhar a velocidade das relações e transformações (FARICELLI, 2013, <<https://www.conjur.com.br/2013-jan-22/priscila-faricelli-direito-acompanhar-mudancas-economicas-sociais>>).

Destarte, se faz necessário, além de analisar os preceitos e diretrizes elencados na Lei de Improbidade Administrativa, averiguar as atualizações e normatizações elaboradas, não só pelo Poder Legislativo, mas também pelas instituições que atuam na matéria, para o efetivo cumprimento das sanções previstas no ordenamento jurídico, visando, principalmente, a resolutividade dos casos, bem como uma atuação de acordo com os princípios da celeridade, eficiência e economia processual.

Pois bem, de início, destaque-se, como já dito, que o §1º, do artigo 17, da Lei de Improbidade Administrativa veda a negociação no âmbito das ações de improbidade, a saber:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput (BRASIL, 1992, <<http://www.planalto.gov.br>, grifo nosso).

Todavia, insta gizar que existe diferença entre os institutos previstos no supracitado artigo, em relação ao termo de ajustamento de conduta. Isto porque, no TAC, o legitimado não dispõe do direito material, sendo que apenas acorda a maneira que se dará o cumprimento das obrigações, isto é, o pagamento, modo e o prazo.

Nesse sentido, completando essa diferenciação, Simão (2017, p. 380) explica que transigir, acordar ou conciliar significa deixar de exigir determinada coisa, ou seja, “todos esses termos significam que os sujeitos envolvidos em um conflito de interesse, para se harmonizarem, fazem exigências e concessões recíprocas”.

Para completar esse raciocínio, Fazzio (2016, p. 460) leciona que a definição de transação está presente no artigo 840 do Código Civil, sendo, resumidamente, conceituada como concessões mútuas. Em contrapartida, o artigo 841 do mesmo código autoriza o referido negócio jurídico apenas em se tratando de direitos patrimoniais de caráter privado, sendo que, quando realizado, dá fim ao processo, com resolução de mérito, à luz do artigo 487, inciso III, letra b, do Código de Processo Civil.

Por esse motivo que o artigo 17, §1º, da Lei 8.429/92 veda a possibilidade de acordo, transação ou conciliação, posto que o autor da ação possui legitimação extraordinária, ou seja, não é ele o titular do direito material, assim, não poderia dele dispor (SIMÃO, 2017, p. 380).

Nessa esteira, Fazzio (2016, p. 460-461), a título de continuidade, traz a seguinte explicação acerca do impedimento previsto na Lei de Improbidade Administrativa:

Saindo dos conflitos intersubjetivos para os litígios que versam sobre interesses transindividuais vinculados à moralidade administrativa, transformam-se a perspectiva, porque a ação civil pública transcende o universo restrito das partes, para alcançar interesses difusos na sociedade ou coletivos. O matiz social substitui o individual, de modo que os atos de disposição não se justificam.

Não há transação ou acordo nem fase conciliatória, na ação civil de improbidade administrativa, porque os interesses em questão (patrimônio público econômico e probidade administrativa) são indisponíveis; não são direitos patrimoniais privados [...].

A lei nº 8.429/92, no §1º do art. 17, veda expressamente a transação, o acordo ou a composição. E o faz porque, ao lado da proteção ao patrimônio público econômico, se sobrepõe a tutela da probidade administrativa. Não se protegem valores por meio de negócios processuais.

O doutrinador Mazzilli (2007, p. 391-392), por sua vez, também defende a vedação, até mesmo em juízo, de transação em se tratando de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, principalmente se a própria lei assim prevê, uma vez que “os legitimados ativos à ação civil pública ou coletiva não têm disponibilidade material sobre os interesses transindividuais que eles próprios podem defender em juízo”.

Adiante, Garcia e Alves (2017, p. 906) reforçam sobre a importância de distinguir transação e termo de ajustamento de conduta. Nesse diapasão, lecionam que transação, conforme acima mencionado, trata-se de concessões recíprocas, o que está absolutamente vedado pelo ordenamento jurídico, haja vista a indisponibilidade dos interesses difusos. Em contrapartida, o termo de ajustamento de conduta “pode versar sobre interesses difusos uma vez que não importa, verdadeiramente, qualquer tipo de disposição quanto ao direito material”. O autor, citando Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, conclui que o TAC tem como conteúdo o reconhecimento de uma obrigação legal e sua respectiva necessidade de cumprimento por parte daquele que aceitou ajustar sua conduta.

Diante do exposto, verifica-se que a divergência entre os institutos previstos na

Lei de Improbidade Administrativa e o termo de ajustamento de conduta é, portanto, um dos principais pontos a ser analisado quando se fala sobre a possibilidade do firmamento do TAC em casos de improbidade administrativa. Desta maneira, deve-se realizar uma leitura mais categórica sobre a referida lei, realizando a distinção entre os meios de autocomposição mencionados.

Realizados esses apontamentos sobre a vedação da Lei de Improbidade Administrativa em relação à celebração de meios de autocomposição na matéria, passa-se, agora, à análise do ordenamento jurídico que objetiva a resolução de forma consensual dos litígios.

Com efeito, necessário mencionar que a Constituição Federal de 1988 traz preceitos importantíssimos sobre o tema. Isto porque, o seu preâmbulo, bem como o artigo 4º, inciso VII, dispõe sobre a necessidade de solução pacífica das controvérsias nacionais e internacionais. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Para explicar o tema, Araújo (1999, p.12) aduz que o diálogo e a prudência devem ser elementos fundamentais para dirimir conflitos, visando, principalmente, alcançar a paz social, porque, só assim, o direito pode se desenvolver. Além do mais, conforme ensina o referido autor, é necessário existir confiança entre os Estados soberanos, bem como entre o governo e cidadãos, ou seja, deve existir um sentimento de solidariedade.

Não obstante a isso, imperioso mencionar que os princípios setoriais da Constituição Federal também se direcionam no sentido de haver a possibilidade de ser celebrado TAC em casos de improbidade administrativa.

Isto porque, o princípio da eficiência, previsto no *caput* do artigo 37 da Carta Maior, traz a ideia de que a Administração Pública deve buscar resultados de modo célere e preciso, visando resultados que atendam as necessidades da sociedade. Outrossim, importante mencionar que o princípio da eficiência é antônimo de lentidão, descaso e negligência (MEDAUAR, 2002, p.155-156).

Já o princípio da economicidade, presente no artigo 70 da Constituição Federal, também fortalece esse entendimento. À luz desse princípio, a Administração Pública deverá buscar resultados com o menor custo possível (ROSA, 2011). Ou seja, em uma análise direcionada ao presente trabalho, vislumbra-se que a celebração do TAC gerará custos muito inferiores ao do ajuizamento de uma ação civil pública, haja vista que nesta última hipótese terá

gastos oriundos da movimentação do já assoberbado Poder Judiciário. Todavia, tendo em vista a relevância da discussão, esse tema será abordado em tópico específico.

