



Ministério Público do
Estado da Paraíba





Ministério Público do
Estado da Paraíba

MANUAL DE ATUAÇÃO FUNCIONAL

PATRIMÔNIO PÚBLICO

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DE DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO,
FAZENDA PÚBLICA E TERCEIRO SETOR

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
Oswaldo Trigueiro do Valle Filho

1º SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
Nelson Antônio Cavalcante Lemos

2º SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
Kátia Rejane Medeiros Lira Lucena

SECRETÁRIO-GERAL
Bertrand de Araújo Asfora

COORDENADOR DO PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO
Adrio Nobre Leite

GESTOR DO PROJETO
Alcides Orlando de Moura Jansen

COORDENADOR DO CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO, FAZENDA PÚBLICA E TERCEIRO SETOR
Adrio Nobre Leite

AUTOR DO MANUAL
Adrio Nobre Leite

DIRETOR DO CEAF
José Raimundo de Lima

COORDENADORA DO CEAF
Cristiana Ferreira M.Cabral de Vasconcellos

NORMALIZAÇÃO
Christianne Maria Wanderley Leite - CRB-15/0033
Nigéria Pereira da Silva Gomes - CRB-15/0193

REVISÃO GRAMATICAL
Prof. Francelino Soares de Souza

PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO
Geraldo Alves Flôr - DRT 5152/98
João Gomes Damasceno Filho - DRT 3982/01

IMPRESSÃO
Gráfica Santa Marta

P221M Paraíba. Ministério Público do Estado da.
Manual de atuação funcional do Patrimônio
Público. - João Pessoa: MPPB/PGJ, CAOP do
Patrimônio, 2011.
200p.

1.Ministério Público - Patrimônio Publico -
Paraíba I. Título

CDU 347.963:347.033(813.3)

SUMÁRIO

PREFÁCIO	9
APRESENTAÇÃO.....	11
O CENTRO DE APOIO	13
CAPÍTULO 1: A TEORIA.....	15
1.1 PATRIMÔNIO PÚBLICO	15
1.1.1 Ministério Público	15
1.1.1.1 <i>Independência e autonomia</i>	15
1.1.1.2 <i>Atuação extrapenal</i>	17
1.1.2 Base normativa relevante	21
1.2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL	22
1.2.1 Força normativa dos princípios constitucionais	22
1.2.2 Princípios setoriais do artigo 37 da CF	24
1.2.3 Princípio da proporcionalidade	28
1.2.4 Concurso público	30
1.2.5 Controle difuso de constitucionalidade	34
1.3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	36
1.3.1 Discricionariedade administrativa	36
1.3.2 Abuso de poder e suas modalidades	37
1.3.3 Sistemas de controle	39
1.3.4 Tribunal de Contas	42
1.3.5 Licitação	47
1.3.6 Improbidade administrativa - Lei nº 8.429/92	50
1.4 RESPONSABILIDADE FISCAL E FINANÇAS PÚBLICAS.....	57
1.4.1 A Lei Complementar nº 101/2000 (LRF) e a Lei nº 4320/64	57
1.4.2 Planejamento e sistema orçamentário.....	60
1.4.3 Transparência na gestão fiscal	62
1.4.4 Receitas públicas e exação em matéria tributária	64
1.4.5 Despesas públicas e endividamento	66
1.4.6 Limites de gastos com pessoal	70

CAPÍTULO 2: A PREVENÇÃO	75
2.1 IMPORTÂNCIA	75
2.2 FORMAS DE ATUAÇÃO	76
2.2.1 Controle interno: implantação e fortalecimento	77
2.2.3 Controle social: fomento	79
2.2.4 Monitoramento da gestão	80
CAPÍTULO 3: A INVESTIGAÇÃO	83
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	83
3.1.1 Proatividade e investigação contemporânea	83
3.1.2 Efetividade e proporcionalidade	84
3.1.3 Instâncias de responsabilização e alcance investigativo	86
3.1.4 Parcerias e diálogo interinstitucional: ENCCLA, GNCOC e FOCCO	88
3.1.5 Extrajudicialidade: instrumentos	91
3.2 QUESTÕES RELEVANTES DA INVESTIGAÇÃO	94
3.2.1 Conhecimento dos fatos e delação anônima	94
3.2.2 Procedimento preparatório e consulta aos bancos de dados	96
3.2.3 Inquérito civil público: natureza e decretação do sigilo ...	97
3.2.4 Desmembramento das investigações: hipóteses	100
3.2.5 Provas	101
3.2.5.1 <i>Requisição de documentos e informações</i>	101
3.2.5.2 <i>Acesso a dados sigilosos: tipos</i>	106
3.2.5.3 <i>Interceptação telefônica e prova emprestada</i>	114
3.2.5.4 <i>Perícias</i>	116
3.2.6 Promoção de arquivamento	117
3.2.7 Área penal: reflexos da investigação civil	118
CAPÍTULO 4: O PROCESSO	121
4.1 JUDICIALIZAÇÃO: AÇÕES MAIS FREQUENTES	121
4.2 ASPECTOS PROCESSUAIS IMPORTANTES	123
4.2.1 Propositura da ação e requisitos da petição inicial	123
4.2.2 Atribuições: litisconsórcio e atuação integrada	127
4.2.3 Competência: linhas de entendimento	131
4.2.4 Sujeito passivo e improbidade: sucessão e desconsideração da pessoa jurídica	138
4.2.5 Notificação preliminar na improbidade e juízo de	

prelibação	142
4.2.6 Dano extrapatrimonial (moral)	143
4.2.7 Prescrição	144
4.2.8 Medidas cautelares	145
4.2.8.1 Busca e apreensão	146
4.2.8.2 Indisponibilidade e sequestro de bens	146
4.2.8.3 Afastamento do cargo	148
4.2.9 Improbidade, ação civil pública e ação popular: litispendência	148
4.2.10 Sentença e recursos	149
4.2.11 Cadastro Nacional de Condenados por Improbidade Administrativa	150
4.2.12 Honorários advocatícios	150
4.2.13 Execução das sanções da Lei 8.429/92	152
CAPÍTULO 5: A CASUÍSTICA	153
5.1 CONTRATAÇÃO DE PESSOAL	153
5.2 NEPOTISMO E SÚMULA VINCULANTE 13	158
5.3 ACUMULAÇÃO DE CARGOS E VENCIMENTOS	161
5.4 TERCEIRIZAÇÃO	163
5.5 FRAUDES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS	163
5.6 PUBLICIDADE E PROMOÇÃO PESSOAL	172
5.7 PEÇAS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO	173
5.8 CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO (CGU): RELATÓRIOS E FISCALIZAÇÕES	179
5.9 LAVAGEM DE DINHEIRO E COAF	181
REFERÊNCIAS	183
ANEXO A - Índice legislativo	187
ANEXO B - Sites de consulta	189



PREFÁCIO

Diante de tantos desafios e diversos temas relevantes, a atuação do Ministério Público ganha traços significativos de complexidade. A sociedade de massa gerou conflitos os mais variados e densos. São muitas as atividades do Ministério Público, em diversos campos e áreas tão distintas. A carga de demandas enseja sempre maior preparo, sob diversos matizes. A exigência social envolve a necessidade de um tempo de resposta cada vez menor.

Frente a essa realidade, em setembro de 2010, a imensa maioria dos que fazem o Ministério Público da Paraíba se reuniu para discutir em profundidade questões institucionais, no primeiro *Workshop* de Alinhamento Estratégico, ocasião em que ficou muito nítida a pretensão da classe no sentido da atuação ministerial de forma *integrada e uniforme*, de tal modo que esse anseio passou a figurar como objetivo transversal em nosso Mapa Estratégico.

Um dos projetos imaginados para começar a garantir a concretização dessa ideia coletiva foi o de disponibilizar aos que fazem a Instituição Ministerial esta coleção de MANUAIS DE ATUAÇÃO FUNCIONAL, com o pensamento de minimizar esforços e, sobretudo, reduzir o tempo empreendido no trabalho de cada um. Na verdade, o material produzido tem o papel de facilitar o contato mais direto e rápido com questões enfrentadas no dia a dia, induzindo práticas otimizadas que auxiliem as nossas rotinas, transmitindo à sociedade a segurança jurídica de que falamos a mesma língua, do litoral ao sertão, materializando, enfim, o primeiro dos nossos princípios institucionais que é o da UNIDADE como está escrito na Carta da Nação

Mas, claro que não é só isso. O desafio que se lança ao Ministério Público é enorme. É preciso a introdução e o desenvolvimento de mecanismos que permitam o fortalecimento da Instituição. Os membros do Ministério Público são fortes pela dimensão profundamente transformadora que se encontra na essência das funções constitucionais a eles confiadas. Mas, serão mais fortes com uma perspectiva de

maior integração, e por isso os *Manuais* buscam também esse viés espontâneo de alinhamento integrativo.

No entanto, os caminhos apontados são puramente sugestivos. Não trazem também a exaustão dos temas apresentados. Os Centros de Apoio Operacional têm a missão de conduzir a concretização e o aprimoramento dos conhecimentos específicos agora estabelecidos. Como um primeiro passo de suporte e orientação, os *Manuais* devem obrigatoriamente passar por aperfeiçoamentos e evoluções naturais de entendimento.

Fica a certeza maior de contribuição inicial a uma jornada incansável de maior efetividade. A responsabilidade é coletiva. O desafio é de todos.

OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO
Procurador-Geral de Justiça

ALCIDES ORLANDO DE MOURA JANSEN
Corregedor-Geral do Ministério Público
Gestor do Projeto

ADRIO NOBRE LEITE
Promotor de Justiça
Coordenador do Planejamento Estratégico

APRESENTAÇÃO

A estruturação do manual na área de tutela do patrimônio público está posta sob cinco eixos: teoria, prevenção, investigação, processo e casuística. A divisão é puramente didática. Os temas se entrelaçam. Guardam relação óbvia de complementariedade. A finalidade é tríplice. Orientação, uniformidade e integração. Sua essência é a maior resolutividade institucional. Seu norte, a efetividade.

No âmbito doutrinário, não há aprofundamentos. Aspectos constitucionais são mais realçados, estabelecendo, de logo, uma interligação com a abordagem prática. A vertente preventiva, em segunda faixa, é de fundamental importância. Sem esse viés, o combate à corrupção, em sentido alargado, é mais doloroso. A investigação se reveste, em terceiro ponto, de suma importância. Deve ser, acima de tudo, perspicaz e eficiente. As questões processuais são sempre levantadas e merecem atenção redobrada, sobretudo em terreno tão cheio de interesses, de variados matizes. Algumas situações concretas sinalizam caminhos que podem ser seguidos.

O conteúdo não é repositório de respostas acabadas. Ao contrário, é um primeiro passo. Deve, por isso, ser obrigatoriamente aprimorado. Afinal, é uma construção coletiva. As perspectivas mudam, variam, divergem, evoluem. Isso é fundamental para manter o manual vivo.

Adrio Nobre Leite

Promotor de Justiça Coordenador



O CENTRO DE APOIO

É atribuição do Ministério Público a defesa do patrimônio público e social (artigo 129, III, da CF). Como unidade orgânica, o Centro de Apoio Operacional de Defesa do Patrimônio Público, Fazenda Pública e Terceiro Setor é órgão auxiliar estruturado no âmbito do Ministério Público da Paraíba para diversas iniciativas neste campo.

O enfoque estrutural se deu a partir do artigo 62, IV, da Lei Complementar Estadual nº 97/2010, com disciplina encontrada na Resolução CPJ nº 002/2011. O papel é de articulador interno das políticas institucionais voltadas, de modo precípua, para a efetivação da tutela do patrimônio público e social, promovendo o auxílio e suporte aos órgãos de execução.

Como órgão auxiliar, deve buscar integração, uniformidade e efetividade da atuação. Para tanto, indiscutível a escolha institucional e estratégica de prioridades. Também, munir cada unidade de execução de condições de acesso ao pertinente conhecimento técnico-jurídico. Além disso, elaborar firme e permanente diálogo cooperativo com a sociedade e demais órgãos e instituições públicas e privadas.

Em ângulo direcionado ao alinhamento da gestão estratégica, para o período de 2011/2016, o objetivo destacado é o fortalecimento dos mecanismos de transparência e controle na gestão pública. As vertentes de caráter preventivo e repressivo, portanto, se conjugam. Ganha amplitude a postura de proteção ao direito fundamental difuso da probidade administrativa e da proteção ao patrimônio público, com realce ao bloco de constitucionalidade inerente à Administração Pública.



CAPÍTULO 1:

1 A TEORIA

1.1 PATRIMÔNIO PÚBLICO

1.1.1 Ministério Público

1.1.1.1 *Independência e autonomia*

É evidente a pertinência de se encaixar a primeira reflexão sobre a independência e autonomia funcionais (artigos 127, §1º e 2º, da Constituição Federal)¹. Não se protege o patrimônio público sem tais garantias. No enfrentamento à corrupção², fenômeno que se apresenta localizado no espaço inerente à tutela do patrimônio público, muitos são os interesses que cercam o Estado. A blindagem constitucional merece destaque.

Com mácula ao patrimônio público, sobretudo impregnando o dever de probidade que deve reger a máquina estatal, todas as demais iniciativas de caráter prestacional e que dizem respeito à

¹ Art. 127. (...)

§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

² “A corrupção, em seus aspectos mais basilares, reflete a infração de um dever jurídico posicional e a correlata obtenção de uma vantagem indevida. Fala-se na infração de um dever jurídico posicional na medida em que o corrupto deve necessariamente exercer uma função, na esfera pública ou privada, que lhe imponha um dever e lhe outorgue os poderes necessários à realização de certo objetivo. A vantagem indevida, por sua vez, que é a própria *ratio essendi* da corrupção, é aquela não amparada pela ordem jurídica, aqui concebida em sentido lato, abrangendo tanto as normas impostas pelo Estado, como os contratos que regem as relações entre agentes privados.” GARCIA, Emerson. *Repressão à Corrupção no Brasil: entre realidade e utopia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 1.

concretização da cidadania ficam extremamente afetadas. As políticas públicas desenvolvidas para áreas sensíveis e prioritárias não fluem com a força necessária. O Estado Democrático de Direito não cumpre seus objetivos.

Na proteção ao patrimônio público, o papel da investigação é muito forte. Para a realização dessas tarefas investigativas, é preciso assegurar-se a plena convicção reformadora, do ponto de vista social, do integrante do Ministério Público e, ainda mais, a não submissão hierárquica a qualquer estrutura orgânica de Poder. Independência funcional e autonomia andam juntas. Permitem o trânsito do integrante do Ministério Público, sem peias ou grilhões.

Tal perspectiva se reflete não só do ponto de vista da convicção de cunho processual³. Mas, acima de tudo, para se sobrepor a interesses muitas vezes particulares e escusos, de natureza política ou econômica, que maculam ou trazem prejuízo à sociedade. É a imunização às pressões de toda ordem. Mas não é só isso.

Por outro viés de igual peso, a independência funcional é garantia jurídica para a sociedade, a ela assegurando-se um agente do Estado capaz de defender o interesse da coletividade e a ordem constitucional⁴, mesmo contra o próprio “poder” do Estado. É a certeza de se ter, na proteção à gestão pública e, portanto, dentro

³ “Independência funcional: trata-se de autonomia de convicção, na medida em que os membros do Ministério Público não se submetem a qualquer poder hierárquico no exercício de seu mister, podendo agir, no processo, da maneira que melhor entenderem.”

(...) A autonomia funcional, inerente à Instituição como um todo e abrangendo todos os órgãos do Ministério Público está prevista no art. 127, §2º, da CF/88, no sentido de que, ao cumprir seus deveres institucionais, o membro do Ministério Público não se submeterá a nenhum outro “poder (Legislativo, Executivo ou Judiciário), órgão, autoridade pública etc. Deve observar, apenas, a Constituição, as leis e a sua própria consciência.” LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13 ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 606-607.

⁴ “Impõe-se, nesse momento de reconstrução institucional, rever o conteúdo do princípio da independência funcional, levando em consideração que:

a) a independência funcional, antes de ser uma garantia do membro do Ministério Público, é uma garantia da sociedade, uma vez que foi instituída para dar ao povo a segurança de contar com um agente político que, no exercício das funções de defesa dos interesses sociais, possa atuar com independência, imune às pressões do poder;

da cláusula material do devido processo legal, uma investigação isenta e exitosa na consecução de incolumidade ao direito fundamental difuso a um patrimônio público tutelado.

1.1.1.2 Atuação extrapenal

Sob o enfoque extrapenal, a defesa do patrimônio público foi posicionada constitucionalmente como *função institucional* do Ministério Público (artigos 127, *caput* e 129, III, da Constituição Federal⁵). Portanto, dois vetores fundamentais devem ser realçados:

- a dignidade constitucional dessa *legitimação concorrente extraordinária*⁶, autorizado ao manejo de diversos instrumentos de caráter extrajudicial e judicial para a defesa do patrimônio público;
- a *concepção ampla de patrimônio público* a ser adotada,

b) quando se fala em *dever de obediência à consciência*, não se está tratando de uma consciência espontânea ou contingente (falsa consciência); mas, sim, de uma consciência autêntica, emancipada e universal (verdadeira consciência); de uma consciência ética, informada pelos valores universais da democracia;

c) quando se fala em *dever de obediência ao direito*, não se está tratando da obediência cega do membro do Ministério Público à literalidade dos textos legais, mas no uso do direito como instrumento de transformação social, o que implica interpretação recontextualizadora da norma, à luz dos valores que informam o projeto democrático constitucionalmente delineado (estratégia institucional do Ministério Público), bem como o reconhecimento de que o direito possui diferentes dimensões (política, econômica, cultural e normativa), portanto a dimensão normativa é apenas uma delas.” GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público: estratégia, princípios institucionais e novas formas de organização*. Disponível em: <www.apmp.com.br/diremacao/.../conc_cesar_salgado09.doc> Acesso em :13 abr. 2011.

⁵ 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.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

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;

⁶ “(...) quando a lei autorizar, expressamente, alguém a agir em nome próprio na defesa de direito alheio (pretensão alheia), a legitimação será extraordinária, já que inexistente coincidência de sujeitos na relação jurídica material e processual. Aquele que litigar como autor ou réu, em nome próprio e na defesa do direito alheio será o substituto processual, agindo em nome do substituído.” LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 181.

incluindo-se o acervo patrimonial e extrapatrimonial, reconhecendo, ainda, a sua dimensão como direito fundamental difuso e a necessidade, por igual senda, de atenção aos princípios constitucionais.

Indiscutível a legitimidade extraordinária ampla⁷ para a tutela do patrimônio público (artigo 129, III, da Constituição Federal). Tal incumbência constitucional não é exclusiva, por óbvio, permitindo-se outros colegitimados. No entanto, do ponto de vista prático e por diversas razões, é o Ministério Público desaguadouro principal das iniciativas voltadas para esta proteção. Daí a enorme responsabilidade a ser observada para o manejo de instrumentos extrajudiciais e judiciais existentes na ordem jurídica e postos a sua disposição.

Assim, a atuação do Ministério Público na defesa do patrimônio público guarda nítida configuração enfática de desenvolvimento de *postura de controle* do Estado-Administração frente aos parâmetros constitucionais traçados para a condução da gestão pública. Sem descuidar, de outra monta, das ações de terceiros com o desiderato de causar alguma lesividade à coisa pública.

O uso de linhas preventivas e repressivas pela Instituição, através de iniciativas judiciais e extrajudiciais, é fundamental para manter as estruturas de Estado dentro das balizas constitucionais e, não só isso, em consonância com todo o ordenamento jurídico. Além do mais, impedir também que particulares tragam alguma ação que repercuta lesivamente na gestão pública.

Esse papel do Ministério Público se fortalece pela definição de defesa da ordem jurídica e do regime democrático (artigo 127, caput, da Constituição Federal). Assim, o registro constitucional

⁷ v. decisões do STF: Pleno, RE 576.155/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, publicado no DJU 25.11.2010; RE 225777, Min. Eros Grau, julg. Plenário em 24.02.2011; RE 244.217-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25-10-2005, Primeira Turma, DJ de 25-11-2005; RE 262.134-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-12-2006, Segunda Turma, DJ de 2-2-2007; AI 383.919-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 19-2-2003, Primeira Turma, DJ de 11-4-2003; RE 208.790, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 27-9-2000, Plenário, DJ de 15-12-2000; RE 464.530-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 18-5-2010, Primeira Turma, DJE de 4-6-2010.

de tutela do patrimônio público representa o dever funcional do Ministério Público no exame das atividades do Estado e na coibição das ilicitudes cometidas. Para esse desiderato, utiliza-se das diretrizes normativas trazidas pela Constituição Federal e, claro, por todo o sistema jurídico, naquilo que guardar dimensão afeta à coletividade.

Isto se justifica pela relevância dada ao patrimônio público como direito fundamental difuso, com todas as garantias previstas para a respectiva tutela. Diversas disposições constitucionais aludem a essa proteção (artigos 5º, LXXIII, 15, V, 23, I, 37, caput e §§ 4º e 5º, 85, V e 129, III). Sem ela, não há que se falar em garantia plena e real da existência de um Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos, dentre outros, são a cidadania e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, da Constituição Federal) e que tem, dentre os objetivos estampados na ordem constitucional, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos (artigo 3º)⁹.

Essas afirmações permitem uma compreensão não só do destaque à função institucional do Ministério Público, mas também da necessária amplitude de concepção da ideia de patrimônio público, alargando-se inclusive a visão do artigo 1º, §1º, da Lei Federal nº

⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

4.717/65¹⁰ (Lei de Ação Popular).

Por este viés, patrimônio público não envolve apenas aspectos vinculados à vertente patrimonial, porquanto essa noção econômico-financeira está atrelada à concepção de erário público. Tampouco se limita àqueles bens de valor histórico, turístico, estético e paisagístico, com conotação típica de patrimônio cultural, abordagem normativa presa à tutela ambiental. Não é só a referência à universalidade de bens de expressão econômica, nem a alusão aos aspectos de patrimônio cultural. É preciso adicionar, de outro, os vetores axiológicos que norteiam a atividade estatal.

Portanto, patrimônio público como direito fundamental difuso inclui também o acervo extrapatrimonial ou moral¹¹. Isso compreende não só bens e direitos, mas, acima de tudo, os valores essenciais e incidentes à atividade do Estado. Neste aspecto, edifica-se o realce em face da moralidade administrativa como dever da Administração Pública e direito subjetivo da coletividade, acoplando-se aos demais princípios constitucionais, sobretudo dentro da lógica de atenção à juridicidade.

Esse raciocínio permite admitir a plena possibilidade de dano moral coletivo, em face de agressão ao patrimônio público. Para tanto, basta a verificação da existência e a autonomia do dano moral (artigos 5º, incisos V e X da Constituição Federal¹² e 186¹³, do Código Civil), com reconhecimento jurisprudencial às pessoas

¹⁰Art. 1º. § 1º - Consideram-se patrimônio público, para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

¹¹ “O patrimônio moral equivale, em linha de tutela jurisdicional, ao patrimônio público, podendo ser revelado quando do desrespeito à honestidade ou à justiça, quando da quebra de confiança, quando da incidência do agente público em desvio de poder ou em abuso de autoridade, sendo certo que sua notável característica é a independência conceitual de lesividade econômica.” MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público: comentários à lei de improbidade administrativa. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 163.

¹² Verbis: “Artigo 5º(...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

¹³ Verbis: “Art. 186. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

jurídicas que integram a Administração Pública e as estruturas de Estado¹⁴.

1.1.2 Base normativa relevante

No plano internacional, merecem realce os tratados absorvidos pelo ordenamento jurídico pátrio, diante do reconhecido *status* normativo¹⁵ respectivo:

➤ Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução nº 58/4 de 31.10.2003, aprovada, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 348, de 18.05.2005 e promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31.01.2006 (DOU de 1º.02.2006);

➤ Convenção Interamericana contra a Corrupção, subscrita pela Organização dos Estados Americanos, em 29.03.1996 e, no Brasil, ratificada em 25.06.2002 pelo Decreto Legislativo nº 152 e promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 07.10.2002 (DOU de 08.10.2002).

No Brasil, podem ser pinçados, além da Constituição Federal, diversos diplomas normativos de caráter nacional, a saber:

- Lei Federal nº. 4.717/65 (Lei de Ação Popular);
- Lei Federal nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública);
- Lei Federal nº 8.429/92 (Lei de Combate à Improbidade Administrativa);
- Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal);

¹⁴ Súmula 227, do STJ: “ A pessoa jurídica pode sofrer dano moral” In: BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Diário da Justiça da União, em 08.10.1999. p. 126.

¹⁵ Artigo 5º (...)

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (v. Artigo 60, §2º, CF).

- Lei Federal nº 12016/2009 (Mandado de Segurança);
- Decreto-Llei nº 201/67 (Crimes de responsabilidade dos prefeitos);
- Código Penal (artigos 312 a 337-A e 359-A a 359-H);
- Lei Federal nº 8.666/93 (Lei de Licitações);
- Lei Federal nº 4.320/64 (Lei das Finanças Públicas).

No âmbito do Ministério Público, inclusive quanto à normatização interna no Ministério Público da Paraíba, podem ser destacados:

- Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público);
- Lei Complementar Estadual nº 97/2010 (Lei Orgânica do Ministério Público da Paraíba);
- Resoluções CNMP nº 23/2007, que trata de disciplina pelo Conselho Nacional do Ministério Público de instauração de inquérito civil público e procedimento preparatório;
- Resolução CPJ nº 001/2010, instituindo os parâmetros de investigação cível no Ministério Público da Paraíba.

No que se refere à legislação estadual, merece atenção, sem caráter exaustivo:

- Lei Complementar Estadual nº 58/2003 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis Estaduais);
- Lei Complementar Estadual nº 18/93 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba).

1.2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

1. 2.1 Força normativa dos princípios constitucionais

Sobre os princípios constitucionais, dois eixos de raciocínio são fundamentais e que permitem enfatizar sua importância na tutela do patrimônio público:

- o *status normativo* e, portanto, a plena eficácia jurídica de que se revestem;

➤ a *incidência simultânea e cumulativa* sobre a atividade estatal, permitindo controle imediato sobre os atos e comportamentos administrativos.

A reafirmação da densidade normativa dos princípios constitucionais é digna de relevo. Na verdade, ainda parece corriqueira a argumentação da necessidade de existência de uma lei, em sentido formal, para impor vinculação à Administração Pública ou, de outro lado, a sustentação de teses defensivas com amparo em atos normativos (leis municipais, estaduais ou federais) que estão em flagrante confronto com as normas constitucionais.

Por isso, a tutela do patrimônio público se erigir de maneira imediata, na grande maioria das vezes, através do cotejo entre os comportamentos administrativos e os princípios constitucionais, eis que a Administração Pública está, direta e prioritariamente, por razões de hierarquia normativa, vinculada às normas constitucionais.

Neste sentido, a plena eficácia normativa dos princípios constitucionais e, de maneira mais enfática, daqueles postulados setoriais da Administração Pública (artigo 37, *caput*¹⁶, da Constituição Federal), não deixa margem de liberdade administrativa a ser praticada fora da ordem jurídica constitucional.

As atividades estatais se encontram adstritas à normatização constitucional, sobretudo aos princípios lá estatuídos, independentemente de emissão de lei formal ou, em outro ponto, diante da existência de lei flagrantemente inconstitucional.

Esse conjunto de princípios repercute na visão de obediência à juridicidade. Qualquer conduta formalizada no seio da Administração Pública deve, dessa maneira, obediência ao *princípio da juridi-*

¹⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

*cidade*¹⁷ e, portanto, deve primar por sintonia estreita não só ao que determina, de maneira positivista, a lei formal, mas também a todo um conjunto de valores e princípios constitucionais.

Demais disso, tais princípios irradiam sua força normativa sobre a Administração Pública, de modo simultâneo e cumulativo. Cada comportamento derivado da atuação estatal passa pela filtragem de todos os princípios constitucionais. Não há como fazer prevalecer qualquer conduta da Administração Pública frente a uma desatenção a tais vetores.

1.2.2 Princípios setoriais do artigo 37, da CF

Além de outros princípios expressos e implícitos que compõem o regime jurídico-administrativo, tem razão de ser a ênfase aos princípios da legalidade, moralidade administrativa, publicidade, impessoalidade e eficiência (artigo 37, caput, da Constituição Federal). São eles que incidem, direta e setorialmente, sobre a Administração Pública. Por isso, ultrapassando-se as divergências doutrinárias e sem prejuízo de outros abordagens, devem receber exame atencioso sob alguns enfoques:

- a *legalidade*, intrínseca à visão do Estado de Direito, com vinculação da Administração Pública à *juridicidade* e não apenas à lei formal (legalidade estrita);
- a *impessoalidade*, abarcando as três vertentes de obediência à *finalidade* da atividade administrativa, *isonomia* de tratamento e vedação da *promoção pessoal*;
- a *moralidade administrativa* que reveste, do ponto de vista axiológico, a atuação administrativa, impondo uma prática honesta, com *probidade*;

¹⁷“Com efeito, os princípios constitucionais gerais, como o da igualdade, o do Estado de Direito, o da proporcionalidade, e, ainda, os princípios setoriais da Administração Pública, consagrados na cabeça do art. 37 da Constituição Federal de 1988, cada vez mais são instrumentos de conformação do conteúdo da decisão discricionária, o que, inevitavelmente, proporciona ao juiz uma ingerência crescente sobre aquilo que se convencionou chamar de mérito da decisão.” BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 207.

➤ a *publicidade* como consectária da obrigatoriedade ampla de *transparência* na Administração Pública;

➤ a *eficiência*, cujo teor se desdobra em duas linhas, sendo a primeira em relação à forma de estruturação da Administração Pública e, a segunda, voltada para a atuação do agente público, sobretudo norteando ambas pela referência da economicidade.

Estes vetores setoriais que regem a atividade estatal (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal) servem de pontos de amarra e de guia para a Administração Pública que, a todo o momento, deve por eles se orientar, sob pena de contaminação irremediável de quaisquer atos e comportamentos administrativos. Este aprisionamento direto aos princípios constitucionais amplia sensivelmente a possibilidade de acionamento dos sistemas de controle da atividade estatal, máxime o controle jurisdicional.

Como consequência do Estado de Direito e do princípio da separação dos poderes (artigos 1º e 2º da Constituição Federal)¹⁸, a legalidade se apresenta pela necessidade de atenção a todo o ordenamento jurídico, inclusive e sobretudo aos princípios constitucionais (juridicidade), bem como ao cumprimento daquilo que emana da lei formal (legalidade estrita)¹⁹.

A impessoalidade abarca três opções de densificação, à luz do princípio republicano (artigo 1º, parágrafo único, da Constituição

¹⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹⁹ O princípio da legalidade “*implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas*”. MELLO, Celso Antônio Bandeira. In: *RDP*, n. 90, p. 57-58.

Federal)²⁰. Envolve a necessidade de atingimento do bem comum e, portanto, o direcionamento da atividade estatal para o interesse público. Isso revela sua sintonia com a perspectiva de finalidade da atuação administrativa²¹. Além disso, volta-se para a garantia de tratamento igualitário a todos que se encontram no mesmo patamar jurídico²², correspondendo, neste aspecto, à isonomia (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal)²³. E, por fim, acarreta a vedação de autopromoção ou promoção pessoal dos agentes públicos, impedindo o culto ao personalismo e estabelecendo padrões de neutralidade no manejo da gestão pública, no que apresenta interseção com o princípio da publicidade (artigo 37, §1º, da Constituição Federal)²⁴.

Dentro deste contexto, impõe-se o dever de probidade no desenvolvimento da atuação do Estado. Com isso, não basta só a atenção

²⁰ Art. 1º. (...)

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

²¹ “A impessoalidade administrativa é rompida, ultrajando-se a principiologia jurídico-administrativa, quando o motivo que conduz a uma prática pela entidade pública não é uma razão jurídica baseada no interesse público, mas no interesse particular de seu autor. Este é, então, motivado por interesse em auxiliar (o que é mais comum) ou beneficiar parentes, amigos, pessoas identificadas pelo agente e que dele mereçam, segundo particular vinculação que os aproxima, favores e graças que o Poder facilita, ou, até mesmo, em prejudicar pessoas que destoem de seu círculo de relacionamentos pessoais e pelos quais nutra o agente público particular desafeição e desagrado.” ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. São Paulo:, Del Rey, 1994. p. 157.

²² O princípio da impessoalidade, em uma de suas vertentes, “objetiva a igualdade de tratamento que a Administração Pública deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica”. FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Lúmen Júris, 2004. p. 15

²³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

²⁴ Art. 37. (...)

§ 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.

à legalidade estrita. É preciso guardar consonância com a moralidade administrativa²⁵. Importa a verificação ética dos comportamentos administrativos, dentro da regra de honestidade para limitar e controlar, de modo ampliado, o Estado-Administração.

Em mais um flanco, a publicidade decorre da necessidade de transparência na gestão pública. É exigência da democracia e permite o exercício da cidadania. Cabe aos agentes públicos garantir o direito de acesso à informação para toda a coletividade (artigo 5º, incisos XXXIII e XIV, da Constituição Federal)²⁶, não se admitindo a existência de segredo no trato da coisa pública.

O princípio da eficiência implica dúplici aspecto: exige qualidade do serviço, em uma ponta, devendo tal prestação se afigurar de modo célere. Mas também, em outra, estruturação administrativa adequada, do ponto de vista orgânico. Ambas as hipóteses se encai-

²⁵ “Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 111.

²⁶ Art 5º. (...)

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

xam na perspectiva de economicidade²⁷, de modo a exigir planejamento dos gastos públicos. A prática administrativa tem que ter sintonia com a regra basilar da relação “*custo-benefício*” para atendimento ao interesse público. Ações administrativas antieconômicas devem ser rechaçadas, em nome da eficiência.

Sob este batuta, o princípio da economicidade (artigo 70²⁸, da Constituição Federal), decorre da obrigatoriedade de proibidade na condução dos gastos públicos, das despesas efetivadas pelo Estado-Administração na condução da coisa pública, sob pena de se descombar para o capricho de Governo ou irrazoável permissivo discricionário ao arrepio do interesse da coletividade.

1.2.3 Princípio da proporcionalidade

É preciso sinalizar, de forma apartada, a inegável importância do princípio da proporcionalidade, embora não expressado textualmente pela Constituição Federal, mas permeando-a aqui e acolá e perfeitamente aplicável ao nosso arcabouço jurídico (artigo 5º, §2º²⁹, da Constituição Federal). As linhas de justificativa intercomplementares mais destacadas em relação à proporcionalidade podem ser assim esquadrihadas:

²⁷“o princípio da economicidade traduz-se na equação custo-benefício e está intimamente ligado ao da eficiência. Na prática, é um dos princípios mais importantes, já que se nota, com uma constância indesejável, a tendência do agente público de desbalancear a equação, obtendo parcos benefícios em contrapartida a custos exageradamente altos”. AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Princípios do Direito Administrativo*, síntese da conferência pronunciada em 05.09.01 no Curso de Formação em Direito Tributário.

²⁸ “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”.

²⁹ “§2º do artigo 5º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

- a *preservação dos direitos fundamentais* gizados no ordenamento constitucional maior, servindo como meio de contenção da atuação do Estado;
- a aplicabilidade sobre a atividade normativa do Estado, atendendo-se para a *cláusula do devido processo legal*, em sua dimensão substancial (*substantive due process of law*), impedindo o desvio legislativo.

Serve, assim, para ajustar e harmonizar os interesses individuais da sociedade e o interesse comum/interesse público ou, de igual forma, os direitos fundamentais consagrados e os poderes estatais. O intuito é compatibilizá-los, inibindo a denominada *proibição do excesso*³⁰. Com tal viés, impede que o Estado possa causar exacerbada restrição aos direitos fundamentais, o que comprometeria os fins constitucionais.

Também alcança a limitação/freio às atividades estatais no que concerne ao poder de legislar, aferindo a constitucionalidade material ou não de uma norma jurídica elaborada que, de qualquer modo, atinja a intrincada e forte teia de garantias constitucionais aos cidadãos, incluindo-se o direito fundamental difuso à probidade administrativa e a defesa do patrimônio público.

Desse modo, não se pode desconhecer o viés da desobediência ao princípio do devido processo legal (artigo 5º, LIV³¹, da CF) sob duas vertentes: em sua dimensão meramente processual, como de costume, de proteção ao contraditório e a ampla defesa. E, de outro norte, em sua dimensão substantiva e material, devendo a atividade legislativa se manter dentro dos limites lançados pelas garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito, evitando o que se chama de *desvio de poder legislativo*.

³⁰ Terminologia usada também pela doutrina alemã.

³¹ Art. 5º (...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

1.2.4 Concurso público

A obrigatoriedade de realização de concurso público para ingresso nos quadros da Administração Pública é princípio constitucional expresso (artigo 37, *caput* e inciso II³² da Constituição Federal). A *permanência e a previsibilidade* das atividades ou tarefas definidas pela função ou cargo dão o toque de *natureza efetiva* e se apresentam como requisitos claros para o ingresso no serviço público pelo concurso.

Os parâmetros para acesso aos quadros da Administração Pública podem ser assim elaborados:

- obrigatoriedade de concurso público para os *cargos efetivos*;
- ausência de concurso nas hipóteses de *cargo em comissão e contratação por tempo determinado* em razão de excepcional interesse público.

Tem-se, portanto, repudiado não só a ocupação indevida de terceiros não concursados em cargos efetivos, mas, em igual prisma, a adoção de expedientes pela Administração Pública para se esquivar ou driblar a obrigatoriedade do concurso público, a saber de modo puramente exemplificativo: *a) transferência ou remoção para cargo de carreira diversa, mediante transposição ou qualquer modo de*

³² Art. 37. (...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

provimento derivado³³, inclusive com registro para a Súmula 685, do Supremo Tribunal Federal³⁴; b) argumentação de excepcionalidade, forçando uma contratação temporária, de modo indefinido; c) instituição, de modo abusivo e apenas por “rótulo”, de cargos em comissão ou confiança.

Na verdade, apenas de modo excepcional, admite-se a fresta de *contratação temporária*, (artigo 37, inciso IX³⁵, da Constituição Federal), observando-se, neste quadrante, a necessidade de se examinarem as específicas situações que permitem, por força constitucional, o ingresso nos quadros da Administração Pública, sem a necessidade de ultrapassagem do certame público.

