

ATUAÇÃO RESOLUTIVA NO ENFRENTAMENTO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA APÓS A LEI 14.230/2021

Autor: Ernani de Menezes Vilhena Junior⁵⁴

RESOLUTIVE ACTION IN THE FACE OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY AFTER THE LAW 14.230/2021

RESUMO

O objeto do presente estudo é a apresentação de sugestões para soluções alternativas na atuação do Ministério Público quando do enfrentamento dos atos de improbidade administrativa, após as sensíveis modificações trazidas pela Lei 14.230/2021 à Lei 8.429/1992. Inicia-se pela análise das condutas excluídas pela nova norma, passando-se então à apreciação das limitações trazidas ao acordo de não persecução civil, estratégias para a obtenção de prova e ressarcimento ao erário. Depois de discorrer sobre a efetividade das sanções, é feita uma análise do princípio da moralidade administrativa, e da importância de bem informar a população a respeito do desvio da moralidade por parte dos agentes públicos, como um exercício pelo Ministério Público de defesa do regime democrático. Por fim, é feita uma análise das estratégias de atuação ministerial destinadas a suprir as dificuldades para a responsabilização dos agentes ímprobos.

Palavras-chave: Improbidade. Moralidade. Informação. Defesa da democracia.

ABSTRACT

The aim of the current study is to present suggestions for alternative solutions for the actions of the Public Prosecutor's Office in dealing with acts of administrative misconduct after the significant changes brought by

54 Promotor de Justiça do Estado de São Paulo. Assessor da Subprocuradoria-Geral de Justiça Jurídica (2020-). Assessor do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Patrimônio Público e Social (2016-2019). Membro colaborador da Corregedoria Nacional (2015-2017). Integrante do Projeto Especial Tutela Coletiva da Procuradoria Geral de Justiça – Área do Patrimônio Público (2011-2019). Especialista em Direito Constitucional (2008). Autor do Livro “Prática Penal, Civil e Tutela Coletiva – Ministério Público” em parceria com Cleber Masson. Menção Honrosa no VIII Prêmio Innovare (2011).

Law 14.230/2021 to Law 8.429/1992. It begins by analyzing the conducts excluded by the new rule, then goes on to the appreciation of the limitations brought to the agreement not to prosecute, strategies for obtaining evidence and reimbursement to the treasury. After discussing the effectiveness of the sanctions, an analysis is made of the principle of administrative morality, and the importance of well informing the population about the deviation of morality by public agents, as an exercise by the Public Prosecutor's Office to defend the democratic regime. Finally, an analysis is made of the strategies of ministerial action aimed at overcoming the difficulties for the accountability of the idle agents.

Keywords: *Improbability. Morality. Information. Defense of democracy.*

1 INTRODUÇÃO

A partir da vigência da Lei 14.230/2021, que modificou a Lei de Improbidade Administrativa, com graves mutilações em seu potencial, verificou-se a atipicidade de uma série de condutas antes caracterizadoras de atos de improbidade administrativa que, se não encontrarem adequação à lei penal, poderiam ser consideradas condutas lícitas, a despeito de amiúde gerarem grave ofensa a princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Além da supressão de condutas, foi eliminada a modalidade culposa e acrescida significativa dificuldade para a prova do dolo.

O vácuo trazido pela mutilação do art. 11 da Lei 8.429/1992, assim como as alterações no elemento subjetivo, criou para o Ministério Público o desafio de buscar alternativas para que o enfrentamento de um sem-número de atentados não fique sem uma resposta que, se não mais abrange a aplicação de sanções pré-definidas, ao menos traga para o agente ímprobo consequências capazes de inibir a prática do ato indesejado.

Numa proposta de resolutividade, esse artigo busca apontar alternativas para a atuação ministerial de maneira a que seja atingida, tanto quanto possível, a almejada eficiência para a prevenção e repressão dos atentados aos princípios regentes da Administração Pública e condutas revestidas de má-fé que geram prejuízo ao erário.

2 AS CONDUTAS “ÓRFÃS” DO ART. 11 DA LEI 8.429/1992

São diversas as condutas não mais abrangidas pelo art. 11 após a vigência da Lei 14.230/2021 e o objetivo deste artigo não é traçar um rol exauriente, já que o próprio legislador não o fez quando, em tipo aberto no caput,

havia permitido ali o abrigo de situações em que se constatasse “qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições”.