Ainda, de destacar que a alteração realizada na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) acarreta novos entendimentos e interpretações sobre a Lei de Improbidade Administrativa. Pois aquele código traz, agora, em seu texto, a necessidade da autoridade administrativa solucionar de forma consensual as irregularidades, incertezas ou situações contenciosas, com observância dos princípios da proporcionalidade, equanimidade, eficiência e compatibilidade com o interesse geral.

Nesse sentido, menciona-se que a LINDB foi recentemente alterada pela Lei nº 13.665, de abril de 2018, que tem como escopo acrescentar, naquela, novas “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público” (BRASIL, 2018, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Conforme ensina Ferraz (2013), as novas disposições da LINDB refletem em diversos campos do direito, sendo que muitas ainda não se encontram plenamente identificadas. Contudo, especificadamente sobre a matéria em comento, necessário analisar com maior atenção o artigo 26 do referida lei, uma vez que está correlacionado com o artigo 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa.

Para tanto, coleciona-se, na integralidade, o referido artigo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro para, após, tecer alguns comentários sobre a congruência com a Lei 8.429/92:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, **celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.**

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º (VETADO) (BRASIL, 1942, <<http://www.planalto.gov.br>, grifo nosso).

Com um título bastante enfático, Ferraz (2018) defende que, através da

alteração realizada pela Lei 13.665/18, a LINDB autoriza a celebração de TAC em ações de improbidade administrativa. Em tempo, o autor aduz que o artigo 26 da LINDB não diz respeito somente à atividade de administração ativa (poder de polícia, por exemplo), mas também a instrumentos consensuais de controle, como, por exemplo, o termo de ajustamento de conduta. Destarte, órgãos de controle, para o autor, não deixam de ser autoridades administrativa (Ministério Público, órgãos de controle interno, Tribunais de Conta).

Com efeito, Ferraz (2018) defende que a autorização presente no referido artigo suplanta a vedação do artigo 17, §1º, da Lei 8.429/92, e tem como objetivo um resultado “proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”.

Por fim, o autor conclui o seguinte sobre a viabilidade da celebração de TAC em casos de improbidade administrativa, à luz dos novos preceitos elencados na LINDB:

A juízo, portanto, da instância administrativa ou controladora legitimada, uma vez presentes os condicionamentos exigidos, o **artigo 26 da LINDB autoriza a firmação de termos de ajustamento de conduta pelos órgãos legitimados (aqueles constantes do artigo 5º, parágrafo 6º da Lei 7.347/85), tanto nos inquéritos civis e disciplinares (como eu sempre compreendi autorizados), quanto nas ações de improbidade administrativa. O artigo 26 da LINDB revogou a vedação do parágrafo 1º do artigo 17 da LIA e impactará a apreciação da ADI 5.980 pelo STF (FERRAZ, 2018, <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-09/interesse-publico-lindb-autoriza-tac-aco-es-improbidade-administrativa>>, grifo nosso).**

Outro ponto normativo que merece destaque quando se fala sobre o presente assunto é a Medida Provisória (MP) nº 703/2015. Isto porque, esta Medida Provisória, que tinha como escopo alterar a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), também tinha incidência direta na Lei de Improbidade Administrativa.

Nesta perspectiva, Bertoncini (2018, <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n79/2177-7055-79-63.pdf>>, grifo nosso) traz as seguintes palavras sobre a convergência desta Medida Provisória com o artigo 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa, a saber:

O § 1º do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa peremptoriamente determina que: “É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput”. **Esse dispositivo foi temporariamente revogado pela Medida Provisória n. 703/2015, o que significa dizer que, a princípio, durante certo período de tempo, o da vigência da Medida Provisória, foi possível a celebração de transação, acordo ou conciliação nas ações civis públicas por ato de improbidade administrativa.**

Ocorre que essa Medida Provisória não foi aprovada a tempo pelo Congresso Nacional, e por isso teve a sua vigência encerrada, reavivando a referida vedação.

Como bem ensinam Livianu e Oliveira (2016), à luz da referida Medida Provisória, com a realização de acordos de leniência, regidos pela Lei Anticorrupção, ocasionaria, conseqüentemente, a extinção dos processos de improbidade administrativa que versavam sobre o mesmo fato ilícito, bem com a vedação de novos ajuizamentos de ações civis públicas que discutissem esses fatos.

Ou seja, em uma análise conjunta do ordenamento jurídico supracitado, há visível inconformidade entre os textos, uma vez que, conforme amplamente mencionado, o § 1º do artigo 17 da Lei 8.429/92 veda expressamente acordos, transações ou conciliações em matéria de improbidade administrativa.

De toda a sorte, a Medida Provisória 703/2015 perdeu sua eficácia em maio de 2016, uma vez que não fora convertida em lei dentro do prazo legal, conforme disciplina o artigo 62 da Constituição Federal (MOURA, 2017). Deste modo, não existem mais as alterações na Lei 12.846/2013, que influenciavam diretamente na Lei de Improbidade Administrativa.

Adiante, oportuno apresentar o posicionamento do Ministério Público acerca da presente discussão. Isto porque, conforme já mencionado no capítulo anterior do presente trabalho, o órgão ministerial é o principal responsável pela investigação, bem como pela grande parte dos ajuizamentos das ações civis pública de improbidade administrativa. Em outras palavras, considerando ser o principal órgão no combate a essas práticas ilícitas, o Ministério Público possui legitimidade e conhecimento suficiente para expor e dissertar sobre essa faculdade.

Nesse diapasão, importante mencionar que o Conselho Superior do Ministério Público (CNMP) expediu, em 26 de julho de 2017, a Resolução n.º 179, que tem como objetivo regulamentar o § 6º do artigo 5º da Lei 7.347/85, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta.

Pois bem, nesse norte, importante explicar sobre o poder regulamentador do Ministério Público. Desta maneira, Bertoncini menciona que esse poder trata-se da faculdade do Ministério Público expedir atos normativos infralegais, ou seja, o Conselho não pode “criar direito novo, criar ou revogar norma primária, de atribuição exclusiva do Poder Legislativo”.