³³ “ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROVIMENTO DERIVADO DE CARGOS PÚBLICOS. TRANSFERÊNCIA INTERNA OU TRANSPOSIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. A transferência interna ou transposição de cargos públicos, anteriormente denominado provimento derivado, foi vedada pela Carta Democrática de 1988, que ao consagrar o princípio da moralidade da Administração Pública, passou a exigir para o preenchimento de seus cargos e funções a prévia aprovação em concurso público. 2. Recurso desprovido. (STJ. RECURSO ORDINÁRIO EM MS Nº 3.546 - PB (1993/0024905-3), Rel. Ministra Laurita Vaz)

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CARGO PÚBLICO. ASCENSÃO FUNCIONAL. CONCURSO. NECESSIDADE. O Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento de que, de acordo com a ordem constitucional vigente, a investidura em cargo público efetivo, não importando se isolado ou em carreira, submete-se a exigência de prévio concurso público, sendo vedado o provimento mediante transposição ou ascensão funcional. Precedentes. Recurso desprovido.” (STJ. ROMS n.º 15.374/PI, rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 17/03/2003, p. 00243).

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. TRANSPOSIÇÃO DE CARGOS. ILEGALIDADE. NULIDADE DO ATO. DESNECESSIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. O ato de transposição de cargo fora totalmente ilegal, uma vez efetuado ao arrepio da nova ordem constitucional, ferindo o princípio da moralidade, podendo, assim, ser invalidado pela própria Administração, não sendo necessária a instauração de procedimento administrativo.

Recurso desprovido.” (STJ, ROMS n.º 12.297/SC, rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ de 03/06/2002, p. 00217).

³⁴ Súmula 685. É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

³⁵ Art. 37. (...)

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Além disso, outros cargos existem que não dependem de concurso público, denominados de cargos de confiança ou comissionados, dentro de enquadramentos especiais de *direção, chefia ou assessoramento* (artigo 37, incisos II, parte final e V)³⁶.

Todos esses parâmetros constitucionais, quando não obedecidos, acarretam a nulidade do ato e a responsabilização da autoridade responsável (artigo 37, §2º, da Constituição Federal)³⁷. Qualquer entendimento de limitação³⁸ a essa nulidade deve ser observada em campo muito restrito e à luz de cada caso concreto (artigo 54, da Lei nº 9.784/99)³⁹.

Diante dessa posição de destaque ao concurso público, princípio que consolida a ideia de isonomia e de democracia no Estado de Direito, é importante observar as seguintes premissas essenciais:

³⁶ Art. 37. (...)

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento

³⁷ Art. 37. (...)

§ 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

³⁸ “A Administração Pública tem o direito de anular seus próprios atos, quando ilegais, ou revogá-los por motivos de conveniência e oportunidade [Súmulas 346 e 473, STF]. O prazo decadencial estabelecido no art. 54 da Lei 9.784/1999 conta-se a partir da sua vigência [1º-2-1999], vedada a aplicação retroativa do preceito para limitar a liberdade da Administração Pública.” (RMS 25.856. Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-3-2010, Segunda Turma, DJE de 14-5-2010).

³⁹ Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

➤ *limitação aos cargos em comissão e às contratações temporárias*⁴⁰, de modo a compatibilizá-los com os demais princípios constitucionais, sobretudo aqueles setoriais e o critério de proporcionalidade, com o desiderato de não desbordar tais hipóteses específicas em flagrante desatenção ao concurso público, observando-se, ainda, a perspectiva de equilíbrio da gestão fiscal;

➤ *atendimento às exigências inerentes ao concurso público*, assegurando atenção à isonomia, impessoalidade e moralidade administrativa (artigo 37, caput, da Constituição Federal), sem descuidar de questões específicas, a exemplo da prazo de validade, ordem de convocação e previsão expressa de vagas para pessoas portadoras de deficiência (artigo 37, incisos III, IV e VIII);

➤ *manejo de controle de constitucionalidade*, seja de modo concentrado⁴¹ ou difuso, coibindo-se os abusos no exercício de

⁴⁰ “Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do poder público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de <cargos> efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local.” (RE 365.368-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 22-5-2007, Primeira Turma, DJ de 29-6-2007).

⁴¹ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL 418/93. EC 19/98. ALTERAÇÃO NÃO-SUBSTANCIAL DO ARTIGO 37, II, DA CF/88. PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO. INEXISTÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. ATIVIDADES PERMANENTES. OBRIGATORIEDADE. SERVIÇO TEMPORÁRIO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO. LIMITAÇÃO. REGIME JURÍDICO APLICÁVEL.

1. Emenda Constitucional 19/98. Alteração não-substancial do artigo 37, II, da Constituição Federal. Prejudicialidade da ação. Alegação improcedente.

2. A Administração Pública direta e indireta. Admissão de pessoal. Obediência cogente à regra geral de concurso público para admissão de pessoal, excetuadas as hipóteses de investidura em cargos em comissão e contratação destinada a atender necessidade temporária e excepcional. Interpretação restritiva do artigo 37, IX, da Carta Federal. Precedentes.

3. Atividades permanentes. Concurso Público. As atividades relacionadas no artigo 2º da norma impugnada, com exceção daquelas previstas nos incisos II e VII, são permanentes ou previsíveis. Atribuições passíveis de serem exercidas somente por servidores públicos admitidos pela via do concurso público.

4. Serviço temporário. Prorrogação do contrato. Possibilidade limitada a uma única extensão do prazo de vigência. Cláusula aberta, capaz de sugerir a permissão de ser renovada sucessivamente a prestação de serviço. Inadmissibilidade.

5. Contratos de Trabalho. Locação de serviços regida pelo Código Civil. A contratação de pessoal por meio de ajuste civil de locação de serviços. Escapismo à exigência constitucional do concurso público. Afronta ao artigo 37, II, da Constituição Federal.

Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para declarar inconstitucional a Lei 418, de 11 de março de 1993, do Distrito Federal.” (ADI N. 890/DF RELATOR: MIN. MAURÍCIO CORRÊA)

legislar a cargo dos entes federativos, seja no tocante ao elastecimento das situações de contratação temporária, seja através de alteração ou instituição de cargos ou funções que, tão somente, guardam a nomenclatura de cargos em comissão ou confiança, quando, em essência, devem ser providos por concurso público;

➤ exame das situações que desembocam em responsabilização penal, civil e por improbidade administrativa.

1.2.5 Controle difuso de constitucionalidade

Sem adentrar nas hipóteses de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, a tutela do patrimônio público, no mais das vezes, se depara com a prática de determinada conduta administrativa amparada por lei ou outro ato normativo que, no entanto, afronta a ordem constitucional. Essa questão, assim, precisa ser enfrentada no curso das iniciativas judiciais interpostas pelo Ministério Público e, de maneira mais específica, quando da interposição de ações civis públicas.

Para tanto, duas questões se avultam:

➤ a viabilidade da *arguição incidental de inconstitucionalidade* para a tutela do patrimônio público;

➤ o uso dessa iniciativa, portanto, como *causa de pedir* e não como pedido final, sob pena de se transmutar em controle concentrado e abstrato.

Na verdade, é possível que determinado comportamento ou ato administrativo tenha por fundamento lei ou outro ato normativo flagrantemente inconstitucional. No entanto, para alcançar determinada pretensão de tutela ao patrimônio público, afigura-se obstáculo a existência da referida lei ou ato normativo. É, portanto, uma questão prejudicial que precisa ser ultrapassada. Dentro desse contexto, há necessidade de se implantar, de forma expressa, a controvérsia constitucional.

Neste sentir, é relevante timbrar a questão da arguição inciden-

tal de inconstitucionalidade⁴². Serve para, de modo antecedente, abrir espaço à proteção do patrimônio público, afastando leis e atos normativos que guardam incompatibilidade com a Constituição.

Para justificar o manejo do controle difuso de constitucionalidade, o reconhecimento *incidenter tantum* não deve se constituir em pedido final, mas se eleva como causa de pedir, resultando sustentáculo jurídico intransponível para alcance da pretensão derradeira⁴³.

⁴² “Controlar a constitucionalidade de ato normativo significa impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição” TEMER, Michel. In: *Elementos de direito constitucional*. 14. Ed. São Paulo: Malheiros. p. 40.

⁴³ “PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM BASE EM INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. EFICÁCIA ERGA OMNES. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM. LEGITIMIDADE PARA PROPOSIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, fundamentada em inconstitucionalidade de lei, exercendo o controle difuso ou incidenter tantum de constitucionalidade. Precedente do STF.

2. A declaração incidental de constitucionalidade não tem eficácia erga omnes, porquanto é premissa do pedido (art. 469, III, do CPC). (...)” (STJ, Resp 419781/DF . Recurso Especial 2002/0028634-0, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, data da decisão 19.11.2002, public. DJU em 19.12.2002, p. 00339)

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFICÁCIA ERGA OMNES. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

É possível a proposição de ação civil pública com base na inconstitucionalidade de lei, isto porque, nesse caso, não se trata de controle concentrado, mas sim de controle difuso de constitucionalidade.

Dessarte, somente se exclui a possibilidade de exercício da ação civil pública quando nela o autor deduzir pretensão efetivamente destinada a viabilizar o controle abstrato de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. (...)” (STJ, RESP 402044/DF . Recurso Especial 2001/0179517-6, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, data da decisão: 09.04.2002, public. DJU de 05.08.2002, p. 00298)

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INCIDENTE. INCONSTITUCIONALIDADE. (...) cabível a declaração incidental de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública, quando se tratar de questão referente apenas à causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial necessários para a solução do litígio principal. Note-se que essa declaração está sujeita ao crivo revisional do STF em recurso extraordinário. Outrossim, o efeito erga omnes da coisa julgada material na ação civil pública será de âmbito nacional, local ou regional conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, atuando no plano dos fatos e litígios concretos, mediante, principalmente, as tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe asseguram eficácia prática, diferentemente da ação declaratória de inconstitucionalidade, que faz coisa julgada material erga omnes no âmbito da vigência espacial da lei ou ato normativo impugnado. Precedentes citados do STF. Rcl. 1733-SP, DJ 12.3.2003; Rcl 1.519-CE, DJ 20.6.2000; e RE 227.159-GO, DJ 17.5.2002.” (STJ. ERESP 439.539-DF, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 6.10.2003, noticiado no Informativo 187).

1.3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.3.1 Discricionariedade administrativa

Fica evidente que toda atividade do Estado, em atenção ao princípio da juridicidade, submete-se a uma legitimação normativa. Há, portanto, que preexistir um amparo normativo para desencadear a prática de um ato ou comportamento por parte da Administração Pública.

De outro lado, tais atos ou comportamentos podem ser construídos com margem de liberdade para o agente público, permitindo a ele a realização de uma ou mais decisões diante de um caso concreto. É o que se convencionou como discricionariedade administrativa.

No entanto, mesmo havendo essa liberdade administrativa autorizada pela ordem jurídica, plenamente possível é o seu controle. Inexiste ato ou comportamento que não possa se submeter ao crivo da função jurisdicional, por força do princípio da inafastabilidade de jurisdição (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal)⁴⁴.

Por esta razão, ainda que se lance mão da discricionariedade administrativa, ao argumento fácil de legitimação de determinada conduta, não há como imunizar tal comportamento de respectivo controle, inclusive judicial. A discricionariedade administrativa não pode ser praticada contra a ordem jurídica. O princípio republicano da separação dos poderes (artigo 2º, da Constituição Federal)⁴⁵ não oferece guarida às atividades que maculam os demais princípios constitucionais.

Havendo necessidade de se proteger o patrimônio público, afigura-se imprescindível realizar a impugnação de ato ou comportamento discricionário, sem qualquer óbice para confrontação com os princípios inerentes ao regime jurídico administrativo e bem destacados, grande parte, na Constituição Federal.

⁴⁴ Art. 5º (...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁴⁵ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

1.3.2 Abuso de poder e suas modalidades

Se o Estado-Administração tem um papel a desempenhar em favor da sociedade e, para isso, detém alguns deveres e poderes instrumentais, deve deles fazer uso adequado.

Assim, a teoria do abuso de poder é importante para a visualização de ilegalidades e, até mesmo, de cometimento de improbidade administrativa. É mecanismo fundamental na defesa do patrimônio público.

O abuso de poder tem desdobramentos, apresentando duas modalidades de destaque: excesso de poder e desvio de poder ou de finalidade. Sobre essa teoria e as modalidades do abuso de poder, é preciso enfatizar os seguintes pontos:

- o *excesso de poder* se caracteriza pela existência de *vício de competência*, atuando o agente público fora dos parâmetros previstos para o exercício de suas atribuições administrativas;
- o *desvio de poder* se confirma pela presença de *vício de finalidade*, quando o agente público desborda do interesse público ou do interesse específico determinado pela norma e que justifica e delimita a prática do comportamento.

Dessa maneira, é plenamente possível o controle dos atos e comportamentos administrativos frente à identificação do abuso de poder, permitindo, com isso, a respectiva revisão judicial ou administrativa. Tanto é assim que a Lei nº 4.717/65 (Lei de Ação Popular) rotula de nulidade os atos revestidos com os vícios derivados do abuso de poder (artigo 2º)⁴⁶.

⁴⁶ Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade, observar-se-ão as seguintes normas:

Além disso, importante enfatizar as situações em que surgem a *omissão administrativa*, deixando o Estado-Administração de cumprir a sua função constitucional, abstendo-se, com isso, de exercer o dever de concretização de suas competências⁴⁷. A falta de exercício do dever de agir que incumbe ao agente público, por força de norma e por imposição do regime jurídico-administrativo também deixa margem para exame pelo Ministério Público, à luz da tutela do patrimônio público e suas repercussões.

a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;

b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;

c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

⁴⁷ “o agente público titular de uma competência tem uma finalidade que deve necessariamente executar, Afinal, tem uma função, algo a cumprir, um dever a desempenhar, sempre vinculado ao interesse público primário.(...) Por um lado, o agente público está obrigado a praticar todas as condutas necessárias e adequadas para promover o atendimento do interesse a ele confiado. Por outro lado, está proibido de praticar qualquer conduta incompatível com ou desnecessária para a realização do seu encargo.” CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. Salvador: Juspodium. p. 59.

1.3.3 Sistemas de controle

Sem enfrentar aspectos classificatórios outros, dois grandes sistemas estatais de controle podem ser visualizados no que se refere à Administração Pública⁴⁸, por decorrência de previsão constitucional (artigo 70, da Constituição Federal)⁴⁹. Em ambos o papel do Ministério Público o autoriza à respectiva provocação. O objetivo é movê-los e levá-los à realização de sua finalidade, impedindo o escape indevido à juridicidade:

- *controle interno*, resultado do próprio exercício da função administrativa pelo Estado, derivando atenção ao princípio da autotutela, cuja essência permite a fiscalização, correção e revisão dos atos e comportamentos administrativos pela Administração Pública;
- *controle externo*, oriundo do exercício das funções legislati-

⁴⁸ “A sujeição de todos os atos praticados ou de todas as atividades desenvolvidas pela Administração Pública a controle constitui garantia básica dos cidadãos, além de ser consequência direta e necessária da adoção da teoria da separação dos poderes.” FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum. 2007. p. 1052.

⁴⁹ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das s3 Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade, observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

va e jurisdicional do Estado que recaem sobre a função administrativa, gerando o controle legislativo e judicial sobre os atos e comportamentos administrativos.

De se perceber, em momento inicial, que ambos os sistemas de controle atuam de modo integrado e simultâneo. Convivem de modo ininterrupto um ao lado do outro, em perfeita sintonia para o monitoramento e correção dos atos da Administração Pública.

Há obrigatoriedade de toda estrutura administrativa se submeter a um sistema de controle interno. É imposição constitucional a todo Poder (artigos 70 e 74, da Constituição Federal)⁵⁰. Tal exigência permite a verificação constante dos atos e condutas da Administração Pública que se curvam à passagem de um primeiro filtro de exame sobre a legalidade e o mérito respectivo. Havendo qualquer vício ou desatendendo aquele comportamento às diretrizes administrativas traçadas, surge por parte da própria Administração Pública a possibilidade de anulação, no primeiro caso e, no segundo, de revogação.

Não só atuando de ofício, o sistema de controle interno pode e deve ser acionado por qualquer cidadão, mediante diversos meios e atendidos os requisitos exigidos pelas normas pertinentes. Ao Ministério Público não só é possível, mas também recomendável que, diante de determinada análise concreta, haja provocação ao controle interno, abrindo-se espaço para que a Administração Pública possa verificar e corrigir seus atos, em nome da autotutela, solucionando-se, muitas vezes, a questão, sem o impulso do controle judicial.

Diversas ferramentas extrajudiciais são postas ao Ministério Público. Desde a utilização da recomendação, do termo de ajustamen-

⁵⁰ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

to de conduta ou, até mesmo, a requisição para instauração de procedimento administrativo pela Administração Pública, com intuito não só de sanar determinada irregularidade, mas sobretudo de apurar a responsabilidade funcional, todos estes instrumentos servem para ativar o sistema de controle interno.

De forma pontual, há que se relacionarem três interfaces entre o sistema de controle interno e a Lei nº 8.429/92 (Lei de Combate à Improbidade Administrativa):

➤ possibilidade de *representação escrita* por qualquer pessoa física ou jurídica à autoridade administrativa, com intuito de instauração de investigação para fins de responsabilização funcional, em razão de conduta rotulada de improbidade (artigo 14, da Lei nº 8.429/92);⁵¹

➤ *requisição de instauração* de procedimento administrativo disciplinar pelo Ministério Público, movimentando o controle interno, de forma obrigatória, fazendo com que a estrutura administrativa se manifeste sobre fatos inseridos como improbidade administrativa (artigo 22, da Lei nº 8.429/92);⁵²

➤ envio de *representação pela comissão processante ao Ministério Público*, caso identificada a improbidade, com o fito de decre-

⁵¹ “Art. 14 - Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.

§ 1º - A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterà a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento.

§ 2º - A autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado, se esta não contiver as formalidades estabelecidas no § 1º deste artigo. A rejeição não impede a representação ao Ministério Público, nos termos do art. 22 desta Lei.

§ 3º - Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares.”

⁵² “Art. 22 - Para apurar qualquer ilícito previsto nesta Lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo.”

tação de sequestro dos bens do agente e do terceiro que se enriqueceu ilicitamente (artigo 16, da Lei nº8.429/92)⁵³, decorrendo, também a deflagração da ação judicial (ação de improbidade) pelo MP ou pela pessoa jurídica, para aplicação das sanções do artigo 12, independentemente da punição na esfera administrativa.

De outro norte e no que interessa para uma abordagem mais prática, o controle externo incide apenas sob aspectos de juridicidade dos atos e comportamentos administrativos, resultando em anulação respectiva. Não se fala, portanto, em revogação ocorrida por força de sistema de controle externo.

No sistema de controle externo, a vertente mais forte é aquela exercida pelo Poder Judiciário, através do controle judicial ou jurisdicional, cuja atuação se dá apenas por provocação. Esta modalidade de controle externo da atividade estatal se reveste de princípio básico do Estado de Direito, recepcionado como cláusula plena, gravada a ideia de inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Outro flanco de importância no controle externo, desta feita em sua dimensão de controle legislativo, diz respeito àquelas atividades de cunho contábil-financeiro, a cargo do Tribunal de Contas.

1.3.4 Tribunal de Contas

O Tribunal de Contas é órgão técnico, com atribuições constitucionais definidas, dotado de plena autonomia e, desse modo, sem qualquer subordinação ao Poder Legislativo⁵⁴, auxiliando este no exer-

⁵³ “Art. 16 - Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º - O pedido de sequestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º - Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.”

⁵⁴ STF, ADI 3715 MC/TO, rel. Min. Gilmar Mendes, 24.05.2006, Informativo 428.



cício de atividade de controle externo⁵⁵, sob o enfoque financeiro e suas variantes (artigos 70, 71 e 75, da Constituição Federal)⁵⁶.

Sobre as atribuições do Tribunal de Contas, o STF destaca-se a Súmula nº 347⁵⁷ do STF. De modo mais específico, alguns padrões de entendimento podem ser úteis:

- a *natureza administrativa* das decisões dos Tribunais de Contas, não vinculando o exercício da função jurisdicional acerca dos mesmos fatos e questões;
- a distinção relevante entre as *funções consultiva* e de *julgamento de contas*;
- a existência de *título executivo extrajudicial* formalizado a

⁵⁵ “Ao dispor que o controle externo será realizado com o auxílio do TCU, a Constituição Federal não indica a existência de subordinação, mas de que este é o caminho para o exercício do controle externo. Ou seja, somente por intermédio do TCU pode o Congresso Nacional exercer as atribuições indicadas na Constituição Federal (art. 71) relacionadas ao exercício do controle financeiro da atividade administrativa do Estado.

(...)

A titularidade do controle financeiro é conferida ao Congresso por razões históricas: dado que a aprovação do orçamento é atribuição do Poder Legislativo, que representa (ou deveria representar) o povo, a ele igualmente cabe a titularidade do controle da execução orçamentária”. FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum. 2007. p. 1085-1086.

⁵⁶ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.

⁵⁷ Súmula 347 - O Tribunal de Contas, no exercício das suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.



partir das decisões que resultam imputação de débito e multa (artigo 71, §3º, da Constituição Federal)⁵⁸.

Não obstante o patamar constitucional do Tribunal de Contas (artigo 71, da Constituição Federal)⁵⁹, as decisões que dele emanam não têm o condão de vincular a atuação do Ministério Público, tampouco de impedir o exercício do controle jurisdicional. Revestem-se de *natureza administrativa*.

De se sinalizar, neste particular, que, embora as decisões dos Tribunais de Contas sirvam para alicerçar, pela sua natureza técnica na análise das contas públicas, a iniciativa do Ministério Público no que se refere à defesa do patrimônio público, não são, por si mesmas, os únicos sustentáculos a viabilizarem entendimento judicial outro, inclusive podem perfeitamente, ter contra si discrepância de apreciação judicial, quando os atos e comportamentos administrativos por elas analisados se encontrem eivados de ilegalidade ou *inconstitucionalidade manifestas*⁶⁰.

Tal raciocínio deriva da impossibilidade de subtração de qualquer situação à análise pelo Judiciário em razão da inafastabilidade da jurisdição.

Em mais um ponto de esclarecimento, a compreensão das fun-

⁵⁸ § 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo;

⁵⁹ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

⁶⁰ “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. DANO AO ERÁRIO. LICITAÇÃO. ECONOMIA MISTA. RESPONSABILIDADE. (...) *O fato de o Tribunal de Contas ter apreciado os contratos administrativos não impede o exame dos mesmos em Sede de Ação Civil Pública pelo Poder Judiciário.* 9. Contratações celebradas e respectivos aditivos que não se enquadram no conceito de notória especialização, nem no do serviço a ser prestado ter caráter singular. Contorno da exigência de licitação inadmissível. Ofensa aos princípios norteadores da atuação da Administração Pública. 10. *Atos administrativos declarados nulos por serem lesivos ao patrimônio público.* Ressarcimento devido pelos causadores do dano. 11. Recurso do Ministério Público provido, com o reconhecimento de sua legitimidade. 12. Recursos das partes demandadas conhecidos parcialmente e, na parte conhecida, improvidos.” (STJ, RESP 403153 / SP ; RECURSO ESPECIAL 2001/0191456-4, T1 - PRIMEIRA TURMA, Min. JOSÉ DELGADO, data da decisão: 09/09/2003, publicação DJ DATA:20/10/2003 PG:00181).

ções consultiva e de julgamento de contas é relevante, pois são diversas e intercomplementares.

No entanto, um primeira observação se impõe: independentemente da atuação do Tribunal de Contas ocorrer sob a faceta consultiva ou de julgamento de contas, o material por ele produzido pode servir de elemento inicial de investigação pelo Ministério Público, sobretudo quanto aos aspectos técnicos e de cotejo com o ordenamento jurídico.

A função consultiva do Tribunal de Contas gera a emissão de parecer prévio sobre *contas anuais de governo* (artigos 49, IX e 71, I, da Constituição Federal)⁶¹, cabendo ao Poder Legislativo o respectivo julgamento. Neste aspecto, tão somente, repercutem as hipóteses de rejeição ou aprovação do Legislativo.

Isso porque a função consultiva enseja basicamente a análise das contas de governo sob aspectos gerais que envolvem as diretrizes orçamentárias e financeiras, sobretudo a execução orçamentária e sua compatibilidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), aspectos ligados à verificação de receitas e despesas estabelecidas desde o Plano Plurianual até os orçamentos.

Sob função diversa de análise, de outro lado, o Tribunal de Contas realiza *julgamento* sobre as *contas anuais de gestão* (artigo 71, II, da Constituição Federal)⁶², acarretando a lavratura de acórdãos e outras decisões. Aí não há ingerência do Poder Legislativo. Esta função é, portanto, de julgamento e não apenas consultiva.

⁶¹ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

⁶² Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

A função de julgamento da regularidade ou não das contas de gestão recai sobre os aspectos de ordenação de despesa propriamente dita e, portanto, sobre o uso dos recursos públicos, a partir da sua prestação pelos gestores respectivos, inclusive com a perspectiva de imposição de responsabilização.

Por simetria, tais raciocínios se aplicam à estrutura do Estado do Paraíba e do respectivo Tribunal de Contas (artigos 13 e 71, da Constituição Estadual)⁶³. À Assembleia Legislativa, incumbe o julgamento das contas do Governador do Estado (artigo 54, XVI, da Constituição Estadual)⁶⁴, cabendo a análise sob o enfoque de contas de governo. As demais situações que decorrem de análise de contas de gestão e, portanto, que incidem em julgamento de atos e comportamentos dos demais gestores que detém o papel de ordenação de despesas, as decisões do Tribunal de Contas não são revisadas pelo Legislativo.

As Câmaras Municipais, por sua vez, detém atribuição para análise dos pareceres prévios que emanam do Tribunal de Contas, inerentes às contas de governo dos Prefeitos respectivos (artigo 13, §2º, da Constituição Estadual)⁶⁵, sem, no entanto, possuírem poder de ingerência nas decisões técnicas que incidem sobre as contas de gestão e, portanto, que se debruçam sobre o papel de ordenação de despesas dos Prefeitos. Neste tocante, as decisões que derivam im-

⁶³ Art. 13. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Município e de todas as entidades da administração direta e indireta, quanto aos aspectos de legalidade, legitimidade e economicidade, assim como a aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Poder Legislativo municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno que, de forma integrada, serão mantidos pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Art. 71. O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:

⁶⁴ Art 54. Compete privativamente à Assembleia Legislativa:

XVI - julgar, anualmente, as contas prestadas pelo Governador do Estado e apreciar os relatórios sobre a execução de planos de governo;

⁶⁵ § 2º O parecer prévio, emitido pelo Tribunal de Contas dos Municípios, sobre as contas que o Prefeito e a Mesa da Câmara devem anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

putação de débito e multa pelo Tribunal de Contas mantêm a característica de título executivo, independentemente de aprovação ou rejeição das contas de governo pelos Legislativos municipais.

1.3.5 Licitação

A licitação é um procedimento pré-contratual instaurado no âmbito da Administração Pública. Sua exigência é indispensável para assegurar a isonomia, ou seja, a igualdade de condições a todos os concorrentes. Garante ainda a incidência inequívoca dos princípios da legalidade, moralidade administrativa, impessoalidade e eficiência no trato da coisa pública. Visa, portanto, ao resguardo do acolhimento de proposta mais vantajosa para a Administração Pública⁶⁶. O suporte normativo que alimenta, em tom principiológico, o instituto da licitação está posto nos artigos 37, inciso XXI, da Constituição Federal⁶⁷ e 3º, da Lei nº 8.666/93⁶⁸.

⁶⁶ “O legislador constituinte, com a finalidade de preservação dos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, probidade e da própria iletividade do patrimônio público determinou no art. 37, XXI, da Constituição Federal, a regra da obrigatoriedade da licitação.

Enquanto os particulares desfrutam de ampla liberdade na contratação de obras e serviços, a Administração Pública, em todos os seus níveis, para fazê-lo, precisa observar, como regra, um procedimento preliminar determinado e balizado na conformidade da legislação. Em decorrência dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e probidade administrativa, os contratos que envolvem responsabilidade do erário público necessitam adotar a licitação, sob pena de invalidade, ou seja, devem obedecê-la com rigorosa formalística como precedente necessário a todos os contratos da administração, visando proporcionar-lhe a proposta mais vantajosa e dar oportunidade a todos de oferecerem seus serviços ou mercadorias aos órgãos estatais, assegurando, assim, sua licitude. A participação da administração pública no pacto contratual compromete a res pública, devendo, portanto, sua conduta pautar-se pelos imperativos constitucionais e legais, bem como pela mais absoluta e cristalina transparência.” MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9.ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2001. p. 326.

⁶⁷ Art. 37. (...)

XXI- ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante *processo de licitação pública* que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

⁶⁸ Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

As linhas de observação mais destacadas e que envolvem o processo licitatório podem ser exemplificadas:

➤ existência de *planejamento adequado e total* dos recursos orçamentários para a contratação, impondo-se a necessária programação integral dos custos e o respectivo respaldo financeiro (artigos 8º e 14, da Lei nº 8.666/93)⁶⁹, observando-se, por exceção, a solução inerente à suspensão motivada (artigo 8º, parágrafo único⁷⁰, da referida lei) ou, de outro lado, o manejo do sistema de registro de preços (artigo 15⁷¹, da mesma lei);

➤ escolha correta da *modalidade licitatória*, observando-se o valor e a descrição do objeto a ser contratado para encaixe do procedimento respectivo - concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e o pregão (artigo 22, da Lei nº 8.666/93⁷² e Lei nº. 10.520/02);

➤ rigorosa observância ao *princípio da vinculação ao instrumento convocatório* (artigo 3º, *caput*, e 41⁷³, da Lei nº 8.666/93),

⁶⁹ Art. 8º A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução.

Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

⁷⁰ Art. 8º (...)

Parágrafo único. É proibido o retardamento imotivado da execução de obra ou serviço, ou de suas parcelas, se existente previsão orçamentária para sua execução total, salvo insuficiência financeira ou comprovado motivo de ordem técnica, justificados em despacho circunstanciado da autoridade a que se refere o art. 26 desta Lei.

⁷¹ Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

II - ser processadas através de sistema de registro de preços;

§ 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

⁷² Art. 22. São modalidades de licitação:

I - concorrência;

II - tomada de preços;

III - convite;

IV - concurso;

V - leilão.

⁷³ Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

de modo que a Administração Pública e interessados/concorrentes ficam adstritos às regras do edital de licitação, cuja inalterabilidade é a regra⁷⁴, ressalvadas as situações supervenientes de interesse público;

➤ garantia de *competitividade máxima* (artigo 3º, §1º, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93)⁷⁵, vedada a utilização de medida de restrição desarrazoada à participação dos interessados;

➤ interpretação restritiva dos institutos da *dispensa e da inexigibilidade licitatórias* (artigos 24 e 25, da Lei nº 8.666/93) que, de modo excepcional, autorizam a contratação sem licitação, devendo-se impedir a construção de qualquer artifício jurídico ou fático que restrinja a competição;

⁷⁴ DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL COMO INSTRUMENTO VINCULATÓRIO DAS PARTES. ALTERAÇÃO COM DESCUMPRIMENTO DA LEI. SEGURANÇA CONCEDIDA.

É entendimento corrente na doutrina, como na jurisprudência, que o Edital, no procedimento licitatório, constitui lei entre as partes e é instrumento de validade dos atos praticados no curso da licitação.

Ao descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola os princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como, o da legalidade, da moralidade e da isonomia.

A administração, segundo os ditames da lei, pode, no curso do procedimento, alterar as condições inseridas no instrumento convocatório, desde que, se houver reflexos nas propostas já formuladas, renove a publicação (do Edital) com igual prazo daquele inicialmente estabelecido, desservindo, para tal fim, meros avisos internos informadores da modificação.

Se o Edital dispensou às empresas recém-criadas da apresentação do balanço de abertura, defeso era à Administração valer-se de meras irregularidades desse documento para inabilitar a proponente (impetrante que, antes, preenchia os requisitos da lei).

Em face da lei brasileira, a elaboração e assinatura do balanço é atribuição de contador habilitado, dispensada a assinatura do Diretor da empresa respectiva. Segurança concedida. Decisão unânime.” (STJ. MS nº 5.597/DF, 1ª S., Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 01.06.1998).

⁷⁵ Art. 3º. (...).

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

➤ exame das hipóteses de *revogação e anulação da licitação*, com consequências, no último caso, inerentes à ausência da obrigação de indenizar, em face de ilegalidade, afetando inclusive o contrato, salvo demonstração de boa-fé (artigos 49 e parágrafos e 59, parágrafo único, da Lei nº. 8.666/93).

Quatro momentos parecem ser mais sensíveis e devem ser observados no procedimento licitatório:

➤ *edital*, que permite verificar, de logo, em suas cláusulas, se há alguma exigência que objetiva a restrição do caráter competitivo da licitação, fazendo-se cotejo com os princípios constitucionais e com o critério de proporcionalidade;

➤ *juízo de habilitação*, consignados em ata os motivos de inabilitação de concorrentes, ausência ou deficiência de documentos e outras intercorrências que permitem visualizar ou reforçar indicativos de restrição à concorrência ou, ainda, os sinais de alguma orquestração para fraudar o procedimento;

➤ *juízo de propostas de preço*, registradas as propostas e preços dos participantes, permitindo um cotejo sobre acerto prévio e indevido entre eles a partir dos parâmetros apresentados;

➤ *contrato*, que deve guardar conteúdo idêntico à minuta constante no edital, examinando-se as questões inerentes à descrição precisa do objeto, as obrigações de acompanhamento da prestação contratada e as possibilidades de prorrogação.

1.3.6 Improbidade administrativa: lei nº 8.429/92

Dentro da ótica civil e sob análise a Lei nº 8.429/92, alguns aspectos teóricos precisam ser reavivados:

➤ inclusão em um *microssistema* de tutela do patrimônio público, exaltando-se a sua utilização em conjunto com outros diplomas normativos;

➤ característica *omissiva ou comissiva* dos comportamentos, alargando-se o espectro de responsabilização;

- rol *exemplificativo* das condutas dos artigos 9º, 10 e 11, permitindo alcance de outros comportamentos não previstos textualmente;
 - *incidência simultânea e subsidiária* de tipificação para um mesmo comportamento, evitando-se subsunção exclusiva e apertada que, no curso do processo, venha a traduzir escape à incidência sancionadora;
 - *natureza subjetiva da responsabilização*, necessitando-se identificar o elemento subjetivo;
 - *prescindibilidade de prejuízo material* para as condutas dos artigos 9º e 11;
 - *aplicação independente das punições* e, desse modo, sem necessitar apreciação pelo Tribunal de Contas (artigo 21)⁷⁶ ou imposição das demais sanções administrativas e criminais;
 - *não cumulatividade* das sanções do artigo 12.
- A Lei nº 8.429/92 se encontra inserida em um *microsistema* de

⁷⁶ Art. 21 - A aplicação das sanções previstas nesta Lei independe:

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público;

II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

proteção ao patrimônio público⁷⁷, o que permite lançar mão de diversas outras regras compatíveis e não conflitantes previstas em diplomas normativos com igual objetivo. Neste sentido, a ação por improbidade administrativa é, sem dúvida, a arena própria para,

⁷⁷4. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. LESÃO À MORALIDADE PÚBLICA.

1. O Ministério público, por força do art. 129, III, da CF/88, é legitimado a promover qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social, não se limitando à ação de reparação de danos. Destarte, nas hipóteses em que não atua na condição de autor, deve intervir como custos legis (LACP, art. 5º, § 1º; CDC, art. 92; ECA, art. 202 e LAP, art. 9º).

2. A carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37 da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um *microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública*, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

3. Em consequência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade).

4. A nova ordem constitucional erigiu um autêntico ‘concurso de ações’ entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a *fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

5. A lógica jurídica sugere que legitimar-se o Ministério Público como o mais perfeito órgão intermediário entre o Estado e a sociedade para todas as demandas transindividuais e interditar-lhe a iniciativa da Ação Popular, revela *contraditio in terminis*.

6. Interpretação histórica justifica a posição do MP como legitimado subsidiário do autor na Ação Popular quando desistente o cidadão, porquanto, à época de sua edição, valorizava-se o *parquet* como guardião da lei, envolvendo-se conflitante a posição de parte e de custos legis.

7. Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da legitimação *ad causam* do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo.

8. Os interesses mencionados na LACP acaso se encontrem sob iminência de lesão por ato abusivo da autoridade podem ser tutelados pelo mandamus coletivo.

9. No mesmo sentido, se a lesividade ou a ilegalidade do ato administrativo atingem o interesse difuso, passível é a propositura da Ação Civil Pública fazendo as vezes de uma Ação Popular multilegitimária.

10. As modernas leis de tutela dos interesses difusos completam a definição dos interesses que protegem. Assim é que a LAP define o patrimônio e a LACP dilargou-o, abrangendo áreas antes deixadas ao desabrigo, como o patrimônio histórico, estético, moral etc.

11. A moralidade administrativa e seus desvios, com consequências patrimoniais para o erário público enquadram-se na categoria dos interesses difusos, habilitando o Ministério Público a demandar em juízo acerca dos mesmos.

12. Recurso especial desprovido.” (STJ. REsp n. 173.414/MG, relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 26.4.2004).

por exemplo, banir os efeitos dos atos lesivos ao patrimônio público, estabelecendo, ao lado da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº. 7.347/85) e da Lei Geral de Improbidade Administrativa (Lei nº. 8.429/92), um micro sistema que se inter-relaciona no combate às condutas que tisonam a boa gestão pública.

Essa integração normativa é fundamental para uma maior efetividade no enfrentamento da improbidade administrativa e para a compreensão de que a Lei nº 8.429/92 não é exclusiva na proteção ao patrimônio público.

Dessa maneira, em linha prevalente e a título exemplificativo, as Leis Federais nº 4.717/65 (Lei de Ação Popular) e 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) guardam perfeita harmonia com a Lei nº 8.429/92.

Em mais um ponto, impende considerar que os *comportamentos comissivos ou omissivos* (ações ou omissões) estão incluídos no âmbito de abrangência da Lei de Combate à Improbidade Administrativa. As condutas juridicamente relevantes que toquem quaisquer das previsões típicas da Lei nº 8.429/92, através de uma ação ou abstenção indevidas, vão se deparar com a respectiva punição⁷⁸.