A conduta, por exemplo, daquele agente público que disponibiliza vaga para a remoção de servidor com o único intuito de satisfazer o filho de um amigo que pretendia ir para a cidade de sua preferência. Se, no caso concreto, a disponibilização da vaga não atendia a critérios objetivos de interesse público, mas estava simplesmente calcada no interesse pessoal do agente, verificou-se claro desvio de finalidade, com flagrante violação dos deveres de honestidade e lealdade e do princípio da moralidade. Antes da vigência da Lei 14.230/2021, a conduta seria enquadrada no art. 11, inciso I, agora revogado.

Outro exemplo seria a conduta do servidor encarregado de subsidiar, com informações, as decisões de outro agente público. O fornecimento doloso de uma informação errada, que gera uma decisão equivocada, tanto quanto a conduta descrita no primeiro exemplo, poderá vir a caracterizar uma conduta ilícita (por afronta à moralidade), mas impunível, por não configurar improbidade, ou infração penal.

Ilustrando o exemplo de maneira mais concreta: imagine-se que um servidor encarregado da viagem aérea do Chefe do Executivo para participar de um ato político, forneça, de forma verbal, dolosamente, informações meteorológicas falsas, com o intuito de atrasar a viagem e impedir a participação do agente no ato político numa tentativa de desagradá-lo. Imagine-se que a viagem, por conta dessa informação, não se realizou. Não houve prejuízo ao erário. Não estando mais vigente o inciso I, que punia o desvio de finalidade, a conduta do agente público, não tipificada pelo Direito Penal, constituiria um indiferente também na esfera da improbidade, a despeito da indiscutível afronta à moralidade administrativa.

Outro caso concreto, adequável ao caput quando rol exemplificativo, ou mesmo no inciso I, é do médico do SUS, candidato a vereador, que “furava” a fila de exames eletivos, promovendo a internação de pacientes no hospital, simulando emergência, fazia com que o exame fosse realizado no mesmo dia, e em seguida lhes dava alta, permitindo que saíssem no mesmo dia da internação. Caso típico de atentado à moralidade, que agora é atípico.

Situações outras ocorrem em que há um correspondente penal, como a prática de prevaricação pelo servidor que “engaveta” procedimento até que atinja a prescrição para beneficiar o investigado. Anteriormente típica a conduta pelo inciso II do art. 11, agora punida eventualmente no âmbito penal.

Condutas abrangidas pelo Direito Penal, que não geram enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário como a tortura, o abuso de autoridade, o assédio sexual, a perseguição ou a desobediência a decisão judicial agora estão também alijadas da improbidade.

Mas não só o art. 11 perdeu sua abrangência.

3 AS MUTILAÇÕES DO ART. 10 DA LEI 8.429/1992

O principal prejuízo em relação ao art. 10 ocorreu a partir do elemento subjetivo. A eliminação da culpa e a criação de uma espécie de dolo “qualificado”, gerou obstáculos muitas vezes intransponíveis para a prova.

No caso da culpa, sua presença no art. 10 conferia significativo respaldo à prova do dolo. Eram raros os casos de ações com improbidade culposa “pura”, até porque doutrina e jurisprudência exigiam uma culpa grave para a configuração da improbidade. E é inegável que em certos casos, a despeito da clara demonstração de deslealdade do agente público, do rompimento com a ética da boa gestão⁵⁵, a interpretação da presença do dolo comportava um subjetivismo que, não fosse a punição também a título culposo, teria gerado a impunidade. Assim, ainda que houvesse dúvida do julgador sobre a incidência do dolo, estando demonstrada a deslealdade, não havia maior dificuldade em articular a fundamentação, vez que a incidência da improbidade ocorreria mesmo a título de culpa.

A questão fica mais clara quando ilustrada com um exemplo. O art. 10, inciso XIX da Lei 8.429/1992 previa conduta tipicamente culposa: “XIX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas;”. Após a Lei 14.230/2021, a redação foi alterada para: “XIX - agir para a configuração de ilícito na celebração, na fiscalização e na análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas;”.

Inicialmente bastava a prova de uma conduta negligente na celebração de uma parceria. Hoje, necessário comprovar que o gestor agiu “para a configuração de ilícito”.