Nesse sentido, complementa que:

O que o Conselho fez por intermédio da referida Resolução foi regulamentar o aludido dispositivo da Lei de Ação Civil Pública (art. 5º, § 6º), disciplinando, no âmbito do **Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Não cuidou do tema para todos os legitimados; tratou da matéria exclusivamente para definir, na esfera de atuação dos membros do Ministério Público, como celebrar o termo de ajustamento de conduta, de modo a tornar homogênea e uniforme a atuação dos ramos do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos dos Estados.**

Ao editar a Resolução n. 179/2017, o Conselho não criou o compromisso de ajustamento de conduta, não criou direito novo, apenas regulamentou a matéria legal visando a uniformizar o cumprimento dos deveres funcionais dos agentes do Ministério Público nessa seara. **Em outras palavras, a Resolução não padece de vício de constitucionalidade ou de legalidade, porquanto somente disciplinou o uso do aludido instrumento legal no âmbito das atribuições ministeriais** (BERTONCINI, 2018, <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n79/2177-7055-79-63.pdf>>, grifo nosso).

Assim, mesmo que outros “órgãos públicos” possam celebrar termo de ajustamento de conduta, conforme já visto, a Resolução 179/2017 do CNMP disciplina essa prática apenas em âmbito interno do Ministério Público, não possuindo incidência aos demais legitimados.

Em relação ao conteúdo da resolução, imprescindível mencionar que os parágrafos 1º e 2º do artigo 1ª são claros ao mencionar que a celebração de TAC, em se tratando de matéria de improbidade administrativa, **não permite ao Ministério Público realizar concessões que implicam a renúncia de “direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos”, bem como não poderá haver “prejuízo ao ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas sanções previstas em lei”** (BRASIL, 2017, <<http://www.cnmp.mp.br>>, grifo nosso).

Nessa esteira, Bertoncini (2018), reiterando as lições supracitadas, reforça a necessidade de trazer à tona significativos esclarecimentos sobre a diferença entre o termo de ajustamento de conduta e os negócios jurídicos presentes no artigo 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa. Segundo o autor, quando se fala de conciliação, transação ou acordo está presente a ideia de concessões recíprocas entre as partes envolvidas no negócio jurídico e de renúncia de direito material. Já em se tratando de TAC, existe apenas o ajuste acerca da forma que se dará a recomposição do bem jurídico lesado.

Com efeito, o referido autor conclui com as seguintes palavras sobre as diferenças acima apontadas:

Não se pode, no plano do direito material, confundir transação, acordo ou conciliação com compromisso de ajustamento de conduta. Se aquelas modalidades de negócio jurídico do § 1º do artigo 17 podem ferir o princípio da indisponibilidade do interesse público, essa ofensa inexistente na esfera do compromisso de ajustamento de conduta, que apenas estabelece um procedimento para a integral preservação ou recomposição do bem lesado diante do caso concreto. Logo, mesmo na perspectiva do Direito Administrativo, é admissível a celebração de compromisso de ajustamento de conduta em matéria de improbidade administrativa na fase do inquérito civil, pois o interesse público em jogo não é disponibilizado, inexistindo renúncia a direito no TAC destinado a fazer valer as exigências da Lei n. 8.429/1992 (BERTONCINI, 2018 <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n79/2177-7055-seq-79-63.pdf>>, grifo nosso).

À vista disso, vislumbra-se, ligeiramente, que o autor supracitado defende a viabilidade da celebração de TAC em investigações de improbidade administrativa, justamente porque esse meio de autocomposição não faculta ao Ministério Público a renúncia de direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos, pelo contrário, somente ajusta com a outra parte o modo que se dará o ressarcimento ao erário.

Ademais, a celebração do TAC, mesmo não havendo disposição nesse sentido na Resolução 179/2017 do CNMP, é recomendável em casos de menor potencial ofensivo, levando em conta os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência (BERTONCINI, 2018).

Diga-se isso porque em casos que é necessária a adoção das sanções de perda do cargo ou suspensão dos direitos políticos, somente é possível mediante sentença judicial transitada em julgada, conforme preconiza o artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa.

Sobre a necessidade de ajuizamento de ação civil pública em casos mais gravosos, Bertoncini (2018 <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n79/2177-7055-seq-79-63.pdf>>) menciona o seguinte:

Se a gravidade dos atos de improbidade administrativa praticados exigirem a aplicação das aludidas medidas, não existirá outra opção ao membro do Ministério Público, que haverá de propor a ação de improbidade na busca de uma sentença que aplique as sanções de perda do cargo e de suspensão dos direitos políticos. Esse parece ser um critério importante para se definir a viabilidade ou não de celebração de TAC em matéria de improbidade administrativa, a ser considerado pelo próprio agente do Ministério Público ou pelo Conselho Superior do Ministério Público, nesse caso, visando a homologação – ou não – do arquivamento do inquérito civil. Um outro critério para essa definição reside na autonomia funcional, pois mesmo nas hipóteses em que o compromisso seja viável, o agente do Ministério Público poderá optar por investigar e propor a ação de improbidade, na busca de um título judicial. Em outros termos, o investigado não tem o direito subjetivo à celebração do compromisso de ajustamento de

conduta.

De outra banda, com fulcro no *caput* do artigo 3º da Resolução 179/2017 do CNMP, verifica-se que é possível a celebração do TAC também em fase judicial, após a propositura da ação civil pública. De toda a sorte, o autor Bertoncini (2018, <[http://www.scielo.br/pdf /seq/n79/2177-7055-79-63.pdf](http://www.scielo.br/pdf/seq/n79/2177-7055-79-63.pdf)>, grifo nosso) defende que o CNMP equivocou-se ao tratar da possibilidade do Ministério Público firmar o TAC já em fase judicial. A saber:

Nesse caso, a rigor, não se estará diante de um verdadeiro compromisso de ajustamento de conduta, embora a Resolução n. 179/2017- CNMP tenha se utilizado dessa expressão. Com efeito, o reconhecimento da procedência do pedido firmado entre as partes por meio de um TAC, não representa negócio jurídico fruto da autocomposição entre o Ministério Público e o compromitente já processado judicialmente por ato de improbidade administrativa, posto que esse reconhecimento nem mesmo demandaria a celebração de TAC, porquanto poderia ser levado a efeito de forma unilateral pelo interessado, independentemente da anuência do Ministério Público. Além disso, posto que firmado já na fase judicial, perde sua natureza de título executivo extrajudicial, demandando esse reconhecimento da procedência do pedido sentença homologatória para a produção de efeitos.

Nessa perspectiva, parece equivocada a iniciativa do Conselho Nacional do Ministério Público de disciplinar, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta na fase judicial, “no curso da ação judicial”, consoante o artigo 3º, caput, da Resolução n. 179/2017.

Finalmente, verifica-se que a referida resolução, em seu artigo 6º, prevê a necessidade de cada Ministério Público, através de seu respectivo Conselho Superior, disciplinar a maneira que se dará a celebração do termo de ajustamento de conduta, o acompanhamento do cumprimento do TAC celebrado pelo órgão de execução, bem como a revisão do arquivamento do inquérito civil ou procedimento em que foi celebrado o termo.