O agrupamento em três blocos nos artigos 9º, 10 e 11 *não se reveste de caráter exaustivo*. Os incisos previstos nestes três artigos são apenas exemplificativos, observando-se que o *caput* de cada artigo específico encerra uma cláusula geral e aberta que pode ser utilizada para inserir qualquer outro comportamento ou conduta não descritos ou não localizados nos respectivos incisos. Assim, a inexistência de inciso que tenha similitude com a conduta se resolve pela opção ao *caput* do artigo correspondente. Isso demonstra o enorme elástico de aplicabilidade da Lei nº 8.429/92, deixando margem significativa de atuação pelo Ministério Público, a que, por legitimidade concorrente e em evidente protagonismo, incumbe a investigação e encaixe de tantos e tantos comportamentos que trazem laivo à gestão pública.

⁷⁸ “Pode-se dizer que a improbidade seria resultado de uma conduta, positiva ou negativa, tratando-se de um fenômeno humano. A improbidade administrativa, tem que ver, *prima facie*, com uma conduta humana, não há dúvida”. OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 279.

Além disso, os blocos de comportamento podem ter *incursão simultânea e subsidiária na tipificação*. Há, sem dúvida, diante de determinado caso concreto, a preponderância, por adequação típica, de determinado enquadramento em algum dos artigos mencionados, de acordo com a natureza respectiva - enriquecimento ilícito, prejuízos ao patrimônio público e violação aos princípios constitucionais. Mesmo porque há uma graduação punitiva, de maior severidade para o artigo 9º e menor para o artigo 11. A lógica que impede o “*bis in idem*” enseja razoabilidade na contextualização normativa de determinada conduta. Assim, em princípio, as condutas devem ter encaixe prioritário em um único bloco de tipificação - artigos 9º ou 10 ou 11, da Lei nº 8.429/92.

De outra monta, é provável que um mesmo comportamento gere inclusão típica simultânea em previsões estabelecidas nos artigos 9º, 10 e 11. Neste caso, de modo subsidiário e complementar, esse cumulatividade de subsunção deve ser usada, máxime pela amplitude de análise a ser feita durante o processo de conhecimento, após produção probatória, quando ocorrerá o exame da lide, de acordo com o pedido formulado desde a petição inicial. Isso evitará eventual prestação jurisdicional que esvazie o conteúdo de um tipo mais grave, deixando inviabilizada a punição por outro de menor impacto punitivo.

A *responsabilização* por improbidade administrativa é de *natureza subjetiva*, em quaisquer de suas previsões de comportamento estatuídas nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92. Este é o tom mais sólido. A opção constitucional (artigo 37, §6º, da Constituição Federal)⁷⁹ pontua a regra geral da responsabilidade civil subjetiva em relação às questões derivadas do vínculo entre a Administração Pública e seus agentes, salvante hipóteses em que expressamente a norma específica prescreva posição diversa. Deste modo, é fundamental a demonstração probatória e sua inclusão narrativa do ele-

⁷⁹ § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

mento subjetivo, ou seja, da identificação de dolo ou culpa, a depender da adequação típica feita.

Neste sentido, as situações de encaixe no artigo 9º, da Lei nº 8.429/92 são obrigatoriamente dolosas, porquanto envolvem enriquecimento ilícito que, por sua própria natureza, não resulta de comportamento imprudente ou negligente. Aquelas do artigo 10 permitem a caracterização dolosa e também culposa. O artigo 11, cujo teor se conjuga com o artigo 4º, do mesmo diploma, apesar de séria oscilação doutrinária e, em alguns momentos, jurisprudencial, tende a se inclinar também para a exigência de intuito doloso⁸⁰, agregando-se à ideia de ultrapassagem dos princípios constitucionais em virtude de má-fé a ser demonstrada.

⁸⁰ ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. IMPROBIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA NA ORIGEM. DECISÃO DENEGATÓRIA. REFORMA PELO STJ. NECESSIDADE DO EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DESTA CORTE SUPERIOR. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

2. Ademais, sobre a alegada afronta ao art. 11 da LIA, nota-se que esta Corte Superior pacificou-se que o enquadramento de condutas no art. 11 da Lei n. 8.429/92 requer a constatação do elemento subjetivo doloso do agente. Neste sentido, v.,p. ex., o Resp 765.212/AC, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 23.6.2010, e o REsp 827.445/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 8.3.2010.

3. Na espécie, o Prefeito, não obstante os sucessivos alertas emitidos pelo TCE, ampliou em 75,4% a indisponibilidade financeira apurada em 31 de abril de 2004, período em que estava impedido de comprometer receitas em montante superior às que pudessem ser liquidadas no curso do exercício ou sem que houvesse disponibilidade de caixa para pagamento no exercício seguinte, deixou de empenhar despesas e cancelou empenhos, assim desobedecendo aos arts. 35 e 60 da Lei n. 4.320/64 e art. 42 da Lei Complementar n. 101/2000.

4. É de se entender, portanto, configurado o dolo (ainda que eventual), manifesto na vontade livre e consciente de contrair despesas em nome do município nos dois últimos quadrimestres de seu mandato que não podiam ser cumpridas integralmente dentro dele e que tinham parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que houvesse suficiente disposição de caixa para este efeito, atentando contra o princípio da legalidade e moralidade.

5. Por fim, em relação a suposta violação à Lei n. 8.429/92, em que assevera a não sujeição dos agente políticos à Lei de improbidade, esclareço que não cabe inovar em sede de agravo regimental.

6. Agravo regimental não provido. (STJ. *AgRg no Ag 1282854 / SP*
AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

2010/0036200-4 Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 15/03/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 22/03/2011).

Na situação do artigo 11, é de se enfatizar que sua incidência deriva de violação a quaisquer princípios vetores da Administração Pública, sejam eles explícitos no texto constitucional ou implícitos, a exemplo do princípio da razoabilidade.

A regra expressa da Lei nº 8.429/92 (artigo 21, I)⁸¹ deixa evidente que as medidas de castigo da improbidade incidem *independentemente do dano*. No entanto, a demonstração do prejuízo patrimonial afigura-se obrigatória, por razões de interpretação sistêmica, nas situações de encaixe do artigo 10. Não há, dessa maneira, exigência de comprovação de dano patrimonial para as demais hipóteses dos artigos 9º e 11.

A autonomia punitiva da Lei nº 8.429/92 é destacada. Ela vai recair sobre os comportamentos e atos administrativos, *independente das punições em outras instâncias de responsabilização* (artigo 12, caput)⁸², desvinculada inclusive de apreciação pelo Tribunal de Contas (artigo 21)⁸³.

O rol de punições *não tem incidência cumulativa* obrigatória (artigo 12, caput, da Lei nº 8.429/92)⁸⁴, já que, à luz da razoabilidade, é possível a imposição apenas parcial das medidas de castigo em tese previstas, aspecto que realça a importância preferencial das sanções já na petição inicial, com intuito de sinalizar a gravidade dos comportamentos narrados e depurados com a investigação.

⁸¹ Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento;

⁸² Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

⁸³ Art. 21 - A aplicação das sanções previstas nesta Lei independe:

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público;

II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

⁸⁴ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

1.4 RESPONSABILIDADE FISCAL E FINANÇAS PÚBLICAS

1.4.1 A Lei Complementar nº 101/2000 (LRF) e a Lei nº. 4.320/64

A Lei de Finanças Públicas (Lei nº 4.320/64) estabelece uma série de regras correspondentes ao orçamento público, trazendo diversos conceitos inerentes à contabilidade pública que devem ser de ciência obrigatória na defesa do patrimônio público. A este diploma normativo deve-se aliar o conteúdo da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), porquanto ambas servem de baliza para a realização dos gastos públicos. Os conteúdos de ambas se interpenetram, formando um contexto mais sólido e apertado na condução da gestão pública, sobretudo quanto aos aspectos orçamentários e financeiros.

Desse modo, em um primeiro ponto, como importante mecanismo assecuratório de manejo adequado dos recursos públicos e, portanto, de controle da Administração Pública, a Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) estabelece diretrizes de direito financeiro e de finanças públicas. Tem como ponto de equilíbrio, portanto, a *responsabilidade na gestão fiscal* (artigo 1º, §1º, da LRF)⁸⁵.

⁸⁵ Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a 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.

É fruto de regulamentação aos artigos 163, 165, §9º e 169⁸⁶, da Constituição Federal e tem por orientação alguns vetores principais: *planejamento, transparência, moralidade e eficiência* (artigo 1º,

⁸⁶ Art. 163. Lei complementar disporá sobre:

- I - finanças públicas;
- II - dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público;
- III - concessão de garantias pelas entidades públicas;
- IV - emissão e resgate de títulos da dívida pública;
- V - fiscalização financeira da administração pública direta e indireta;
- VI - operações de câmbio realizadas pelos órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- VII - compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional.

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

§ 9º - Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual;

II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

§2º - Decorrido o prazo estabelecido na lei complementar referida neste artigo para a adaptação aos parâmetros ali previstos, serão imediatamente suspensos todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não observarem os referidos limites.

§ 3º. Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no *caput*, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

II - exoneração dos servidores não estáveis.

§ 4º. Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.



§1º, da Lei Complementar nº 101/2000)⁸⁷. Isso deriva, portanto, da necessidade de adoção de instrumentos de controle sobre a gestão pública para se ter um equilíbrio fiscal, ou seja, para se gastar apenas aquilo que se tem previsto em termos de arrecadação, dando perfeita sincronia entre a previsão orçamentária e a utilização financeira dos recursos públicos.

Dentro dessa perspectiva, não se pode olvidar da possibilidade de imposição de medidas de castigo ao gestor que desatende os comandos da LRF.

Nesse sentido, ao lado dos tipos penais (artigos 359-A a 359-H, do Código Penal; 1º XVI a XXIII, do Decreto-Lei nº 201/67), as condutas que violam a Lei de Responsabilidade Fiscal se submetem ao enquadramento da Lei nº 8.429/92 (Lei de Combate à Improbidade Administrativa), por força de disposição expressa (artigo 73, da Lei Complementar nº 101/2000)⁸⁸.

Portanto, alguns aspectos pontuais que acarretam a responsabilização do gestor podem ser identificadas:

➤ *dever de planejamento*, porquanto incumbe a gestor atender aos parâmetros do plano plurianual, da lei de diretrizes

§ 5º. O servidor que perder o cargo na forma do parágrafo anterior fará jus à indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço.

§ 6º. O cargo objeto da redução prevista nos parágrafos anteriores será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos.

§ 7º. Lei federal disporá sobre as normas gerais a serem obedecidas na efetivação do disposto no § 4º.

⁸⁷ Art. 1º. (...)

1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a 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.

⁸⁸ Art. 73. As infrações dos dispositivos desta Lei Complementar serão punidas segundo o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950; o Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967; a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e demais normas da legislação pertinente.



orçamentárias e da lei orçamentária anual (artigo 2º, da Lei nº 4.320/64)⁸⁹;

➤ *obrigatoriedade de transparência* (artigos 20, 48, 48-A, 49 e 67, da Lei Complementar nº 101/2000);

➤ *obediência a critérios para as receitas públicas* (artigo 11, da LRF);

➤ *fixação de limitações para as despesas públicas* (artigos 167, da Constituição Federal e 15, 16 e 17, da Lei Complementar nº 101/2000), sobretudo no que se refere a pessoal.

1.4.2 Planejamento e sistema orçamentário

Sem planejamento⁹⁰ das receitas e despesas públicas, não há que se falar em gestão fiscal responsável e, para tanto, é necessário que a condução das *finanças públicas* tenha por referência alguns padrões.

Isso se dá com a formação do *sistema orçamentário* básico (artigo 165, da Constituição Federal), previsto constitucionalmente e que norteia a Administração Pública. Esse sistema é composto pelas seguintes *normas de caráter transitório* e, portanto, restritas, em termos de eficácia, a um período de tempo determinado:

➤ *o plano plurianual*, com diretrizes, objetivos e metas para despesas de capital nos próximos quatro anos (artigo 165, §1º, da Constituição Federal), o que envolve, portanto, um planejamento a médio e longo prazos;

⁸⁹ Art. 2º A Lei do Orçamento conterà a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Govêno, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade.

⁹⁰ “O planejamento (...) consiste em se fazer um diagnóstico sócio-econômico ao se implementar certa conduta e, assim, estabelecer os instrumentos a serem utilizados para se atingirem as metas previamente definidas, tendo por pressuposto os recursos disponíveis.” DINIZ, Cláudio Smirne. Responsabilidade Fiscal e Improbidade Administrativa. In: *Temas de Proteção ao Patrimônio Público*: direito material e processual. Curitiba: CAOP do Patrimônio Público do MP/PR., 2008. p. 7.



➤ a *lei de diretrizes orçamentárias (LDO)*, cujo objeto serve para compatibilizar o plano plurianual com a lei orçamentária anual, voltando-se para o estabelecimento de metas e prioridades da Administração (artigo 165, §2º, da Constituição Federal), orientação da LOA e alteração na legislação tributária e política de aplicação das agências oficiais de fomento; e

➤ a *lei orçamentária anual (LOA)*, cujo teor é puramente descritivo, contendo a previsão de todas as receitas a serem arrecadadas e as respectivas despesas a serem executadas, em um determinado exercício financeiro (artigo 165, §5º, da Constituição Federal).

Essa conjuntura de planejamento fiscal é essencial para a sobrevivência equilibrada da estrutura de Estado. A força normativa consiste justamente em permitir um controle cada vez mais apertado sobre a gestão pública.

Lembrando-se sempre de que há coincidência do exercício financeiro com o ano civil (artigo 34, da Lei nº 4.320/64)⁹¹, para fins de exame prioritário do Ministério Público, é possível pinçar as seguintes faixas:

➤ *combate à descontinuidade administrativa*, estabelecida a possibilidade de inclusão de novas iniciativas e projetos pelo gestor público, somente quando atendidas, de modo adequado, as ações anteriores e em andamento (artigo 45, *caput*)⁹², vedação que permite enfrentamento, sobretudo sob um ângulo preventivo, das iniciativas administrativas interrompidas ou, ainda, às tão referenciadas obras inacabadas;

➤ *falta de atenção ao dever de planejamento* viabiliza, em primeira análise, o exame do comportamento *sob o enfoque da improbidade administrativa* - artigos 10, incisos IX e XI e 11, *caput*,

⁹¹ Art. 34. O exercício financeiro coincidirá com o ano civil.

⁹² Art. 45. Observado o disposto no § 5º do art. 5º, a lei orçamentária e as de créditos adicionais só incluirão novos projetos após adequadamente atendidos os em andamento e contempladas as despesas de conservação do patrimônio público, nos termos em que dispuer a lei de diretrizes orçamentárias.



da Lei nº 8.429/92⁹³, sem prejuízo do enquadramento na esfera penal (artigo 359-B, do Código Penal)⁹⁴.

1.4.3 Transparência na gestão fiscal

Dentre os diversos mecanismos instituídos para garantir a transparência dos atos de gestão, sobretudo permitindo o acesso da sociedade às contas dos gestores públicos e a ativa participação nos rumos administrativos (artigos 48, 51, 56, §3º, 67, da LRF), afigura-se fundamental observar a exigência de duas obrigações introduzidas pela Lei da Transparência (artigo 48, incisos II e III, da Lei Complementar nº 131/2009 que alterou a LRF)⁹⁵:

- manutenção de um *sistema integrado* que cuide da execução orçamentária e financeira;
- *publicidade* destas informações, em tempo real, de maneira eletrônica e virtual para toda a população.

⁹³ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

⁹⁴ Art. 359-B. Ordenar ou autorizar a inscrição de restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei.

⁹⁵ Art. 48.

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante:

I - (...);

II - liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;

III - adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A.”

Foram fixados prazos para o atendimento de tais deveres impostos aos gestores públicos (artigo 73-B, da LRF)⁹⁶, com possibilidade, em caso de não atendimento, à reprimenda de não recebimento das transferências voluntárias (artigo 73-C, da LRF)⁹⁷.

A ausência de cumprimento da transparência na gestão fiscal, sobretudo no que se refere à falta de publicidade, pode repercutir na prática de conduta prevista no artigo 11, *caput* e inciso IV, da Lei nº 8.429/92⁹⁸.

⁹⁶ Art. 73-B. Ficam estabelecidos os seguintes prazos para o cumprimento das determinações dispostas nos incisos II e III do parágrafo único do art. 48 e do art. 48-A:

I - 1 (um) ano para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com mais de 100.000 (cem mil) habitantes;

II - 2 (dois) anos para os Municípios que tenham entre 50.000 (cinquenta mil) e 100.000 (cem mil) habitantes;

III - 4 (quatro) anos para os Municípios que tenham até 50.000 (cinquenta mil) habitantes.

Parágrafo único. Os prazos estabelecidos neste artigo serão contados a partir da data de publicação da lei complementar que introduziu os dispositivos referidos no *caput* deste artigo.

⁹⁷ Art. 73-C. O não atendimento, até o encerramento dos prazos previstos no art. 73-B, das determinações contidas nos incisos II e III do parágrafo único do art. 48 e no art. 48-A sujeita o ente à sanção prevista no inciso I do § 3º do art. 23.

⁹⁸ Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

1.4.4 Receitas públicas e exação em matéria tributária

Os tipos de receitas públicas estão postos na Lei nº 4.320/64 (artigo 11)⁹⁹, realçando-se a existência de *receitas correntes e de capital*.

Todos os entes federativos têm que, dentro de uma gestão fiscal responsável, estabelecer a previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos que lhes cabem por força constitucional (artigo 11, da LRF)¹⁰⁰, sob pena inclusive de não recepção das transferências voluntárias inerentes aos impostos¹⁰¹. Até mesmo nas hipóteses per-

⁹⁹ Art. 11 - A receita classificar-se-á nas seguintes categorias econômicas: Receitas Correntes e Receitas de Capital.

§ 1º - São Receitas Correntes as receitas tributária, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes.

§ 2º - São Receitas de Capital as provenientes da realização de recursos financeiros oriundos de constituição de dívidas; da conversão, em espécie, de bens e direitos; os recursos recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, destinados a atender despesas classificáveis em Despesas de Capital e, ainda, o *superávit* do Orçamento Corrente.

§ 3º - O *superávit* do Orçamento Corrente resultante do balanceamento dos totais das receitas e despesas correntes, apurado na demonstração a que se refere o Anexo nº 1, não constituirá item de receita orçamentária.

§ 4º - A classificação da receita obedecerá ao seguinte esquema:

¹⁰⁰ Art. 11. 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.

¹⁰¹ “(...)é extremamente condenável a política de alguns Municípios que, por já possuírem a arrecadação que entendem suficiente, deixam de editar as leis necessárias à instituição de algum tributo previsto no texto constitucional como sendo de sua competência, o que normalmente se dá com o imposto sobre a propriedade territorial urbana”. GARCIA, Emerson ; PACHECO, Rogério. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 382.

missivas de renúncia de receita, existem parâmetros a serem obedecidos (artigo 14, da LRF)¹⁰².

Desse modo, os gestores responsáveis pela arrecadação dos tributos que se inserem na competência do ente federativo podem, por omissão, praticar ato de improbidade administrativa (artigos 10, X¹⁰³ e 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92).

¹⁰² Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

§ 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica:

I - às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1º;

II - ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

¹⁰³ Art. 10 (...)

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

1.4.5 Despesas públicas e endividamento

O que se pretende também com a LRF é impor regras para a concretização das despesas públicas e também manter controle sobre o endividamento estatal. Acerca da dívida pública, a LRF estabelece parâmetros conceituais que devem ser seguidos (artigo 29)¹⁰⁴, enfatizando-se as questões que norteiam a realização das operações de crédito.

O equilíbrio das contas públicas é inerente à responsabilidade na gestão pública. Daí uma sequência de atos de controle que devem ser observados quanto aos gastos públicos. Para tanto, é preciso compreender que a despesa pública se perfaz a partir do cumprimento das seguintes etapas:

¹⁰⁴ Art. 29. Para os efeitos desta Lei Complementar, são adotadas as seguintes definições:

I - dívida pública consolidada ou fundada: montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses;

II - dívida pública mobiliária: dívida pública representada por títulos emitidos pela União, inclusive os do Banco Central do Brasil, Estados e Municípios;

III - operação de crédito: compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros;

IV - concessão de garantia: compromisso de adimplência de obrigação financeira ou contratual assumida por ente da Federação ou entidade a ele vinculada;

V - refinanciamento da dívida mobiliária: emissão de títulos para pagamento do principal acrescido da atualização monetária.

§ 1º Equipara-se a operação de crédito à assunção, o reconhecimento ou a confissão de dívidas pelo ente da Federação, sem prejuízo do cumprimento das exigências dos arts. 15 e 16.

§ 2º Será incluída na dívida pública consolidada da União a relativa à emissão de títulos de responsabilidade do Banco Central do Brasil.

§ 3º Também integram a dívida pública consolidada as operações de crédito de prazo inferior a doze meses cujas receitas tenham constado do orçamento.

§ 4º O refinanciamento do principal da dívida mobiliária não excederá, ao término de cada exercício financeiro, o montante do final do exercício anterior, somado ao das operações de crédito autorizadas no orçamento para este efeito e efetivamente realizadas, acrescido de atualização monetária.

➤ *empenho*, que é o ato formalizador de *obrigação de pagamento* por parte da Administração Pública, que reserva os recursos públicos respectivos para fazer valer a obrigação assumida como compromisso contratual anteriormente (artigo 58, da Lei nº 4.320/64)¹⁰⁵, não se podendo realizar despesa sem prévio empenho (artigo 60, da Lei nº 4.320/64)¹⁰⁶;

➤ *liquidação*, cujo teor se volta para a *constatação objetiva de adimplemento contratual* (artigo 63, da Lei nº 4.320/64)¹⁰⁷, ou seja, de que houve o cumprimento contratual pelo credor de sua obrigação, através da verificação dos documentos comprobatórios respectivos;

➤ *pagamento*, que é a emissão de ordem da autoridade competente para *quitação da despesa* (artigo 64, da Lei nº 4.320/64)¹⁰⁸.

A figura proeminente no âmbito da despesa pública é o *ordenador da despesa*. Recai sobre o agente público que emite o empenho e autoriza o pagamento (artigo 80, §1º, do Decreto-Lei nº 200/1967)¹⁰⁹. Sobre ele recai grande parte da atenção do Ministério Público, não obstante a experiência demonstrar que um único gestor nunca é responsável sozinho por eventuais desmandos ou irregularidades administrativas, afigurando-se até mesmo muito comum o envolvimento de outros servidores e terceiros particulares.

Traçados esses passos básicos de configuração da despesa pública

¹⁰⁵ Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição.

¹⁰⁶ Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

¹⁰⁷ Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

¹⁰⁸ Art. 64. A ordem de pagamento é o despacho exarado por autoridade competente, determinando que a despesa seja paga.

Parágrafo único. A ordem de pagamento só poderá ser exarada em documentos processados pelos serviços de contabilidade.

¹⁰⁹ Art. 80. (...)

§ 1º Ordenador de despesas é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda.

e do ordenador de despesas, importante examinar a fixação de instrumentos de controle para os gastos públicos, a partir da existência de *limites e vedações ao gestor público* (artigo 167, da Constituição Federal)¹¹⁰.

¹¹⁰ Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

III - a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta;

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;

V - a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes;

VI - 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;

VII - a concessão ou utilização de créditos ilimitados;

VIII - a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos, inclusive dos mencionados no art. 165, § 5º;

IX - a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.

X - a transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos, inclusive por antecipação de receita, pelos Governos Federal e Estaduais e suas instituições financeiras, para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

XI - a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

§ 1º - Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.

§ 2º - Os créditos especiais e extraordinários terão vigência no exercício financeiro em que forem autorizados, salvo se o ato de autorização for promulgado nos últimos quatro meses daquele exercício, caso em que, reabertos nos limites de seus saldos, serão incorporados ao orçamento do exercício financeiro subsequente.

§ 3º - A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.

§ 4º - É permitida a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os arts. 155 e 156, e dos recursos de que tratam os arts. 157, 158 e 159, I, a e b, e II, para a prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta.

A prática de comportamentos vedados pelo gestor público contamina a despesa pública, passando ela a ser considerada como *não autorizada, irregular e lesiva ao patrimônio público - lesividade presumida* (artigo 15, da LRF)¹¹¹:

- início de *programas ou projetos não incluídos* na lei orçamentária anual;
- abertura de *crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa* e sem indicação dos recursos correspondentes;
- transposição, *remanejamento ou transferência de recursos* de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, *sem prévia autorização legislativa*;
- *concessão ou utilização de créditos ilimitados*;
- realização de despesa *sem a estimativa do impacto orçamentário-financeiro* no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes, inclusive em face da obrigatoriedade de declaração do ordenador de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e com a LDO;
- disciplina na realização dos “restos a pagar”, surgindo-se vedação para realizar o empenho de despesas contratadas nos dois últimos quadrimestres do mandato, caso não sejam quitadas no mesmo ou não haja disponibilidade de caixa para o pagamento no mandato subsequente (artigos 36, da Lei nº. 4.320/64¹¹² e 42, da LRF)¹¹³.

¹¹¹ Art. 15. Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17.

¹¹² Art. 36. Consideram-se Restos a Pagar as despesas empenhadas, mas não pagas até o dia 31 de dezembro distinguindo-se as processadas das não processadas.

Parágrafo único. Os empenhos que sorvem a conta de créditos com vigência plurienal, que não tenham sido liquidados, só serão computados como Restos a Pagar no último ano de vigência do crédito.

¹¹³ Art. 42. É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair 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 este efeito.

Parágrafo único. Na determinação da disponibilidade de caixa, serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício.

Além disso, a ultrapassagem indevida aos limites estabelecidos para as despesas públicas permite análise do comportamento sob o enfoque da improbidade administrativa - artigos 10, incisos IX e XI e 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92¹¹⁴, sem prejuízo do enquadramento na esfera penal (artigo 359-B, do Código Penal)¹¹⁵.

1.4.6 Limites de gastos com pessoal

Com relação aos gastos com pessoal, é preciso agregar informações normativas oriundas da Constituição Federal (artigo 169, §1º, da Constituição Federal)¹¹⁶ e da Lei Complementar nº 101/2000

¹¹⁴ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

¹¹⁵ Art. 359-B. Ordenar ou autorizar a inscrição de restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei.

¹¹⁶ Art. 169. (...)

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

(artigos 18, 19 e 20 da LRF)¹¹⁷, permitindo a extração de algumas conclusões básicas, a saber:

➤ obrigatoriedade de *prévia dotação orçamentária* (artigo 169, §1º, I, da Constituição Federal);

¹¹⁷ Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: 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.

§ 1º Os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como “Outras Despesas de Pessoal”.

§ 2º A despesa total com pessoal será apurada, somando-se a realizada no mês em referência com as dos onze imediatamente anteriores, adotando-se o regime de competência.

Art. 19. Para os fins do disposto no *caput* do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

- I - União: 50% (cinquenta por cento);
- II - Estados: 60% (sessenta por cento);
- III - Municípios: 60% (sessenta por cento).

Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais:

- I - (...)
- II - na esfera estadual:
 - a) 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado;
 - b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;
 - c) 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo;
 - d) 2% (dois por cento) para o Ministério Público dos Estados;

- existência de *autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias* (artigo 169, §1º, II, da Constituição Federal);
- *limitação percentual* de 60% (sessenta por cento) da receita corrente líquida (artigo 2º, IV, da LRF)¹¹⁸ para os Estados e Municípios (artigo 19, incisos II e III da LRF);
- *limitação percentual específica* de 70% (setenta por cento) para o Poder Legislativo Municipal (artigo 29-A, §1º, da Constituição Federal);
- *limitação temporal* (artigo 21, parágrafo único, da LRF)¹¹⁹ de aumento nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do poder ou órgão mencionado no artigo 20, da mesma Lei;

¹¹⁸ Art. 2º. (...)

IV - receita corrente líquida: somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos:

a) na União, os valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições mencionadas na alínea *a* do inciso I e no inciso II do art. 195, e no art. 239 da Constituição;

b) nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional;

c) na União, nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no § 9º do art. 201 da Constituição.

¹¹⁹ Art. 21. É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda:

I - as exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar, e o disposto no inciso XIII do art. 37 e no § 1º do art. 169 da Constituição;

II - o limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo.

Parágrafo único. Também é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20.

➤ adoção de *medidas de contenção* para encaixe nos parâmetros adequados (artigos 22 e 23, da LRF)¹²⁰.

¹²⁰ Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre.

Parágrafo único. Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso:

I - concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição;

II - criação de cargo, emprego ou função;

III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança;

V - contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias.

Art. 23. Se a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no art. 20, ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22, o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição.



CAPÍTULO 2:

2 A PREVENÇÃO

2.1 IMPORTÂNCIA

Sobre a atuação preventiva na proteção ao patrimônio público e, de modo específico, no combate à improbidade administrativa, não é demais recordar que

- *é fundamental* a sua utilização, principalmente pelas dificuldades existentes no campo repressivo, por motivos variados, na recuperação de prejuízos causados e, além disso, na efetivação de punição a contento dos responsáveis;
- pode ser implementada *com ou sem a vinculação a uma investigação* específica.

Ações preventivas objetivam abordagem que impeça a prática de atos e comportamentos nocivos ao patrimônio público. A prática tem demonstrado o quanto difícil tem se mostrado a recomposição de prejuízos causados. Tortuosa ainda tem sido a responsabilização de agentes públicos e terceiros envolvidos em atos ímprobos. Os motivos são vários. A tática da prevenção, neste contexto, parece ser uma perspectiva lúcida.

A prevenção e a repressão são eixos de atuação na defesa do patrimônio público. São complementares. Integram-se auxiliam-se mutuamente. Dentro de uma visão resolutiva, o papel do Ministério Público na articulação de medidas de caráter preventivo é digno de relevo. Mesmo porque, instituídas ferramentas eficazes que previnam a prática de condutas que afetam a higidez do patrimônio público, há impacto considerável no trabalho demandista da Instituição.

Dentro deste contexto, não é demais afirmar a importante utilidade da solução extrajudicial, em linha sobretudo preventiva. Os instrumentos da *recomendação* e do *termo de compromisso ajusta-*

mento de conduta são fundamentais para garantir a estruturação de saídas que repercutam positivamente no controle preventivo da corrupção, em sentido lato.

Desse modo, é plenamente viável a construção de medidas que culminem em *obrigações de fazer e não fazer* capazes de interferir positivamente na condução da gestão pública, ampliando e fortalecendo as formas de controle.

Algumas temáticas básicas podem ser realçadas, então:

- controle interno;
- transparência pública;
- controle social;
- monitoramento da gestão.

2.2 FORMAS DE ATUAÇÃO

2.2.1 Controle interno: implantação e fortalecimento

Incumbe ao Ministério Público viabilizar ações que instituem e fortaleçam o controle interno na Administração Pública.

Há imposição constitucional a toda estrutura de Poder de manter um sistema de controle interno (artigos 70 e 74, da Constituição Federal)¹²¹, daí derivando a necessidade de sua adequada implantação e respectivo fortalecimento.

Com um sistema de controle interno implantado, através de iniciativa normativa de cada Poder, viabilizam-se diversas providências de caráter preventivo, destacando-se, como mais importantes¹²²:

¹²¹ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

¹²² Reflexões extraídas a partir de leitura de cartilha do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba sobre controle interno.

- *instituição e padronização dos procedimentos de controle*, garantindo estabilidade e documentação da atividade administrativa, mediante fixação de rotinas e desenvolvimento de mecanismos de captação e monitoramento de informações e dados;
- *zelo pela aplicação adequada dos recursos públicos*, acionando os setores e órgãos da estrutura administrativa que venham, eventualmente, praticar alguma irregularidade ou inconsistência, corrigindo-as de modo efetivo, através da autotutela administrativa;
- *garantia de publicidade* dos atos e comportamentos administrativos realizados, permitindo inclusive o acesso centralizado de informações pelo Ministério Público.

2.2.2 Transparência pública

A atuação preventiva, voltada para a concretização cada vez mais ampla da transparência pública, permite a adoção de diversas ações que autorizem à sociedade o pleno acesso às informações de caráter público e a real participação no acompanhamento da gestão pública.

Neste sentido, há de se destacar:

- *a publicidade de atos* e atividades administrativas em *veículos de circulação local e com periodicidade razoável*, instituindo-se, sobretudo de forma eletrônica, a divulgação mediante diários ou semanários oficiais;
- *necessidade de comunicação de recebimento de recursos* pelos Executivos Municipais quanto aos repasses federais, nos termos da Lei nº 9.452/97¹²³, podendo-se, por analogia e em nome da

¹²³ Art. 1º Os órgãos e entidades da administração federal direta e as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista federais notificarão as respectivas Câmaras Municipais da liberação de recursos financeiros que tenham efetuado, a qualquer título, para os Municípios, no prazo de dois dias úteis, contado da data da liberação.

Art. 2º A Prefeitura do Município beneficiário da liberação de recursos de que trata o art. 1º desta Lei, notificará os partidos políticos, os sindicatos de trabalhadores e as entidades empresariais, com sede no Município, da respectiva liberação, no prazo de dois dias úteis, contado da data de recebimento dos recursos.

Art. 3º As Câmaras Municipais representarão ao Tribunal de Contas da União o descumprimento do estabelecido nesta Lei.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.

publicidade ampla, buscar outras formas de ciência abrangente quanto ao recebimento de recursos dos cofres do Estado da Paraíba;

➤ a definição de *local físico permanente e específico* para realização dos atos decorrentes da *realização de licitações*, sob responsabilidade da respectiva Comissão instituída, com centralização das atividades e pertinente documentação (arquivo) - sala devidamente identificada e de ciência da sociedade;

➤ a instituição de *orçamento participativo*, mediante incentivo à participação popular e a realização de audiências públicas, durante o respectivo processo de elaboração (artigo 48, inciso I, da Lei Complementar 101/2000 - LRF)¹²⁴;

➤ os prazos para cumprimento da obrigatoriedade de manutenção de *sistema integrado* que cuide da execução orçamentária e financeira e a respectiva *publicidade em tempo real e de maneira eletrônica* e virtual (artigos 48, parágrafo único, incisos II e III, da Lei Complementar nº 101/2000 - LRF);

➤ a *disponibilização das contas* pela chefia do Executivo, durante todo o exercício financeiro, para consulta pelos cidadãos (artigo 49, da Lei Complementar nº 101/2000 - LRF)¹²⁵;

➤ a introdução e utilização do *pregão* para aquisição de bens e serviços comuns (Lei nº 10.520/02), porquanto ocorre a concentração em sessão pública dos atos decorrentes de julgamento das propostas e análise da documentação, facilitando o acompanhamento.

¹²⁴ Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante:

I - incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;

¹²⁵ Art. 49. As contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade.

2.2.3 Controle social: fomento

O Ministério Público é guardião da cidadania e da dignidade da pessoa humana, incumbindo-se da defesa da ordem jurídica e do regime democrático (artigo 127, *caput*, da Constituição Federal). A ele foi atribuído o papel político de agente de transformação social. Para tanto, ao lado de outros aspectos de natureza preventiva, o *fomento ao controle social* tem *status* merecedor de registro.

Mesmo com todo o aparato dos sistemas de controle interno e externo, é manifesta a insuficiência estrutural para alcance da plenitude de tutela do patrimônio público. A postura ativa da sociedade é elemento indispensável para a manutenção da Administração Pública dentro dos parâmetros constitucionais. Não se pode compactuar com o raciocínio de distanciamento entre Ministério Público e sociedade. Cada integrante do Ministério Público deve se despir do “*estigma do birô*” e da posição demandista e processual imposta pela pauta sobrecarregada do Judiciário.

É preciso, portanto, estabelecer uma consciência de construção coletiva, garantindo o fortalecimento da cidadania. Dentro deste contexto, podem ser listadas algumas iniciativas a cargo do Ministério Público e que permitem um caminho inicial de aproximação e estímulo ao controle social:

- estabelecimento de *canais de diálogo e participação social*, com a introdução de formas de encaminhamento de sugestões, denúncias ou notícias de irregularidades na condução da gestão pública, estruturando sistemas de recepção de tais dados na própria Administração Pública, para fins de provocação do controle interno, sem prejuízo de mecanismos de comunicação com o Ministério Público, a exemplo do “*disque-denúncia*”;
- realização de *programas e ações de cidadania*¹²⁶, com palestras e eventos de esclarecimento à sociedade voltadas à dissemina-

¹²⁶ Diversas ações e programas estão se desenvolvendo no âmbito da rede de controle, a exemplo do programa Olho Vivo no Dinheiro Público, da Controladoria Geral da União, da criação de espaços de aproximação entre órgãos públicos e sociedade, como o FOCCO-PB (Forum de Combate à Corrupção), do estabelecimento de estruturas de ouvidoria e disquedenúncia, dentre outras.

ção de uma cultura de vigilância sobre Administração Pública, direito de acesso à informação, direito de petição, de acompanhamento dos gastos públicos mediante consulta aberta a bancos de dados disponibilizados em sítios da internet, de observação das compras realizadas, inclusive com impugnação de editais de licitação¹²⁷, etc.

2.2.4 Monitoramento da gestão

A ideia de realização de monitoramento da gestão tem similitude ao mecanismo de controle concomitante ou sucessivo¹²⁸. O pensamento é fazer o acompanhamento contemporâneo da atividade administrativa. Portanto, à medida que vão sendo executados ocorre também o respectivo controle. Sem dúvida que há, a partir da observação permanente do comportamento administrativo, possibilidade de atuação repressiva, a partir da identificação de irregularidades. No entanto, o relevo a tal iniciativa resulta justamente de sua força preventiva, evitando a prática de ilegalidades.

Essas providências de monitoramento têm enorme efeito prático e caráter inibidor na ocorrência de atos tendentes a macular o patrimônio público, podendo o órgão de execução do Ministério Público adotar o seguinte:

¹²⁷ Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 1 Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1 do art. 113.

¹²⁸ “O controle concomitante, como o nome indica, é exercido durante a realização do ato e permite a verificação da regularidade de sua formação”. ALEXANDRINO, Marcelo ; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 18 ed. Rio de Janeiro:Forense, 2010. p. 762.