Suponha-se então que um determinado agente público, quando eleito prefeito, decidiu contratar um gerente para administrar seu supermercado enquanto estivesse ocupado com a administração do município. Analisou currículos dos candidatos e pediu informações a seus antigos empregadores. O mesmo prefeito, quando se trata da coisa pública não foi tão cauteloso. Ao celebrar parceria com uma entidade privada para administrar a saúde municipal, entregou a gestão do hospital a uma entidade suspeita, cujo dirigente responde a diversas ações por improbidade, e não tomou cautelas para evitar possível desvio.

Percebe-se, nesse caso, claramente a diferença de condutas em relação ao patrimônio privado e o patrimônio público. A despeito de patente, no mínimo a conduta negligente, exige-se agora a prova de que o gestor agiu “para a configuração do ilícito”, prova que, a rigor, só seria possível com a confissão.

⁵⁵ VILHENA JUNIOR, Ernani de Menezes. **A Improbidade Culposa e a Ética da Boa Gestão**. Tese aprovada no III Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Estado de São Paulo. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Congresso_PatPublico_III/Teses/Livro%20de%20teses.pdf. Consulta em: 29 mar. 2023.

4 A INVIABILIZAÇÃO DOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL

A solução negociada no âmbito da improbidade administrativa, trazida inicialmente pela Resolução 179, de 26 de julho de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, acabou apresentando tempo de vida eficaz muito curto, na medida em que o reconhecimento oficial trazido pela Lei 13.964/2019, que permitiu o acordo de não persecução civil na esfera da improbidade, acabou sendo esvaziado quando da entrada em vigor da Lei 14.230/2021. Claro, com a extinção de condutas e a dificuldade probatória trazidas pela reforma da Lei de Improbidade, perdeu o Ministério Público o poder de barganha que a força da norma anterior lhe concedia.

Uma solução rápida através de um acordo de não persecução era interessante para o agente ímprobo quando a certeza da punição era maior, até pela maior facilidade da prova, ou pelo inconveniente de uma indisponibilidade de bens se arrastar pelo longo percurso processual.

Se a judicialização já era um “mau negócio” antes para uma boa parte dos casos, diante da nada razoável duração dos processos, as dificuldades de se alcançar uma condenação acrescentaram mais um elemento que demanda uma criteriosa análise da melhor estratégia a ser adotada doravante.

5 ALTERNATIVA PARA A OBTENÇÃO DA PROVA

As dificuldades criadas para a obtenção da prova, principalmente no que se refere ao elemento subjetivo, podem ser em parte superadas com a estratégia do uso da Lei Anticorrupção Empresarial, nos casos em que for aplicável.

Se a lei de improbidade exige um dolo “qualificado” para a responsabilização, para a Lei Anticorrupção Empresarial a imputação da mesma conduta às pessoas jurídicas de direito privado satisfaz-se com a responsabilidade objetiva. Isso aumenta significativamente o poder de barganha para firmar um acordo de leniência que pressupõe a obtenção dos seguintes resultados (art. 16 da Lei 12.846/2013): *“I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber;” e “II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração”.*

Assim, a prova contra os agentes públicos poderá ser obtida com a colaboração das empresas envolvidas em acordo de leniência, nos casos, por exemplo, de fraude em licitações (art. 5º, IV da Lei 12.846/2013).

6 RESSARCIMENTO DO DANO AO ERÁRIO: ERRO GROSSEIRO E OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA

Outro aspecto importante e que pode passar despercebido é o fato de que, apesar de a Lei de Improbidade ter extirpado a culpa do art. 10, assim como a solidariedade no ressarcimento do dano ao erário (art.17 "c", § 2º), a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, aplicável à situação pelo princípio da especialidade, autoriza a responsabilização por erro grosseiro, no que se refere ao ressarcimento do dano ao erário, e a solidariedade da obrigação:

Art. 73. Na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

E não poderia ser diferente, já que toda a estrutura da responsabilidade civil está calcada na admissão da responsabilidade culposa (art. 186 do Código Civil), não sendo possível o estabelecimento de regra privilegiada ao agente público que dá causa ao prejuízo ao erário, até porque a própria Lei de Improbidade em nenhum momento vincula o ressarcimento do dano à prova do dolo.