Desta feita, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul expediu o Provimento nº 58/2018, responsável por, em âmbito Estadual, regulamentar a forma que se procederá à celebração do TAC em matéria de improbidade administrativa.

Nesse sentido, Mendes Júnior (2018, p. 38), Promotor de Justiça que participou da elaboração do Provimento nº 58/2018, traz importantes esclarecimentos acerca da forma que se deu a criação da mencionada disposição no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Menciona o autor que após diversas reuniões, com a presença de

Procuradores de Justiça e Promotores de Justiça, houve o entendimento uníssono sobre a possibilidade de o Ministério Público firmar TAC em casos de improbidade administrativa.

Em relação ao conteúdo do mencionado provimento, imperioso tecer alguns pertinentes comentários sobre a matéria. Nesse diapasão, o artigo 1º viabiliza, de forma expressa, a possibilidade de membros do MP/RS celebrar TAC em matéria de improbidade administrativa, **sem prejuízo ao integral ressarcimento ao erário**, bem como da aplicação de uma ou de algumas das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 2018, <<http://www.mprs.mp.br>>, grifo nosso).

Já o artigo 2º, caput, do Provimento 58/2018, defende que o Ministério Público deverá buscar a resolutividade em sua atuação, visando, desta maneira, celeridade e eficiência na aplicação das obrigações assemelhadas às sanções previstas na Lei 8.429/92. Com efeito, para celebração do TAC, o Promotor de Justiça deverá observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência, a fim de que a obrigação assumida pelo investigado seja suficiente para reprimir e prevenir atos de improbidade administrativa (MENDES JÚNIOR, 2018, p. 40).

No que diz respeito ao ressarcimento integral do prejuízo ao erário, o Promotor de Justiça Mendes Júnior (2018, p. 40) aduz que, em virtude da indisponibilidade do interesse público, o *Parquet* não poderá abrir mão, pelo menos, de correção monetária, não sendo suficiente, desta maneira, a simples reparação literal do dano causado pelo agente ímprobo.

O § 1º, do artigo 2º, do Provimento, menciona que a celebração do TAC não afasta, necessariamente, a responsabilização na esfera administrativa e/ou penal (BRASIL, 2018, <<http://www.mprs.mp.br>>).

Desta maneira, quando elaborado o TAC, não se faz necessário que o investigado confesse o ilícito, tampouco assuma a responsabilização para outros fins além das obrigações previstas no termo, com o objetivo de não prejudicá-lo ou beneficiá-lo durante o trâmite do procedimento de outra esfera. Assim sendo, no termo deverá constar apenas um resumo acerca do fato investigado e a respectiva tipificação, ainda que de forma genérica, com o fito de justificar apenas a assunção das obrigações ali previstas (MENDES JÚNIOR, 2018, p. 40).

Do mesmo modo que prevê a Resolução 179/2017 do CNMP, o Provimento do MPRS, através de seu artigo 2º, § 3º, aduz que a composição poderá ser firmada em qualquer fase do inquérito civil ou procedimento preparatório, não havendo, desta

maneira, a necessidade de exaurir a investigação. Isto é, em havendo indícios veementes acerca do ato ímprobo e de sua autoria, pode o Promotor de Justiça, de início, propor a realização do TAC, não sendo imprescindível a realização de todo o trâmite investigatório, visando, destarte, celeridade e resolutividade por parte do Ministério Público (MENDES JÚNIOR, 2018, p. 40).

Outro ponto que merece destaque é a necessidade de notificação do ente público lesado acerca da designação da audiência que será celebrado o TAC, a fim de que compareça na solenidade, e, havendo consenso, assine o respectivo termo como anuente (BRASIL, 2018, <<http://www.mprs.mp.br>>).

Sem adentrar na discussão da possibilidade ou não desta medida, o Provimento, em seu artigo 4º, aduz não ser permitida a composição acerca da imposição da inelegibilidade do investigado. Com efeito, é possível, apenas, a aplicação da obrigação de não assumir cargo/função, por período não superior ao estabelecidos na LIA, bem como de não exercer cargo diretivo ou qualquer outra função em instâncias ou órgãos de partido político (BRASIL, 2018, <<http://www.mprs.mp.br>>).

Outrossim, fundamental aludir sobre os instrumentos de composição previstos no artigo 5º do mencionado Provimento. Desta maneira, além do já trabalhado termo de ajustamento de condutas, há também a previsão do termo de composição extrajudicial. Conforme ensina Mendes Júnior (2018, p. 44), a previsão deste instrumento existe porque o TAC não possui eficácia contra terceiros. Nesse diapasão, o autor menciona o exemplo da obrigação de não contratar com o Poder Público. Caso fosse estabelecido mediante TAC, não seria possível averiguar se foi realizada a devida publicação desta medida, haja vista que o Ministério Público não possui um cadastro nacional equiparado ao cadastro do CNJ. Diante do exposto, se faz necessária a homologação judicial do termo de composição, com o fito de que seja realizada a publicação no correlato cadastro.

Fora o exemplo supracitado, o artigo 8º do Provimento indica outros casos que se faz necessária a celebração do referido termo, quais sejam: condição de não assumir cargo/função pública e o compromisso de não exercer cargo diretivo ou qualquer outra função em instâncias ou órgãos de partido político (BRASIL, 2018, <<http://www.mprs.mp.br>>).

Ainda em relação ao termo de autocomposição extrajudicial, o artigo 11 prevê a necessidade, mesmo que a homologação ocorra em juízo, de o respectivo ser

encaminhado ao Conselho Superior do Ministério Público, no prazo de 3 dias, com o fito de que o Conselho aprecie e também homologue-o (BRASIL, 2018, <<http://www.mprs.mp.br>>).

O parágrafo único, do artigo 5º, do referido Provimento, traz os requisitos que deverão ser observados para graduar as obrigações impostas ao agente ímprobo, são eles: personalidade do agente, a natureza, a circunstância, a gravidade e a repercussão da social do ato de improbidade, levando em conta, assim, um juízo de proporcionalidade e razoabilidade (BRASIL, 2018, <<http://www.mprs.mp.br>>).

Prosseguindo, os artigos 6º e 7º são responsáveis por disciplinar a maneira que se procederá a celebração do TAC nessa seara. Nesta perspectiva, imprescindível reforçar, novamente, que os requisitos para celebração deste instrumento são: cessação do envolvimento do compromissário com o ato ilícito; compromisso de reparação integral do dano ao erário; compromisso em transferência não onerosa, em favor da entidade lesada, da propriedade dos bens, direitos e/ou valores que representam vantagem ou proveito obtido do ato ilícito; estabelecimento de multa cominatória para a hipótese de descumprimento das obrigações (BRASIL, 2018, <<http://www.mprs.mp.br>>).