➤ *acompanhamento do recebimento de verbas públicas*, determinando-se, de modo prático, enfoques prioritários por temática ou por teto mínimo de valores financeiros, remetendo-se ofício solicitando informações sobre a aplicação respectiva, designando-se, demais disso, visitas rotineiras para conferência da veracidade das informações;

➤ exigência de *qualificação profissional adequada dos integrantes da Comissão de Licitação*, porquanto devem tais pessoas dispor de capacidade para o exercício da função (artigo 37, II e IX, da Constituição Federal);

➤ *exame da produção legislativa*, examinando-se os diários ou semanários oficiais ou, de outro lado, instituindo-se rotina de recepção das leis aprovadas pela Câmara de Vereadores, no caso dos Municípios, viabilizando eventual controle de constitucionalidade;

➤ verificação de atendimento à obrigação de apresentação de *declaração pública de bens* pelos agentes públicos e seu envio reiterado e anual (artigos 1º e 7º da Lei Federal nº 8.730/93)¹²⁹.

¹²⁹ Art. 1º É obrigatória a apresentação de declaração de bens, com indicação das fontes de renda, no momento da posse ou, inexistindo esta, na entrada em exercício de cargo, emprego ou função, bem como no final de cada exercício financeiro, no término da gestão ou mandato e nas hipóteses de exoneração, renúncia ou afastamento definitivo, por parte das autoridades e servidores públicos adiante indicados:

- I - Presidente da República;
- II - Vice-Presidente da República;
- III - Ministros de Estado;
- IV - membros do Congresso Nacional;
- V - membros da Magistratura Federal;
- VI - membros do Ministério Público da União;

VII - todos quantos exerçam cargos eletivos e cargos, empregos ou funções de confiança, na administração direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes da União.

Art. 7º As disposições constantes desta lei serão adotadas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, no que couber, como normas gerais de direito financeiro, velando pela sua observância os órgãos a que se refere o art. 75 da Constituição Federal.





Capítulo 3:

3 A INVESTIGAÇÃO

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

3.1.1 Proatividade¹³⁰ e investigação contemporânea

Dentro da lógica investigativa que envolve a tutela do patrimônio público, é fundamental estabelecer, de forma racionalizada, uma *metodologia proativa*. Não há como realizar o embate com eficácia de atos e comportamentos que violam o patrimônio público e a probidade administrativa sem o acompanhamento contemporâneo dos fatos e a antecipação de ações. É essa *contemporaneidade investigativa* que se traduz em resultados.

A proatividade na investigação altera a própria postura do integrante do Ministério Público. A ele é imposta uma nova faceta: não mais aguardar a recepção formal de peças informativas (denúncias, representações, documentos, certidões, etc.), mas, por meio de antecipação, estabelecer alvos ou campos de atuação prioritários. A regra, com a proatividade, é sair em busca do campo investigativo, estabelecendo uma pauta de prioridades e não se deixar submeter a uma pauta que direcione a sua investigação.

Esse modo de agir traz benefícios enormes. Evita que ocorra precedente *filtragem dos fatos* que devem se submeter a uma investigação. Permite ao Ministério Público a não vinculação a uma pauta a ele imposta, muitas vezes dissociadas as linhas de investigação do real interesse maior da coletividade. Neste sentido, até bem comum é que grupos de pressão mais organizados, com interesses os mais variados e até mesmo legítimos, passem a demandar diversas iniciativas que retiram do exato foco de prioridades com que deve se alinhar a Instituição.

¹³⁰ “A proatividade é o comportamento de antecipação e de responsabilização pelas próprias escolhas e ações frente às situações impostas pelo meio”. Disponível em :< <http://pt.wikipedia.org/wiki/Proatividade>>. Acesso em: 23 de abr. 2011.

Para isso, é preciso a confluência de algumas etapas:

- *planejamento*, localizando e selecionando quadros fáticos de maior lesividade ao patrimônio público, para realização de investigação em tempo real e sobre situações mais graves;
- *arrecadação de dados e informações*, absorvendo o máximo de conhecimento possível sobre os fatos a serem enfrentados, delimitando-os com clareza e objetividade;
- *instauração formal de investigação*, de ofício, antecipando-se a qualquer recebimento de notícia, a partir dos dados e informações colhidos.

3.1.2 Efetividade e proporcionalidade

Um trabalho investigativo com *intensidade e objetividade adequadas* é, sem dúvida, a chave para o enfrentamento eficaz dos atos e comportamentos que acarretam prejuízo ou risco de dano ao patrimônio público e, por derivação, que podem repercutir na apuração de responsabilidade da(s) pessoa(s) envolvida(s).

Portanto, o fio condutor da investigação é a máxima efetividade e o acatamento da proporcionalidade. A tônica é a busca de uma solução rápida, efetiva e equilibrada e, o que é mais significativo, sem a pecha de insuficiência ou inofensividade. Isso se faz pela localização da *justa medida*. Norteiam a investigação, portanto, todos os princípios que regem a atividade estatal, em sua dimensão administrativa, merecendo ênfase a ponderação entre o direito fundamental difuso a um patrimônio público tutelado de modo eficiente e a observância do princípio da dignidade da pessoa humana.

De modo prático, diversas são as estratégias e encaminhamentos que podem ser adotados. Os desdobramentos respectivos decorrem de análise pelo integrante do Ministério Público. É com essa observação primeira que se permite a construção de um pertinente *juízo de valor* quanto às opções que se descortinam e que podem ser desencadeadas.

A higidez do patrimônio público deve ser perseguida acima de tudo. Disso não há dúvida. Por tal motivo, passam obrigatoriamente

pelo exercício de juízo valorativo inicial da investigação dois vetores fundamentais e sucessivos:

- a identificação do *alcance potencial ou efetivo da repercussão lesiva* dos atos e comportamentos que são objeto de exame investigativo;
- a verificação do instrumental de *medidas extrajudiciais e/ou judiciais* que permita identificar quais delas, de modo isolado ou cumulativo, podem ser lançadas para o reequilíbrio do sistema normativo de proteção do patrimônio público.

No corpo da análise investigativa, cujo teor pode recair sobre quaisquer meios de informação aportados no Ministério Público, é preciso o exame adequado da repercussão lesiva ocasionada pelos fatos e questões postos sob análise. Essa projeção valorativa se faz extremamente relevante. Serve para dimensionar, de partida e de forma razoável, os espaços alcançados e esforços inerentes à investigação. Isso tem vinculação direta com os *sistemas de controle* que recaem sobre a Administração Pública.

Na verdade, muitos comportamentos que afetam o patrimônio público podem ser estancados ou dissolvidos no âmbito do controle interno, sem qualquer consequência danosa que resulte na obrigatoriedade de examinar aspectos de responsabilização pessoal. Basta, então, a abertura de investigação cujo objetivo imediato e prioritário resulta no uso de medidas extrajudiciais que permitam ao próprio controle interno a solução da questão. No exercício da autotutela, a Administração Pública retira o ato da ordem jurídica e, com isso, retoma o caminho da juridicidade. Tais iniciativas, de menor complexidade, seriam suficientes, à luz da razoabilidade, para a proteção do patrimônio público.

No entanto, outros atos e condutas, sobretudo pela intensa gravidade, alargam bastante a esfera investigativa que, sem dúvida, adquire uma carga mais densa e invasiva. Há, portanto, necessidade de se lançar mão de todo o rol de ferramentas extrajudiciais e judiciais, manejando-se inclusive o sistema de con-

- independência das esferas de responsabilização, como regra, permitindo a confluência de diversas medidas de punição sobre o agente público, oriundas dos campos penal, civil e administrativo, de forma cumulativa, alcançando-se a plenitude punitiva possível;
- relativização da autonomia das instâncias, com preponderância da responsabilidade penal sobre as responsabilidades civil e administrativa, quando se identifica, por trânsito em julgado, a *inexistência do fato ou a negativa de autoria* (artigo 126, da Lei Federal nº 8112/90)¹³⁵ ;
- possibilidade de *punição administrativa residual*, mesmo com absolvição no campo penal - Súmula 18, do Supremo Tribunal Federal¹³⁶ .

Essa abordagem é muito relevante para a investigação. Permite o encaminhamento de medidas extrajudiciais e elaboração da estratégia para responsabilização dos agentes e ex-agentes públicos. Mesmo porque, com este viés de raciocínio, pode *ocorrer simultaneidade e cumulatividade* de persecução e acionamento concomitante pelo Ministério Público. Objetiva-se alcançar o máximo de efetividade sancionadora diante dos permissivos normativos disponíveis.

Cabe ao Ministério Público examinar as hipóteses de provocação simultânea ou cumulativa dos eixos de responsabilização.

No campo *administrativo*, a observação principal recai sobre dois aspectos:

- possibilidade de correção dos atos e contratos pela própria Administração Pública, fruto do exercício do *princípio da autotutela* e decorrência da estrutura obrigatória de controle interno (artigo 53, da Lei nº 9784/99¹³⁷ - Lei do Processo Administrativo Federal, com

¹³⁵ Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

¹³⁶ Súmula 18 do STF: “Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público”.

¹³⁷ Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

trole externo da Administração Pública. A provocação ao controle jurisdicional desencadearia não só a anulação daquelas situações lesivas, mas também a responsabilização do(s) envolvido(s), com o uso de medidas judiciais as mais diversas, inclusive aquelas instituídas pela Lei Federal nº 8.429/92 (Lei de Combate à Improbidade Administrativa).

3.1.3 Instâncias de responsabilização e alcance investigativo

Não é demais timbrar que há campos de responsabilidade distintos. As esferas administrativa, civil e penal são, de regra, independentes. Vigora o princípio da *incomunicabilidade de instâncias*¹³¹ (artigos 66 e 67, do Código de Processo Penal¹³², 12, da Lei nº 8.429/92¹³³ 125, da Lei Federal 8.112/90¹³⁴).

A esse respeito, algumas questões pontuais se sobressaem com mais ênfase:

¹³¹ ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. POLICIAL MILITAR. CRIME DE HOMICÍDIO. ABSOLVIÇÃO DA ESFERA CRIMINAL. INCOMUNICABILIDADE COM A ESFERA ADMINISTRATIVA. EXCLUSÃO DECORRENTE DE PRÁTICA DE INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS QUE NÃO GUARDAM RELAÇÃO COM O CRIME IMPUTADO AO RECORRENTE, INCLUSIVE PORQUE LHE FORAM POSTERIORES. PRECEDENTE DO STJ. MATÉRIA FÁTICA. EXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. “Em regra, vigora entre as instâncias administrativa e penal o princípio da incomunicabilidade, ressalvadas as hipóteses de reconhecimento, na esfera criminal, da inexistência do fato ou da negativa de autoria” (AgRg no REsp 923.763/RJ, Rel. Min. JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 22/4/08).

2. A absolvição na esfera criminal será irrelevante quando a punição administrativa houver sido imposta com base em outros fatos, não alcançados na sentença criminal absolutória. Precedente do STJ.

(...)
5. Agravo regimental não provido. (STJ. *AgRg no REsp 1199443/MG* AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2010/0112476-1 Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 16/09/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 28/09/2010).

¹³² Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;

II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;

III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

¹³³ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato.

¹³⁴ Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

incidência analógica a todas as esferas de Administração Pública);

➤ sujeição dos agentes públicos à responsabilização administrativa-disciplinar, após formalização de procedimento administrativo específico, hipótese encaixada na atividade de disciplina administrativa - *poder disciplinar* inerente também à própria Administração Pública, em qualquer esfera.

Pelo viés *civil*, há que se destacar quatro pilares:

➤ garantia de cumprimento dos princípios constitucionais;
➤ ataque aos atos e contratos administrativos viciados;
➤ responsabilização por improbidade administrativa com toda a forte carga punitiva daí decorrente; e
➤ ressarcimento dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais (morais).

Na seara *penal*, o enquadramento típico das condutas praticadas pelos agentes e ex-agentes públicos enseja o óbvio surgimento de ação penal respectiva¹³⁸.

3.1.4 Parcerias e diálogo interinstitucional: ENCCLA, GNCO e FOCCO

Imprescindível a aglutinação de esforços para a consecução de fins investigativos. Os órgãos e instituições que, de qualquer modo, estão submetidos às atividades de natureza fiscalizatória ou guardam afinidade com a proteção do patrimônio público, até por exercício de cidadania, têm papel fundamental na formulação das parcerias.

¹³⁸ As orientações sobre a responsabilização penal ficam a cargo do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, escapando ao objeto do presente manual, neste momento.

Diversas formas de diálogo interinstitucional têm se estabelecido. Merecem, por isso, algum conhecimento e destaque, dentro do campo de *pertinência temática com a proteção ao patrimônio público*, até mesmo pela relevância de aproximação, comunicação e junção de ações coordenadas:

- *ENCCLA* - Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e a Lavagem de Dinheiro;
- *GNCOC* - Grupo Nacional de Combate à Corrupção e às Organizações Criminosas;
- *FOCCO* - Fórum de Combate à Corrupção na Paraíba.

A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA é um espaço de articulação de diversos órgãos da estrutura do Estado, Ministérios Públicos e sociedade civil, com o objetivo de atuação, direta ou indireta, na *“prevenção e combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, com o objetivo de identificar e propor ajustes aos pontos falhos do sistema antilavagem e anticorrupção”*. Tem como secretaria executiva o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional - DRCI, no Ministério da Justiça. Maiores informações podem ser obtidas no portal do Ministério da Justiça. Disponível em:<<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJA21B014BPTBRIE.htm>>, no link específico “lavagem de dinheiro”.

O GNCOC - Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas é um grupo nacional, estruturado internamente dentro do CNPG - Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, com o objetivo de realizar intercâmbio e articulação em níveis nacional e regional, com relação às questões vinculadas, direta ou indiretamente, com o combate às organizações criminosas. Dentro do GNCOC há um grupo de trabalho específico, relacionado à defesa do patrimônio público e combate à corrupção, com a presença de todos os Ministérios Públicos, objetivando troca de experiências e medidas de integração.

O FOCCO - Fórum de Combate à Corrupção na Paraíba é um espaço instituído, de modo pioneiro no Estado, para aproximação de diversas



instituições e órgãos envolvidos com a rede de controle da Administração Pública (Tribunais de Contas da União e do Estado, Ministérios Públicos Estadual, do Trabalho e Federal, Receitas Estadual e Federal, Controladorias do Estado e da União, Secretarias de Transparência, etc.). Maiores detalhes. Disponível em: < <http://www.foccpb.gov.br/>>.

A referência a estas *províncias de diálogo interinstitucional* permite que cada integrante do Ministério Público possa se familiarizar com os canais de articulação e aproximação existentes, mantendo contatos de investigação, quando necessários. A integração de ações e, muitas vezes, o alinhamento de estratégias são extremamente eficazes na proteção ao patrimônio público.

A questão adquire maior relevo quando tais parcerias resultam também no envolvimento de intercâmbio e auxílio quanto ao conhecimento técnico-científico. De modo específico, as áreas de consulta e checagem de bancos de dados, auditoria de contas públicas e de engenharia são, muitas vezes, demandadas em investigação, envolvendo a verificação de condutas que, em tese, estão sob enquadramento da Lei nº 8;429/92.

Sobre esta questão, enfatiza-se que, no campo técnico-científico:

- todos os *convênios e colaborações estão disponibilizados* na página oficial do Ministério Público da Paraíba, sem prejuízo da formatação local de novas cooperações;
- mesmo com a formalização dos atos convenientes, é *prerrogativa do Ministério Público a requisição*, de modo adequado, prudente e em prazo razoável e negociado: a) de *perícias de autoridades municipais*, estaduais e federais, bem como de entidades privadas (artigo 38, I, b e c, II e III, da Lei Complementar nº97/2010. Lei Orgânica do Ministério Público da Paraíba)¹³⁹; b) de *servidores civis*

¹³⁹ Art. 38. No exercício de suas funções, o membro do Ministério Público poderá:

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

(...)

b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior.

II - requisitar informações, exames, perícias e documentos a entidades privadas, para instruir procedimento ou processo em que officie;

III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível, podendo acompanhá-los e produzir provas;

e militares, em caráter temporário, bem como de meios materiais para realização de atividades específicas (artigo 38, inciso IX, da mesma lei)¹⁴⁰.

3.1.5 Extrajudicialidade: instrumentos

De modo diverso de outras arenas da tutela coletiva, em matéria de patrimônio público o uso de soluções extrajudiciais de conflitos é mais reduzido. O campo se estreita decerto pela inviabilidade de transação, acordo ou conciliação no campo da responsabilização por improbidade administrativa (artigo 17, §1º, da Lei nº. 8.429/92)¹⁴¹. Apesar disso, os instrumentos disponíveis para as resoluções administrativas são fundamentais. Sempre que possível, devem ser utilizados de forma prioritária. A resolutividade deve ser a referência como elemento de força institucional do Ministério Público.

Dentre as diversas questões que justificam esse viés prioritário para as soluções extrajudiciais, a que mais se sobressai é pragmática. Decorre da enorme demora de tramitação das ações judiciais interpostas. O comprometimento da eficácia da via jurisdicional é algo muito palpável. No campo de proteção ao patrimônio público, ainda mais. Com enfoque mais acentuado, ainda, na responsabilização dos agentes públicos por improbidade administrativa - Lei nº 8.429/92.

Feitas estas ponderações, as ferramentas extrajudiciais estão assim dispostas:

- *procedimento preparatório;*
- *inquérito civil público;*
- *recomendação;*
- *compromisso de ajustamento de conduta.*

¹⁴⁰ Art. 30. (...) IX - requisitar da Administração Pública serviço temporário de servidores civis e de policiais militares e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas;

¹⁴¹ 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*.

Com natureza tipicamente extrajudicial, podem ser realizados, em primeiro plano, os instrumentos do *inquérito civil público* e, em gradação anterior, o *procedimento preparatório*. Estas modalidades de procedimento administrativo estão disciplinadas pelas Resoluções CNMP nº 23/2007 e CPJ 001/2010. São eles que desencadeiam a investigação. A partir daí, as demais providências de caráter extrajudicial e judicial se descortinam. O ponto a ser alcançado é, sem dúvida, a pacificação do conflito surgido com o desequilíbrio normativo causado.

Dentro dessa perspectiva e no curso da investigação, algumas hipóteses permitem solução extrajudicial:

- adequação de uma conduta e comportamento administrativos, registrando-se o respectivo estancamento ou a abstenção de novas práticas, com imposição de *obrigações de fazer e não fazer*, inclusive quanto ao exercício de autotutela na anulação pertinente;
- *recomposição de prejuízos* detectados, referenciando restauração consensual dos danos, com sinalização objetiva de *prazo e modo* para tanto.

Essas situações são solvidas mediante expedição de recomendações e/ou a formalização dos termos de compromisso de ajustamento de conduta (TCAC). Ambas devem trilhar pelos vetores da efetividade e credibilidade. São iniciativas que, longe de causar qualquer impacto negativo, trazem enormes benefícios para a atuação do Ministério Público.

Com o *termo de compromisso de ajustamento de conduta* (artigo 5º, §6º, da Lei nº 7.347/85)¹⁴² é aberta etapa de negociação direta com a parte investigada. Daí o seu caráter bilateral. Seu alcance atinge condições e prazos acerca de obrigações de fazer e não fazer, nulidade de ato ou contrato administrativo e/ou recomposição de danos. Na sua formatação exigem atenção especial algumas especificações:

¹⁴² § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

➤ formalização com *autoridade competente* para cumprir as obrigações negociadas ou, em último caso, por subordinado com delegação expressa e poderes específicos;

➤ *liquidez e exigibilidade* das obrigações fixadas, permitindo a configuração adequada do título executivo extrajudicial, o que viabilizará execução judicial desobstruída, em caso de desatendimento às condições fixadas;

➤ definição de *formas de controle e acompanhamento* das obrigações estabelecidas, de forma contemporânea, inclusive com recebimento de comunicações, em prazo definido, sobre o atendimento parcial de cada cláusula, se o caso;

➤ fixação de *cláusula penal* por desobediência, atentando-se que, nas hipóteses de imposição de tal ônus ao ente público, há possibilidade de registrar, de forma acessória, a obrigação do próprio ente de interpor, em prazo certo, ação regressiva contra o agente público omissor (artigo 37, §6º, da Constituição Federal), aspecto que se ressalta pela maior proteção dada ao patrimônio público, responsabilizando, de modo indireto, o ocupante do cargo e retirando a sobrecarga do ônus que resvala no Poder Público.

Já o instrumento da *recomendação* (artigos 129, II, da Constituição Federal, 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 8.625/93 e 19¹⁴³, da Resolução CPJ nº 001/2010) reveste-se de *unilateralidade*, tendo a função básica de sinalizar, como marco inicial, o conhecimento de ilegalidade pela Administração Pública e, em momento sucessivo, instá-la ao exercício da autotutela, saneando a questão. Sobre este mecanismo, não custa fazer certas ponderações:

¹⁴³ Art. 19. O Ministério Público, nos autos do inquérito civil ou do procedimento preparatório, poderá expedir recomendações devidamente fundamentadas, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como aos demais interesses, direitos e bens cuja defesa lhe caiba promover.

➤ guarda extrema utilidade na *captura da boa ou má-fé do gestor público*, ao recomendar determinado comportamento ativo ou de abstenção que, não atendido, deixará aberto o espaço para o aprofundamento investigativo tendente à improbidade administrativa;

➤ deve ser *fundamentada*, com clareza na indicação dos comportamentos a serem adotados, fixando-se, demais disso, um prazo para atendimento e a comunicação ao Ministério Público;

➤ *não substitui* o compromisso de ajustamento de conduta, de modo a não apresentar sentido quando já existente tal compromisso devidamente formalizado, tampouco e com mais razão não tem força quando já em curso medida judicial com mesmo objeto.

3.2 QUESTÕES RELEVANTES DA INVESTIGAÇÃO

3.2.1 Conhecimento dos fatos e delação anônima

Por diversos caminhos, chegam os fatos ao conhecimento do Ministério Público. É até muito comum que, na tutela do patrimônio público e pela repercussão danosa dos comportamentos, as informações aporem de maneira anônima ou com claro pedido de não revelação da autoria das *peças informativas*. Diversos fatores contribuem para esta constatação, dentre os quais o medo e o receio de retaliações políticas e administrativas.

Há, sem dúvida, diversos interesses em jogo. O espaço público é repleto de disputas. Cabe ao Ministério Público localizar a melhor posição para traçar linha investigativa com projeção potencial de êxito. Para tanto, a notícia anônima não pode ser descartada, tampouco erigida como único mecanismo de movimentação da investigação.

Dessa maneira, quaisquer *peças de informação* ou *peças informativas*¹⁴⁴ merecem a devida atenção, mesmo aquelas de origem não decla-

¹⁴⁴ “Peças de informação, enfim, são quaisquer tipos de dados ou informações que cheguem às mãos do órgão do Ministério Público e concorram para formar sua convicção sobre o cabimento ou não de sua iniciativa judicial nas áreas a ele cometidas por lei.” MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2000. p.169.

rada. A delação anônima não pode ser abandonada prematuramente, tão somente, por tal característica (artigos 2º, §3º, da Resolução CNMP nº 23/2007 e 3º, §4º da Resolução CPJ nº 001/2010)¹⁴⁵. Devidamente motivada, é amparo legítimo para a deflagração da investigação civil¹⁴⁶.

Apenas algumas cautelas podem ser adotadas à luz da razoabilidade. Isto evita arguições de trancamento da investigação civil ao argumento de vedação constitucional do anonimato (artigo 5º, IV, da Constituição Federal)¹⁴⁷. Assim, é salutar se cercar das seguintes medidas:

➤ análise crítica do conteúdo, verificando a *viabilidade e a verossimilhança*, de modo a contemplar a alusão a fato certo e determinado e ao preenchimento dos requisitos previstos no artigo 3º, §2º, da Resolução CPJ nº 001/2010;

➤ *checagem preliminar e informal*¹⁴⁸ em bancos de dados abertos para cotejo da narrativa trazida à lume com a notícia anônima e as referências cadastrais existentes (nomes de pessoas físicas e jurídicas, aspectos objetivos narrados, etc.), acionando-se, dentro de uma lógica de razoabilidade, diversas medidas iniciais, através do *sistema INTEGR*A, disponível na página do Ministério Público da Paraíba - intranet, link do GAECO¹⁴⁹;

¹⁴⁵ § 4º. O conhecimento por manifestação anônima, justificada, não implicará ausência de providências, desde que obedecidos os mesmos requisitos para as representações em geral, constantes no § 2º, deste mesmo artigo.

¹⁴⁶ “(...) Impõe-se destacar também que a “denúncia” anônima, quando fundada - vale dizer, desde que forneça, por qualquer meio legalmente permitido, informações sobre o fato e seu provável autor, bem como a qualificação mínima que permita sua identificação e localização -, não impede a respectiva investigação sobre a sua veracidade, porquanto o anonimato não pode servir de escudo para eventuais práticas ilícitas e ponto de transformar o Estado em verdadeiro paraíso fiscal.

¹⁴⁷ Art. 5º. (...) IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

¹⁴⁸ “(...) Nada impede, contudo, que o Poder Público (...) provocado por delação anônima - tal como ressaltado por Nelson Hungria, na lição cuja passagem reproduzi em meu voto - adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, com prudência e discrição, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da *persecutio criminis*, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas.” (*Inq. 1.957*, Rel. Min. Carlos Velloso, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 11-5-2005, Plenário, *DJ* de 11-11-2005.) No mesmo sentido: *HC 99.490*, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 23-11-2010, Segunda Turma, *Informativo 610*; *HC 95.244*, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 23-3-2010, Primeira Turma, *DJE* de 30-4-2010; *HC 84.827*, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 7-8-2007, Primeira Turma, *DJ* de 23-11-2007. Vide: *HC 90.178*, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 2-2-2010, Segunda Turma, *DJE* de 26-3-2010.

¹⁴⁹ A ferramenta de inteligência foi elaborada pela competente equipe do GAECO- MP/PB e permite maior agilidade na consulta de bancos de dados abertos.

➤ munido de outras informações que possam servir de sustentáculo de credibilidade para a notícia anônima, proceder a *instauração formal* da investigação - procedimento preparatório ou inquérito civil público.

3.2.2 Procedimento Preparatório e acesso aos bancos de dados

Toda a atenção deve ser dispensada quanto à observância de algumas formalidades que, uma vez atendidas, afastam os riscos sérios de indicação defensiva de irregularidades na condução de uma investigação.

Essas considerações são justificadas em razão da existência de instrumento investigativo antecedente ao inquérito civil público e que serve de coleta primeira de dados e informações preliminares: o *procedimento preparatório*.

O exercício de quaisquer levantamentos preliminares de investigação será feito, portanto, no âmbito do procedimento preparatório¹⁵⁰ (artigo 5º, da Resolução CPJ nº 001/2010)¹⁵¹. Tal modo de agir resulta maior segurança e tranquilidade para a realização dos levantamentos iniciais que são necessários para dimensionar questões ainda não devidamente esclarecidas.

¹⁵⁰ Art. 5º. Para complementar as informações previstas nos artigos 6º e 7º da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), passíveis de autorizar a tutela dos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, o Ministério Público poderá instaurar procedimento preparatório, visando apurar elementos para identificação dos investigados ou do objeto.

¹⁵¹ Art. 5º. Para complementar as informações previstas nos artigos 6º e 7º da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), passíveis de autorizar a tutela dos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, o Ministério Público poderá instaurar procedimento preparatório, visando apurar elementos para identificação dos investigados ou do objeto.

8. Aliás, o art. 2º, § 3º, da Resolução n. 23/07, do Conselho Nacional do Ministério Público, é expresso ao prever a necessidade de tomada de providências, ainda que o conhecimento pelo *Parquet* de fatos constituidores, em tese, de lesão aos interesses e direitos cuja proteção está a seu cargo se dê por manifestação anônima. Precedentes.

9. Recurso ordinário não provido. (STJ. RMS 32065 / PR, RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2010/0081177-0, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 10/03/2011).

Assim, qualquer notícia aportada no Ministério Público, decorrência inclusive do controle social inerente ao exercício da cidadania (artigo 6º, da Lei nº 7.347/85)¹⁵², será examinada sob o pálio de sua *viabilidade* investigativa dentro de um procedimento preparatório, nomenclatura fixada pelas Resoluções CNMP nº 23/2007 e CPJ 001/2010.

Algumas premissas são importantes sobre a instauração de procedimento preparatório:

- exame inicial da *verossimilhança dos fatos* e a *consistência mínima da narrativa* trazida;
- *complementação de dados e informações* de alguma narrativa aportada ou formalizada (representação, denúncia, informação da mídia, etc.);
- finalidade de *identificação da autoria* ou *delimitação do objeto da investigação*.

O manejo da instauração do procedimento preparatório surge diante de situações em que há uma descrição mínima razoável de fatos no bojo da notícia trazida à lume e que, portanto, dentro de uma lógica de justa causa, é plenamente cabível a abertura de uma investigação, caso confirmados alguns detalhes que dependem, portanto, de um levantamento complementar. Tal providência busca, assim, identificar a verossimilhança fática.

3.2.3 Inquérito civil público: natureza e decretação de sigilo

Quando a investigação se desenvolve na seara do patrimônio público, a questão da natureza do inquérito civil público se avulta. A consequência disso é inevitável. Diversas diligências probatórias são necessárias. O distanciamento da parte investigada deve ser calcula-

¹⁵² Art. 6º Qualquer pessoa poderá, e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção.

Art. 7º Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.



do. O sigilo pode ser uma solução adequada para alcance de provas.

Na verdade, cuida-se o inquérito civil público de ferramenta extrajudicial e, portanto, localizado em momento pré-processual que, de modo facultativo, preparatório e exclusivo, permite ao Ministério Público arrecadar dados probatórios para a formação de convicção acerca de *determinado fato ou circunstância*¹⁵³.

Sobre tal instrumento, espécie de procedimento administrativo de assento constitucional e infraconstitucional (artigos 129, III, da Constituição Federal e 8º, §1º, da Lei nº 7347/85), dois aspectos se avultam:

- sua *natureza inquisitiva* e, portanto, sem submissão ao princípio do contraditório e da ampla defesa, de modo similar ao inquérito policial (artigo 1º¹⁵⁴, da Resolução CPJ nº 001/2010);
- a obrigatória atenção à *publicidade*, observando-se a mitigação derivada da possibilidade de *decretação de sigilo*, de modo excepcional e fundamentado (artigo 13¹⁵⁵, da Resolução CPJ nº 001/2010).

Em sendo inquisitivo, a submissão ao contraditório e à ampla defesa (artigo 5º, LV, da Constituição Federal)¹⁵⁶ não é obrigatória. Nenhum impedimento há, em que outro lado, por razões de conveniência ou até por pura estratégia investigativa, possam ser colhidas provas, mediante ciência da parte investigada.

¹⁵³ STJ. REsp n. 448.023-SP, Ministra Eliana Calmon, julgado em 20.05.2003.

¹⁵⁴ Art. 1º. O inquérito civil, procedimento de natureza unilateral e facultativa, será instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público nos termos da legislação aplicável, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais.

¹⁵⁵ Art. 13. Aplica-se ao inquérito civil e ao procedimento preparatório o princípio da publicidade dos atos, com exceção dos casos em que haja sigilo legal ou em que a publicidade possa acarretar prejuízo às investigações, casos em que a decretação do sigilo legal deverá ser motivada.

¹⁵⁶ Art. 5º. (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;





Dessa maneira, apesar da natureza puramente inquisitiva, algumas questões podem ser postas:

- possibilidade discricionária de *sujeição facultativa ao contraditório*, a juízo de oportunidade e conveniência, permitindo a validação e credibilidade da produção probatória realizada;
- por consequência, autorização para *apresentação de esclarecimentos e juntada de documentos* pela parte investigada (artigo 9º, da Resolução CPJ nº 001/2010)¹⁵⁷.

Em outro ponto, a regra é a incidência do princípio da publicidade sobre o inquérito civil público e, por razões óbvias, sobre o procedimento preparatório. No entanto, a homenagem ao princípio da publicidade autoriza, de outro lado, o cotejo com o princípio da preponderância do interesse público, relativizando-se esse acesso. A *publicidade fica mitigada*¹⁵⁸, portanto.

¹⁵⁷ Art. 9º. A pessoa a quem o fato é atribuído, no âmbito do inquérito civil, poderá ser eventualmente notificada a prestar declarações ou convidada a oferecer os subsídios que queira, sem prejuízo da natureza inquisitiva do inquérito, em prazo de 10(dez) dias, podendo ocorrer prorrogação por igual período, devidamente justificada.

¹⁵⁸ ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO CIVIL. DECRETAÇÃO DE SIGILO DA INFORMAÇÕES. DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE DOS INVESTIGADOS. POSSIBILIDADE. MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE ACESSO AO INQUÉRITO CIVIL.

(...)

2. O inquérito civil, procedimento administrativo, de natureza inquisitiva e informativa, destinado à formação da convicção do Ministério Público a respeito de fatos determinados, deve obediência ao princípio constitucional da publicidade.

3. Porém, o princípio da publicidade dos atos administrativos não é absoluto, podendo ser mitigado quando haja fatos ou atos protegidos pelos direitos relacionados à intimidade e à privacidade do investigado, a exemplo do comando inserto no § 2º do art. 8º da Lei n. 7.347/85.

4. No caso dos autos, o acesso ao inquérito civil foi obstado por conta do conteúdo dos dados coletados pelo *parquet*, que são protegidos pelo direito constitucional à intimidade e à privacidade, a exemplo dos dados bancários dos investigados, conseguidos, judicialmente, por meio da quebra de sigilo.

(...)

7. Recurso ordinário não provido. (STJ. RMS 28989/RS. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2009/0042062-4 Relator(a) Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 23/03/2010 Data da Publicação/ Fonte DJe 26/08/2010).



Dito isto, é importante atentar que

- por ser regra excepcional, a *decretação do sigilo* tem que ser *devidamente fundamentada* (artigos 5º, inciso XXXIII¹⁵⁹, da Constituição Federal e 13, da Resolução CPJ nº 001/2010)¹⁶⁰;
- o despacho de decretação de sigilo pode se sustentar, de modo isolado ou não, em alguns argumentos de cautela: *a) risco concreto de interferência* na colheita probatória, como, por exemplo, a destruição ou fraude de documentos, quando pode haver acolpagem à medida cautelar de afastamento do cargo; *b) possibilidade de dilapidação patrimonial* da parte investigada, impedindo ou frustrando o aspecto do ressarcimento e as demais derivações patrimoniais que resultam da responsabilização pertinente (multa civil, perda do acréscimo patrimonial ilícito); *c) garantia de manutenção do caráter sigiloso de informações* existentes, como forma de assegurar a privacidade (dados patrimoniais, fiscais ou bancários de pessoas naturais ou jurídicas de caráter privado);
- definição clara do *alcance do sigilo* decretado, deixando-se expresso na decisão as informações e dados acobertados pelo manto do segredo, as pessoas a quem é vedado o acesso da investigação, o lapso temporal que vai incidir, observando-se, ainda, a discussão que se cinge ao acesso de advogado legalmente constituído.

3.2.4 Desmembramento das investigações: hipóteses

Havendo aporte no Ministério Público de informações relacionadas a várias bases fáticas, em nome da eficiência e da racionalização da investigação, é importante o desmembramento fundamentado.

¹⁵⁹ Art. 5º. (...) XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

¹⁶⁰ Art. 13. Aplica-se ao inquérito civil e ao procedimento preparatório o princípio da publicidade dos atos, com exceção dos casos em que haja sigilo legal ou em que a publicidade possa acarretar prejuízo às investigações, casos em que a decretação do sigilo legal deverá ser motivada.



As premissas para tal procedimento se justificam, observando-se em caso de investigação inicial que esta abarque diversos fatos:

- a formalização de procedimento preparatório para realização inicial de *diligências probatórias únicas* de esclarecimento e definição dos fatos e respectiva autoria, delimitando o âmbito investigativo de cada abordagem narrativa eventualmente apresentada em conjunto para, em momento posterior, realizar a cisão;
- descarte, mediante *promoção de arquivamento* e de forma expressa, nos próprios autos do procedimento preparatório, dos fatos que não ensejam, por qualquer motivo, justa causa à sequência investigativa; e
- a instauração de um *inquérito civil público para cada fato* passível de aprofundamento, ainda que envolvendo uma única pessoa investigada, de modo a ter apuração isolada e melhor colheita probatória.

3.2.5 Provas

A produção probatória no inquérito civil público e procedimento preparatório não tem uma linha sequencial ou cronológica definida. A sensibilidade investigativa para angariar documentos e informações, colher depoimentos, produzir perícias fica sob análise discricionária do Ministério Público, atendendo-se, por óbvio, as balizas da legalidade, da pertinência, eficiência e razoabilidade.

Alguns meios de prova permitidos merecem ênfase.

3.2.5.1 Requisição de documentos e informações

É muito comum a necessidade de acesso pelo Ministério Público a documentos os mais variados em poder da Administração Pública. Os informes documentais inerentes às prestações de contas são os mais pretendidos, muitas vezes de posse do Poder Legislativo e Tribunal de Contas. De outra sorte, é possível a ocorrência de resistências no repasse das peças imprescindíveis à investigação. Por isso, algumas cautelas devem ser observadas, resultando

em providências específicas para a recepção adequada dos dados requisitados.

Dessa maneira, as requisições de documentos devem observar os seguintes parâmetros iniciais:

➤ *realização preferencial* das requisições dentro de instauração formal e justificada de procedimento preparatório ou inquérito civil público (artigos 129, IV, da Constituição Federal¹⁶¹, 26, I, b, da Lei Federal nº 8.625/93 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e 38, I, b, da Lei Complementar nº97/2010 - Lei Orgânica do MP da Paraíba), evitando-se problemas atinentes a questionamentos judiciais a respeito do poder requisitório do MP, apesar de tal instauração prévia não se realizar de forma obrigatória¹⁶²;

¹⁶¹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

¹⁶² MANDADO DE SEGURANÇA. PREFEITO MUNICIPAL. REQUISICÃO DE INFORMAÇÕES PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PESSOAS CONTRATADAS PELA PREFEITURA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535, DO CPC. SÚMULA 284D STF. DIREITO DE CERTIDÃO. DECISÃO NOS LIMITES CONSTITUCIONAIS. INDEPENDÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIRETRIZES TRAÇADAS PELA ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR DO *PARQUET* ESTADUAL. OBRIGATORIEDADE. AUSÊNCIA DE PRÉQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282D STF. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO CIVIL OU PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. ARTIGO 26, I, "B", DA LEI Nº 8.625D 93.

I - Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo ora recorrente, prefeito municipal de Minas Gerais, contra o ato do Ministério Público consubstanciado na requisição de informações sobre as pessoas nomeadas, contratadas e terceirizadas por aquela Prefeitura a partir de 05.10.98.

(...)

V - Não se faz necessária a prévia instauração de inquérito civil ou procedimento administrativo para que o Ministério Público requisiute informações a órgãos públicos - interpretação do artigo 26, I, "b", da Lei nº 8.625D 93.

VI - Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (STJ. *Recurso Especial Nº 873.565 - MG (2006D 0170163-3)*. RELATOR : MINISTRO FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05.06.2007, publicado DJ em 28.06.2007, p. 880).

- *fundamentação* compulsória (artigo 8º, §11, da Resolução CPJ nº 001/2010)¹⁶³;
- *indicação pontual e precisa* das informações e documentos pretendidos, sempre que possível, evitando-se trazer para investigação papéis desnecessários, aspecto que ganha importância, sobretudo na análise isolada de fatos que se encontram em prestação de contas volumosas, afigurando-se razoável a requisição apenas das peças imprescindíveis à investigação;
- *cláusula de exclusividade* da ordem de requisição ao Procurador-Geral de Justiça, quando a autoridade for Governador de Estado, Presidentes de Assembleia Legislativa, do Tribunal de Justiça e Tribunal de Contas e conselheiros do CNMP e CNJ (artigos 38, §1º, da Lei Complementar Estadual nº 97/2010 - Lei Orgânica do Ministério Público da Paraíba e 8º, §§ 6º e 7º, da Resolução CPJ nº 001/2010)¹⁶⁴.

Dentro deste contexto e em vertente prática, mesmo nas situações de *atribuição exclusiva* do Procurador-Geral de Justiça quanto ao uso de requisição, em razão de determinadas autoridades públicas e por pura justificativa normativa de simetria de funções de cúpula na estrutura do Estado, podem ser envidadas as seguintes providências sequenciais:

- emissão de *solicitação direta* a tais autoridades, de maneira justificada e sob o fundamento do princípio da publicidade, agilizando o acesso aos respectivos documentos indispensáveis à investiga-

¹⁶³ § 11. Todos os ofícios requisitórios de informações ao inquérito civil e ao procedimento preparatório deverão ser fundamentados, inclusive com especificação do objeto da investigação e seu número de registro, podendo, ainda, ter o acompanhamento de cópia da portaria que instaurou o procedimento.

¹⁶⁴ § 6º. As requisições ou notificações dirigidas ao Governador do Estado e aos Presidentes da Assembleia Legislativa, do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas Estadual serão solicitadas ao Procurador-Geral de Justiça, observando-se os requisitos do §10.

Resolução CPJ n. 001/2010 7

§ 7º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior em relação aos atos dirigidos aos Conselheiros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público.

ção e sem a carga mandamental oriunda do poder requisitório, o que não impede que seja assinalado um prazo máximo razoável para recepção das informações;

➤ em caso de ausência de qualquer iniciativa de repasse, *provação escrita* ao Procurador-Geral de Justiça para que faça uso de requisição, de modo expresso, aspecto que se realça em face da não disponibilização voluntária dos dados, solicitando a recebimento de cópia da requisição para anexação à investigação.

Outro ponto de análise envolve a *recusa ou retardamento de repasse das informações*, desatendendo à requisição obrigatória¹⁶⁵,

¹⁶⁵ ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REQUISIÇÕES FORMULADAS À CORTE DE CONTAS. FOLHAS DE PAGAMENTO APRESENTADAS PELA SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO. INSUFICIÊNCIA DOS DOCUMENTOS APRESENTADOS PARA VERIFICAR A DIFERENÇA ENTRE OS RELATÓRIOS DE GESTÃO FISCAL DA CORTE DE CONTAS. INTERESSE DE AGIR. SUBSISTÊNCIA. OBRIGATORIEDADE NO ATENDIMENTO DAS REQUISIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS NECESSÁRIAS AO DESEMPENHO DE SUAS ATRIBUIÇÕES.

1. As folhas de pagamento, com a discriminação dos valores relacionados ao Imposto de Renda Retido na Fonte, documentos estes exibidos pela Secretaria de Administração, não se apresentam como registros iguais ao demonstrativo de cálculo da despesa com pessoal que serviria de base à elaboração do Relatório de Gestão Fiscal do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte, no qual, deve vir também consignado, além dos números relacionados às folhas de pagamento, os dispêndios e as deduções efetuadas por rubrica.

2. Do mesmo modo, com relação à requisição objeto do processo n. 8.636/04-TC, a informação constante do Ofício n. 304/2004-GP/TCE, enviado pelo Presidente do TCRN é insuficiente em face da totalidade do pedido ministerial porque não dispõe sobre a habilitação dos servidores ali elencados, o treinamento oferecido e sua lotação dentro de cada área na Corte de Contas.

3. Nesse sentido, evidente está o interesse ministerial de agir relativamente ao cumprimento das requisições por ele formuladas à Corte de Contas estadual, a fim de haver condições de avaliar, fiscalizar, investigar os números lançados pelo Tribunal no seu Relatório de Gestão Fiscal do 1º quadrimestre de 2004.

4. O art. 32 da Lei Complementar estadual n. 121/1994 e do art. 3º, p. ún., da Lei Complementar estadual n. 178/2000 obriga os órgãos da Administração direta ou indireta dos Estados e dos Municípios, bem como as demais entidades, de direito público ou privado, que administrem ou apliquem dinheiros públicos a atenderem as requisições do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas necessárias ao desempenho de suas atribuições e a lhe exibirem, para o mesmo fim, seus livros e registros, tudo a fim de fiscalizar a administração e a boa e regular aplicação dos dinheiros públicos, e, como é o caso dos autos, para avaliar, fiscalizar, investigar os números lançados pelo Tribunal no seu Relatório de Gestão Fiscal do 1º quadrimestre de 2004.

5. Recurso ordinário em mandado de segurança provido. (STJ. RMS 22591 / RN RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

2006/0187901-7 Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 23/11/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 02/12/2010).

desaguando, em razão disso, na possibilidade de adoção das seguintes medidas:

- *responsabilização penal* (artigos 10, da Lei nº 7.347/85¹⁶⁶ ou 319 ou 320, do Código Penal), a depender da caracterização da natureza imprescindível das informações requisitadas;
- *responsabilização por improbidade administrativa* (artigo 11, *caput* e inciso II, da Lei nº 8.429/92);
- ingresso de medida judicial para acesso às informações, examinando-se o cabimento de *ação civil pública cautelar*¹⁶⁷ ou interposição de *mandado de segurança*.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MINISTÉRIO PÚBLICO. REQUISIÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS DO EXECUTIVO MUNICIPAL. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO-PROVIDO.

1. (...)

2. O artigo 31, § 3º, da Constituição não pode ser interpretado de forma a vedar a fiscalização do Ministério Público.

3. O ordenamento constitucional assegura ao *Parquet* plenos poderes para investigar o respeito aos direitos insculpidos na Carta Política.

4. A Administração Pública é regida pelo Princípio da Publicidade, não podendo se furtrar ao controle popular.

5. Ordem denegada.”

2. O Ministério Público detém amplos poderes de investigação podendo, inclusive, requisitar informações de órgãos públicos na forma estabelecida pelos artigos 129, II e VI, da Constituição Federal e artigo 26, I, da Lei 8.625/98. *In casu*, inexistente direito líquido e certo do impetrante a ser amparado na via mandamental.

3. Recurso ordinário não-provido. (STJ. RMS 21419 / BA

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

2006/0028132-0 Relator(a) Ministro JOSÉ DELGADO (1105) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 17/08/2006 Data da Publicação/Fonte DJ 14/09/2006 p. 256).

¹⁶⁶ Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

¹⁶⁷ PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. REQUISIÇÃO DE DOCUMENTOS DA MUNICIPALIDADE. POSSIBILIDADE. PREVISÕES CONSTITUCIONAL E LEGAL. NEGATIVA DE FORNECIMENTO PELO PREFEITO. DESCABIMENTO. OFENSA À GARANTIA DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO DEFENSOR CONSTITUÍDO DA SESSÃO DE JULGAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA.

1. O Ministério Público, nos termos dos arts. 129, VI, da Constituição Federal e 26, I, b, da Lei 8.625/93, detém a prerrogativa de conduzir diligências investigatórias, podendo requisitar diretamente documentos e *informações que julgar necessários ao exercício de suas atribuições de dominus litis*.

3.2.5.2 Acesso a dados sigilosos: tipos

Por se cuidar, muitas vezes, de etapa imprescindível ao deslinde de determinada questão sob investigação, a ruptura de dados sigilosos merece uma atenção especial. O uso adequado do acesso aos bancos de dados que se revestem da *cláusula do sigilo* é fundamental para um êxito investigativo na tutela do patrimônio público. Sem uma mínima padronização orientativa para se romper o segredo imposto por lei, mitigando-o para manejo de informações fundamentais a uma determinada investida probatória, assume-se o sério risco de perda de eficácia e comprometimento no combate às diversas formas de comportamentos que tendem a causar mácula à probidade administrativa.

Dentro do contexto atual, mesmo admitindo-se o entendimento específico de acesso direto e, portanto, sem autorização judicial

2. *O prefeito, na condição de autoridade pública, tem o dever de fornecer os documentos públicos, pertencentes à municipalidade, requisitados com estrita observância constitucional e legal pelo órgão do Ministério Público local, não havendo falar em ofensa à garantia da não autoincriminação.*

3. *Na medida em que o paciente não forneceu os documentos requisitados, tem o Ministério Público interesse para ajuizar ação cautelar de exibição de documentos públicos, considerados indispensáveis à formação da opinio delicti e à propositura de eventual ação penal.*

4. *Ocorre nulidade, por cerceamento de defesa, se o advogado constituído não foi intimado da sessão de julgamento da ação cautelar de exibição de documento, nem da publicação do respectivo acórdão. Precedentes.*

5. *Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida para anular o julgamento da Ação Exibitória 27.801-5/2005, determinando que outro seja realizado, como se entender de direito, com a regular intimação do advogado de defesa. (STJ. HC 53818 / BA, Habeas corpus 2006/0023952-0 Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 06/12/2007 Data da Publicação/Fonte DJ 07/02/2008. p. 1).*

pelo Ministério Público, quanto a determinados dados bancários¹⁶⁸, é preciso aquilatar o melhor momento para escolha de caminho que torne mais rápido o acesso, com o menor questionamento possível.

De forma mais comum, temos a possibilidade de acesso aos seguintes tipos de informações protegidas pelo sigilo:

¹⁶⁸ PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MINISTÉRIO PÚBLICO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. NATUREZA DA DECISÃO DENEGATÓRIA. MEIO DE IMPUGNAÇÃO CABÍVEL.

1. Caso concreto em que o *Parquet* solicita administrativamente a quebra de sigilo bancário no âmbito de procedimento investigatório ministerial. Após negativa do juízo de 1º grau, o Ministério Público impetrou Mandado de Segurança, do qual o Tribunal de origem não conheceu, sob o fundamento de que o meio de impugnação cabível é o Agravo de Instrumento.

2. Nem toda decisão proferida por magistrado possui natureza jurisdicional, a exemplo da decisão que decreta intervenção em casa prisional ou afastamento de titular de serventia para fins de instrução disciplinar.

3. O Conselho Nacional de Justiça regulamentou os procedimentos administrativos de quebra de sigilo das comunicações (Resoluções 59/2008 e 84/2009).

4. Necessário adotar a técnica hermenêutica do distinguishing para concluir pela inaplicabilidade da Súmula 267 do STF (“Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”), pois todos os seus precedentes de inspiração referem-se à inviabilidade do writ contra ato jurisdicional típico e passível de modificação mediante recurso ordinário, o que não se amolda à espécie.

5. A exemplo do entendimento consagrado no STJ, no sentido de que nas Execuções Fiscais a Fazenda Pública pode requerer a quebra do sigilo fiscal e bancário sem intermediação judicial, tal possibilidade deve ser estendida ao Ministério Público, que possui atribuição constitucional de requisitar informações para fins de procedimento administrativo de investigação, além do fato de que ambas as instituições visam ao bem comum e ao interesse público. Precedentes do STJ e do STF.

6. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança provido, tão somente para determinar que o Tribunal a quo enfrente o mérito do *mandamus*. (STJ. RMS 31362 / GO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2010/0011022-4 Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN (1132) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 17/08/2010 Data da Publicação/Fonte Dje 16/09/2010).

- *bancário*¹⁶⁹;
- *fiscal*;
- *patrimonial*;
- *telefônico*.

No que se refere à ruptura dos *dados bancários e fiscais*, mediante autorização judicial, algumas regras de orientação que podem ser assim esquadrihadas:

¹⁶⁹ CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. APURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. POSSIBILIDADE. DENÚNCIA ANÔNIMA. INVESTIGAÇÃO SOBRE SUA VERACIDADE. POSSIBILIDADE.

1. No que tange à apontada negativa de vigência aos arts. arts. 5º, X e XII, e 93, IX, da Constituição da República, bem como ao art. 458, inc. II, do Código de Processo Civil, nota-se que o ato impugnado trouxe as razões de sua conclusão sobre a possibilidade do quebra de sigilo bancário do recorrente.

2. O art. 1º, § 3º, inc. IV, da Lei Complementar n. 105/01 descaracteriza a violação ao dever de sigilo “a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa”.

3. A seu turno, o art. 8º, § 2º, da Lei Complementar n. 75/93, em leitura conjugada com o art. 80 da Lei n. 8.625/93, é claro ao dispor que “nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido”.

4. Por sua vez, o § 4º do mesmo dispositivo permite a quebra de sigilo quando necessária para a apuração de ocorrência de qualquer ilícito, especialmente nos crimes contra a Administração Pública, como é o caso dos autos, em que há suspeita de prática de corrupção. De fato, não poderia a privacidade constituir direito absoluto a ponto de sobrepor-se à moralidade pública.

5. Nesse sentido, a proporcionalidade da medida excepcional justifica-se sobretudo diante (i) da evolução patrimonial do recorrente, incompatível com sua renda como agente fiscal da Receita Estadual, (ii) da necessidade de examinar se efetivamente houve enriquecimento ilícito (elemento da improbidade administrativa do art. 9º da Lei n. 8.429/1992) e se existem outros agentes envolvidos e (iii) da impossibilidade de se comprovar essa evolução senão por meio das declarações de patrimônio e renda prestadas à Receita Federal para fins de fiscalização do Imposto de Renda e da movimentação da CPMF que indicará a consistência ou a inconsistência das informações prestadas ao Fisco.

6. E mais: o objeto encontra-se devidamente especificado, consoante se observa do trecho da petição em que se complementou o pedido de quebra.

7. Impõe-se destacar também que a “denúncia” anônima, quando fundada - vale dizer, desde que forneça, por qualquer meio legalmente permitido, informações sobre o fato e seu provável autor, bem como a qualificação mínima que permita sua identificação e localização -, não impede a respectiva investigação sobre a sua veracidade, porquanto o anonimato não pode servir de escudo para eventuais práticas ilícitas e ponto de transformar o Estado em verdadeiro paraíso fiscal.

- alcance prioritário do *número do CPF ou CNPJ* da parte investigada, para agilizar o acesso aos dados sigilosos, o que se realça pela possibilidade de consecução desses dados pessoais através de oitivas ou da própria qualificação a ser efetivada;
- alargamento fundamentado do acesso para *cônjuge ou companheiro* ou, ainda, filhos maiores de 18(dezoito) anos, porquanto muitas transações podem ocorrer através da pessoa próxima;
- recepção dos *dados sigilosos por meio magnético* devidamente consolidados, de acordo com os aspectos pontuais da investigação e dentro das orientações do Conselho Nacional de Justiça - Instrução Normativa nº 03/2010 da Corregedoria Nacional de Justiça;
- fixação do *período de tempo* em que se pretende o acesso, observando-se a oportunidade de elastecimento das datas inicial e final, com intuito de verificar e permitir um quadro comparativo das movimentações financeiras realizadas, o que poderá trazer algum traço de atipicidade.

Para consecução rápida das informações, a adoção de *medidas de agilização* também são importantes, sugerindo-se as seguintes rotinas alternativas¹⁷⁰ :

- acesso aos dados fiscais e bancários, realizando-se *inversão da ordem de acesso* dos dados sob sigredo legal, postulando-se primeiro o pedido de acesso aos dados fiscais, onde estarão indicadas

8. Aliás, o art. 2º, § 3º, da Resolução n. 23/07, do Conselho Nacional do Ministério Público, é expresso ao prever a necessidade de tomada de providências, ainda que o conhecimento pelo *Parquet* de fatos constituidores, em tese, de lesão aos interesses e direitos cuja proteção está a seu cargo se dê por manifestação anônima. Precedentes.

9. Recurso ordinário não provido. (STJ. RMS 32065 / Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2010/00811770. Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 17/02/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 10/03/2011).

¹⁷⁰ Orientações trazidas de modo semelhante nos manuais do MP de Minas Gerais e São Paulo.

as instituições bancárias específicas de movimentação da parte investigada, o que permitirá, em segundo momento, o direcionamento adequado e rápido da quebra de sigilo bancário, bastando realizar a postulação com enfoque apenas sobre as instituições bancárias relacionadas na documentação fiscal;

➤ em virtude de eventual sonegação de informações fiscais pelo contribuinte, pretensão direta de *acesso único aos dados bancários*, postulando-se, primeiro, o recebimento de relação das instituições financeiras com as quais mantem o investigado algum vínculo, o que é alcançado através de acesso eletrônico a banco de dados mantido pelo Banco Central - CCS (Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional), conforme determinação do artigo 10-A, da Lei Federal nº 9.613/98¹⁷¹ e, a partir daí, em segundo passo, postular o acesso aos dados bancários da parte investigada apenas e tão somente junto às instituições financeiras identificadas no CCS, desta feita mediante consulta eletrônica ao BACEN JUD; e/ou

➤ de modo mais amplo, *acesso ao dossiê integrado*¹⁷² de pessoas físicas ou jurídicas, consolidando-se diversas informações ar-

¹⁷¹Art. 10A. O Banco Central manterá registro centralizado formando o cadastro geral de correntistas e clientes de instituições financeiras, bem como de seus procuradores.

¹⁷² De acordo com o Manual do MPDFT, são os seguintes os dados consolidados no dossiê integrado: 1. *Extrato DW*: sistema extrator de dados agregados de contribuintes; 2. *Cadastro de Pessoa Física*: dados cadastrais oriundos da base CPF; 3. *Dados do Sistema Ação Fiscal*: permite o acompanhamento das ações fiscais da Secretaria da Receita Federal, gerando informações e documentos; 4. *Cadastro Informativo de Créditos Não-Quitados do Setor Público Federal (Cadin)*: permite obter informações da situação fiscal de contribuintes, pessoas jurídicas e físicas, devedores e/ou omissos com suas obrigações principais ou acessórias junto à SRF, declarados inaptos ou envolvidos em crimes contra a ordem tributária. Possibilita consultas relativas às transações comerciais ou financeiras realizadas pelos contribuintes com o setor público e à obtenção de benefícios fiscais, a partir do registro dessas informações do Cadin/FN - Sisbacen; 5. *CC5 Entradas*: transferências do exterior por meio de contas CC5 (ingresso de numerário no País); 6. *CC5 Saídas*: transferências para o exterior por meio de contas CC5 (saída de numerário do País); 7. *CNPJ*: dados oriundos da base Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica relativos aos responsáveis pela empresa; 8. *Coleta*: pertinente a dados coletados externamente para o Siga (arquivos eletrônicos coletados externamente para municiar os sistemas de seleção e preparo do procedimento fiscal); 9. *Conta Corrente PF*: dados do sistema Conta Corrente de Pessoa Física, que informa se os débitos declarados pelo contribuinte se encontram em aberto ou pagos. 10. *Compras DIPJ Terceiros*: dados da Declaração de Informações de

mazenadas pela Receita Federal e sob diversos ângulos, dando uma visão ampla da situação econômica da parte investigada, não se restringindo, portanto, às declarações de imposto de renda, preenchidas pelo próprio pessoa investigada/contribuinte.

Mais alguns pontos esclarecedores, envolvendo a natureza, o acesso e o alcance da ruptura dos sigilos bancário e fiscal, devem ser enfatizadas:

Pessoa Jurídica, ficha IPI e maiores clientes. 11. *DAI*: Declaração Anual de Isentos. 12. *DCPMF*: dados da Declaração de Contribuição Provisória de Movimentação Financeira, obtida das instituições financeiras. 13. *DERC*: Declaração de Rendimentos pagos a consultores por organismos internacionais. 14. *DIMOB*: Declaração de Informações sobre Atividades mobiliárias. 15. *DIRF*: dados da Declaração do Imposto de Renda Retido na Fonte, sob o enfoque da fonte pagadora que reteve o IR do contribuinte. 16. *DIRPF*: dados integrais da Declaração do Imposto de Renda de Pessoa Física. 17. *DOI*: dados da Declaração sobre Operações Imobiliárias, sob o enfoque do alienante e do adquirente (sistema de consulta às informações apresentadas pelos serventuários da Justiça, responsáveis por Cartórios de Ofício de Notas, Registro de Imóveis, e de Títulos e Documentos em Declarações sobre Operações Imobiliárias). 18. *ITR*: dados da Declaração do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural. 19. *Rendimentos DIPJ*: dados da Declaração do Imposto da Pessoa Jurídica em relação a rendimentos recebidos por titulares, sócios, dirigentes e acionistas. 20. *Rendimentos Recebidos de Pessoa Física*: dados da Declaração de Imposto de Renda de Pessoa Física, relativos a pagamentos e doações efetuados sob o enfoque do beneficiário. 21. *Siafi*: dados relativos a pagamentos do governo, sob o enfoque do beneficiário. 22. *Sinal*: dados relativos a pagamentos de Documentos de Arrecadação Fiscal (Darf). 23. *Sipade*: informações sobre parcelamentos de débitos. 24. *Vendas DIPJ Terceiros*: dados da Declaração do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica, ficha IPI, maiores fornecedores, entre outras informações. 25. *Pormenorização do sistema de Coleta*: alimentado pelas Delegacias da Receita Federal de forma autônoma: 25.1. *Aeronaves*: compra e venda de aeronaves, fabricantes e concessão. 25.2. *Aeronaves DAC*: dados de proprietários de aeronaves captados junto ao Departamento de Aviação Civil do Ministério da Aeronáutica. 25.3. *Alvará de Construção*: dados relativos à emissão de alvarás de construção pelas prefeituras. 25.4. *Automóveis*: compra e venda de automóveis e concessionárias. 23. Sigilos fiscal e bancário 25.5. *Caminhões*: compra e venda de caminhões e concessionárias. 25.6. *Consórcio de Imóveis*: compras de imóveis por meio de consórcios. 25.7. *Detran*: dados relativos a transferências de veículos. 25.8. *Empresas Públicas*: dados relativos a coletas nas empresas públicas. 25.9. *ICMS entradas*: dados de GIA (Guia de Informação Anual) e GIM (Guia de Informação Mensal), de competência da Fazenda Estadual. 25.10. *ICMS saídas*: dados de GIA e GIM; 25.11. *Imóveis novos*: compra e venda de imóveis novos de construtoras. 25.12. *IPTU*: dados relativos a pagamentos de IPTU obtidos das prefeituras. 25.13. *IPVA*: dados relativos a pagamentos de IPVA obtidos da Fazenda Estadual. 25.14. *ITBI*: dados relativos a pagamentos de ITBI obtidos da Fazenda Municipal. 25.15. *Máquinas agrícolas e tratores*: informações sobre compra e venda obtida das concessionárias. 25.16. *NF Produtor Rural*: dados relativos a notas fiscais de compras de produtor rural Pessoa Física, obtidos da Fazenda Estadual. 25.17. *Outros dispêndios e outros recursos*.



- no curso da investigação em inquérito civil público, o pedido ou requerimento de quebra de sigilo bancário e/ou fiscal tem pura e simplesmente *natureza de medida administrativa* (artigo 3º, §2º, da Lei Complementar nº 105/2001)¹⁷³, sem qualquer contraditório;
- não se caracteriza, assim, como ação ou medida de caráter cautelar de produção antecipada de provas ou de exibição de documentos, o que afasta a vinculação ao regramento do artigo 806, do CPC¹⁷⁴, que fixa prazo para ingresso da ação principal;
- *não há necessidade* de quebra de sigilo quando os dados são provenientes de recursos e contas públicas, devendo o Ministério Público utilizar, tão somente, o poder de requisição de informações, de modo direto¹⁷⁵;
- é possível o *compartilhamento de provas*, aportando no corpo da investigação cível dados sigilosos já alcançados em investigação de natureza distinta, devendo-se observar o pedido de autoriza-

¹⁷³ Art. 3º Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide.

§ 1º Dependem de prévia autorização do Poder Judiciário a prestação de informações e o fornecimento de documentos sigilosos solicitados por comissão de inquérito administrativo destinada a apurar responsabilidade de servidor público por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, o requerimento de quebra de sigilo independe da existência de processo judicial em curso.

¹⁷⁴ Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.

¹⁷⁵ “O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica, e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, VI e VIII, da CF, e art. 8º, II e IV, e § 2º, da LC 75/1993. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, *ut* art. 37 da Constituição.” (MS 21.729, Rel. p/ o ac. Min. Néri da Silveira, julgamento em 5-10-1995, Plenário, DJ de 19-10-2001).





ção judicial para tal medida, no bojo da ação onde tais documentos e informações se encontram de modo originário.

No que se refere ao *sigilo patrimonial*, é preciso apontar que tais informações, não obstante guardem o revestimento do segredo, também podem ser alcançadas, por decorrência lógica e óbvia, mediante autorização judicial, a partir do acesso aos dados fiscais ou, de outro lado, de forma direta pelo Ministério Público. Neste último caso, as seguintes ponderações podem ser alinhadas:

➤ tal iniciativa recairá sobre os agentes públicos, a partir da requisição da declaração de bens junto ao órgão ou instituição público ao qual estão eles vinculados (artigo 13, da Lei nº 8.429/92¹⁷⁶ e artigos 1º e 7º, da Lei nº 8.730/93);

➤ por força do artigo 198, §1º, inciso II, do Código Tributário Nacional¹⁷⁷, cujo teor permite o acesso por autoridade administrativa, mediante demonstração regular de instauração de procedimento administrativo (inquérito civil público, por decorrência), para apu-

¹⁷⁶ Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente.

§ 1º A declaração compreenderá imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizados no País ou no exterior, e, quando for o caso, abrangerá os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico.

§ 2º A declaração de bens será anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função.

¹⁷⁷ Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. § 1º Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I - requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II - solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.



ração de infração administrativa, o que inclui, de forma ampla, as condutas da Lei nº 8.429/92¹⁷⁸.

Em última análise, a respeito do *sigilo telefônico*, podem ser levantados os pontos a seguir:

- acesso direto aos dados cadastrais telefônicos de usuários de linhas telefônicas, cujas informações se encaixam perfeitamente no âmbito da investigação civil, remediada eventual recusa pelo mandado de segurança¹⁷⁹;
- acesso, mediante autorização judicial, aos registros das conversações telefônicas (número de chamadas, dia e hora das ligações, terminais chamados, ligações recebidas, etc.), também no bojo da investigação civil;
- acesso às conversas oriundas de interceptação telefônica, apenas através de compartilhamento de provas (prova emprestada).

3.2.5.3 *Interceptação telefônica e prova emprestada*

Indiscutível o manejo exclusivo da interceptação telefônica para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (artigo 5º, XII, da Constituição Federal)¹⁸⁰. No entanto, rompida a cláusula do sigilo dentro da restrição finalística da norma constitucional, nenhum empecilho existe para o respectivo compartilhamento.

¹⁷⁸ Entendimento de GARCIA, Emerson ; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 563.

¹⁷⁹ De modo exemplificativo, em citação feita por GARCIA, Emerson, op. cit., p. 569/570: STJ. *Medida Cautelar nº 13.721/RS*, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 11.01.2008; TRF - 4ª Região, 7ª Turma, Apelação em MS, Processo 2004.71.00.022811-2/RS, julgado em 07.06.2005.

¹⁸⁰ Art. 5º (...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Assim, o uso da prova derivada de interceptação telefônica é plenamente admissível no campo da responsabilização por improbidade administrativa¹⁸¹, como prova emprestada, mediante autorização do juízo originário.

¹⁸¹ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STF. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA. LICITUDE. ÓRGÃO JULGADOR COM FORMAÇÃO MAJORITÁRIA DE JUÍZES CONVOCADOS. NULIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ENQUADRAMENTO, NA INICIAL, DAS CONDUTAS NOS ARTS. 9º, 10 E 11 DA LEI N. 8.429/92 (LIA). PREJUÍZO AO ERÁRIO. DESNECESSIDADE EM RELAÇÃO AO ART. 11 DA LIA.. INDISPONIBILIDADE DE BENS E SEQUESTRO. DEFERIMENTO NOS AUTOS DA AÇÃO PRINCIPAL, A TÍTULO LIMINAR. POSSIBILIDADE.

1. O Superior Tribunal de Justiça não tem a missão constitucional de interpretar dispositivos da Lei Maior, cabendo tal dever ao Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual não se pode conhecer da dita ofensa aos diversos artigos da Constituição da República vigente arrolados no especial.

2. Improcede a alegada ofensa ao art. 535 do CPC, tendo em vista que a origem analisou a questão da alteração subjetiva e objetiva da lide - embora contra as pretensões do ora recorrente -, afastando, desta forma, a ausência de prestação jurisdicional. Trechos do acórdão recorrido.

3. Esta Corte Superior possui entendimento pacificado no sentido de que é possível o uso emprestado em ação de improbidade administrativa do resultado de interceptação telefônica em ação penal. Precedentes do STJ e do STF.

4. A decisão deferindo a interceptação deve constar necessariamente dos autos da ação penal, e não da ação na qual o resultado da medida probatória figurará como prova emprestada, daí porque inexistente a nulidade por ausência do referido provimento judicial nestes autos.

5. O STF, apreciando o HC 96.821/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 8.4.2010 (noticiado no Inf. n. 581/STF), manifestou-se pela inocorrência de violação ao princípio do juiz natural e das regras dele derivadas em razão de julgamento conduzido majoritariamente por juízes convocados, optando pela conformação desta situação à realidade fática dos Tribunais ao princípio da duração razoável do processo.

6. Inexiste a ofensa aos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92 e 165 e 458 do CPC, pois o réu se defende dos fatos, e não de sua capitulação jurídica. Precedente.

7. Além disto, o STJ tem firme posicionamento no sentido de que, existindo indícios de cometimento de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa, a petição inicial deve ser recebida, ainda que fundamentadamente, pois, na fase inicial prevista no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei n. 8.429/92, vale o princípio do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público. Precedente.

8. É pacífico nesta Corte Superior entendimento segundo o qual, para o enquadramento de condutas no art. 11 da Lei n. 8.429/92 (tipo em tese cabível à presente hipótese concreta), é despicinda a caracterização do dano ao erário e do enriquecimento ilícito. Precedentes.

9. Ante sua natureza acautelatória, a medida de indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa pode ser deferida nos autos da ação principal sem audiência da parte adversa e, portanto, antes da notificação a que se refere o art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/92. Precedentes.

10. Recurso especial não provido. (STJ. *Resp* 1163499/MT

RECURSO ESPECIAL 2009/0212864-5. Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 21/09/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 08/10/2010).

3.2.5.4 Perícias

Prova pericial é, sem dúvida, aquela que demanda um *conhecimento técnico ou científico específico*. Não se confunde com análise jurídica a ser feita pelos membros do Ministério Público, na condução de uma investigação na área de patrimônio público. Esse ponto é crucial, pois não se pode confundir a necessidade de análise pericial, do ponto de vista técnico-científico, da clara obrigatoriedade de exame das questões jurídicas, a cargo da presidência do inquérito civil público.

Surge, por tal raciocínio, a necessidade de observar o seguinte:

➤ promoção de *impulso obrigatório* do inquérito civil público ou do procedimento preparatório, quando as questões enfrentadas digam respeito à *interpretação jurídica* como pano de fundo, ainda que o contexto probatório tenha que ser enfrentado à luz de questões que envolvem *licitações, contratos, finanças públicas* e a *questões orçamentárias*;

➤ identificação do *momento de produção da perícia* e de sua imprescindibilidade na fase investigatória para o surgimento da medida jurisdicional ou se, por outro lado, é mais adequada a postergação para a fase judicial, no curso da instrução respectiva, máxime pela natureza inquisitiva do inquérito civil público e sua dispensabilidade de sujeição ao contraditório;

➤ *elaboração obrigatória de quesitos objetivos e específicos*, evitando-se postulações de caráter genérico que obstaculem as respostas necessárias à elucidação fática.

Para encaminhamento de solicitações de perícia, o Centro de Apoio disponibiliza *formulário de preenchimento virtual*, na página virtual do Ministério Público da Paraíba - *link* do Centro de Apoio do Patrimônio Público, permitindo a realização de esforços para consecução da prova, por intermédio de equipe técnica do Ministério Público ou parcerias com outros órgãos e instituições.

3.2.6 Promoção de arquivamento

Sem enfrentar questões outras de caráter geral quanto à promoção de arquivamento, com disciplina própria (artigo 15, da Resolução CPJ nº 001/2010), é importante apenas timbrar algumas rotinas de garantia, demonstrando sempre obediência ao sentido constitucional de *fundamentação expressa* das manifestações provenientes do Ministério Público.

Por este norte, frisa-se o seguinte:

- pelo impacto referente às investigações da área de patrimônio público, há *impedimento de arquivamento implícito*, devendo sempre se exaltar o registro expresso dos motivos que levam ao estancamento de providências;
- havendo pluralidade de fatos ou mais de um fato a ser apurado, constatando-se, ainda, que alguns deles não ensejam viabilidade para o curso da investigação ou adoção de medidas outras de caráter extrajudicial ou judicial, realizar a cisão ou desmembramento, exarando-se promoção de arquivamento com anexação de cópias e dando-se seguimento apenas aos fatos efetivamente passíveis de providências.

3.2.7 Área penal: reflexos da investigação civil

No desenrolar da investigação cível ou, até mesmo, no contato inicial com as peças de informação aportadas em determinado órgão de execução com atribuições na área de patrimônio público, pode haver vislumbre de condutas típicas. Neste caso, algumas cuidados adicionais devem ser adotados, sobretudo porque o campo penal tem alguns matizes diferenciados, tudo para fins de encaminhamento respectivo (artigo 2º, §2º, da Resolução CPJ nº 001/2010)¹⁸².

Sob este prisma, algumas iniciativas de encaminhamento devem ser observadas:

➤ havendo investigações simultâneas em órgãos de execução distintos, com vertentes cível e criminal, afigura-se fundamental traçar um *plano de atuação integrada*, permitindo verificar diversos contextos, inclusive o momento adequado de repasse de informações e a produção probatória, minimizando os riscos de entendimentos conflitantes e reprodução duplicada e, até mesmo, contraditória, de elementos de informação;

➤ existência de agente público com prerrogativa de foro, sobretudo aquela envolvendo Prefeitos Municipais, deve-se elaborar contato com a Comissão de Combate aos Crimes de Responsabilidade e à Improbidade Administrativa (artigo 67 e seguintes, da Lei Complementar Estadual nº 97/2010 - Lei Orgânica do Ministério Público da Paraíba), com intuito de verificar a formatação do plano de atuação integrada e o melhor momento para compartilhar e encaminhar a documentação e demais produção probatória;

¹⁸²Art. 2º. (...)

§ 2º. Se, do exame dos fatos noticiados nas peças de informações ou outros documentos relacionados no parágrafo anterior, for verificada a atribuição de outro órgão de execução, inclusive de outro Estado ou do Ministério Público da União, até mesmo para análise do aspecto penal, haverá o imediato encaminhamento, por ofício, ao órgão de execução com a atribuição específica para tal.

➤ não se cuidando de agente público submetido à prerrogativa de foro, a cargo de um único órgão de execução a responsabilização penal e por improbidade administrativa, a prova produzida no âmbito civil servirá também, por meio de cópias, para alicerçar a propositura da ação penal;

➤ é provável que, em algum momento, mesmo a investigação plena sujeita a um único órgão de execução, haja necessidade de cisão da investigação cível e criminal, quando da busca de alguns dados probatórios somente alcançados por permissivo normativo na esfera penal, a exemplo da interceptação telefônica, devendo-se optar pelas seguintes medidas, dentro de um juízo discricionário voltado para uma maior efetividade: *a) instauração separada de procedimento administrativo criminal; b) requisição de inquérito policial*, definindo-se, de modo detalhado, a necessidade de alguma perícia ou diligência a ser encetada.



CAPÍTULO 4:

4 O PROCESSO

4.1 JUDICIALIZAÇÃO: AÇÕES MAIS FREQUENTES

É preciso destacar as ferramentas judiciais mais usuais que trazem embutidas pretensões usadas *de forma separada ou conjunta*, a depender da situação concreta:

- ação civil pública - Lei nº 7.347/85; e
- ação civil pública por improbidade administrativa - Lei nº 8.429/92.

É possível, portanto, a juízo discricionário, a adoção da estratégia da cumulatividade de pretensões - envolvendo aspectos ligados, de um lado, à imposição de obrigação de fazer ou não fazer ou, ainda, a anulação de algum ato ou contrato administrativo e, de outra banda, o reconhecimento da improbidade administrativa, com consequente imposição das sanções da Lei nº 8.429/92. O importante é dimensionar, com exatidão, a efetividade processual, evitando riscos de ocorrência de prescrição ou desvinculação fático-probatória com a interposição isolada de ações.

A *ação civil pública* permite o ataque judicial a diversos contextos. Desde a imposição de obrigações de fazer e não fazer, de modo isolado ou cumulativo, até a condenação em dinheiro (artigo 3º, da Lei nº. 7.347/85)¹⁸³. É muito eficaz nas situações de *ressarcimento de danos* e de reconhecimento de nulidade de atos e contratos administrativos. Traz manuseio de pretensão isolada em, pelo menos, quatro contextos mais comuns:

¹⁸³Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

- detecção singela de dano ao patrimônio público, sem a identificação de ato de improbidade administrativa;
- configuração de dano ao patrimônio e de ato de improbidade administrativa, mas impossibilitada a interposição da ação com apoio na Lei nº 8.429/92, em razão de prescrição (artigo 23)¹⁸⁴, observada a imprescritibilidade do ressarcimento (artigo 37, §5º, da Constituição Federal)¹⁸⁵;
- identificação de nulidade de ato ou contrato administrativo ainda em atividade, com apuração de prática de improbidade administrativa inviabilizada ou ainda a necessitar de aprofundamento investigativo;
- por razões de pura estratégia processual, deixando de adotar a cumulação de pedidos da ação civil pública com a improbidade administrativa.