Seja na ação civil pública destinada ao simples ressarcimento do dano ao erário, ou mesmo na ação de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, especificamente no que se refere ao ressarcimento do dano, basta a comprovação do erro grosseiro, sendo desnecessária a prova do dolo, só exigível para a imposição das sanções.

E a despeito de ter sido vedada a solidariedade pela Lei 14.230/2021, posterior, pode-se interpretar como aplicável o princípio da especialidade nos casos de o dano ser resultado de fraude em licitação ou na execução contratual, obrigando à solidariedade.

7 A EFETIVIDADE DAS SANÇÕES

A nova redação do art. 12 da Lei de Improbidade trouxe sensível prejuízo à efetividade das sanções.

Para as infrações do art. 9º, a suspensão dos direitos políticos perdeu o patamar mínimo de 08 anos, o que, em tese, autorizaria uma suspensão de dias; a multa civil que poderia atingir até três vezes o valor do acréscimo patrimonial agora não pode superá-lo; e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, que tinha o prazo fixo de 10 anos, agora tem apenas o limite máximo estabelecido em 14 anos, o que também significa que, em tese, poderia ser fixada em patamar irrisório.

Com o art. 10 não foi diferente. A suspensão dos direitos políticos perdeu o patamar mínimo de 05 anos, o que, em tese, autorizaria uma suspensão de dias; a multa civil que poderia atingir até três vezes o valor do

dano agora não pode superá-lo; e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, que tinha o prazo fixo de 05 anos, agora tem apenas o limite máximo estabelecido em 12 anos, o que mais uma vez significa que, em tese, poderia ser fixada em patamar irrisório.

Mas a maior perda foi, sem dúvida, em relação às sanções do art.

11. Foi suprimida a possibilidade de perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, que era de 03 a 05 anos, agora tem apenas o limite máximo de 04 anos; e pagamento de multa civil que poderia chegar a 100 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente, foi reduzida para 24 vezes.

Nessa última hipótese, ainda que grave o atentado aos princípios constitucionais da Administração Pública, a punição com multa àquele que não possui bens em seu nome e não contrata com o poder público significará a absoluta impunidade.

Não é difícil considerar fato lamentavelmente ainda corriqueiro pelo interior do Brasil que é o nepotismo. A despeito da existência de súmula vinculante, gestores públicos em conduta de explícita má-fé continuam nomeando todo um séquito de parentes para cargos comissionados, algumas vezes em nepotismo cruzado. Pessoas desqualificadas ficam às vezes anos ocupando cargos que nem deveriam existir, auferindo vencimentos do poder público, e, ao final, sequer a perda do cargo poderá ser aplicada ao agente ímprobo, que será punido com uma multa (amiúde inexecutável) e uma proibição de contratar com o poder público para quem já não contrata.

E em relação à perda da função pública, ainda dispôs o § 1º do art. 12 que se limita, em regra, apenas o vínculo de mesma qualidade e natureza que o agente público ou político detinha com o Poder Público na época do cometimento da infração. Ou seja, na hipótese de um Chefe do Legislativo que nomeou diversos parentes em situação de nepotismo, sendo considerado ímprobo, nomeado posteriormente para o cargo de tesoureiro, a alteração da função teria um efeito depurativo em seu caráter, permitindo a manutenção da nova posição.

Necessário se faz, então, que aqueles casos em que a lei não mais propicia uma efetividade direta, para a repressão e prevenção do ato ímprobo, sejam buscadas alternativas de atuação a partir da raiz constitucional da moralidade administrativa e de mecanismos capazes, de alguma forma, atribuir consequências à prática indesejada.

8 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE

A moralidade administrativa é entendida como a obediência a parâmetros alinhados com o que a sociedade, num determinado momento histórico, considera justo, adequado, bom e razoável para atender a uma dada

situação no âmbito da Administração Pública.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella di Pietro ⁵⁶:

(...) sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

É para demonstrar sua relevância, Wallace Paiva Martins Junior afirmou ser o princípio da moralidade administrativa “um super princípio informador dos demais (ou um princípio dos princípios) não podendo reduzi-lo a um mero integrante do princípio da legalidade”. ⁵⁷

De fato, a simples observância da lei em muitos casos não basta para a satisfação daquilo que a sociedade considera justo e adequado. Não raras são as situações em que a despeito da observância dos limites da lei, o ato administrativo acaba por gerar efeitos que ultrapassam o conceito de moralidade. E em situações como essas, o agente público, movido pelo dolo da improbidade, a despeito de não gerar prejuízo material ao erário, estará “cuspiendo” na face do cidadão, valendo-se do poder que emana do povo para a satisfação de interesses pessoais, sob os auspícios da impunidade.