Ademais, a fim de garantir o cumprimento da obrigação, do pagamento da multa civil e/ou da transferência do bem, direito ou valores, o Promotor de Justiça, facultativamente, poderá estabelecer como condição da celebração do TAC o oferecimento, por parte do investigado, de alguma garantia. Para exemplificar, Mendes Júnior (2018, p. 44) cita que poderá ser realizado o penhor de veículo ou a hipoteca de imóvel. Não obstante a isso, poderá constar no TAC cláusula acerca do ônus e custeio das provas judiciais, quando houver o descumprimento da obrigação. Desta maneira, havendo o ajuizamento de ação judicial, caberá ao réu, por exemplo, se assim ficar estipulado, o pagamento de eventual perícia, se for necessária, além do pagamento da multa cominatória.

Não obstante aos requisitos previstos no artigo 6º do Provimento, poderá o Ministério Público fixar, isoladamente ou cumulativamente, outras condições para a celebração do TAC. Assim, Mendes Júnior (2018, p. 45), aduz que o artigo 7º do referido Provimento traz consigo rol exemplificativo de obrigações que poderão constar na minuta, sendo importante mencionar que as únicas condições para a previsão destas ou de quaisquer outras obrigações é que não sejam vedadas em lei, e que a liquidez não dependa de terceiros (porque nessa situação o correto é a

celebração de termo de autocomposição extrajudicial, e não TAC). Desta maneira, citam-se os exemplos previstos no artigo 7º: pagamento de multa civil, reparação de danos morais coletivos e renúncia da função pública exercida.

Outrossim, em nada impede que a celebração do TAC se dê de forma parcial, apenas em relação a determinado objeto investigado. Nessa situação, à luz do artigo 15º do Provimento, deverá ser realizado o desmembramento da investigação, de modo que o TAC seja encaminhado ao CSMP, e o objeto remanescente, agora em novo expediente, continue tramitando normalmente na Promotoria de Justiça.

Finalmente, a fim de exaurir os principais pontos elencados no Provimento 58/2018 do MPRS, importante mencionar sobre a necessidade de o compromissário estar assistido por advogado durante a celebração do respectivo termo, bem como de que, preferencialmente, a celebração seja registrada por meios audiovisuais (BRASIL, 2018, <<http://www.mprs.mp.br>>).

4.2 Temas controvertidos acerca da celebração do termo de ajustamento de conduta em casos de improbidade administrativa

Imperioso mencionar, de início, que o presente tópico não tem como finalidade demonstrar ou defender a inviabilidade do TAC, ou que a tomada do respectivo instrumento é desfavorável, mas, sim, apresentar, de forma singela, alguns pontos doutrinários que questionam sua celebração.

Nesse íterim, serão abordados os seguintes questionamentos: não existir lei que permita, de forma expressa, a celebração do TAC em matéria de improbidade administrativa; a “vedação” da LIA sobre o assunto; e a eventual “conveniência” por parte do Promotor de Justiça.

Assim sendo, conforme já mencionado, o legislador pátrio, até o presente momento, não autorizou, de forma expressa, a celebração desse meio de autocomposição em matéria de improbidade administrativa, sendo que o Ministério Público utiliza-se, em âmbito nacional, da Resolução nº 179/2017 do CNPM, e, em âmbito estadual, do Provimento nº 58/2018 do MPRS.

Todavia, em uma análise sistêmica do ordenamento jurídico pátrio, verifica-se que, além dos comandos criados pelo Ministério Público, há dispositivos que dão suporte para uma interpretação quanto à possibilidade.

Nesse íterim, Mendes Júnior (2018, p. 45) justifica esse ponto de vista citando

diversos preceitos normativos que dão margem à possibilidade da celebração, como o artigo 3º, inciso I e seguintes, da Lei 12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa); artigo 16 da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial); artigo 36, §4º, da Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação entre Particulares e de Autocomposição de Conflitos em âmbito da Administração Pública); artigo 3º, §2º, do Código de Processo Civil, bem como mencionando o entendimento do Conselho Nacional do Ministério Público, que, através da já mencionada Resolução nº 179/2017 e da “Carta de Brasília”, defende e explana acerca da necessidade de o Ministério Público atuar de forma proativa e resolutiva.

Frisa-se, por oportuno, que nenhum desses dispositivos autoriza, de forma expressa, que seja firmado TAC em casos de improbidade administrativa, porém, em uma visão mais ampla, no mínimo, reforçam a necessidade de que o legislador revise a matéria e, conseqüentemente, altere a Lei de Improbidade Administrativa, acrescentando essa alternativa.

É nesse mesmo sentido que entendem Garcia e Alves (2017, p. 913), ao defenderem acerca da necessidade de criação de uma disciplina prévia e transparente sobre a matéria em comento. Veja-se:

Reitere-se, contudo, que à falta de lei dispendo sobre o tema, o ajuste de conduta em matéria de improbidade mostra-se ilegal. Não se trata, bem entendia a nossa posição, de um apego excessivo à “letra da lei” ou de negar as vantagens das soluções consensuais, mas sim de reconhecer a necessidade de uma disciplina prévia e transparente que só o legislador pode balizar, dada a dimensão pública dos interesses em jogo e de sua decorrente indisponibilidade.

Já em relação à “vedação” presente na LIA, através de seu artigo 17, §1º, necessário reforçar que há diferença entre TAC e meios de transação, acordo ou conciliação. No primeiro, os interessados não dispõem de nenhum direito material, sendo que nos últimos existem concessões recíprocas entre as partes.

Destarte, vislumbra-se que, *a priori*, não existe vedação ao firmamento de TAC em situação de improbidade administrativa, haja vista que este possui conteúdo distinto dos referidos no artigo 17, §1º, da LIA.

De toda a sorte, Garcia e Alves (2017, p. 908) defendem que o Ministério Público só poderá celebrar TAC no que diz respeito à reparação integral do dano ao erário, isto é, em relação às condições de pagamento, prazo e modo. Todavia, mencionam que, implicitamente, o referido artigo proíbe a aplicação consensual das

sanções previstas na Lei. 8429/92 mediante TAC, em respeito ao princípio *nulla poena sine iudicio*, uma vez que se trata de atividade privativa do Poder Judiciário, necessitando, desta maneira, de processo judicial. Além do mais, referem que a reparação integral do dano mediante TAC deverá ser considerada pelo magistrado quando da aplicação das sanções, servindo, assim, como “circunstância atenuante” para aplicação da pena.

