

MINISTÉRIO PÚBLICO E A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Cláudio Smirne Diniz¹

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

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

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

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

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

1. INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONCEITO E FINALIDADES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. DAS MEDIDAS QUE DEVEM SER COBRADAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

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

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

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

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

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

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

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

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

Segundo Ronaldo Porto Macedo Júnior:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. DO APERFEIÇOAMENTO DO CONTROLE MEDIANTE INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7. CONCLUSÃO

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

REFERÊNCIAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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