9 AS CONSEQUÊNCIAS DA OFENSA À MORALIDADE

É intuitivo afirmar que, a despeito de ter o legislador limitado o art. 11 a um rol de *numerus clausus*, aquelas condutas que encerram clara violação à moralidade e não mais se adequam aos tipos do referido artigo, ainda que isentas de um sancionamento direto, continuam tuteladas pelo ordenamento jurídico de maneira a garantir os efeitos do princípio constitucional.

Ou seja, havendo ofensa à moralidade, não é porque a conduta não está mais abrangida pelo rol do art. 11, que estaria o agente público livre de consequências por tê-la consumado.

A primeira consequência à violação da moralidade será, por óbvio, a invalidade do ato, passível de ser buscada pelo Ministério Público, o que poderá ocorrer pela via da ação civil pública.

Ocorre que a simples invalidade do ato não constituirá sanção ao agente ímprobo, tanto quanto a reparação do dano ao erário é mera consequência do ato de improbidade que obriga o responsável a restituir o status quo. E, em muitos casos, quando da apreciação do Ministério Público, o ato já terá cessado seus efeitos, tornando desnecessária uma ação para invalidá-lo.

É necessário então que se encontre no ordenamento jurídico uma maneira de não apenas invalidar o ato imoral, mas de fazer com que o agente ímprobo que dolosamente o praticou, sinta as consequências do atentado à

56 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Atlas, p. 71.

57 MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Probidade Administrativa. 3ª ed. São Paulo. Ed. Saraiva. 2006, p. 31.

Constituição.

10 AS INSTÂNCIAS DE JULGAMENTO

Tendo o afrouxamento da lei gerado ineficácia para as soluções negociadas do Ministério Público e acrescentado ainda maiores dificuldades para a obtenção da tutela jurisdicional, há que se pensar em estratégias de submissão da conduta do agente ao julgamento de outras instâncias.

É certo que quaisquer das condutas ímprobas, abrangidas ou excluídas da Lei de Improbidade atentam contra o princípio da moralidade administrativa. O agente ímprobo quando se enriquece ilicitamente; quando imbuído de má-fé (por dolo ou por rompimento com a ética da boa gestão), gera prejuízo ao erário; ou quando viola seus deveres de lealdade, honestidade, imparcialidade ou legalidade, estará afrontando o princípio da moralidade administrativa.

E não se pode conceber que pelo fato de a lei ter fechado seu rol de atentados à moralidade, dificultado sobremaneira ou inviabilizado sua repressão, os princípios inseridos no caput do art. 37 tenham virado letra morta a ponto de não trazer ao agente público que o pisoteia qualquer consequência.

Frustrada a possibilidade de acordo de não persecução civil, fechadas as portas do Judiciário para o sancionamento do agente ímprobo, a questão terá que ser submetida a instância superior.

Parece estranho falar em uma instância superior depois que o próprio Poder Judiciário foi excluído da apreciação de certas condutas pelo legislador; mas o constituinte deixou muito claro, logo no artigo primeiro da Carta Magna qual é a fonte de todo o poder em um regime democrático: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal).

Necessário, portanto, que, inviabilizada a responsabilização do agente ímprobo por atentado à moralidade administrativa, a informação sobre o ocorrido seja submetida, com ética, com cautela e com responsabilidade, ao “tribunal popular”.

11 O DIREITO À INFORMAÇÃO⁵⁸

O acesso à informação adequada constitui um dos pilares da democracia⁵⁹, na medida em que proporciona aos cidadãos o conhecimento

58 VILHENA JUNIOR, Ernani de Menezes. **Defesa da Democracia no Combate às Fake News**. STEFANI, Marcos; ALMEIDA, Gregório Assagra de. (Coordenadores). O Direito em Épocas Extraordinárias. Belo Horizonte. Editora D'Plácido. 2020, p. 21.