Todavia, esse assunto é bastante controvertido na atual conjuntura doutrinária brasileira. Tanto é verdade que os autores Garcia e Alves (2017, p. 912) sustentam que, em casos de improbidade administrativa de menor potencial ofensivo, deveria existir uma previsão legal na LIA para celebração de TAC. A saber:

Sem prejuízo, a partir das reflexões teóricas e, sobretudo, da experiência haurida do contato diário com a matéria, entendemos que, de *lege ferenda*, seria interessante e conveniente, de modo a facilitar a reparação do dano causado ao patrimônio público, a possibilidade de uma “transação” nas hipóteses que poderíamos chamar de “atos de improbidade de menor lesividade” ou “de menor potencial ofensivo”, como, por exemplo, os atos culposos e os omissivos que, de um modo geral, menores prejuízos causam ao patrimônio coletivo, incidindo as mesmas razões relativamente a condutas dolosas causadores de danos de pequena monta, devidamente definidas pelo legislador.

Já no que diz respeito à conveniência que poderá existir por parte do Promotor de Justiça quando da celebração do termo de autocomposição, necessário mencionar que esse questionamento se dá em razão do artigo 12 Provimento nº 58/2018, cumulado com o parágrafo único, do artigo 5º, do mesmo Provimento.

Desta maneira, à luz do artigo 12, verifica-se que a iniciativa da celebração do TAC caberá, exclusivamente, ao Ministério Público, nos casos em que evidenciado o interesse público na obtenção da solução consensual do conflito (BRASIL, 2018, <<http://www.mprs.mp.br>>).

Já o parágrafo único, do artigo 5º, do mencionado Provimento, ensina que para tomada do termo, será levado em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade (BRASIL, 2018, <<http://www.mprs.mp.br>>).

Desta maneira, verifica-se, com fulcro no mencionado provimento, que o firmamento do TAC fica a cargo, única e exclusivamente, do Promotor de Justiça, não possuindo o investigado, a princípio, capacidade de solicitar ao membro do Ministério Público a celebração desse instrumento.

Porém, na prática, nada impede de o investigado procurar o órgão ministerial, solicitando a celebração deste termo, e, sendo positivo para o interesse coletivo, o Promotor de Justiça apreciar e aceitar a proposta.

4.3 Pontos positivos em relação à celebração do termo de ajustamento de conduta

Através da análise do segundo capítulo do presente trabalho, vislumbra-se que o Ministério Público possui legitimidade para, em sendo constatado indícios de materialidade e autoria, ajuizar ação civil pública, visando à aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, em face do agente ímprobo.

Todavia, deve-se questionar se essa alternativa, isto é, judicialização em demasia, traz resultados expressivos para a sociedade brasileira, principalmente na atual conjuntura do Poder Judiciário.

Por certo que a celebração do TAC apresenta-se como uma opção mais célere, econômica, oportuna e eficaz ao Ministério Público, bem como, inclusive, ao Poder Judiciário, tendo em vista que antecipa etapas, tanto no decorrer da fase investigatória, como durante a fase judicial.

Desta maneira, imprescindível mencionar os argumentos positivos no que tange à celebração deste meio de autocomposição, frente ao atual cenário jurídico brasileiro.

O Conselho Nacional de Justiça, visando resolatividade e celeridade no julgamento dos processos, fixou a conhecida “Meta 4 de 2016”, que tem como objetivo o julgamento de percentuais do estoque de processos de improbidade administrativa e de crimes contra a administração pública que tramitam tanto na Justiça Estadual, como na Justiça Federal, Justiça Militar dos Estados e União, bem como no Supremo Tribunal de Justiça (FREIRE, 2016).

Conforme relatório confeccionado pelo CNJ, no ano de 2016 tramitavam 131.081 processos dessa matéria, sendo que esse número refere-se apenas aos processos distribuídos nos anos de 2013 e 2014. Desse total, 51.999 processos são de improbidade administrativa, e 79.082 são de crimes contra a administração pública (FREIRE, 2016).

Nesse sentido, verificou-se que, até setembro de 2016, dos 51.999 processos de improbidade administrativa, somente 18.880 foram julgados, ou seja, apenas

36,32% dos processos tiveram decisão judicial, sendo que a maioria em sede de primeiro grau, cabíveis, desta forma, diversos recursos. Além do mais, apurou-se que a Justiça Militar, ramo de Justiça que possui um número menor de processos, e, conseqüentemente, consegue realizar o julgamento destes de forma mais célere, foi a que alcançou o melhor resultado, com o percentual de 89,28% de cumprimento da meta estipulada pelo CNJ (FREIRE, 2016).

Outrossim, fundamental aduzir que esses números servem apenas para demonstrar a morosidade no julgamento dos processos de improbidade administrativa, isto pois referem-se apenas aos processos ajuizados nos anos de 2013 e 2014.

Ainda, o CNJ realizou levantamento acerca do prazo de tramitação desses feitos. Nesta perspectiva, concluiu que, em média, o período de tramitação de uma ação (do ajuizamento até o julgamento), é de 1548 dias (4,24 anos), sendo que em Varas Estaduais é de 1581 dias, e nas Varas Federais o processo demora 1361 dias (BRASIL, 2018, p. 20, <<http://www.cnj.jus.br>>).

Não obstante ao prazo de tramitação do processo judicial, imperioso mencionar que para alcançar a efetiva aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, se faz necessário computar, também, o prazo de investigação extrajudicial, momento em que são colhidos os elementos informativos de indícios de autoria e materialidade no curso do inquérito civil ou de outro procedimento preparatório.

Com efeito, depreende-se que existe um enorme período entre o início das investigações até a devida aplicação das sanções via decisão judicial, com a possibilidade, inclusive, de diversos recursos, que acabam por procrastinar ainda mais o trâmite do processo judicial.

Diante do exposto, conforme inicialmente mencionado, a celebração do TAC aparece como uma viável opção para buscar resolutividade, eficiência, celeridade e economia na aplicação das sanções impostas na Lei 8429/92.

É nesse mesmo sentido que entende o Grupo Nacional de Coordenadores de Centros de Apoio Operacional de Defesa do Patrimônio Público e Probidade Administrativa dos Ministérios Públicos Estaduais, GNPP, (2018, p. 09, <<https://www.iiede.com.br/index.php/2018/06/26/gnpp-apresenta-nota-tecnica-sobre-tacs-envolvendo-ato-de-improbidade-administrativa/>>, grifo nosso), o qual conclui ser de suma importância para a resolução dos casos de improbidade administrativa no

país:

A Resolução CNMP n.º 179, de 26 de julho de 2017, representa importante marco contributivo à atuação extrajudicial do Ministério Público na defesa do patrimônio público e da probidade administrativa, pois proporciona, a um só tempo, **solução mais célere às lesões ao patrimônio público (direito transindividual) e maior eficácia à tutela coletiva desse interesse, além de contribuir para o descongestionamento do Poder Judiciário.**

Assim sendo, verifica-se que os princípios que deram ensejo para criação da Resolução nº 179/2017 do CNMP e Provimento n 58/2018 do MPRS são, justamente, celeridade e eficiência, visando, desta maneira, reprimir e prevenir a prática de atos de improbidade administrativa, através de uma atuação mais resolutiva por parte do Ministério Público.