No âmbito da previsão constitucional da imprescritibilidade do ressarcimento dos danos, é sempre bom registrar que a prescrição reconhecida com amparo no artigo 23, da Lei nº 8.429/92, no curso da ação, não fulmina o prosseguimento do feito. Haverá continuidade para garantir a reparação que, por ressalva constitucional, está

¹⁸⁴Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

¹⁸⁵§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

blindada do fenômeno prescricional¹⁸⁶. Afetadas ficam apenas as sanções personalíssimas da Lei nº 8.429/92.

A ação civil pública por improbidade administrativa ou simplesmente *ação por improbidade administrativa*¹⁸⁷ é instrumento de cunho processual voltado para a responsabilização de agentes e ex-agentes públicos, bem como de terceiros envolvidos, nos termos da Lei nº. 8.429/92.

Diversos pontos processuais na ação por improbidade administrativa merecem realce e são tratados a seguir, sem descurar de alguns aspectos gerais da própria ação civil pública.

4.2 ASPECTOS PROCESSUAIS IMPORTANTES

4.2.1 Propositura da ação e requisitos da petição inicial

De modo geral, não é demais apontar a necessidade de objetivação na formulação das petições iniciais. Isto sem descurar dos requisitos processuais inerentes ao artigo 282, do Código de Processo Civil. A tutela do patrimônio público ganha em eficácia, quando se

¹⁸⁶DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PEDIDO DE RESSARCIMENTO. POSSIBILIDADE. AÇÃO IMPRESCRITÍVEL. PRECEDENTES.

1. É entendimento desta Corte a ação civil pública, regulada pela Lei 7.347/85, pode ser cumulada com pedido de reparação de danos por improbidade administrativa, com fulcro na Lei 8.429/92, bem como que não corre a prescrição quando o objeto da demanda é o ressarcimento do dano ao erário público. Precedentes: REsp 199.478/MG, Min. Gomes de Barros, Primeira Turma, DJ 08/05/2000; REsp 1185461/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 17/06/2010; EDcl no Resp 716.991/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 23/06/2010; Resp 991.102/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 24/09/2009; e REsp 1.069.779/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/11/2009.

2. Agravo regimental não provido. (STJ. *AgRg no REsp 1138564 / MG AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0085919-3* Relator(a) Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 16/12/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 02/02/2011).

¹⁸⁷ Não há necessidade de se adentrar na polêmica doutrinária de nomenclaturas de ações, sobretudo pela finalidade do manual, que é de trazer questões voltadas para utilidade prática.



monta uma tática de abordagem processual adequada. Às barras do Judiciário leva-se aquilo que realmente é imprescindível para a emissão de um provimento jurisdicional favorável.

No que realmente interessa, cabe referenciar situações relevantes quanto à elaboração da petição inicial:

➤ *desnecessidade de abordagem* de questões processuais já pacificadas, a exemplo da legitimidade do Ministério Público para defesa do patrimônio público, deixando tal questão para eventual fase de impugnação, caso haja contestação alusiva a esta preliminar de mérito;

➤ *inclusão no polo passivo* da ação de todos aqueles que são afetados em sua esfera jurídica pelo provimento jurisdicional, justificando, de forma motivada, a necessidade de chamamento ao feito, observando-se as situações de litisconsórcio passivo necessário (artigo 47, do Código de Processo Civil) e de envolvimento de terceiros na improbidade administrativa (artigo 3º, da Lei nº 8.429/92);

➤ *fundamentação jurídica* que evite narrativa genérica e aponte, de modo individualizado, as *normas jurídicas* afetadas, as *ilegalidades/inconstitucionalidades e as condutas desenvolvidas* por cada uma das pessoas inseridas no polo passivo, de modo objetivo, através de adequado nexos de causalidade e a subsunção aos tipos previstos na Lei nº 8.429/92, quando for o caso ¹⁸⁸ ;

¹⁸⁸ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. INÉPCIA DA INICIAL NÃO CONFIGURADA. LEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO-CABIMENTO.

1. A empresa recorrente busca, com base no art. 17, § 8º, da Lei 8.429/1992, a suspensão do prosseguimento de ação ordinária, na qual se apuram irregularidades na celebração e na execução do contrato para construção de unidades habitacionais.

(...)

5. Não se configura inépcia da inicial se a petição contiver a narrativa dos fatos configuradores, em tese, da improbidade administrativa e, para o que importa nesta demanda, do prejuízo aos cofres públicos.

6. Sob pena de esvaziar a utilidade da instrução e impossibilitar a apuração judicial dos ilícitos nas ações de improbidade administrativa, a petição inicial não precisa descer a minúcias do comportamento de cada um dos réus, individualmente, bastando a descrição genérica dos fatos e imputações.





➤ *pedidos expressos* na parte final da petição e que digam respeito:

a) concessão dos *pedidos liminares* eventualmente deduzidos, identificando, em razão da urgência, a dispensabilidade de oitiva do Poder Público, não se aplicando a hipótese do artigo 2º, da Lei nº 8.437/92¹⁸⁹, e sim o poder geral de cautela;

b) *notificação preliminar* da parte demandada na ação por improbidade administrativa (artigo 17, §7º, da Lei nº 8.429/92);

c) *citação* obrigatória do polo passivo, observando-se as circunstâncias de litisconsórcio necessário;

d) *citação da pessoa jurídica interessada*, nas ação por improbidade administrativa, para intervir no feito, seja pelo interesse decorrente da conduta de agente público a ela vinculado (artigos 17, §3º da Lei nº 8.429/92 e 6º, §3º da Lei nº 4.717/65 - Ação Popular), seja pelo pedido eventualmente existente de nulidade de ato ou contrato administrativo;

e) *especificação clara das provas* a serem produzidas, sejam elas de matiz testemunhal, pericial ou documental, evitando-se a mera referência a qualquer prova em direito admissível, anexando-se, demais disso, apenas a *prova documental* necessária à apreciação do pedido, suprimindo-se a juntada integral de papéis desnecessários que, muitas vezes, aportam na investigação, o que facilita,

7. Na hipótese dos autos, a descrição genérica dos fatos e imputações é suficiente para bem delimitar o perímetro da demanda e propiciar o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

8. Impertinente a objeção de inadequação da via eleita, sob o argumento de que a licitação ocorreu e o contrato foi celebrado antes da vigência da Lei 8.429/1992, quando, na verdade, se noticiam irregularidades na celebração do contrato (antes da Lei da Improbidade) e também na execução do contrato (na vigência da Lei da Improbidade).

(...)

14. Recurso Especial não provido. (STJ. REsp 1069779/SP

RECURSO ESPECIAL 2008/0137963-1, Relator(a)Ministro HERMAN BENJAMIN (1132), Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento18/09/2008, Data da Publicação/FonteDJe 13/11/2009 RIP vol. 58 p. 305).

¹⁸⁹ Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.



sobretudo para exame de medidas cautelares, uma apreciação judicial rápida¹⁹⁰;

f) reconhecimento de *inconstitucionalidade incidental*, quando for antecedente obrigatório para o pedido final;

g) *nulidade* de atos, procedimentos e contratos administrativos, até para o posterior¹⁹¹ reconhecimento da improbidade, quando houver pedido cumulativo, utilizando-se, de modo subsidiário, a Lei de Ação Popular (Lei nº. 4717/65), por seus artigos 1º e 2º¹⁹²

h) condenação por *improbidade administrativa e aplicação das sanções da Lei nº 8.429/92*;

¹⁹⁰ Muitas vezes, quando houver ação cautelar preparatória, é fundamental juntar apenas a documentação pertinente a ser analisada, evitando-se juntar todo o conteúdo do inquérito civil público, o que pode ser feito posteriormente, com a ação principal.

¹⁹¹ AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. NULIDADE DO ATO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PRECEDENTES.

I - É cabível o ajuizamento de ação civil por improbidade administrativa, movida pelo Ministério Público, com vistas a alcançar a nulidade de ato administrativo, *in casu*, procedimento licitatório, em defesa do patrimônio público, da moralidade e probidade administrativas, afastando-se a tese defendida pelo recorrente sobre a impossibilidade jurídica do pedido. Precedentes: REsp nº 749.988/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 18/09/06, p. 275, REsp nº 897.410/SP, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, julgado em 12/12/06.

II - Recurso improvido. (STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 904.626 - SP (2006/0257425-1), 1ª Turma, RELATOR : MINISTRO FRANCISCO FALCÃO, julgado em 20.03.2007)

AÇÃO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NULIDADE DO ATO IMPROBO. POSSIBILIDADE. LEIS NºS 8.429/92 E 8.625/93. PRECEDENTE.

I - O Ministério Público do Estado de São Paulo, ao ajuizar a ação civil por improbidade administrativa originária nos presentes autos, disserta sobre como teria se dado o dano ao patrimônio público, bem como o enriquecimento ilícito da parte envolvida no procedimento licitatório respectivo, dois pressupostos que ensejam o cabimento de ação por improbidade.

II - *O fato da Lei nº 8.429/92 não determinar, de forma expressa, que o ato ímprobo deva ser anulado, não inibe tal possibilidade, com a menção expressa na inicial, até mesmo porque isso é uma consequência natural da procedência do pedido.* Precedente análogo: REsp nº 749.988/SP, rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 18/09/06.

III - Recurso improvido. (STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 895.594 - SP (2006/0223083-2), 1ª Turma, RELATOR : MINISTRO FRANCISCO FALCÃO, julgado em 12.12.06).

¹⁹² Artigo 1º - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a *declaração de nulidade de atos lesivos* ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais

i) *valor da causa* compatível (artigos 258 e 260, do Código de Processo Civil)¹⁹³, atentando-se para o conteúdo econômico¹⁹⁴ embutido na petição, registrando a soma de valores contratuais, ressarcimento de danos patrimoniais e extrapatrimoniais e, nas ações de improbidade, o valor da multa civil.

4.2.2 Atribuições: litisconsórcio e atuação integrada

Não há nada pior para a efetividade das ações do Ministério Público quando se percorre caminho extremamente demorado apenas para definição de atribuições. O Ministério Público perde. A sociedade perde. Assim, há que se *evitar ou buscar ao máximo contornar o conflito de atribuições*, de natureza positiva ou negativa.

A fixação de atribuições é assunto distinto em relação a compe-

de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

Artigo 2º - São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) *incompetência;*
- b) *vício de forma;*
- c) *ilegalidade do objeto;*
- d) *inexistência dos motivos;*
- e) *desvio de finalidade.*

¹⁹³ Art. 258. A toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato.

Art. 260. Quando se pedirem prestações vencidas e vincendas, tomar-se-á em consideração o valor de umas e outras. O valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado, ou por tempo superior a 1 (um) ano; se, por tempo inferior, será igual à soma das prestações.

¹⁹⁴ RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VALOR DA CAUSA. CONTEÚDO ECONÔMICO DA DEMANDA. INCLUSÃO DOS CONSECUTÁRIOS GERADOS PELA CONTRATAÇÃO SUPOSTAMENTE IRREGULAR E DA MULTA PREVISTA NO ART. 12, I, DA LEI 8.429/92.

1. O valor da causa extrai-se do benefício econômico pretendido através da tutela jurisdicional. Exegese que se extrai dos arts. 258, 259 e 260 do CPC.

2. Figurando como objeto mediato do pedido o ressarcimento dos prejuízos ocasiona-

tência judicial, embora com este guarde certa vinculação. No entanto, a identificação do Juízo competente para determinadas medidas não implica, necessária e obrigatoriamente, vinculação antecedente das atribuições exclusivas ou isoladas, segregadas unicamente sob a batuta de um único órgão do Ministério Público.

Surge, então, a perspectiva de atuação integrada e de litisconsórcio facultativo ativo entre os ramos do Ministério Público - Estadual, Federal e do Trabalho. Autoriza, no mesmo sentido, a construção de rotinas coordenadas entre os órgãos de execução no próprio Ministério Público da Paraíba.

Diante de um caso concreto e sem a pretensão de impor posicionamento único e ressaltado de críticas, algumas regras mais pragmáticas de maturidade institucional se revelam e podem ser postas sob três enfoques que definem claramente o viés de resolução administrativa intra e interinstitucional entre os órgãos de execução ou de atuação, *no mesmo ou em ramo diverso* do Ministério Público:

- *reunião prévia entre os órgãos de execução*, cujo objetivo

dos não só pela celebração dos contratos de forma supostamente irregular, mas também aqueles que foram ocasionados pelos mesmos, como restituição de salários, gastos de telefone, material de escritório, entre outras despesas, além da inclusão da multa prevista no art. 12, I, da Lei 8.429/92, correta a valoração da causa com todos os consectários gerados pelos atos, em tese, de improbidade administrativa (precedente: REsp 615.691 - MG, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, DJ de 11 de maio de 2.006).

3. Recurso especial conhecido e desprovido. (STJ. REsp 665360 / SC

RECURSO ESPECIAL 2004/0085326-1 Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 19/04/2007 Data da Publicação/Fonte DJ 17/05/2007 p. 198)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE PERMISSÃO E AUTORIZAÇÃO RELATIVA À EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. CONTEÚDO ECONÔMICO DA DEMANDA.

1. O valor da causa, inclusive nas ações declaratórias, deve corresponder, em princípio, ao do seu conteúdo econômico, considerado como tal o valor do benefício econômico que a autora pretende obter com a demanda. A impossibilidade de avaliar a dimensão integral desse benefício não justifica a fixação do valor da causa em quantia muito inferior ao de um valor mínimo desde logo estimável.

2. Recurso especial a que se dá provimento. (STJ. REsp 981587 / RJ

RECURSO ESPECIAL 2007/0200025-0 Relator(a) Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 02/04/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 15/04/2009) .

é dissolver os choques de entendimento, dirimir as interpretações jurídicas dissonantes e as zonas cinzentas de indefinição normativa;

➤ *plano de atuação conjunta*, expressando-se as atribuições distintas e comuns sobre o tema, os atos que exigem cooperação, a subscrição conjunta de peças processuais, produção probatória articulada e, acima de tudo, estratégia processual de definição de competência judicial, *lavrando-se a respectiva ata* com as deliberações adotadas;

➤ *litisconsórcio facultativo ativo*¹⁹⁵ como medida útil para junção de esforços e abertura de atuação coordenada e integrada.

Com estas considerações, as pilstras fundamentais que devem ser observadas são as que acompanham a lógica da competência judicial, de modo que tem atribuição prevalecente o órgão do Ministério Público que tem correlação com o Juízo competente:

➤ definição prioritária das atribuições pelo *local onde ocorreu o fato danoso ou a ameaça de dano* (artigo 2º, da Lei Federal nº 7.347/85)¹⁹⁶, aí se incluindo a violação aos princípios constitucionais, porquanto, em nome da eficiência, é o ambiente mais adequado para colheita de provas;

¹⁹⁵"PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL - POSSIBILIDADE - § 5º, DO ART. 5º DA LEI 7.347/85 - INOCORRÊNCIA DE VETO - PLENO VIGOR. 1. O veto presidencial aos arts. 82, § 3º, e 92, § único, do CDC, não atingiu o § 5º, do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública. Não há veto implícito. 2. Ainda que o dispositivo não estivesse em vigor, o litisconsórcio facultativo seria possível sempre que as circunstâncias do caso o recomendassem (CPC, art. 46). O litisconsórcio é instrumento de Economia Processual. 3. O Ministério Público é órgão uno e indivisível, antes de ser evitada, a atuação conjunta deve ser estimulada. As divisões existentes na Instituição não obstam trabalhos coligados. 4. É possível o litisconsórcio facultativo entre órgãos do Ministério Público federal e estadual/distrital. 5. *Recurso provido.*" (STJ. REsp 382659/RS; RECURSO ESPECIAL 2001/0142564-5 T1 - PRIMEIRA TURMA; Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS; DATA DA DECISÃO: 02/12/2003; DJ DATA:19/12/2003; PG:00322).

¹⁹⁶Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.



➤ *dano regional ou estadual*, as atribuições ficam no órgão de execução na Capital do Estado¹⁹⁷ (artigo 93, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor)¹⁹⁸.

No âmbito interno do Ministério Público da Paraíba as atribuições inerentes à atuação como *parte* e como “*fiscal da lei*” também devem ser esquadrihadas (artigos 49 e 55, da Lei Complementar Estadual nº 97/2010 - Lei Orgânica do Ministério Público da Paraíba¹⁹⁹). É comum tais atribuições se encontrarem apartadas para Promotores de Justiça distintos, devendo-se observar que

➤ na *ação popular, ações civis públicas e de improbidade administrativa* interpostas em virtude de legitimação concorrente, a atuação é do Promotor de Justiça com atribuições fazendárias, na condição de *custos legis* (artigo 49, da LOMP-PB);

➤ em havendo pedido de *desistência ou abandono* das referidas ações interpostas por terceiros legitimados, a intervenção como

¹⁹⁷ *COMPETÊNCIA. ACP. DANO REGIONAL.*

A Turma entendeu que compete ao foro da capital do estado processar e julgar a ação civil pública que se insurge contra danos que produzem efeitos em âmbito regional, conforme estabelece o art. 93, II, do CDC, tratando-se de competência absoluta. Frisou-se que, não obstante esse dispositivo situar-se no capítulo relativo às ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos, ele é aplicável também às ações coletivas para a defesa de direitos difusos e coletivos, não se limitando às demandas que envolvam relações de consumo. Precedente citado: REsp 448.470-RS, DJe 15/12/2009. *REsp 1.101.057-MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 7/4/2011.*

¹⁹⁸ Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

¹⁹⁹ Art. 49. Em matéria de fazenda pública, são atribuições do Promotor de Justiça, quando cabível sua intervenção, officiar em todas as causas, especialmente, no mandado de segurança e na ação popular.

Art. 55. Em matéria do patrimônio público e social são atribuições do Promotor de Justiça:

I - instaurar o inquérito civil e promover a ação civil pública para a defesa do patrimônio, dos bens e direitos previstos neste artigo;

II - diligenciar para a instauração de procedimento policial, quando for o caso;

III - exercer outras atribuições previstas em lei.





parte do Ministério Público, quando viável processualmente, ficará a cargo e sob análise do Promotor de Justiça com atuação na proteção do patrimônio público (artigo 55, da LOMP-PB), porquanto, a partir daí, resta alterada a natureza da intervenção.

Ainda no contexto interno do Ministério Público da Paraíba, as atribuições enfaticamente destacadas para determinado órgão de execução, em relação a certa temática da tutela coletiva - saúde, educação, cidadania, fundações, deixam ampla possibilidade para uma atuação integrada no que se refere inclusive à responsabilização por ato de improbidade administrativa da Lei nº. 8.429/92, a partir da identificação de comportamentos omissivos ou comissivos na condução das políticas públicas específicas pelos agentes públicos.

4.2.3 Competência: linhas de entendimento

Os mais frequentes problemas envolvendo competência são oriundos da existência de repasse de recursos federais da União para os Municípios e, em outra ponta, dos vínculos laborais que, de algum modo, se entrelaçam na Administração Pública. Daí a repercussão na competência da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho.

As premissas que direcionam a definição de competência estão, atualmente, assim estabelecidas, não obstante, às vezes, discrepâncias e nuances muito particulares em cada caso:

➤ *prevalência da Justiça Estadual*, quando a discussão entre servidor e Administração Pública estadual e/ou municipal decorrer de vínculo de *caráter estatutário ou envolver relação jurídico administrativa*, inclusive abarcando as contratações temporárias ou de excepcional interesse público, suspensa qualquer interpretação do artigo 114, I, da Constituição Federal (STF, ADI 3.395-DF/MC)²⁰⁰, surgindo abordagem pontual de *competência da Justiça do Trabalho*

²⁰⁰ “Servidores públicos. Regime temporário. Justiça do Trabalho. Incompetência. No julgamento da *ADI n. 3.395/DF-MC*, este Supremo Tribunal suspendeu toda e qualquer interpretação do inciso I do art. 114 da CF (na redação da EC 45/2004) que inserisse, na competência da Justiça do Trabalho, a apreciação de causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter





quanto a pessoal vinculado à empresa contratada por licitação para prestação de serviços no âmbito da Administração Pública²⁰¹ ou em relação à saúde, higiene e segurança do trabalho²⁰²;

➤ *prevalência da Justiça Federal*, sempre que houver manifestação de interesse processual proveniente de qualquer pessoa jurídi-

jurídico-administrativo. As contratações temporárias para suprir os serviços públicos estão no âmbito de relação jurídico-administrativa, sendo competente para dirimir os conflitos a Justiça comum e não a Justiça especializada.” (STF, *Rcl 4.872*, Rel. p/ o ac. Min. Menezes Direito, julgamento em 21-8-2008, Plenário, *DJE* de 7-11-2008.) **No mesmo sentido:** *Rcl 7.157-AgR*, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 17-2-2010, Plenário, *DJE* de 19-3-2010; *Rcl 4.045-MC-AgR*, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 14-10-2009, Plenário, *DJE* de 19-3-2010; *Rcl 5.924-AgR*, *Rcl 7.066-AgR* e *Rcl 7.115-AgR*, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 23-9-2009, Plenário, *DJE* de 23-10-2009; *Rcl 7.028-AgR* e *Rcl 7.234-AgR*, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 16-9-2009, Plenário, *DJE* de 16-10-2009; *Rcl 6.568*, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 21-5-2009, Plenário, *DJE* de 25-9-2009; *Rcl 4.489-AgR*, *Rcl 4.012-AgR* e *Rcl 4.054-AgR*, Rel. p/ o ac. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 21-8-2008, Plenário, *DJE* de 21-11-2008; *Rcl 5.381*, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 17-3-2008, Plenário, *DJE* de 8-8-2008.

“Servidores públicos. Regime temporário. Justiça do Trabalho. Incompetência. No julgamento da ADI 3.395/DF-MC, este Supremo Tribunal suspendeu toda e qualquer interpretação do inciso I do art. 114 da CF (na redação da EC 45/2004) que inserisse, na competência da Justiça do Trabalho, a apreciação de causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo. As contratações temporárias para suprir os serviços públicos estão no âmbito de relação jurídico-administrativa, sendo competente para dirimir os conflitos a Justiça comum e não a Justiça especializada.” (STF, *Rcl 4.872*, Rel. p/ o ac. Min. Menezes Direito, julgamento em 21-8-2008, Plenário, *DJE* de 7-11-2008).

²⁰¹Os interessados são prestadores de serviço, contratados pela Administração Pública, após processo licitatório. Não são servidores públicos nem pleiteiam verba de natureza trabalhista. Inexistente afronta ao acórdão do STF na ADI 3.395-MC.” (*Rcl 4.761*, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 20-5-2009, Plenário, *DJE* de 7-8-2009.)

²⁰²(...) Ação civil pública proposta na Justiça do Trabalho, para impor ao Poder Público piauiense a observância das normas de saúde, higiene e segurança do trabalho no âmbito do Instituto de Medicina Legal (...) Alegação de desrespeito ao decidido na ADI 3.395-MC não verificada, porquanto a ação civil pública em foco tem por objetivo exigir o cumprimento, pelo Poder Público piauiense, das normas trabalhistas relativas à higiene, segurança e saúde dos trabalhadores (...).” (*Rcl 3.303*, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19-11-2007, Plenário, *DJE* de 16-5-2008.)

“Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.” (Súmula 736).





ca ou órgão que detém foro federal, por disposição constitucional (artigo 109, I, da Constituição Federal)²⁰³, *no início ou no curso da lide*, cabendo unicamente a esta instância de processo e julgamento a decisão a respeito da existência ou não deste mesmo interesse processual (Súmula 150, do Superior Tribunal de Justiça)²⁰⁴, eis que a Justiça Estadual atua de forma residual²⁰⁵;

²⁰³ “Caracterizado o interesse da União na apuração de eventuais desvirtuamentos na execução do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), nos termos do art. 109, I, da CF, há que se reconhecer competência da Justiça Federal, instância na qual o MPF desempenha suas relevantes atribuições.” (STF. *ACQ 1.281*, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 13-10-2010, Plenário, *DJE* de 14-12-2010).

²⁰⁴Súmula 150, STJ - COMPETE À JUSTIÇA FEDERAL DECIDIR SOBRE A EXISTÊNCIA DE INTERESSE JURIDICO QUE JUSTIFIQUE A PRESENÇA, NO PROCESSO, DA UNIÃO, SUAS AUTARQUIAS OU EMPRESAS PUBLICAS.

²⁰⁵“A competência outorgada à Justiça Federal possui extração constitucional e reveste-se, por isso mesmo, de caráter absoluto e improrrogável, expondo-se, unicamente, às derrogações fixadas no texto da Constituição da República. Somente à Justiça Federal compete dizer se, em determinada causa, há, ou não, interesse da União Federal. A legitimidade do interesse jurídico manifestado pela União só pode ser verificada, em cada caso ocorrente, pela própria Justiça Federal (*RTJ 101/881*), pois, para esse específico fim é que a Justiça Federal foi instituída: para dizer se, na causa, há, ou não, interesse jurídico da União (*RTJ 78/398*). O ingresso da União Federal numa causa, vindicando posição processual definida (*RTJ 46/73 - RTJ 51/242 - RTJ 164/359*), gera a incompetência absoluta da Justiça local (*RT 505/109*), pois não se inclui, na esfera de atribuições jurisdicionais dos magistrados e tribunais estaduais, o poder para aferir e dizer da legitimidade do interesse da União Federal, em determinado processo (*RTJ 93/1291 - RTJ 95/447 - RTJ 101/419 - RTJ 164/359*). A competência para processar e julgar recurso interposto pela União Federal, contra decisão de magistrado estadual, no exercício da jurisdição local, que não reconheceu a existência de interesse federal na causa e nem determinou a remessa do respectivo processo à Justiça Federal, pertence ao TRF (órgão judiciário de segundo grau da Justiça Federal comum), a quem incumbe examinar o recurso e, se for o caso, invalidar o ato decisório que se apresenta eivado de nulidade, por incompetência absoluta de seu prolator. Precedentes.” (*RE 144.880*. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 31-10-2000, Primeira Turma, *DJ* de 2-3-2001.) **No mesmo sentido:** *AI 789.492-AgR*, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 17-8-2010, Segunda Turma, *DJE* de 3-9-2010.)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AJUIZADA POR MUNICÍPIO CONTRA EX-PREFEITO. CONVÊNIO ENTRE MUNICÍPIO E ENTE FEDERAL. UTILIZAÇÃO IRREGULAR DE RECURSOS PÚBLICOS. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. REQUERIMENTO DE INGRESSO COMO LITISCONSORTE ATIVO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Trata-se de ação de ressarcimento de danos proposta por Município contra ex-prefeito, por suposto desvio de verba - já incorporada pela Municipalidade - sujeita à prestação de contas perante órgão federal, no caso, o FNDE (autarquia federal vinculada ao Ministério da Educação).

2. Nos termos do inciso I, do art. 109, da CRFB/88, a competência cível da Justiça Federal define-se pela natureza das pessoas envolvidas no processo - *rationae personae* -,



➤ aplicação da Súmula 209, do STJ²⁰⁶, em se cuidando de verbas federais repassadas pela União e incorporadas ao Município²⁰⁷, deixando a competência da Justiça Federal apenas quando resvalar ainda algum interesse derivado da sujeição à prestação de contas a órgão

sendo desnecessário perquirir a natureza da causa (análise do pedido ou causa de pedir), excepcionando-se apenas as causas de falência, de acidente do trabalho e as sujeitas às Justiças Eleitoral e do Trabalho.

3. O mero requerimento do Ministério Público Federal para ingressar como litisconsorte ativo na ação, por entender estar configurado ato de improbidade administrativa, desloca a competência para a Justiça Federal, já que só a esse Juízo compete admitir ou não a formação do litisconsórcio, consoante o enunciado da Súmula 150/STJ.

4. “Em ação proposta pelo Ministério Público Federal, órgão da União, somente a Justiça Federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão, ainda que seja sentença negando a sua legitimação ativa. E, enquanto a União figurar no polo passivo, ainda que seja do seu interesse ver-se excluída, a causa é da competência da Justiça Federal, a quem cabe, se for o caso, decidir a respeito do interesse da demandada (súmula 150/STJ)” (CC 40534/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavaski, DJU de 17.05.04).

5. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Piauí, o suscitante. (STJ, CC 100300 / PI

CONFLITO DE COMPETENCIA

2008/0240755-9 Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125) Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 13/05/2009 Data da Publicação/Fonte Dje 25/05/2009).

²⁰⁶ Súmula 209 - COMPETE À JUSTIÇA ESTADUAL PROCESSAR E JULGAR PREFEITO POR DESVIO DE VERBA TRANSFERIDA E INCORPORADA AO PATRIMÔNIO MUNICIPAL.

²⁰⁷ PROCESSO CIVIL - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO REGRESSIVA CONTRA EX-PREFEITO QUE SE APPROPRIA DE VERBA DE CONVÊNIO DESTINADA AO MUNICÍPIO.

1. O bem atingido foi do Município que se viu privado das verbas do convênio e ainda sofreu as consequências pelo inadimplemento.

2. Questão que não se amolda ao teor da súmula 208/STJ, porque se deu o desvio em verba já considerada como do Município.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Estadual. (STJ. CC 51782 / PA CONFLITO DE COMPETÊNCIA

2005/0106407-5 Relator(a) Ministro JOSÉ DELGADO (1105) Relator(a) p/ Acórdão Ministra ELIANA CALMON (1114) Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 12/12/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 10/04/2006 p. 109 LEXSTJ vol. 201 p. 20.

federal Súmula 208, do mesmo STJ²⁰⁸, o que, de certo modo, leva à incidência do raciocínio geral da hipótese anteriormente aludida.

Dentro deste contexto, pode o integrante do Ministério Público se posicionar de modo a evitar menos transtornos no andamento do feito, adotando as seguintes providências:

➤ verificação se há *instabilidade fundada quanto à fixação de competência* em feito com tramitação inaugural na Justiça Estadual, tratando de questões que, de qualquer modo, possam resvalar em interesse ou bem da esfera federal e que, por força constitucional, deslocam a competência para a Justiça Federal, seja por força da Súmula 150 ou 209, ambas do STJ; e

➤ formulação de *diligência processual* ou, até mesmo, no curso da investigação, no sentido de chamamento da pessoa jurídica ou órgão cujo interesse poderá deslocar a competência, no sentido de emitir manifestação expressa sobre a intervenção no feito ou interesse subsistente em razão de investigação em curso;

➤ *manutenção do feito na Justiça Estadual*, em caso de posição negativa de interesse, podendo, nas hipóteses de abandono ou desistência da ação, nas hipóteses de ação não intentada originariamente pelo Ministério Público, assumir a substituição processual, na condição de parte, desde que haja viabilidade de prosseguimento;

➤ *remessa do feito para a Justiça Federal*, em caso de posição positiva de intervenção, onde haverá decisão acerca da competência respectiva, nada impedindo que aquela esfera de jurisdição se manifeste, em definitivo, quanto à questão, inclusive com possibilidade de remessa, em retorno, para a Justiça Estadual.

Por esse viés, a interposição de ações pelo Município contra agente ou ex-agente público, por exemplo, com questionamentos a respeito de prestação de contas de recursos oriundos de transferências voluntárias (convênios ou contratos de repasse) mantém competên-

²⁰⁸ Súmula 208. Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal.

cia no âmbito da Justiça Estadual²⁰⁹, porquanto recursos incorporados, não obstante a possibilidade de acatamento de intervenção, no curso da lide, de órgão com interesse federal, quando ocorrerá, então, o deslocamento de competência à Justiça Federal, a quem incumbe a palavra final.

²⁰⁹ AÇÃO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATO. NULIDADE. LITISCONSÓRCIO. DESNECESSIDADE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NORMA EDITALÍCIA DESRESPEITO. PREJUÍZO AO ERÁRIO. APURAÇÃO NA FASE LIQUIDAÇÃO. ARTIGOS 1009 E 1016 DO CC. IMPROPRIEDADE

I - Desnecessária a inclusão da FEPASA, na condição de litisconsorte passiva, na ação civil movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, contra ex-diretores daquela entidade e Companhia de Comércio, em razão de irregularidades na contratação de rodas de aço forjado, sendo facultado ao Poder Público habilitar-se como litisconsórcio de qualquer das partes.

II - Competência do juízo estadual, em razão do prejuízo ter sido suportado pela Fazenda Estadual e, portanto, legítimo o Ministério Público Estadual para a propositura da respectiva ação.

III - O autor da ação civil dispôs claramente como se deu o dano ao erário, uma vez que o edital da respectiva licitação dispunha que o pagamento deveria dar-se em moeda corrente, e os réus aceitaram a compensação. Viável que a apuração do montante se dê na fase de liquidação, sem que se verifique afronta aos artigos 5º, 10 e 12 da Lei nº 8.429/92.

IV - Imprópria a alegação de afronta aos artigos 1.009 e 1.016 do Código Civil de 1916, pois o *decisum* fundou-se no desrespeito às regras editalícias em relação à forma de pagamento determinada.

V - Recurso improvido.

(STJ. REsp 897410 / SP

RECURSO ESPECIAL

2006/0224480-7 Relator(a) Ministro FRANCISCO FALCÃO (1116) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 12/12/2006 Data da Publicação/Fonte DJ 08/03/2007 p. 182)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE RESARCIMENTO DE DANOS AJUIZADA PELO MUNICÍPIO EM FACE DO EX-PREFEITO. SUPOSTO ATO ILÍCITO PRATICADO NA EXECUÇÃO DE CONVÊNIO CELEBRADO COM O GOVERNO FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 3º DO CPC. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MUNICÍPIO. RECURSO INCAPAZ DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A causa de pedir reside nas irregularidades que o ex-prefeito municipal teria cometido na execução de convênio firmado com o Governo Federal. Essa atuação ilícita do agente público teria, segundo o ora agravado, causado sérios prejuízos financeiros à municipalidade, porque fora incluída nos cadastros restritivos de crédito (CADIN e SIAFI) e não consegue realizar novos convênios nem receber as verbas federais as quais tem direito. O pedido, portanto, é de ressarcimento - na forma de indenização -, e não de prestação de contas. Assim, deve ser reconhecida a legitimidade ativa *ad causam* do Município, com o retorno dos autos ao Juízo de origem, a fim de que seja regularmente processada a ação indenizatória.

2. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp 748877 / PB

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
2005/0076462-0 Relator(a) Ministra DENISE ARRUDA (1126) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 10/06/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 25/06/2008)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS AJUIZADA POR MUNICÍPIO EM FACE DE EX-PREFEITO. VERBAS RECEBIDAS EM RAZÃO DE CONVÊNIO JÁ INCORPORADAS À MUNICIPALIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 150 E 209 DESTA CORTE.

1. Trata-se de conflito em que se discute a competência para julgar ação de prestação de contas ajuizada pelo município de Cabedelo/PB em face de ex-prefeito.

2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, em se tratando de demanda referente a verbas recebidas mediante convênio entre o Município e a União, quando tais verbas já foram creditadas e incorporadas à municipalidade, a competência para apreciá-la é da Justiça Comum Estadual.

3. Observa-se, ainda, na hipótese em análise, que não há manifestação de interesse da União em ingressar no feito, figurando como partes apenas o Município autor e o ex-prefeito, e que o Juízo Federal declarou a ausência de interesse do Ente Federal, excluindo, assim, sua competência para examinar o litígio.

4. A demanda, portanto, deve ser julgada pela Justiça Estadual, incidindo, no caso dos autos, os enunciados das Súmulas 209 e 150/STJ.

5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Cabedelo/PB, o suscitante. (STJ. CC 57110 / PB

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

2005/0201430-4 Relator(a) Ministra DENISE ARRUDA (1126) Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 11/04/2007 Data da Publicação/Fonte DJ 07/05/2007, p. 252)

Ementa

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE RESSARCIMENTO PROPOSTA PELO MUNICÍPIO EM DESFAVOR DE EX-PREFEITOS. CONVÊNIO. VALORES REPASSADOS PELA UNIÃO E INCORPORADOS AO PATRIMÔNIO DA MUNICIPALIDADE. MANIFESTO DESINTERESSE DA UNIÃO NO DESLINDE DA DEMANDA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 209 DO STJ. PRECEDENTES.

1. Não compete à Justiça Federal processar e julgar ação de prestação de contas de ex-Prefeitos, quando, em decorrência da celebração de convênio entre o Município e a União, os valores dos recursos federais foram creditados e transferidos à Municipalidade, incorporados, portanto, ao patrimônio deste.

2. Chamada ao feito, a União Federal expressamente requereu a sua exclusão da lide ante o seu desinteresse em figurar na relação processual. Aplicação da Súmula n.º 209 do STJ.

3. Precedentes da Primeira Seção.

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo suscitado, ou seja, o Juiz de Direito da Comarca de Novo Oriente/CE. (STJ, CC 36428 / CE

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

2002/0096387-5 Relator(a) Ministra LAURITA VAZ (1120) Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 13/11/2002 Data da Publicação/Fonte DJ 10/03/2003 p. 80).

4.2.4 Sujeito passivo e improbidade: sucessão e desconsideração da pessoa jurídica

A regra do artigo 3º, da Lei nº 8.429/92²¹⁰ demonstra a possibilidade de inclusão de terceiros que, de algum modo, mesmo não sendo agentes públicos, mantiveram ponto de contato com número público. Ganha, por isso, enorme espectro de atuação a repressão à improbidade administrativa, não importando a natureza da pessoa jurídica lesada, mas sobretudo a natureza pública dos bens atingidos.

Na mesma conjuntura de amplitude, vai recair a Lei nº 8.429/92 sobre quaisquer pessoas que manipulem tais bens de natureza pública das pessoas elencadas no artigo 1º da mencionada lei, observando-se que devem estar no polo passivo da lide não só tais pessoas, mas também aquelas, inclusive particulares e, portanto, estranhas aos quadros públicos que, de qualquer modo, direto ou indireto, por indução ou coparticipação, tenham algum benefício com os atos ímprobos.