59 “O direito à informação é outro pré-requisito para a democracia”. OSIATYŃSKI, Wiktor. **Human Rights and Their Limits**. Cambridge University Press. New York: 2009. 1st published. p. 72. (Tradução livre do

necessário para participar da vida política tomando as decisões que julguem mais acertadas para os destinos da Administração Pública.

E o direito a uma informação adequada pode ser considerado um direito fundamental do cidadão, na medida em que serve de base à própria manutenção de um Estado Democrático de Direito.

Segundo Alexy, baseando-se no posicionamento de Carl Schmitt, a identificação de um direito fundamental pode ocorrer a partir da constatação de que tais direitos "*constituem o fundamento do próprio Estado*"⁶⁰.

A partir dessa premissa, pode-se afirmar que o direito de acesso à informação, previsto no art. 5º, inciso XIV da Constituição Federal não se exaure, obviamente, a permitir ao cidadão o acesso a informações de posse da Administração. Essa é apenas uma de suas acepções.

Vale lembrar que o §2º do art. 5º possibilitou a ampliação dos direitos fundamentais para abranger outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal, como no caso em que o direito de acesso à informação não pode ficar restrito a uma conduta ativa do cidadão.

De acordo com Sarlet⁶¹:

Neste sentido, é lição pacífica da doutrina que a regra citada implica a impossibilidade de aplicar-se o tradicional princípio hermenêutico do "*inclusio unius est exclusio*", o que, em outras palavras, significa que na Constituição também está incluído o que não foi expressamente previsto, mas que implícita e indiretamente pode ser deduzido, doutrina esta que se encontra perfeitamente sedimentada em toda a história do constitucionalismo republicano.

Esmiuçando um pouco mais o direito à informação, constata-se que o próprio conceito de informação, por óbvio, abrange a informação pertinente e adequada, ainda que não solicitada pelo cidadão.

De acordo com Alexandre de Moraes⁶²:

O direito de receber informações verdadeiras é um direito de liberdade e caracteriza-se essencialmente por estar dirigido a todos os cidadãos, independentemente de raça, credo ou convicção político-filosófica, com a finalidade de fornecimento de subsídios para a formação de convicções relativas a assuntos públicos.

12 A INFORMAÇÃO VERDADEIRA EM DEFESA DO REGIME DEMOCRÁTICO

O exercício da função de defesa do regime democrático, atribuída ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988⁶³ se materializa no combate a qualquer situação que, de qualquer modo, possa prejudicar a livre expressão do "poder que emana do povo". E se um dos pilares da democracia é a

original em inglês).

60 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. 5ª ed. p. 66.

61 SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 91.

62 MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003. 2ª ed. p. 252.

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

informação, sempre que a informação for necessária para subsidiar o exercício do poder pelo cidadão, o Ministério Público estará legitimado a agir.

E mesmo se assim não fosse, o direito à informação adequada constitui também interesse difuso, perfazendo a legitimidade do Ministério Público por estar abrangido pelo art. 129, inciso III da Constituição Federal.

A atuação ministerial, em tais casos, seria direcionada a dar concretude e veracidade à informação, o que poderá ser feito de formas diversas, a depender da necessidade e peculiaridades do caso concreto, como se verá na sequência.

13 A RECOMENDAÇÃO ADMINISTRATIVA

De acordo com o art. 1º da Resolução nº. 164/2017 do Conselho Superior do Ministério Público:

Art. 1º A recomendação é instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público por intermédio do qual este expõe, em ato formal, razões fáticas e jurídicas sobre determinada questão, com o objetivo de persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública ou do respeito aos interesses, direitos e bens defendidos pela instituição, atuando, assim, como instrumento de prevenção de responsabilidades ou correção de condutas.

Se a recomendação é um instrumento destinado a persuadir o destinatário a “deixar de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos”, e tem por objeto o “respeito aos interesses, direitos e bens defendidos” pelo Ministério Público, dentre os quais obviamente se inserem a defesa da moralidade administrativa e do regime democrático, não é demais afirmar que a recomendação pode ser um instrumento eficaz para a correção de condutas que, a despeito de ofenderem a moralidade, não mais encontram punição pela Lei de Improbidade.

Imagine-se, por exemplo, a situação de uma conduta tentada de enriquecimento ilícito (art. 9º) ou com potencial para causar prejuízo ao erário (art. 10), mas que, por circunstâncias alheias à vontade do agente ímprobo acabou não se consumando. Não tendo havido o enriquecimento ilícito ou efetivo prejuízo ao erário, e não se adequando a conduta a um dos incisos do art. 11, ter-se-ia um indiferente, em termos de improbidade administrativa.