Assim, imperioso mencionar, também, que a celebração do TAC antecipa etapas, uma vez que, havendo o descumprimento por parte do investigado, não será necessário realizar toda a fase de conhecimento no processo judicial. Isto porque, conforme explicado anteriormente, o firmamento do TAC gera título executivo extrajudicial, sendo que, nesta hipótese, o Ministério Público ajuizará, de pronto, a execução do título extrajudicial, visando o cumprimento das obrigações outrora celebradas.

Além da desjudicialização e celeridade na resolução do litígio, o que, por si só, já é um grande avanço para o atual cenário jurídico brasileiro, imprescindível mencionar que a probabilidade de haver o ressarcimento integral ao erário é maior do que em situações de ajuizamento de ação civil pública.

Nesse sentido, reitera-se a informação de que uma das cláusulas obrigatórias que deverá constar no TAC é a necessidade de ressarcimento integral do dano causado ao erário.

Em contrapartida, até ocorrer o julgamento da ação de improbidade, o investigado poderá, em não havendo pedido de cautelar de indisponibilidade de bens, desfazer-se do seu patrimônio, prejudicando, assim, o ressarcimento do erário. Situação essa que não ocorre quando a celebração do TAC, uma vez que, com a assinatura do respectivo compromisso, haverá medida para assegurar o cumprimento da obrigação, como hipoteca de imóvel e penhor de veículo.

Ainda, necessário aduzir que a celebração do TAC em nada prejudica o investigado frente às demais esferas – criminal e administrativa. Nesse sentido, cita-

se o § 1º, do artigo 1º, do Provimento nº 58/2018 do MPRS, o qual aduz a celebração da composição não importa, automaticamente, no reconhecimento de responsabilidade para os fins que não estabelecidos no presente (BRASIL, 2018, <<http://www.mprs.mp.br>>).

Por fim, menciona-se, ainda em relação aos benefícios em favor do investigado, que este, em virtude de não haver toda a tramitação do processo judicial, não necessitará realizar o pagamento de honorários advocatícios, tampouco eventuais custas processuais, sendo necessário, apenas, ser assistido por procurador no momento da celebração do TAC.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico teve como objetivo averiguar a possibilidade jurídica do Ministério Público celebrar termo de ajustamento de conduta em casos de improbidade administrativa, à luz da Constituição Federal e da Lei nº 8.429/92, que, de forma específica, é responsável por tratar da matéria em comento, bem como do novo ordenamento jurídico pátrio, legislativos e institucionais.

Para a realização da pesquisa, utilizou-se do método de abordagem dedutivo, ou seja, partiu-se do geral para o específico, uma vez que a questão relacionada à improbidade administrativa é ampla. No que diz respeito ao método de procedimento, necessário destacar que foi utilizado o histórico analítico. Já em relação às técnicas de pesquisa, foi utilizada a bibliográfica, sendo que fora realizada coleta em diversos materiais, principalmente livros, revistas, artigos, pesquisas na internet e legislação.

O presente estudo foi dividido em três capítulos, de modo a abordar desde o conceito de corrupção e improbidade administrativa, dos principais pontos envolvendo o Ministério Público e seus respectivos instrumentos, até o estudo específico da (im)possibilidade jurídica do Ministério Público celebrar o termo de ajustamento de conduta em matéria de improbidade administrativa.

Destarte, no primeiro capítulo iniciou-se o trabalho realizando uma abordagem acerca da ligação entre corrupção e improbidade administrativa. Desta maneira, restou demonstrado que a corrupção, como espécie de improbidade administrativa, é um problema que há muitos anos assola e causa grandes prejuízos às sociedades, sendo uma prática que se encontra enraizada na conduta do homem.

Para tanto, foram trazidos relatos de autores brasileiros que demonstram a evolução da corrupção até os dias atuais.

Após, restou demonstrada a preocupação do legislador brasileiro no combate à improbidade administrativa. Assim sendo, foram elencados todos os preceitos que trazem em seu respectivo texto normas que tentam erradicar essa prática ilícita. Desta maneira, verificou-se, inicialmente, que todas as 8 Constituições Federais trouxeram em seu respectivo texto algum trecho que versava sobre a ilicitude da realização de práticas ímprobas. Ainda, foram apresentadas as leis infraconstitucionais que tratavam da matéria em comento.

Desta feita, verificou-se que sempre existiu a preocupação do combate à

improbidade administrativa no ordenamento jurídico pátrio. Porém, na prática, nunca existiu uma resolutividade para erradicar essa ilicitude.

Com efeito, o marco histórico legislativo em se tratando da matéria de improbidade administrativa foi o advento da Lei nº 8.429/92, responsável por elencar, de forma exemplificativa, os atos considerados ímprobos, bem como suas respectivas sanções.

O segundo capítulo da presente monografia foi responsável por explicar os preceitos condizentes ao Ministério Público, bem como seus instrumentos, que proporcionam realizar, de forma segura, a devida investigação da possível ilicitude, bem como adotar as medidas necessárias para realizar o ressarcimento ao erário e a aplicação das devidas sanções ao agente ímprobo.

Assim sendo, verificou-se a importância do Ministério Público nesta seara, sendo a principal instituição no combate à improbidade administrativa.

Em tempo, apurou-se sobre a atuação do *Parquet* em casos dessa matéria. Assim, examinou-se, dentre outros assuntos, os principais pontos envolvendo o termo de ajustamento de conduta, responsável por solucionar, de forma célere e econômica, situações que envolvam a atuação do Ministério Público

Já o terceiro e derradeiro capítulo foi responsável por tratar do tema principal da presente discussão. Verificou, com efeito, os textos normativos que tratam acerca (im)possibilidade jurídica de ser celebrado termo de ajustamento de conduta em situações que envolvam improbidade administrativa.

De início, foram apresentados os principais pontos envolvendo a Lei de Improbidade Administrativa. Nesta perspectiva, apurou-se que a mencionada Lei, através de seu artigo 17, §1º, veda acordo, transação e conciliação em situações dessa matéria.

Contudo, verificou-se que há diferença entre os institutos previstos no referido artigo em relação ao termo de ajustamento de conduta. Isto porque, nos primeiros, existem concessões recíprocas entre as partes, ou seja, ambos dispõem alguma parte de seu respectivo direito material. Em contrapartida, no TAC não existe disposição, sendo que o Ministério Público, apenas, consigna a maneira que serão cumpridas as obrigações previstas no referido instrumento, como prazo, modo e pagamento.