Sem dúvida, a hipótese concreta vai permitir a análise acerca do acionamento judicial do terceiro, sobretudo no que se refere à identificação ou não boa-fé.

Em outro contexto, é sempre relevante destacar que, havendo pretensão de nulidade de ato ou contrato, de forma cumulativa à postulação de reconhecimento da improbidade, há obrigatoriedade de citação do terceiro contratado. Não obstante a possibilidade, em tese e de acordo com o caso concreto, de não envolvimento na ilegalidade, ocorrerá, no entanto, atingimento da sua esfera jurídica com a prestação jurisdicional final, o que justifica o chamamento.

Ao lado desta conjuntura mais comum, alguns aspectos merecem uma atenção especial:

²¹⁰ Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

➤ *sucessão hereditária* no curso da ação por improbidade, quando se dará o prosseguimento do feito para fins de ressarcimento dos danos²¹¹, devendo-se aplicar os artigos 1055 e seguintes do CPC²¹²;

²¹¹ PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - FALECIMENTO DO RÉU (EX-PREFEITO) NO DECORRER DA DEMANDA - HABILITAÇÃO DA VIÚVA MEEIRA E DEMAIS HERDEIROS REQUERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - POSSIBILIDADE - ARTS. 1055 E SEGUINTE DO CPC - ART. 535 DO CPC.

1. Não pode o jurisdicionado escolher quais fundamentos devem ser utilizados pelo magistrado, que se pauta na persuasão racional para “dizer o direito.” Não-violação dos arts. 535, 165 e 458, II, do CPC.

2. A questão federal principal consiste em saber se é possível a habilitação dos herdeiros de réu, falecido no curso da ação civil pública, de improbidade movida pelo Ministério Público, exclusivamente para fins de se prosseguir na pretensão de ressarcimento ao erário.

3. Ao requerer a habilitação, não pretendeu o órgão ministerial imputar aos requerentes crimes de responsabilidade ou atos de improbidade administrativa, porquanto personalíssima é a ação intentada.

4. Estão os herdeiros legitimados a figurar no polo passivo da demanda, exclusivamente para o prosseguimento da pretensão de ressarcimento ao erário (art.8º, Lei 8.429/1992).

Recurso especial improvido. (STJ. *Resp* 732777/MG, RECURSO ESPECIAL 2005/0040770-0, Relator(a)Ministro HUMBERTO MARTINS (1130) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento 06/11/2007Data da Publicação/ FonteDJ 19/11/2007 p. 218 RNDJ vol. 98 p. 81).

²¹² Art. 1.055. A habilitação tem lugar quando, por falecimento de qualquer das partes, os interessados houverem de suceder-lhe no processo.

Art. 1.056. A habilitação pode ser requerida:

I - pela parte, em relação aos sucessores do falecido;

II - pelos sucessores do falecido, em relação à parte.

Art. 1.057. Recebida a petição inicial, ordenará o juiz a citação dos requeridos para contestar a ação no prazo de 5 (cinco) dias.

Parágrafo único. A citação será pessoal, se a parte não tiver procurador constituído na causa.

Art. 1.058. Findo o prazo da contestação, observar-se-á o disposto nos arts. 802 e 803.

Art. 1.059. Achando-se a causa no tribunal, a habilitação processar-se-á perante o relator e será julgada conforme o disposto no regimento interno.

Art. 1.060. Proceder-se-á à habilitação nos autos da causa principal e independentemente de sentença quando:

I - promovida pelo cônjuge e herdeiros necessários, desde que provem por documento o óbito do falecido e a sua qualidade;

II - em outra causa, sentença passada em julgado houver atribuído ao habilitando a qualidade de herdeiro ou sucessor;

III - o herdeiro for incluído sem qualquer oposição no inventário;

IV - estiver declarada a ausência ou determinada a arrecadação da herança jacente;

V - oferecidos os artigos de habilitação, a parte reconhecer a procedência do pedido e não houver oposição de terceiros.

➤ *desconsideração da pessoa jurídica*²¹³ nas hipóteses de sua utilização como instrumento da prática de fraude e/ou confusão

Art. 1.061. Falecendo o alienante ou o cedente, poderá o adquirente ou o cessionário prosseguir na causa, juntando aos autos o respectivo título e provando a sua identidade.

Art. 1.062. Passada em julgado a sentença de habilitação, ou admitida a habilitação nos casos em que independer de sentença, a causa principal retomarà o seu curso.

²¹³ RECURSO ESPECIAL - DIREITO CIVIL - ARTIGOS 472, 593, II e 659, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA - MEDIDA EXCEPCIONAL - OBSERVÂNCIA DAS HIPÓTESES LEGAIS - ABUSO DE PERSONALIDADE - DESVIO DE FINALIDADE - CONFUSÃO PATRIMONIAL - DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE - ATO EFEITO PROVISÓRIO QUE ADMITE IMPUGNAÇÃO - BENS DOS SÓCIOS - LIMITAÇÃO ÀS QUOTAS SOCIAIS - IMPOSSIBILIDADE - RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS COM TODOS OS BENS PRESENTES E FUTUROS NOS TERMOS DO ART. 591 DO CPC - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO.

I - A ausência de explicitação precisa, por parte do recorrente, sobre a forma como teriam sido violados os dispositivos suscitados atrai a incidência do enunciado n. 284 da Súmula do STF.

II - A desconsideração da personalidade jurídica é um mecanismo de que se vale o ordenamento para, em situações absolutamente excepcionais, desencobrir o manto protetivo da personalidade jurídica autônoma das empresas, podendo o credor buscar a satisfação de seu crédito junto às pessoas físicas que compõem a sociedade, mais especificamente, seus sócios e/ou administradores.

III - Portanto, só é admissível em situações especiais quando verificado o abuso da personificação jurídica, consubstanciado em excesso de mandato, desvio de finalidade da empresa, confusão patrimonial entre a sociedade ou os sócios, ou, ainda, conforme amplamente reconhecido pela jurisprudência desta Corte Superior, nas hipóteses de dissolução irregular da empresa, sem a devida baixa na junta comercial. Precedentes.

IV - A desconsideração não importa em dissolução da pessoa jurídica, mas se constitui apenas em um ato de efeito provisório, decretado para determinado caso concreto e objetivo, dispondo, ainda, os sócios incluídos no polo passivo da demanda, de meios processuais para impugná-la.

V - A partir da desconsideração da personalidade jurídica, a execução segue em direção aos bens dos sócios, tal qual previsto expressamente pela parte final do próprio art. 50, do Código Civil e não há, no referido dispositivo, qualquer restrição acerca da execução, contra os sócios, ser limitada às suas respectivas quotas sociais e onde a lei não distingue, não é dado ao intérprete fazê-lo.

VI - O art. 591 do Código de Processo Civil é claro ao estabelecer que os devedores



respondem com todos os bens presentes e futuros no cumprimento de suas obrigações, de modo que, admitir que a execução esteja limitada às quotas sociais levaria em temerária e indevida desestabilização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica que vem há tempos conquistando espaço e sendo moldado às características de nosso ordenamento jurídico.

VII - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido. (STJ. *REsp 1169175 / DF*

RECURSO ESPECIAL

2009/0236469-3 Relator(a)Ministro MASSAMI UYEDA (1129) Órgão JulgadorT3 - TERCEIRA TURMADData do Julgamento17/02/2011Data da Publicação/FonteDJe 04/04/2011

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. ART. 50 DO CC/02. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA. POSSIBILIDADE.

I - A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. Súmula 211/STJ.

II - Os embargos declaratórios têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal *a quo* se pronuncia de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie.

III - A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador.

IV - Considerando-se que a finalidade da *disregard doctrine* é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma.

V - A desconsideração da personalidade jurídica configura-se como medida excepcional. Sua adoção somente é recomendada quando forem atendidos os pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/02. Somente se forem verificados os requisitos de sua incidência, poderá o juiz, no próprio processo de execução, “levantar o véu” da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens da empresa.

VI - À luz das provas produzidas, a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, entendeu, mediante minuciosa fundamentação, pela ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do recorrente, ao se utilizar indevidamente de sua empresa para adquirir bens de uso particular.

VII - Em conclusão, a r. decisão atacada, ao manter a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, afigurou-se escorreita, merecendo assim ser mantida por seus próprios fundamentos. (STJ, Recurso especial não provido. (STJ. *Resp 948117/MS RECURSO ESPECIAL 2007/0045262-5* Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 22/06/2010 Data da Publicação/FonteDJe 03/08/2010 RDDPvol.91 p.156 RT vol. 901 p. 169).





patrimonial, nos termos do artigo 50 do Código Civil²¹⁴.

4.2.5 Notificação preliminar na improbidade e juízo de prelibação

Duas vertentes de reflexão podem ser postas quanto à previsão de um juízo de prelibação no rito para as ações civis públicas por improbidade administrativa (artigo 17, §7º, da Lei nº 8.429/92):

- *nulidade processual relativa*, por não atendimento à notificação preliminar da parte promovida, havendo necessidade de demonstração de prejuízo;
- *recebimento fundamentado* da ação por improbidade, em juízo de prelibação, máxime porque nesta fase processual não se cuida de análise aprofundada de provas, mas, tão somente, de viabilidade e justa causa para a instauração de processo contra a parte demandada, prevalecendo o princípio do “*in dubio pro societate*”²¹⁵.

²¹⁴ Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

²¹⁵ PROCESSUAL CIVIL - PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA LIMINARMENTE - AÇÃO DE IMPROBIDADE - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.

1. Não exige a lei prova pré-constituída para o ajuizamento da ação de improbidade.

2. *Existindo indícios de materialidade e autoria do ato de improbidade, deve o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL requerer a ação, deixando para a instrução a produção de prova.*

3. Cerceamento de defesa por parte do Tribunal recorrido, ao considerar como não provadas as alegações contidas na inicial, depois de negar ao autor a instrução probatória.

4. Recurso especial provido. (STJ. Recurso especial nº 811.664 - PE (2006/0009889-9) RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON).



4.2.6 Dano extrapatrimonial (moral)

Configurada a improbidade administrativa, por qualquer de seus tipos fixados nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, é plenamente viável se avançar em direção ao obrigatório reconhecimento de dano extrapatrimonial (moral).

Os motivos podem ser estampados com as seguintes linhas:

➤ há grave e acentuado nível de reprovação jurídica em relação à improbidade administrativa, sobretudo pela consignação de severas penas no artigo 12, da Lei nº 8.429/92;

➤ a alusão ao ressarcimento do dano (artigos 5º, 12, incisos I, II e III e 21, I, da Lei nº 8.429/92), com puro intuito de recomposição e não de castigo, deixa à mostra a possibilidade de postulação de dano moral nas ações por improbidade administrativa, de maneira autônoma às consequências materiais respectivas (dano patrimonial);

➤ o dano moral compulsoriamente caracterizado com o reconhecimento da improbidade administrativa deriva de mácula ao direito fundamental difuso à probidade administrativa, tendo natureza de dano moral coletivo, transcendendo a repercussão negativa no conceito da pessoa jurídica afetada e relacionada no artigo 1º, da Lei nº 8.429/92 e se justificando, com primazia, na lesividade impactada quanto à legitimidade do poder e, portanto, no sentimento da coletividade de credibilidade nas instituições estatais e na democracia, eis que a improbidade afeta o sistema político-jurídico²¹⁶;

²¹⁶" (...) se o respeito aos princípios que regem a Administração é reclamado na própria Constituição Federal, a violação de tais princípios, configurada com a improbidade administrativa, ocasiona desrespeito ao ordenamento positivo nacional até seu nível mais elevado, que é o constitucional. Ou seja, a improbidade administrativa abala a legitimidade estatal mesmo sob uma ótica estrita de que tal legitimidade seja decorrente apenas de um regramento racional.

(...) o desrespeito ao regramento positivo estabelecido pelo Estado, quando havido no seio da própria Administração e protagonizado por seus agentes, é observado, pelo administrado, com revolta que torna cada vez mais diminuído, dentro de cada cidadão, o escrúpulo oriundo dos sentimentos de cidadania, estes que são o principal refreio às intenções de burlar normas administrativas editadas para tutelar a harmoniosa convivência entre as pessoas e entidades." VHOSS, Moser. *Dano moral e improbidade administrativa*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris., 2008. p. 64.

➤ desse modo, haverá sempre a presença do dano moral ou extrapatrimonial coletivo quando ocorrer a prática do comportamento ímprobo e, portanto, a obrigação de ressarcimento, independentemente de quaisquer das tipologias da Lei n.º. 8.429/92.

Por tal raciocínio, afigura-se importante, nas ações por improbidade administrativa, a postulação expressa de ressarcimento do dano, não só com ênfase patrimonial, mas também em virtude do dano moral coletivo causado pelos comportamentos ímprobos.

4.2.7 Prescrição

A prescrição do artigo 23, da Lei 8.429/92 apresenta tratamento diverso de acordo com o vínculo mantido com o Poder Público. Em sendo efetivo, vai se aplicar o prazo específico previsto na normatização própria para as faltas disciplinares; caso transitório, a prescrição é de 05(cinco) anos.

De se destacar atenção, neste último caso, a contagem inicial do prazo apenas com a dissolução do vínculo e, neste viés, a incidência do momento de deflagração do lapso temporal apenas no final do último mandato, para os agentes públicos ocupantes de mandato eletivo e sujeitos à reeleição²¹⁷.

²¹⁷ PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 142 DA LEI N. 8.112/91. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. ART. 23 DA LEI N. 8.429/92 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - LIA). PRAZO PRESCRICIONAL. EX-PREFEITO. REELEIÇÃO. TERMO A *QUO*. TÉRMINO DO SEGUNDO MANDATO. MORALIDADE ADMINISTRATIVA: PARÂMETRO DE CONDUTA DO ADMINISTRADOR E REQUISITO DE VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. HERMENÊUTICA. MÉTODO TELEOLÓGICO. PROTEÇÃO DESSA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. MÉTODO HISTÓRICO. APROVAÇÃO DA LIA ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 16/97, QUE POSSIBILITOU O SEGUNDO MANDATO. ART. 23, I, DA LIA. INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL ASSOCIADO AO TÉRMINO DE VÍNCULO TEMPORÁRIO. A REELEIÇÃO, EMBORA NÃO PRORROGUE SIMPLEMENTE O MANDATO, IMPORTA EM FATOR DE CONTINUIDADE DA GESTÃO ADMINISTRATIVA, ESTABILIZAÇÃO DA ESTRUTURA ESTATAL E PREVISÃO DE PROGRAMAS DE EXECUÇÃO DURADOURA. RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR PERANTE O TITULAR DA *RES PUBLICA* POR TODOS OS ATOS PRATICADOS DURANTE OS OITO ANOS DE ADMINISTRAÇÃO, INDEPENDENTE DA DATA DE SUA REALIZAÇÃO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO (ART. 557, § 1º-A, CPC).

1. O colegiado de origem não tratou da questão relativa à alegada violação ao art. 142 da Lei n. 8.112/91 e, apesar disso, a parte interessada não aviou embargos de declaração.

4.2.8 Medidas Cautelares

Algumas medidas cautelares se realçam quando a questão é a defesa do patrimônio público. Dentre elas é preciso destacar:

Assim, ausente o indispensável prequestionamento, aplica-se o teor das Súmulas 282 e 356 da Corte Suprema, por analogia.

2. O postulado constitucional da moralidade administrativa é princípio basilar da atividade administrativa e decorre, diretamente, do almejado combate à corrupção e à impunidade no setor público. Em razão disso, exerce dupla função: parâmetro de conduta do administrador e requisito de validade do ato administrativo.

3. Interpretação da Lei n. 8.429/92. Método teleológico. Verifica-se claramente que a *mens legis* é proteger a moralidade administrativa e todos seus consectários por meio de ações contra o enriquecimento ilícito de agentes públicos em detrimento do erário e em atentado aos princípios da administração pública. Neste sentido deve ser lido o art. 23, que trata dos prazos prescricionais.

4. Método histórico de interpretação. A LIA, promulgada antes da Emenda Constitucional n. 16, de 4 de junho de 1997, que deu nova redação ao § 5º do art. 14, da Constituição Federal, considerou como termo inicial da prescrição exatamente o final de mandato. No entanto, a EC n. 16/97 possibilitou a reeleição dos Chefes do Poder Executivo em todas as esferas administrativas, com o expresse objetivo de constituir corpos administrativos estáveis e cumprir metas governamentais de médio prazo, para o amadurecimento do processo democrático.

5. A Lei de Improbidade associa, no art. 23, I, o início da contagem do prazo prescricional ao término de vínculo temporário, entre os quais, o exercício de mandato eletivo. De acordo com a justificativa da PEC de que resultou a Emenda n. 16/97, a reeleição, embora não prorrogue simplesmente o mandato, importa em fator de continuidade da gestão administrativa. Portanto, o vínculo com a Administração, sob ponto de vista material, em caso de reeleição, não se desfaz no dia 31 de dezembro do último ano do primeiro mandato para se refazer no dia 1º de janeiro do ano inicial do segundo mandato. Em razão disso, o prazo prescricional deve ser contado a partir do fim do segundo mandato.

6. O administrador, além de detentor do dever de consecução do interesse público, guiado pela moralidade - e por ela limitado -, é o responsável, perante o povo, pelos atos que, em sua gestão, em um ou dois mandatos, extrapolem tais parâmetros.

7. A estabilidade da estrutura administrativa e a previsão de programas de execução duradoura possibilitam, com a reeleição, a satisfação, de forma mais concisa e eficiente, do interesse público. No entanto, o bem público é de titularidade do povo, a quem o administrador deve prestar contas. E se, por dois mandatos seguidos, pôde usufruir de uma estrutura mais bem planejada e de programas de governo mais consistentes, colhendo frutos ao longo dos dois mandatos - principalmente, no decorrer do segundo, quando os resultados concretos realmente aparecem - deve responder inexoravelmente perante o titular da *res publica* por todos os atos praticados durante os oito anos de administração, independente da data de sua realização.

8. No que concerne à ação civil pública em que se busca a condenação por dano ao erário e o respectivo ressarcimento, esta Corte considera que tal pretensão é imprescritível, com base no que dispõe o artigo 37, § 5º, da Constituição da República. Precedentes de ambas as Turmas da Primeira Seção.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

- *busca e apreensão;*
- *indisponibilidade e sequestro de bens;*
- *afastamento do cargo.*

4.2.8.1 Busca e Apreensão

A utilização da busca e apreensão (artigos 839 e seguintes, do Código de Processo Civil)²¹⁸ se apresenta oportuna, em virtude de circunstâncias fáticas que surgem no curso da investigação.

Em princípio, a cautelar de busca e apreensão se justifica em face da *frustração no alcance de documentos e informações*, por desatendimento ao poder de requisição. Assim, de modo paralelo à responsabilização pela omissão na remessa, é encetada com intuito de evitar ocultação ou destruição de provas ou, mais ainda, a formatação de elementos forjados de amparo a alguma tese defensiva criada, dando, com isso, a aparência de legalidade para atividades ilícitas.

4.2.8.2 Indisponibilidade e sequestro de bens

²¹⁸ Art. 839. O juiz pode decretar a busca e apreensão de pessoas ou de coisas.

Art. 840. Na petição inicial, exporá o requerente as razões justificativas da medida e da ciência de estar a pessoa ou a coisa no lugar designado.

Art. 841. A justificação prévia far-se-á em segredo de justiça, se for indispensável. Provado quanto baste o alegado, expedir-se-á o mandado que conterà:

I - a indicação da casa ou do lugar em que deve efetuar-se a diligência;

II - a descrição da pessoa ou da coisa procurada e o destino a lhe dar;

III - a assinatura do juiz, de quem emanar a ordem.

Art. 842. O mandado será cumprido por dois oficiais de justiça, um dos quais o lerá ao morador, intimando-o a abrir as portas.

§ 1^o Não atendidos, os oficiais de justiça arrombarão as portas externas, bem como as internas e quaisquer móveis onde presumam que esteja oculta a pessoa ou a coisa procurada.

§ 2^o Os oficiais de justiça far-se-ão acompanhar de duas testemunhas.

§ 3^o Tratando-se de direito autoral ou direito conexo do artista, intérprete ou executante, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão, o juiz designará, para acompanharem os oficiais de justiça, dois peritos aos quais incumbirá confirmar a ocorrência da violação antes de ser efetivada a apreensão.

Art. 843. Finda a diligência, lavrarão os oficiais de justiça auto circunstanciado, assinando-o com as testemunhas.

Como instrumentos assemelhados²¹⁹, a indisponibilidade de bens e o sequestro objetivam garantir a efetividade do provimento jurisdicional final. Em verdade, podem ser autônomas ou com a ação por improbidade, inclusive ter cunho preparatório ou formalização incidental. No que se refere a tais medidas, é preciso observar que

➤ o *sequestro* (artigos 16, §§1º e 2º, da Lei 8.429/92) e a *indisponibilidade de bens* (artigos 186, do Código Civil, 37, §4º, da Constituição Federal, 5º e 7º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.429/92) tem por desiderato garantir a satisfação integral do conseqüências de natureza patrimonial, aglutinando as medidas de ressarcimento dos danos, multa civil e perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, a depender de cada caso;

➤ incide sobre *bens adquiridos antes e depois* dos fatos tidos por ímprobos, dentro do limite razoável das conseqüências patrimoniais registradas, daí a importância de haver a individualização dos valores, mesmo que por estimativa, naquilo que não for possível uma quantificação pronta, desde a petição inicial da ação por improbidade administrativa;

➤ não só nos tipos dos artigos 9º e 10, mas inclusive nas hipóteses do *artigo 11, da Lei nº 8.429/92* é viável a indisponibilidade de bens ou o sequestro, para assegurar o ressarcimento do dano extrapatrimonial e o pagamento da multa civil; e

➤ a *execução das medidas* deve ser feita em diversas vertentes, dentre as quais: *a) sistema BACEN JUD*, para agilizar a respectiva concretização do pleito quanto às contas bancárias; *b) aos cartórios de Registro de Imóveis*; e *c) ao órgão de trânsito respectivo (DETRAN-PB)*.

²¹⁹ “(...) a indisponibilidade de bens volta-se à garantia da reparação do dano, material ou moral, causado pelo agente. Direciona-se, assim, às hipóteses previstas no artigo 10 da Lei de Improbidade. Já o sequestro, providência cautelar de calibre mais estreito por recair sobre coisa certa, tem por escopo a conservação dos valores e bens ilicitamente auferidos pelo agente no exercício da função pública, direcionando-se, deste modo, às hipóteses previstas no art. 9º (enriquecimento ilícito).” GARCIA, Emerson ; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 748.

4.2.8.3 Afastamento do cargo

A previsão normativa da cautelar de afastamento do cargo (artigo 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92)²²⁰ exige, como requisito indispensável, a *demonstração efetiva de interferência negativa na instrução probatória*²²¹.

Neste sentido, é fundamental a existência de elementos indicativos mínimos de que a permanência no cargo causará impacto danoso na colheita de provas durante a instrução processual. São os riscos de tumulto processual que interessam.

A arrecadação de informações acerca desta circunstância deve, sem dúvida, ser levantada no curso da investigação, através da oitiva de pessoas e no registro de dificuldades de atendimento às requisições e repasse de informações.

4.2.9 Improbidade, ação civil pública e ação popular: litispendência

De forma direta, necessário ponderar certas circunstâncias quanto ao tema:

- necessidade cuidadosa de verificar o objeto da ação popular interposta de forma precedente, para colher efetivamente a conclusão de que há empecilho processual, por conta do fenômeno da litispendência, de interposição de medida judicial, constatando-se que, na ação popular, o pedido se cinge à declaração de nulidade do ato lesivo;
- plena possibilidade de ingresso de ação civil pública, com conteúdo mais abrangente, situação que, a depender do estágio da

²²⁰ Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

²²¹ Cf. STJ, AgRg na SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 467 - PR (2007/0084255-8).

ação popular antecedente, poderá ocasionar a reunião das ações, em face de conexão ou continência²²², aspecto que será visualizado sob o enfoque da conveniência processual, com o objetivo de se evitar decisões conflitantes;

➤ não há que se falar em litispendência entre ação civil por improbidade administrativa e ação popular, pois somente àquela é possível a imposição das sanções decorrentes da responsabilização do agente ou ex-agente público (artigo 12, da Lei nº. 8.429/92).

4.2.10 Sentença e recursos

A emissão de provimento jurisdicional nas ações civis públicas por improbidade administrativa merece bastante atenção. Se a intenção é evitar a impunidade, o primeiro passo é garantir uma prestação jurisdicional fundamentada e dentro das balizas pretendidas pelo Estado Democrático de Direito. Em segunda investida, há que se assegurar compatibilidade entre a pretensão deduzida na petição inicial e eventualmente ajustada após a dilação probatória, quando do arrazoado final e aquilo que foi decidido pelo Judiciário.

Nesse esteio, é importante a análise da sentença sob alguns enfoques:

²²² AÇÃO CIVIL PÚBLICA - AÇÃO POPULAR - ANULAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E RESPECTIVOS ADITAMENTOS - LITISPENDÊNCIA - INOCORRÊNCIA - (CPC, ART. 301, § 2º) - CONEXÃO - CARACTERIZAÇÃO - CPC, ART. 103 - PRECEDENTES/STJ.

- Inexistentes os pressupostos necessários à caracterização da litispendência, impõe-se afastá-la (CPC, art. 301, § 2º).

- Caracteriza-se, na hipótese, o instituto da conexão, já que as ações têm a mesma finalidade, o que as tornam semelhantes e passíveis de decisões unificadas, devendo-se evitar julgamentos conflitantes sobre o mesmo tema, objeto das lides.

- Recurso especial conhecido e provido. (STJ. REsp 208680 / MG

RECURSO ESPECIAL

1999/0025414-7 Relator(a) Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (1094) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 06/04/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 31/05/2004, p. 253

RSTJ, vol. 180. p. 281).



➤ *embargos de declaração* (arts. 535 a 538, do Código de Processo Civil), caso haja obscuridade, contradição ou omissão, inclusive quando não abordados todos os pontos discutidos no curso da lide, observando-se, por este flanco, ausência de fundamentação, sobretudo nas pretensões cumulativas (obrigações de fazer e não fazer, decretação de nulidade de ato ou contrato administrativo e reconhecimento dos atos de improbidade, com conseqüente imposição motivada de cada uma das sanções);

➤ *apelação* (artigos 513 a 521, do Código de Processo Civil), sempre que houver contrariedade à posição do Ministério Público, permitindo-se, com isso, atitude mais combativa na tutela do patrimônio público.

4.2.11 Cadastro Nacional de Condenados por Improbidade Administrativa

A instituição de um Cadastro Nacional de Condenados por ato de Improbidade Administrativa (CNCIA) se deu por intermédio da Resolução nº 44, de 20 de novembro de 2007, do Conselho Nacional de Justiça. Cuida-se, em verdade, de um banco de dados alimentado por informações oriundas de todos os juízos do País.

De modo concreto, duas hipóteses surgem:

➤ com a sentença condenatória transitada em julgado nas ações por improbidade administrativa, evitar esforços de acompanhamento dessa obrigatoriedade de alimentação das informações pelos juízes respectivos;

➤ consulta ao *site* www.cnj.jus.br, seja para fins de investigação pontual ou, de outro lado, exame sobre eventuais vedações e impedimentos decorrentes.

4.2.12 Honorários advocatícios

Em ação civil pública ou ação por improbidade administrativa, praticamente dissolvida a ideia de impor, de forma automática, condenação em honorários advocatícios ao Ministério Público, quan-

do sucumbente em tais pretensões²²³. Tal perspectiva, em linha desvirtuada, pretendia intimidar a atuação do Ministério Público na defesa do patrimônio público. No entanto, apenas em hipóteses devidamente comprovadas de má-fé, o exame de tal questão é enfrentado.

²²³ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ. IMPOSSIBILIDADE.

1. No caso dos autos, o recorrente sustenta que o Ministério Público deve ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios, já que a entidade é parte sucumbente nos autos de embargos à execução de Termo de Ajustamento de Conduta, por entender inaplicável o artigo 18 da Lei n. 7.437/85.

2. Contudo é indevida a condenação do órgão público ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais nas hipóteses em que se trata de embargos à execução decorrente de TAC, salvo quando houver prova da má-fé do autor, o que não ocorre no caso *in fine*, Nesse sentido: REsp 896.679/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 12.5.2008.

3. Ademais, é pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que é indevida a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios nas hipóteses em que se trata de ação civil pública, execução e correlatos embargos, exceto quando houver prova da má-fé do *parquet*. Precedentes: AgRg nos EDcl no Resp 1.120.390/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Dje 22.11.2010; AgRg no Ag 1.135.821/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Dje 18.2.2010; REsp 891.743/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, Dje 4.11.2009; REsp 419.110/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 27.11.2007.

4. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no Ag 1304896 / MG AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2010/0075914-8 Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 22/03/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 30/03/2011

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE PASSIVA. ANÁLISE DE DIREITO LOCAL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA N. 280/STF. CONDENAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO AO PAGAMENTO DE CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MÁ-FÉ. NECESSIDADE.

1. Foi com base em lei local que o Tribunal de origem entendeu que o ora recorrido não é parte legítima para a presente demanda, pois não era o responsável pelos atos ora discutidos. Neste sentido, para acolher a pretensão recursal e alterar a fundamentação do aresto recorrido, seria necessária a interpretação de lei local, o que atrai a incidência da Súmula n. 280/STF, por analogia.

3. Se não há má-fé no ajuizamento da ação civil pública, o Ministério Público não pode ser condenado ao pagamento dos honorários advocatícios. Precedentes.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (STJ. REsp 1177597 / RJ.

RECURSO ESPECIAL

2010/0017153-0 Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 23/11/2010 Data da Publicação/Fonte Dje 02/12/2010).

4.2.13 Execução das sanções da Lei nº 8.429/92

Com o trânsito em julgado da sentença condenatória na ação por improbidade administrativa, certas situações pontuais devem ser reavivadas:

➤ *liquidez ou não* da condenação em relação às *consequências patrimoniais* - ressarcimento e multa civil, devendo-se atentar, conforme o caso, para a necessidade de liquidação (artigos 475-A e seguintes do Código de Processo Civil) ou, em outra situação, para a atualização do montante já líquido ou que dependa de simples cálculo aritmético (artigo 475-B, do Código de Processo Civil), intimando-se o executado para quitação, sob pena de penhora (artigo 475-J e seguintes do Código de Processo Civil);

➤ *sanções personalíssimas de caráter mandamental* e, portanto, de cumprimento imediato: *a) perda da função pública*, mediante remessa de expediente ao órgão de vinculação da parte condenada; *b) suspensão dos direitos políticos*, mediante ciência efetiva junto à zona eleitoral pertinente, para fins de cancelamento da inscrição eleitoral; e *c) proibição de contratação com o poder público*, mediante ciência ampla a todas as esferas da Administração Pública, com ênfase, ainda, para a efetivação de colaboração do Tribunal de Contas do Estado, para monitoramento de contratações no âmbito do Estado da Paraíba em descumprimento à punição referida.



CAPÍTULO 5:

5 A CASUÍSTICA

5.1 CONTRATAÇÃO DE PESSOAL

Para o exame das situações que afrontam a Constituição Federal e, demais disso, as normas inerentes ao equilíbrio da gestão fiscal na Administração Pública, a partir do enfoque da contratação de pessoal, são importantes algumas orientações que permitam um desfecho rápido e eficiente, atentando-se para a contemporaneidade da investigação e o papel proativo do Ministério Público.

A adoção das seguintes medidas pode ser observada:

➤ viabilidade de formalização de *investigações distintas* no âmbito do Executivo, do Legislativo (Administração Direta) e de outras pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta (autarquias, fundações, sociedades de economia mista, empresas públicas);

➤ instauração de *procedimento preparatório* para colher, de ofício, todas as informações atuais inerentes ao quadro de pessoal da estrutura administrativa especificada ou a realização de determinado concurso público, observando-se a possibilidade de cisão da investigação inicial, por racionalização, com três portarias, estabelecendo, portanto, três “*procedimentos-mãe*”: uma, para os cargos em comissão; outra, envolvendo as contratações temporárias, e o terceiro, para exame de determinado concurso público; e

➤ instauração de *inquérito civil público*, observando-se o prazo máximo do procedimento preparatório e caso existam elementos indicativos de fato certo e determinado, recepcionado por qualquer meio idôneo ou identificado no curso do procedimento preparatório, com indicativos de irregularidade pontual que precisa ser aprofundada em suas nuances, sobretudo para identificação adequada de cometimento de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92) ou, de outro lado, não vencida por eventual solução extrajudicial - recomendação ou termo de ajustamento de conduta.

Nas situações de instauração de *procedimentos preparatórios* (“*procedimentos-mãe*”) relativos aos *cargos em comissão* e às *contratações temporárias*, algumas *diligências probatórias* podem ser perseguidas e que derivam providências rápidas, observando-se algumas etapas que melhor organizam o conhecimento da questão:

➤ por requisição ou outro meio idôneo, *acesso à(s) lei(s)* que instituiu(iram) os cargos em comissão e permitiu(iram), no âmbito daquela estrutura orgânica estatal, a possibilidade da contratação temporária, sobretudo diante da necessidade de um precedente legislativo para legitimar juridicamente ambas as situações;

➤ em atenção ao princípio da legalidade (juridicidade), a(s) lei(s) deve(m), obrigatoriamente, conter os *cargos e as respectivas atribuições ou competências administrativas*, vedada a disciplina das tarefas para regulamento, decreto ou padrão normativo inferior, o que extrapola o poder normativo secundário da chefia do Executivo ou de outro agente público (artigos 48, X, da Constituição Federal)²²⁴, gerando, a depender da hipótese, a possibilidade de controle parlamentar (artigo 49, V, da Constituição Federal) ou controle judicial;

➤ *exame da(s) lei(s)* sob o ângulo da *compatibilidade constitucional* a todos os princípios regentes da atividade estatal e, de modo específico, observando-se *a)* se os cargos em comissão são próprios de chefia, direção ou assessoramento, a partir da leitura das funções descritas para cada um e da respectiva natureza delas ou, se, de outro lado, apenas têm a rotulação de cargos em comissão; *b)* se as situações de contratação temporária atendem à normatização constitucional no que se refere à excepcionalidade e ao atendimento temporário de uma necessidade administrativa, bem como à impessoalidade e à moralidade administrativa, máxime pela necessidade de uma seleção adequada para tais contratações;

²²⁴ Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, *b*;

➤ manejo imediato de *medidas extrajudiciais*, para correção de irregularidades identificadas na(s) lei(s), expedindo-se recomendação para saneamento das questões localizadas ou firmando termo de compromisso de ajustamento de conduta com o mesmo desiderato, lembrando sempre que tais questões, solvidas na esfera administrativa, não impedem a responsabilização por improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), podendo, no entanto, ser avaliadas sob o aspecto da presença ou não do elemento subjetivo;

➤ provocação *judicial*, caso não concretizada qualquer solução administrativa, podendo, de modo alternado ou cumulativo, lançar mão de: a) *ação civil pública*, com pedido incidental de declaração de inconstitucionalidade e pleito final contendo obrigações de fazer e não fazer compatíveis; b) representação ao Procurador-Geral de Justiça para ingresso de *ação direta de inconstitucionalidade*, observando-se os princípios constitucionais estampados na Constituição do Estado da Paraíba.

De modo sequencial e gradual, outros dados informativos devem ser buscados e confrontados no corpo desses procedimentos preparatórios ou, até mesmo, após conversão em inquéritos civis públicos inerentes aos cargos em comissão e às contratações temporárias, desta feita com intuito de verificar a adequação às *normas de gestão fiscal responsável*, o que descortina outras iniciativas:

➤ acesso, por meio digital, à *relação nominal dos servidores*, com número de CPF, o cargo ocupado e/ou funções desempenhadas a partir da contratação temporária, data de nomeação ou contratação, nome da autoridade nomeante e, por fim, os valores pagos a tais pessoas;

➤ apresentação pelo gestor de *estimativa do impacto orçamentário-financeiro*, no tocante à criação dos cargos acima referidos, no exercício em que deva entrar ou entrou em vigor e nos dois subsequentes, atendendo ao que determina os artigos 15 e 16, I e 17, todos da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal);

➤ declaração do ordenador da despesa de que o aumento decorrente da criação dos cargos tem *adequação orçamentária e financeira* com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o

plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias (artigos 15 e 16, II e 17, todos da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal));

➤ informação expressa de observação dos *limites percentuais e de caráter temporal* para as despesas com pessoal (artigos 2º, IV, 19, II e III, 21, parágrafo único, todos da LRF e 29-A, §1º, da Constituição Federal);

➤ utilização de tentativas de *solução extrajudicial*, mediante uso de recomendação e termo de ajustamento de conduta, enfatizando, em caso de desconformidade com os dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal, o reconhecimento de nulidade de pleno direito (artigo 21, da LRF) e necessidade de adoção de medidas de contenção para encaixe nos parâmetros adequados (artigos 22 e 23, da LRF)²²⁵;

➤ manejo de *ações judiciais*, com o intuito de atendimento à LRF, atentando-se para a ação civil pública e ação por improbidade administrativa (artigos 10, IX, da Lei nº 8.429/92), sem prejuízo de exame da responsabilidade penal (artigos 359-B, último tipo, 359-C, 359-D, 359-G, do Código Penal).

²²⁵ Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre.

Parágrafo único. Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso:

I - concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição;

II - criação de cargo, emprego ou função;

III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança;

V - contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias.

Art. 23. Se a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no art. 20, ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22, o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição.