Concretizando melhor o exemplo, imagine-se a situação de um agente público encarregado de fiscalização que manifesta expressamente sua aceitação em receber para si vantagem econômica a ser paga por uma empresa fiscalizada e que pode ser beneficiada por sua omissão. Se recebida a vantagem, estaria caracterizada a conduta descrita no art. 9º, inciso I da Lei de Improbidade. Mas, se por circunstâncias alheias à vontade do agente a empresa decidisse não mais presenteá-lo, o seu rompimento com os deveres de lealdade e honestidade e consequente afronta à moralidade administrativa ficariam impunes pela atual configuração da Lei de Improbidade.

Antes da reforma da Lei de Improbidade, a conduta não consumada

dos arts. 9º e 10 que redundassem em ofensa à moralidade poderia caracterizar improbidade adequada ao art. 11, cujo rol era meramente exemplificativo. Agora, não mais.

Adequado e razoável, em atenção ao princípio da eficiência, que o Ministério Público lance mão do instrumento da recomendação que cumprirá duas finalidades: 1ª) a prevenção de condutas semelhantes no futuro; e 2ª) dar publicidade ao fato para a submissão da conduta do agente que afrontou a moralidade administrativa à apreciação de quem possui o poder originário para julgá-lo: o povo.

Para tanto, deve-se considerar que a publicidade constitui elemento da recomendação, instituída pelo art. 27, parágrafo único, inciso IV da Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público):

Art. 27. Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:

(...)

Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências:

(...)

IV – promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

Sendo o agente público titular de mandato eletivo, a população contará com mais elementos para avaliar sua probidade no próximo pleito e julgar se merece ser ele novamente sufragado. Em se tratando de ocupante de cargo comissionado ou mesmo de servidor efetivo, caberá à população julgar a eficácia dos meios de controle e cobrar de seus representantes as atitudes adequadas, até mesmo com a alteração da legislação.

Vale lembrar que a recomendação deve ser expedida no seio de um procedimento, que pode ser um inquérito civil, um procedimento preparatório de inquérito civil, ou mesmo um procedimento administrativo (art. 3º da Resolução n.º 164/2017 do CNMP), obviamente após atingir o Ministério Público a certeza da ocorrência do atentado à moralidade administrativa.

Considerando que a representação exige a exposição das *“razões fáticas e jurídicas sobre determinada questão”* (art. 1º da Resolução n.º 164/2017 do CNMP), está claro que a conduta do agente que se considera atentatória à moralidade, deve ser descrita com todos os detalhes, demonstrando-se a fundamentação jurídica que leva à conclusão do atentado à moralidade administrativa, utilizando-se da linguagem mais acessível possível à população.

A necessária publicidade da recomendação que de acordo com a lei deverá ser *“adequada”*, pode ser potencializada pela réplica em meios de comunicação, de maneira a chegar ao conhecimento da população.

14 PUBLICIDADE INSTITUCIONAL

É possível que em algumas situações a publicidade obtida pela recomendação não seja adequada e suficiente à submissão do ocorrido ao conhecimento da população.

Há então um outro instrumento, cujo uso tem sido deturpado pelos gestores públicos: a publicidade institucional.

Prescreve o art. 37, § 1º da Constituição Federal:

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

A deturpação ocorre na medida em que, na maioria das vezes, a publicidade institucional é utilizada como propaganda de governo. “Propaganda” é espécie do gênero “publicidade”. A propaganda é a publicidade qualificada pelo interesse em promover algo ou alguém. E, na prática, a publicidade institucional mostra apenas aquilo que convém à promoção do governo e do administrador público, tornando-se uma espécie de propaganda.

Mas, na medida em que o objetivo da publicidade institucional é educar, informar e orientar a sociedade, (conforme dispõe o referido § 1º), a informação não poderá ser seletiva. Não pode a Administração usar a publicidade institucional para informar apenas aquilo que é conveniente ao gestor público. A população tem que ser também informada sobre os erros, os malfeitos, as afrontas à moralidade administrativa, os atos de seus agentes que, a despeito de não mais caracterizarem atos de improbidade, continuam despertando no cidadão comum a repulsa pela ofensa à ética da boa gestão.