Outrossim, restou demonstrado que o ordenamento jurídico pátrio tem como norte a solução pacífica dos litígios. Nesse sentido, citou-se, como exemplo, o que

dispõe a própria Constituição Federal de 1988, inclusive através de seus princípios setoriais, bem como o novo entendimento previsto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Não obstante a isso, demonstrou-se o posicionamento do Ministério Público, instituição vanguarda no combate à improbidade administrativa. Nessa perspectiva, mencionou-se acerca dos principais apontamentos elencados na Resolução nº 179/2017 do Conselho Superior do Ministério Público, e no Provimento nº 58/2018 do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Ambas as disposições permitem o Promotor de Justiça celebrar termo de ajustamento de conduta nessa matéria.

Ainda, foram apresentados os principais questionamentos sobre o tema, bem como os pontos positivos acerca da celebração do TAC em se tratando de improbidade administrativa.

Diante do exposto, para finalizar o presente trabalho, imprescindível mencionar que este não tem o condão de exaurir o tema abordado, todavia, através da análise dos argumentos citados, a resposta do problema é no sentido de que é possível o Ministério Público celebrar termo de ajustamento de conduta em matéria de improbidade administrativa.

Isto porque, tanto a Resolução nº 179/2017 do CNMP, como Provimento nº 58/2018 do MPRS, são cristalinos ao apontar a necessidade do ressarcimento integral do dano causado ao erário. Desta maneira, essa opção, celebração do TAC, não viola os preceitos elencados na Lei de Improbidade Administrativa, a qual veda, apenas, institutos que permitem aos interessados dispor de seus respectivos direitos materiais, diferentemente do que ocorre no termo de ajustamento de conduta.

Não obstante a isso, a possibilidade decorre do fato do termo de ajustamento de conduta ser um instrumento disponível ao Ministério Público que visa à resolução dos litígios de forma mais célere, resolutiva, eficaz e econômica, diferentemente do ajuizamento de ação civil pública, a qual necessita de um enorme lapso temporal para a busca o ressarcimento do dano ao erário e demais sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

Destarte, conclui-se afirmando que o termo de ajustamento de conduta trata-se de uma realidade na atual conjuntura ao combate à improbidade administrativa, sendo que o Ministério Público, buscando a resolução consensual dos litígios, bem como a aplicação de forma célere e eficaz das respectivas sanções previstas na Lei

8429/92, principalmente no que diz respeito ao ressarcimento integral do dano causado ao erário, deve, sempre que possível, realizar a celebração desse instrumento de autocomposição.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, F. C. V.; PAVIONE, L. dos S. *Improbidade Administrativa: Lei nº 8.429/1992*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. O preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 e sua ideologia. *Portal O Senado*, Brasília, jul. 1999. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/498/r143-01.PDF?sequence=4%20%E2%80%93>>. Acesso em: 25 maio 2019

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Constituição (1946). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1946. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 18 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 maio. 2019.

_____. Constituição (1934). Constituição Política do Império do Brasil, de 1824. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 25 mar. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 11 out. 2018.

_____. Decreto-Lei nº 3.240, de 1941. Sujeita a sequestro os bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a fazenda pública, e outros. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 08 maio 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3240.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 4 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2018,

_____. Lei nº 8.429, 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] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 2 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8429.htm>. Acesso em: 22 mai. 2019.

_____. Lei n.º 8.625, de 1993. Institui a Lei Orgânica do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 fev. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8625.htm>. Acesso em: 13 abr. 2019.

BERTONCINI, Mateus. A crise da jurisdição e a resolução nº 179/2017 do Conselho Superior do Ministério Público: é possível o ajustamento de conduta em matéria de improbidade administrativa?. *SciELO*, Florianópolis, SC, ago. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552018000200063&lang=pt>. Acesso em: 15 junho 2019.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Lei de improbidade administrativa, obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. *Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/02/0c9f103a34c38f5b1e8f086ee100809d.pdf>>

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução n.º 179, de 2017. *Conselho Nacional do Ministério Público*, Brasília, DF, 26 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.cnpm.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

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

FARICELLI, Priscila. Direito deve acompanhar mudanças econômicas e sociais. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 jan. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jan-22/priscila-faricelli-direito-acompanhar-mudancas-economicas-sociais>>. Acesso em: 09 maio 2019.

FAZZIO, Waldo Júnior. *Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERRAZ, Luciano. LINDB autoriza TAC em ações de improbidade administrativa. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 09 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-09/interesse-publico-lindb-autoriza-tac-acoes-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 26 maio 2019.

FREIRE, Tatiane. Meta de combate à corrupção já foi atingida por dois tribunais neste ano. *Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, DF, 20 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84227-meta-de-combate-a-corrupcao-ja-foi-atingida-por-dois-tribunais-neste-ano>>. Acesso em: 17 julho 2019.

GARCIA, E.; ALVES R. P. *Improbidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Lumen

Juris, 2008.

_____. _____. *Improbidade Administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTROS DE APOIO DE DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E PROIBIDADE ADMINISTRATIVA DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS ESTADUAIS. Nota técnica n.º 01/2018. *Instituto Internacional de Estudos de Direito dos Estados*, [s.l.], 26 jun. 2016. Disponível em: <<https://www.iiede.com.br/index.php/2018/06/26/gnpp-apresenta-nota-tecnica-sobre-tacs-envolvendo-ato-de-improbidade-administrativa/>>. Acesso em: 18 junho 2019.

LIVIANU, Roberto; OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. Medida Provisória 703 é uma verdadeira aberração jurídica afrontosa à CF. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 jan. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-11/mp-debate-medida-provisoria-703-verdadeira-aberracao-juridica>>. Acesso em: 26 maio 2019.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, cultura, patrimônio público e outros interesses*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES JÚNIOR, José Francisco Seabra. Instrumento de composição civil em improbidade administrativa à luz do provimento n.º 58/2018. *Revista Digital, CAO Cível*, n. 39, p. 38-48, dez. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Provimento n.º 58, de 2018. *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, RS, 14 set. 2018. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/legislacao/provimentos/12953/>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2012.

MOURA, Cid Capobiango Soares de. A MP 703 e a salutar alteração do artigo 17 da Lei 8.429 de 1992. *Migalhas*, [s.l.], 27 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI262667,51045-A+MP+703+de+2015+e+a+salutar+alteracao+do+artigo+17+da+lei+8429+de>>. Acesso em: 09 maio 2019.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

ROSA, Eugênio. Princípio da economicidade. *Direito Legal*, São Paulo, 6 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.direitolegal.org/artigos/principio-da-economicidade/>>. Acesso em: 26 maio 2019.

SIMÃO, Calil. *Improbidade Administrativa: teoria e prática*. 3. ed. Jardim: Jhmizuno, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.