A abrangência da publicidade institucional para incluir os atentados à moralidade pode ser obtida, por exemplo, através de termo de ajustamento de conduta que preveja a obrigatoriedade de incluir na publicidade institucional, com especificação de modo, da descrição das condutas ímprobadas imputadas a agente público que só não puderam ser alcançadas pela Lei de Improbidade por conta de sua alteração pela Lei 14.230/2021, conforme reconhecido em arquivamento do Ministério Público homologado pelo órgão revisor. Se um gestor comprometido com a ética firmar esse termo de compromisso de ajustamento, seus sucessores, ainda que não concordando, serão obrigados a cumpri-lo.

Possível também é a inclusão da informação na publicidade institucional através de ação civil pública. Vale lembrar que a questão muitas vezes é meramente de direito, ou tem prova documental, viabilizando a obtenção de uma tutela de evidência.

Quando um agente público, no exercício da função ou em razão dela, pratica um ato que afronta o princípio da moralidade administrativa, quando se vale de desvio de finalidade para a satisfação de um interesse

pessoal, ou quando vê frustrada sua vontade de atingir a consumação de um ato de improbidade, esse ato há de ser objeto da publicidade institucional.

15 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O período de rápidas transformações que se vivencia exige do operador do Direito em geral, e do Ministério Público em particular, a redefinição de estratégias capazes de perseguir, com maior eficácia, a concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre os quais se destaca a construção de uma sociedade justa (art. 3º, I da Constituição Federal).

O conceito de justiça em uma sociedade passa, necessariamente, pela adequada repressão e prevenção de atos de improbidade administrativa praticados por aqueles que, exercendo uma parcela do poder do Estado, ou no exercício da burocracia estatal, violam os princípios fundamentais da Administração Pública, em especial o princípio da moralidade administrativa.

Em um mundo não globalizado, destituído da rede mundial de computadores, da atual tecnologia da informação e comunicação, e limitado pelo registro dos atos processuais em papel, alguns conceitos como o princípio do promotor natural, e o próprio conceito de comarca faziam sentidos e era pertinentes àquela realidade. Hoje, com a fluidez da informação, o rompimento de barreiras espaciais pelo formato digital, tais conceitos terão que ser repensados para que o Ministério Público possa dar concretude ao princípio da eficiência e promover uma sociedade mais justa.

Nesse contexto, e a despeito dos relevantes prejuízos experimentados no enfrentamento da improbidade administrativa a partir da vigência da Lei 14.230/2021, não se pode ignorar a existência de toda uma estrutura constitucional, com princípios que devem nortear a conduta do agente público, como a moralidade administrativa, e que violados, devem continuar gerando consequências para o agente ímprobo, ainda que agora isento de sancionamento pela lei ordinária.

Demonstrado que a informação adequada e verdadeira constitui elemento fundamental para o bom funcionamento do regime democrático, cabe ao Ministério Público, encarregado pelo constituinte de sua defesa, a missão de zelar para que a informação da ofensa à moralidade por agentes públicos e da deficiência do sistema para reprimir tais atos chegue ao conhecimento da população.

Para tanto, a utilização de mecanismos a seu alcance, como a recomendação administrativa e a adequação da publicidade institucional constituem alternativas viáveis e eficientes para o enfrentamento dos desafios que o momento atual impôs.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. 5ª ed. p. 66.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, p. 71.
- MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Proibição Administrativa**. 3ª ed. São Paulo. Ed. Saraiva. 2006, p. 31.
- MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003. 2ª ed. p. 252.
- OSIATYŃSKI, Wiktor. **Human Rights and Their Limits**. Cambridge University Press. New York: 2009. 1st published. p. 72.
- SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 91.
- VILHENA JUNIOR, Ernani de Menezes. **A Improbidade Culposa e a Ética da Boa Gestão**. Tese aprovada no III Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Estado de São Paulo. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Congresso_PatPublico_III/Teses/Livro%20de%20teses.pdf. Consulta em: 29 mar. 2023.
- _____. **Defesa da Democracia no Combate às Fake News**. STEFANI, Marcos; ALMEIDA, Gregório Assagra de. (Coordenadores). *O Direito em Épocas Extraordinárias*. Belo Horizonte. Editora D'Plácido. 2020, p. 21.