Para o *procedimento preparatório* (“*procedimento-mãe*”) relativo ao *concurso público*, aspectos distintos e mais específicos devem ser desenvolvidos, com intuito de verificar algum elemento capaz de gerar violação a dispositivo constitucional, devendo-se atentar para:

➤ requisição ao *processo administrativo* referente à autorização para realização do concurso público, principalmente para verificar: *a)* compatibilidade com as normas de responsabilidade fiscal já relacionadas; *b)* motivação (fundamentação) feita pelo gestor responsável; *c)* realização ou não de licitação e as razões; *d)* existência de lei antecedente, fixando os cargos e atribuições;

➤ visualização do *edital de convocação*, sob alguns aspectos a saber: *a)* adequada publicidade; *b)* critérios claros, devidamente registrados, de avaliação dos candidatos, nas provas e nos títulos, permitindo um julgamento objetivo; *c)* previsão de cargos e vagas, para confronto com existência de pessoas sob contratação temporária para os mesmos cargos; *d)* existência de prazos adequados e razoáveis, sobretudo para recursos; *e)* obediência da reserva de vagas para pessoa com deficiência; *f)* existência de regras ou cláusulas restritivas, discriminatórias ou desarrazoadas;

➤ verificação da regularidade das *etapas do concurso*, sobretudo quanto à obediência ao edital, realização das provas e respectiva coerência das questões elaboradas com o conteúdo programático, tudo para evitar situações de perplexidade que impeçam ou prejudiquem a idoneidade do certame e violem os princípios constitucionais;

➤ na hipótese de identificação de irregularidades, uso das *soluções extrajudiciais* já conhecidas, observando-se o princípio da autotutela da Administração Pública;

➤ ultrapassadas sem êxito as medidas administrativas de resolução, uso das *ações judiciais* para saneamento das questões derivadas do próprio concurso público; e

➤ instauração de inquérito civil público para exame e aprofundamento de aspectos ligados à improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92).

5.2 NEPOTISMO E SÚMULA VINCULANTE 13

A grande chave de elucidação da questão do nepotismo e sua óbvia correlação com a Súmula Vinculante nº 13 do STF²²⁶ é trilhar por dois eixos de observação, quando confrontado o caso concreto:

- identificação das situações postas na súmula vinculante aludida, observando-se se há minimamente o encaixe entre *o grau de parentesco e a natureza do cargo*, o que preenche, por si, a hipótese sumulada, ou seja, tem que ser cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade até o terceiro grau e o cargo ser em comissão ou de confiança ou, ainda, função gratificada;
- de modo paralelo e concomitante à incidência da súmula vinculante nº 13, observar a compatibilidade mais abrangente de *qualquer ingresso nos quadros do serviço público*, inclusive no que envolve os agentes políticos (secretários, diretores de autarquias, etc.) que, por razões de parentesco, podem ensejar violação aos princípios da legalidade, da *impeccabilidade e da moralidade* administrativa (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal).

As linhas investigativas ganham maior ou menor complexidade a depender de cada caso, portanto. Assim, é preciso realizar a necessária diferenciação.

Para verificar a incidência da Súmula Vinculante nº 13, a seguinte linha investigativa pode ser construída:

²²⁶ BRASIL. STF. Súmula Vinculante nº 13. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.



➤ em *procedimento preparatório*, alcançar mecanismo junto à estrutura administrativa (recomendação, termo de ajustamento de conduta, requisição) que permita a arrecadação de *declarações individuais assinadas* por todos os servidores contratados em comissão ou confiança ou, ainda, ocupantes de função gratificada, informando se estão inseridos em alguma das situações previstas na Súmula Vinculante;

➤ identificar alternativas de *controle social* (por exemplo, publicização) sobre os atos administrativos referentes aos servidores já mencionados, inclusive para permitir, em caso de falsidade nas declarações, a necessária responsabilização penal e por improbidade administrativa;

➤ manejar o instituto da *reclamação* junto ao Supremo Tribunal Federal, para resolver a questão que macula a súmula, legitimando o Ministério Público Estadual para tal providência²²⁷;

➤ interpor, em cada caso concreto, com exame sobre a necessidade ou não de instauração de inquérito civil público específico ou, ainda, por mera extração de cópias documentais, a necessária responsabilização por *improbidade administrativa* - Lei nº 8.429/92, em face da nomeação vedada, recaindo sobre a autoridade nomeante e a pessoa beneficiada.

Em outra província, é imprescindível observar a compatibilidade constitucional da ocupação de cargos e exercícios de atividades administrativas, sob qualquer enfoque, inclusive aquelas decorrentes de *contratação por tempo determinado e outras inerentes à nomeação para os cargos de natureza política*, máxime pela não aplicabilidade direta da Súmula Vinculante 13²²⁸. Assim, o viés é ampliado e

²²⁷ A desatenção às súmulas vinculantes permite o ingresso de reclamação junto ao Supremo Tribunal Federal, afigurando-se legitimado para tanto o Ministério Público Estadual (Reclamação nº 7358/SP, Rel. Min Ellen Gracie, 24.2.11).

²²⁸ “Nomeação de irmão de Governador de Estado. Cargo de Secretário de Estado. Nepotismo. *Súmula vinculante 13*. Inaplicabilidade ao caso. Cargo de natureza política. Agente político. Entendimento firmado no julgamento do RE 579.951/RN. Ocorrência da fumaça do bom direito. Impossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula vinculante 13, por se tratar de cargo de natureza política. Existência de precedente do Plenário do Tribunal: *RE 579.951/RN*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJE* de 12-9-2008. Ocorrência da fumaça do bom direito.” (*Rcl 6.650-MC-AgR*, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 16-10-2008, Plenário, *DJE* de 21-11-2008).



deve ser enfrentado à luz da proporcionalidade, confrontando-se a atenção aos princípios da legalidade, moralidade administrativa e impessoalidade.

Nestes casos, a investigação eficiente é fundamental para o deslinde adequado. Há nítida ultrapassagem aos limites da súmula vinculante referida. Assim, o aprofundamento probatório serve para dimensionar o elemento subjetivo e dados concretos que possam resultar em êxito de atuação.

Dentro deste contexto, o raciocínio na investigação pode ser roteirizado da seguinte maneira, sem prejuízo de outras medidas:

- por *procedimento preparatório*, utilizar as medidas referentes à colheita de declarações individuais daqueles contratados por tempo determinado e para aqueles cargos ocupados, por nomeação, pelos agentes políticos (secretariado, em geral), realçando que, nestes casos, o conteúdo não envolve a inclusão direta na Súmula Vinculante nº 13, mas apenas a indicação do grau de parentesco com a autoridade nomeante;

- incentivar o controle social, conforme indicado na primeira situação;

- instaurar *inquérito civil público*, um para cada situação fática, a partir da garimpagem das situações de vínculo de parentesco demonstrado, observando-se a produção probatória voltada para a identificação de elementos indicativos que podem resultar em violação aos princípios aludidos: *a)* exercício efetivo das funções; *b)* compatibilidade da formação profissional com a natureza do cargo; *c)* demonstração de conhecimento temático da área de atuação;

- promover *ação civil pública por improbidade administrativa* para reconhecer a nulidade das contratações ou nomeações e a prática de improbidade.

Ao lado de todas as nuances que repercutem na prática genérica do nepotismo, atrelada aos aspectos de parentesco, outras questões precisam enfrentamento, observando-se os mecanismos escusos de inserção de pessoas nos quadros da Administração Pública, em razão de “troca de favores” das mais diversas ordens, sobretudo política.

Neste sentido, a investigação também é salutar e necessária, com intuito de preservação da moralidade administrativa e da impessoalidade.

5.3 ACUMULAÇÃO DE CARGOS E VENCIMENTOS

A regra é a não acumulação. No entanto, a disciplina constitucional comporta algumas situações excepcionais que autorizam a acumulação de cargos e vencimentos, incluindo-se empregos e funções, bem como o recebimento de proventos (artigos 37, incisos XVI e XVII²²⁹, 38, incisos I a V²³⁰, ambos da Constituição Federal).

A melhor interpretação sobre o tema pode ser assim esquadrihada, sem adentrar em questões conceituais ou específicas de determinadas carreiras, tampouco em situações consolidadas e anteriores à atual formatação constitucional:

²²⁹ Art. 37 (...)

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI.

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

²³⁰ Art. 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições:

I - tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função;

II - investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração;

III - investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior;

IV - em qualquer caso que exija o afastamento para o exercício de mandato eletivo, seu tempo de serviço será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por



- exceção geral de acumulação de apenas *dois cargos, empregos ou funções*, observando-se a respectiva *natureza* e a compatibilidade de *horários* (artigo 37, XVI, da Constituição Federal), inexistindo, em qualquer hipótese, previsão de *acumulação tripla* de cargos e vencimentos²³¹;
- abrangência dos *proventos de aposentadoria*, no âmbito da vedação constitucional (artigo 37, §10²³², da Constituição Federal);
- observação de aspectos específicos para os *ocupantes de mandato eletivo* (artigo 38, I a IV, da Constituição Federal), extraíndo-se que: *a)* vereador pode realizar a acumulação de um cargo, emprego ou função com o mandato eletivo, observando-se a compatibilidade de horários e a possibilidade de opção, em caso de incompatibilidade, percebendo a remuneração respectiva; *b)* prefeito será obrigatoriamente afastado, podendo fazer opção pelo recebimento da remuneração do cargo, emprego ou função ou do mandato eletivo;
- aplicação analógica das vedações do cargo de Prefeito (artigo 38, II, da Constituição Federal) para o cargo de *vice-prefeito*²³³, de modo que não pode acumular os subsídios do cargo eletivo com de outro cargo público, devendo fazer a opção remuneratória;

²³¹ “A acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de <cargos>, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição. Inaplicabilidade à espécie da EC 20/1998, porquanto não admitida a acumulação, na ativa, de três cargos de professora.” (AI 419.426-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 13-4-2004, Segunda Turma, DJ de 7-5-2004.) No mesmo sentido: AI 529.499-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 19-10-2010, Primeira Turma, DJE de 17-11-2010.

²³² Art. 37. (...)

§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

²³³ “Suspensão cautelar da eficácia do § 2º do art. 38 da Constituição do Ceará, que autoriza o afastamento do cargo, sem prejuízo dos salários, vencimentos e demais vantagens, de servidor público eleito Vice-Prefeito.” (ADI 143-MC-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 2-9-1993, Plenário, DJ de 30-3-2001.)

“Servidor público investido no mandato de Vice-Prefeito. Aplicam-se-lhe, por analogia, as disposições contidas no inciso II do art. 38 da CF.” (ADI 199, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 22-4-1998, Plenário, DJ de 7-8-1998).



➤ *devolução dos valores* auferidos indevidamente, em caso de acumulação indevida, sobretudo pela inviabilidade de exercício efetivo das jornadas laborais (incompatibilidade presumida) ou eventual, o que deixa evidente a violação à ordem constitucional e o prejuízo ao patrimônio público;

➤ responsabilização por improbidade administrativa (artigos 10, *caput*, e inc. XII e art. 11, *caput*, e inc. I, ambos da Lei nº 8.429/92).

5.4 TERCEIRIZAÇÃO

A contratação de serviços de modo “terceirizado” merece observação sob o prisma da exigência do concurso público. A formalização de contrato pela Administração Pública para prestação de determinados serviços pode destoar, por completo, da regra constitucional do concurso público, resultando mecanismo oblíquo de fugir à exigência constitucional, tornando ilícita tal “*terceirização*”.

Algumas premissas devem ser observadas, portanto:

➤ os serviços contratados devem refletir tarefas vinculadas às *atividades-meio* (Súmula 331, do TST), de modo a não existir vinculação e subordinação entre os empregados da empresa contratada e a Administração Pública, com normatização permissiva devidamente estatuída que regulamente a situação e os padrões possíveis de tal contratação;

➤ impedimento de realização de contratação terceirizada para o exercício de *funções típicas* ou da própria natureza do Estado, dentro de sua conformação constitucional de caráter nitidamente prestacional, em virtude de transgressão ao princípio do concurso público.

5.5 FRAUDES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS

Diversas são as situações que afetam a lisura das licitações e dos contratos no âmbito da Administração Pública. Os comportamentos atingem a condução da gestão pública, através da geração de algum

prejuízo ao patrimônio público e podem, ainda, acarretar a prática de ato de improbidade administrativa e de ilícito penal.

O *exame pessoal dos papéis* que consubstanciam toda a sequência de atos que geram a contratação de bens e serviços é crucial para a localização de fraudes em licitações e contratos. Ninguém melhor que o próprio investigador para usar de sensibilidade e tino na percepção potencial do “*cheiro da falcatrua*”. Datas inconsistentes, propostas com formatação semelhante, ordem de folhas alterada são apenas alguns aspectos que surgem no manuseio atencioso dos documentos.

De regra e mais enfaticamente, as fraudes em licitações implicam o cometimento de *improbidade administrativa* e, portanto, na subsunção principal dos comportamentos ao disposto no artigo 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92 (*frustração da licitude do certame ou sua ultrapassagem de forma indevida*), acoplando-se, ainda, ao mesmo tempo, a perspectiva de incursão concomitante e subsidiária no artigo 11, *caput*, da mesma lei (*violação aos princípios constitucionais*).

Isto não retira, a depender do caso concreto, a inclusão de outras tipologias dos artigos 9º e 10, da Lei nº 8.429/92, desde que devidamente fundamentada, máxime quando as irregularidades também podem ser cometidas antes da formalização do processo de contratação e também quando já formalizados os contratos.

Também de se realçar a importância da atuação coordenada e conjunta com a responsabilização penal, em face dos tipos previstos na Lei nº 8.666/93 e a persecução contemporânea dos fatos que, em tese, repercutem na apuração por improbidade administrativa.

A partir desta constatação, é de bom alvitre adotar as seguintes providências organizativas iniciais, diante de notícias que chegam ao Ministério Público:

➤ atribuídas diversas irregularidades em uma gestão, aí inserindo-se aspectos licitatórios de vários serviços e bens, realizar a instauração de *procedimento preparatório*, caso haja necessidade de identificar ou confirmar alguns aspectos e condutas apontados ou, de outro lado, realizar a perfeita individualização das pessoas

possivelmente envolvidas, aí se inserindo toda a cadeia de agentes públicos que participaram dos procedimentos respectivos, sob qualquer intervenção, bem como os terceiros participantes (artigo 3º, da Lei nº 8.429/92);

➤ no que se refere às pessoas que “*tocam*” no processo de contratação dentro da estrutura administrativa, é preciso identificar aquelas que, por ação ou omissão, tenham contribuído para algum aspecto sensível e problemático, desencadeando a fraude, devendo-se atentar para os que exercem as seguintes atribuições administrativas: *a)* requisição ou solicitação da necessidade do bem ou serviço, pois a obrigatoriedade de descrição do objeto pode gerar direcionamento; *b)* levantamento de preços que é anexado ao processo de contratação, indicando uma estimativa dos valores do objeto a ser contratado, gerando a visualização do tipo de licitação ou a sua ultrapassagem, o que pode trazer embutido algum superfaturamento ou, pelas características do objeto, direcionamento de produto ou serviço de determinada empresa; *c)* abertura do processo, acatando a solicitação/requisição e o objeto descrito; *d)* parecer jurídico, dada a sua natureza vinculativa para o processo (artigo 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93; *e)* condução do processo e análise documental, através da comissão de licitação (artigo 51, §3º, da Lei nº 8.666/93; e *f)* homologação e adjudicação do objeto, acolhendo a decisão da comissão de licitação;

➤ realização de consultas preparatórias e levantamentos preliminares a bancos de dados externos e resultantes de convênios, para *checagem de informações cadastrais e qualificativas* das pessoas físicas e jurídicas, podendo-se manejar o acesso ao sistema INTEGRA, no sítio oficial do Ministério Público da Paraíba. Disponível em: www.mp.pb.gov.br - intranet;

➤ juntada de *documentos comprobatórios do vínculo funcional* de cada agente público (portaria, contrato, ato de nomeação ou de posse), com o objetivo de verificação do cargo e atribuições respectivas, bem como para visualização de prescrição (artigo 23, da Lei nº 8.429/92);

➤ identificando-se ou aportando ao MP, por qualquer meio ou ciência própria, fatos certos e determinados ou, ainda, aclarados a

partir do procedimento preparatório, instauração de *inquérito civil público*, com cisão da investigação, uma para cada procedimento licitatório ou de justificativa de dispensa ou inexigibilidade, requisitando-se a íntegra do processo de contratação e respectivos documentos que deram ensejo à aquisição de bens e serviços (inclusive contratos, aditivos e documentação de pagamento), adotando-se, caso ainda não alcançado, os levantamentos preliminares já apontados de consulta a bancos de dados externos e a anexação de documentos relativos ao vínculo funcional do(s) agente(s) público(s);

➤ análise da regularidade ou não do procedimento sob enfoque eminentemente jurídico, a cargo do Promotor de Justiça, para examinar as hipóteses legais previstas na Lei nº 8.666/93 e o encaixe das situações concretas, observando-se sobretudo a *motivação ou fundamentação* das deliberações e a existência ou não dos fatos alegados, desde o momento inicial até à contratação;

➤ em face da importância da contemporaneidade investigativa e de atitude proativa, definição da *estratégia eficiente de produção probatória*, examinando a viabilidade de requisição de documentos; visitas, inspeções ou constatações “in loco”; quebra de sigilo bancário e fiscal (idoneidade financeira de pessoas físicas e jurídicas, transferências de recursos financeiros, vinculação entre empresas, etc), identificação de padrão de comportamento da gestão com verificação mais ampla de situações similares, inclusive com auxílio da área de inteligência - sistema INTEGRA (quantidade de contratações para mesma empresa; presença de pessoas jurídicas idênticas em outros processos, sempre como “perdedoras”; idoneidade “cartorária” das pessoas jurídicas; checagem de notas fiscais; volume de pagamentos para mesma espécie de bens e serviços, etc.);

➤ se ainda em andamento o processo de contratação ou em vigência o contrato, fruto de ilegalidades detectadas, exame da possibilidade de expedição, sem prejuízo da ação por improbidade administrativa, de *recomendação*, direcionando à autoridade maior da estrutura administrativa (prefeito, presidente de Câmara de Vereadores, diretor-presidente de autarquia), com diversos objetivos decorrentes da obrigatoriedade de exercício da autotutela (artigo

49, segunda parte, da Lei nº 8.666/93), a depender do caso concreto: *a)* correção de vícios que causem ruptura da isonomia entre os concorrentes; *b)* anulação dos atos com vícios insanáveis; *c)* apuração de responsabilidade administrativo-disciplinar de agentes públicos envolvidos; *d)* suspensão de pagamentos repassados em razão de contrato;

➤ frustrada solução extrajudicial, propositura de *ação civil pública por improbidade administrativa*, com pedidos expressos e cumulativos de anulação do processo de contratação e/ou contrato vigente, obrigação de fazer ou não fazer (a depender do caso) e a responsabilização por improbidade administrativa;

➤ caso inviável momentaneamente a ação para responsabilização por improbidade administrativa, por razões de aprofundamento investigativo ainda pendente e já identificadas as ilegalidades, propositura imediata de *ação civil pública*, com intuito de buscar a anulação do processo de contratação e/ou do contrato, postulando-se, de logo, a suspensão dos efeitos respectivos, via tutela antecipada, embutindo-se também, no pedido, alguma obrigação de fazer ou não fazer que entender pertinente para o estancamento e/ou repetição da conduta;

➤ após identificação de comportamentos e responsabilidades, sobretudo no que se refere ao elemento subjetivo, *ação por improbidade administrativa*, inserindo-se nova provocação jurisdicional para imposição das sanções da Lei nº 8.429/92 (Lei de Combate à Improbidade Administrativa).

Sob o aspecto jurídico e a repercussão na Lei nº 8.429/92 (Lei de Combate à Improbidade Administrativa), algumas questões pontuais devem ser realçadas:

➤ localização do inciso VIII, no artigo 10, da Lei nº 8.429/92 insere a conduta correspondente na tipologia dos atos que causam *prejuízo ao patrimônio público*, abarcando tal prejuízo não apenas o aspecto patrimonial, referente, única e exclusivamente, à questão do exame da compatibilidade com o preço de mer-

cado, devendo se inserir, como pedido expresso, a dimensão moral violada (*dano moral*), em face do prejuízo a toda a coletividade, pela agressão à regra da obrigatória e correta licitação, já que não se permitiu negociação mais vantajosa para a Administração Pública;

➤ configuração de prejuízo ao patrimônio público resulta, ainda, de *existência de evidente margem de lucro* pela parte contratada, não negociada em arena adequada com todos os concorrentes de forma igualitária, isto porque houve ausência indevida de licitação ou certame licitatório viciado ou desvirtuado, demonstrando-se, com isso, privilégio inafastável na percepção de ganhos financeiros indevidos;

➤ necessidade de *confirmação expressa da nulidade* dos procedimentos licitatórios viciados ou daqueles feitos, de modo indevido, à margem da licitação obrigatória, por contratação direta, bem como de todos os contratos e aditivos daí decorrentes;

➤ alcance da *devolução das quantias totais pagas* em razão da improbidade, eis que há referência punitiva expressa de *perdas dos bens ou valores acrescidos ilicitamente*, o que compreende os valores pagos (artigo 12, da Lei nº 8.429/92)²³⁴, bem como a *ausência da obrigação de indenizar*, por força de lei e em razão de má-fé, em casos de nulidade do procedimento licitatório, de dispensa ou inexigibilidade (artigos 49, §§1º e 2º e

²³⁴ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

59, da Lei nº 8.666/93)²³⁵, longe de qualquer cogitação de incidência do princípio da proibição do enriquecimento sem causa em desfavor ao Estado²³⁶;

➤ necessidade de *inclusão da parte contratada* e terceiro(s) envolvido(s) no polo passivo da ação por improbidade administrativa (artigo 3º), aspecto que se torna obrigatório não só em face de eventual envolvimento ou participação no processo de contratação, aí se abarcando as pessoas jurídicas que, em conluio, servem de “*dama de companhia*” para aquela vencedora, mas também pela repercussão na esfera jurídica derivada dos pedidos de nulidade e/ou devolução de valores;

²³⁵ Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1. A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no art. 59 desta Lei.

§ 2. A nulidade do procedimento licitatório induz a do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 3º. No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4. O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

²³⁶ “Em virtude do previsto no dispositivo acima transcrito, é de se entender que o recebimento de contraprestação por ex-contratado ímprobo não é admitido, devendo este devolver o que tenha eventualmente recebido em função da execução do contrato inválido. Caso não tenha recebido qualquer valor, por óbvio, não terá direito de reclamá-lo a título indenizatório.

(...) *Não é possível aplicar o princípio da proibição do enriquecimento sem causa em favor de quem agiu com má-fé comprovada. Mesmo admitindo-se que o ex-contratado tem direito à indenização nos casos de contratos inválidos até nos casos em que tenha agido culposamente (circunstância em que teria cabimento a aplicação do princípio da proibição do enriquecimento sem causa) não se pode conceber que a culpa qualificada pela má-fé mereça abrigo nesse princípio geral do Direito”. CÂMARA, Jacinto de Arruda. Contratos Inválidos já Executados. In: *Improbidade Administrativa, questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores. p.253-254.*

➤ *inserção cumulativa e subsidiária na tipologia do artigo 11, caput*, da Lei nº 8.429/92 permite maior efetividade punitiva, caso se acolha, no âmbito do Judiciário e em virtude de questão ainda polêmica, alguma tese envolvendo a não tipificação do artigo 10, VIII, em face de eventual contraprestação da parte contratada.

Algumas situações concretas mais usuais podem ser pinçadas, apesar da enorme quantidade de possibilidades e a criatividade quase interminável para o cometimento de fraudes licitatórias:

➤ *restrição indevida à competitividade* da licitação, através de inclusão de cláusulas que impedem, de modo desarrazoado, o acesso ao certame, relacionados aos seguintes aspectos: *a)* habilitação técnica (artigos 28 a 32, da Lei nº. 8.666/93), exigindo-se determinados requisitos desnecessários, impertinentes ou irrelevantes pelas pessoas interessadas; *b)* descrição do objeto a ser contratado que, pelas características, direciona para determinada pessoa jurídica, inclusive com referência a aspectos exclusivos de determinada fabricação, inserção de marca ou modelo e agrupamento de itens e objetos;

➤ *ausência de publicidade*, evitando-se adequado conhecimento por todos os concorrentes, em específico, nas modalidades de concorrência, tomada de preço e pregão (artigo 21, da Lei nº 8.666/93);

➤ *fracionamento do objeto* que, na verdade, pode gerar duas situações causadas por falta de planejamento (culpa) ou fraude (dolo): *a)* alteração da modalidade da licitação a ser realizada, diminuindo, com isso, as exigências de publicidade e, por consequência, a maior competitividade, acabando por direcionar a contratação; *b)* ausência indevida da licitação, realizando-se de modo sequencial contratação de bens e serviços que, de modo isolado e pelo baixo valor, não exigem o certame licitatório (artigo 24, I e II, da Lei nº 8.666/93) mas, de modo global, acarreta a sua obrigatoriedade;

➤ *dispensa e inexistência indevidas*, que são realizadas muitas vezes em função das seguintes hipóteses: *a)* situação emergencial fabricada, deixando-se de adotar medidas hábeis e no tempo certo para a realização da licitação, de modo proposital ou por negligência, efetivando contratação direta (artigo 24, IV, da Lei 8.666/93); e *b)*

contratação de serviços técnicos especializados sem o preenchimento dos requisitos necessários (artigos 13 e 25, II, da Lei nº 8.666/93); e

➤ *licitação “montada” ou simulada*, com realização formal do processo de contratação, na maioria das vezes sob a modalidade de convite, devidamente “*fabricado*” ou fruto de processo de montagem para justificar “*legalmente*” e ocultar desvio de recursos a partir de bens e serviços que nunca foram entregues ou executados ou que, ainda que existentes, foram realizados de modo direto por servidores da própria estrutura administrativa e não pela parte contratada;

➤ *empresas “fantasmas” ou “cartorárias”*, ou seja, que não possuem existência física, apesar de existência jurídica e participam de licitações apenas para compor o número mínimo exigido na modalidade convite (artigo 22, §3º, da Lei nº. 8.666/93); e

➤ *laranjas ou “testas de ferro”* que são pessoas “usadas” como instrumento para integrar pessoas jurídicas na participação de licitações fraudulentas, acobertando o direcionamento para outras pessoas físicas ou jurídicas que, por qualquer motivo, não podem realizar contratação (artigo 9º, da Lei nº 8.666/93) e que, de outro lado, ocultam, muitas vezes, o fluxo de recursos financeiros auferidos ilicitamente.

Além de todo esse contexto irregular que pode surgir no âmbito das licitações, é possível alinhar algumas questões que derivam da *formalização do contrato*, a saber,

➤ *incompatibilidade* com a licitação, acarretando violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (artigo 41, da Lei nº 8.666/93), seja no momento da formalização, através de previsão de direitos, obrigações ou responsabilidades diversas, seja em momento posterior, mediante alterações por aditivos contratuais;

➤ *prorrogação indevida*, por extrapolação de prazo de vigência ou ausência de previsão legal, acarretando a frustração de nova licitação;

➤ *pagamentos* sem cobertura contratual ou realizados de modo antecipado;

➤ *reajustes e acréscimos* financeiros em patamar superior ao limite legal (artigo 65, da Lei nº 8.666/93) ou fora dos parâmetros fixados



em cláusula específica do contrato (“critérios de reajuste de preço”).

5.6 PUBLICIDADE E PROMOÇÃO PESSOAL

Em vertente de atenção à transparência pública e agregando sentido impessoal e despersonalizado à publicidade no âmbito da Administração Pública, a vedação da promoção pessoal se avulta (artigo 37, *caput* e §1º, da Constituição Federal). O sentido constitucional é extirpar, de vez, a utilização dos recursos públicos com viés personificado na divulgação de atos, programas, obras, serviços e campanhas²³⁷.

Por esta afirmação, afigura-se evidente a necessidade das seguintes observações:

➤ é obrigatória a dissociação entre a publicidade e os titulares dos respectivos cargos e partidos políticos, de modo que todo e qualquer conteúdo de divulgação deve ser impessoal, sob pena de afronta aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade administrativa;

➤ a divulgação deve ter, única e exclusivamente, caráter educativo, informativo ou de orientação social o que, por si só, sinaliza clara incompatibilidade com a referência expressa de nomes, fotografias, *slogans* e símbolos que particularizam sob o enfoque pessoal do gestor a atuação administrativa;

²³⁷ “Publicidade de atos governamentais. Princípio da impessoalidade. (...) O *caput* e o parágrafo 1º do artigo 37 da Constituição Federal impedem que haja qualquer tipo de identificação entre a publicidade e os titulares dos cargos alcançando os partidos políticos a que pertençam. O rigor do dispositivo constitucional que assegura o princípio da impessoalidade vincula a publicidade ao caráter educativo, informativo ou de orientação social é incompatível com a menção de nomes, símbolos ou imagens, aí incluídos *slogans*, que caracterizem promoção pessoal ou de servidores públicos. A possibilidade de vinculação do conteúdo da divulgação com o partido político a que pertença o titular do cargo público mancha o princípio da impessoalidade e desnatura o caráter educativo, informativo ou de orientação que constam do comando posto pelo constituinte dos oitenta.” (STF. RE 191.668, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 15-4-08, DJE de 30-5-08).



➤ a conduta do agente público que realiza divulgação com marca pessoal ou conotação promocional se encontra eivada de desvio de finalidade, espécie do gênero abuso de poder, acarretando a respectiva nulidade dos atos administrativos autorizativos e das despesas pertinentes, com obrigatória devolução aos cofres públicos daquilo que foi gasto, sem descuidar da responsabilização por improbidade administrativa (artigo 11, *caput* e inciso I, da Lei nº. 8.429/920)²³⁸.

5.7 PEÇAS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO²³⁹

A recepção dos documentos técnicos oriundos do Tribunal de Contas enseja uma *análise inicial* sobre o conteúdo respectivo, devendo-se verificar o seguinte:

➤ existência de *imputação* cumulativa ou isolada de multa e/ou débito, ao final do documento;

➤ a imposição de *multa* resulta de *sanção de cunho administrativo*, fruto de atuação constitucional do TCE no exercício do controle externo da Administração Pública e, neste sentido, é *sempre executada pela Fazenda Pública do Estado da Paraíba* e não pelo Município, portanto, obrigação primeira e inafastável da Procuradoria-Geral do Estado (PGE);

➤ a identificação de *débito* se justifica pela quantificação de um prejuízo patrimonial/material específico - dano aos cofres públicos municipais ou estaduais, sem impedimento de localização de outros prejuízos de cunho patrimonial ou extrapatrimonial (moral) verificados pelo Ministério Público, aspecto que realça a desvinculação do Ministério Público ao pronunciamento técnico do TCE.

²³⁸ Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

²³⁹ Roteiro prático com igual teor foi remetido anteriormente aos órgãos de execução pelo Centro de Apoio.

No que se refere à multa, sob encargo da Procuradoria-Geral do Estado (PGE), algumas situações devem ser rememoradas:

- não há necessidade de nova remessa do documento do TCE para a PGE, eis que esta toma ciência simultânea da peça técnica;
- com o desiderato, tão somente, de verificar correção no estabelecimento das rotinas de tráfego dos documentos entre os órgãos públicos, basta a iniciativa de encaminhar ofício ao Centro de Apoio de Defesa do Patrimônio Público (e-mail: caop.patrimonio@mp.pb.gov.br), para saber se já houve por parte da PGE a execução ou, de forma direta, consultar o *site* www.pge.pb.gov.br e verificar no *link* de “execuções forçadas”;
- eventual *omissão da Fazenda Pública Estadual* e, por conseguinte, a análise acerca de cometimento de ato de improbidade administrativa no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado vai ocorrer na Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público da Capital, salvo hipótese de envolvimento no ato omissivo de autoridade que enseje investigação e apuração a cargo do Procurador-Geral de Justiça, com atribuição originária para manejo da ação respectiva;
- as iniciativas inerentes à multa não tem o condão de atrasar, paralisar ou suspender qualquer andamento de investigação a cargo do Ministério Público, com base no documento técnico do TCE, posto que interessam outros aspectos ligados ao ressarcimento dos danos, à improbidade administrativa e à caracterização de conduta delituosa.

Quanto ao débito, é preciso observar as seguintes iniciativas:

- na hipótese de *dano aos cofres municipais*, provocação escrita para que a Fazenda Pública Municipal (Prefeitura) proceda, em prazo mínimo razoável, à obrigatória execução judicial dos valores constantes no documento do TCE, já que tal se consolida como título executivo extrajudicial, desde que esse débito deva ser recolhido realmente aos cofres municipais;
- havendo *omissão da Fazenda Pública Municipal* (Prefeitura,

por sua Chefia do Executivo ou Procuradoria-Geral do Município) na execução do débito, caberá a interposição de ação específica pela Promotoria de Justiça (ação executiva ou ação civil pública executiva) e, além disso e ao mesmo tempo, extração de cópias dos documentos comprobatórios da omissão para instauração de um novo inquérito civil público, com o objetivo de apurar a improbidade administrativa decorrente desta omissão (identificar a má-fé ou a intenção de acarretar prejuízos para os cofres municipais, seja qual for o motivo);

➤ existindo débito oriundo de convênios ou outros atos de cooperação entre o Estado e o Município, com registro no Acórdão TCE de *danos aos cofres estaduais*, a execução judicial caberá à Fazenda Pública do Estado e não à Fazenda Pública Municipal, bastando eventual remessa de ofício para saber dessa providência, já que a Procuradoria-Geral do Estado já tomou ciência do Acórdão, restando à Promotoria apenas examinar se há conduta passível de investigação sob o pálio da Lei nº 8.429/92, a recair sobre o(s) gestor(es) ou ex-gestor(es) municipal(is);

➤ nesta hipótese específica de débito a ser executado pela Fazenda Pública Estadual, quando assim registrar o Acórdão, havendo omissão da Fazenda Pública Estadual em informar sobre o efetivo ingresso da ação executiva, encaminhar para a Promotoria do Patrimônio Público da Capital, com intuito de examinar as providências inerentes à apuração de responsabilidade, mediante instauração de inquérito civil público ou, até mesmo, antes disso, checagem da existência ou não desta omissão;

➤ caso possível, o recolhimento voluntário do débito já identificado pelo TCE, por provocação do MP, através de notificação do agente ou ex-agente público imputado, assinatura de termo de compromisso de ajustamento de conduta (TCAC) para quitação dos valores imputados, devidamente corrigidos monetariamente, sem prejuízo de apuração por improbidade ou por crime.

Esclarecidos os pontos decorrentes dessa primeira visão sobre as hipóteses de imputação de débito e multa, duas questões precisam ser sublinhadas:

➤ importância de se dar *uniformidade de atuação nas searas cível e criminal*, aspecto que exige comunicação institucional adequada para elaboração de um plano de trabalho conjunto nas hipóteses que envolvam mais de um órgão de execução ou mais de um integrante do Ministério Público, em face da cisão das atribuições cíveis e penais;

➤ nesse contexto, *fixação sintonizada de execução de atividades* para evitar o retrabalho, sobretudo na produção probatória, afigurando-se, de modo específico das autoridades detentoras de prerrogativa de foro, a articulação, desde o início, com a CCIAIF (Comissão de Combate à Improbidade Administrativa e à Irresponsabilidade Fiscal), com atribuições específicas de assessoramento técnico na área criminal que envolva os crimes especialmente praticados por agentes públicos - Decreto-Lei 201/67 e legislação pertinente.

Do corpo do documento e a partir da leitura de cada uma das questões consideradas problemáticas - *parte narrativa levantada pela auditoria e pelo relator*, serão extraídos atos e comportamentos que repercutem na adoção das seguintes providências:

➤ afastamento das *falhas ou irregularidades formais* que não trazem consequências inerentes à responsabilização civil (improbidade administrativa e reparação do dano) e à responsabilização penal, embora possam desencadear alguma multa administrativa (por exemplo, atraso na entrega de documentos, não preenchimento correto de informações, etc);

➤ identificação das condutas que merecem apuração por improbidade administrativa e por crime, adotando-se, de modo efetivo, medidas de investigação.

A investigação civil será formalizada mediante Instauração de *portaria de inquérito civil público*, realçando expressamente as condutas a serem apuradas e constando desde logo pedidos de diligências probatórias necessárias, com os seguintes cuidados:

➤ em regra, não há necessidade de instaurar um procedimento

para apurar improbidade administrativa (Resolução CPJ nº 001/2010) e outro para apurar o crime (procedimento de investigação criminal), esta última situação quando não houver prerrogativa de foro;

➤ no entanto, pode haver necessidade de cindir a apuração cível da criminal, com instauração simultânea de investigação no campo cível e penal, por conta da existência de regramento específico em virtude da necessidade de medidas investigativas próprias da esfera penal, por exemplo, interceptação telefônica, daí o fundamento da instauração do procedimento investigativo ter que ser diferente.

Na *fase da produção probatória*, observar de modo pontual a documentação realmente relevante para a investigação, evitando-se requisições ou solicitações amplas que, em muito, dificultam a análise posterior dos fatos, devendo-se, de outro lado, verificar os seguintes documentos:

➤ cópias dos relatórios de auditoria e dos pareceres do MP e TCE no Processo TC que tramitou no Tribunal de Contas: inicialmente, contato direto, por ofício ou *e-mail*, com o Centro de Apoio Operacional do Patrimônio Público, para verificação de disponibilização imediata, após acesso ao sistema do TCE; caso não alcançada a documentação, ofício direto para o TCE, por simples solicitação, com amparo na publicidade das informações; por último, se demorar a resposta, ofício para o PGJ para ele manejar requisição (essa requisição é privativa dele);

➤ cópias específicas dos documentos comprobatórios da(s) irregularidade(s) que estão dentro do Processo TC e que devem ser solicitadas de modo específico e de acordo com as condutas narradas na portaria do inquérito civil público (é melhor evitar, como disse, pedir cópia do processo inteiro): ofício direto para o TCE, por solicitação ou para a Câmara Municipal respectiva, se o caso de o processo já estiver lá disponível, referente a cópias de notas fiscais, processos de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, contratos com pessoas jurídicas ou com pessoas físicas, relação de quadro de pessoal, recibos de pagamento ou de entrega de bens, etc. (o que for especificamente trazido na conduta que se quer investigar);

➤ cópias dos contratos sociais da(s) empresa(s) eventualmente citadas ou que tenha(m) recebido dinheiro em virtude da conduta narrada: ofício para a JUCEP - Junta Comercial do Estado da Paraíba, requisitando cópias dos contratos sociais;

➤ outras informações disponíveis em bancos de dados públicos existentes em sites oficiais - SAGRES *on line* (TCE), Portal da Transparência (CGU), INFOSEG, etc., inclusive para alcançar eventual qualificação pessoal do(s) envolvido(s) e outros dados relevantes, evitando a paralisação da investigação em virtude de respostas de ofícios não alcançadas;

➤ ofícios específicos para o órgão público ou pessoa jurídica com as atribuições no âmbito do Município para encaminhar as normas existentes em relação àquela conduta investigada; enviar cópias de contratos e outros documentos, se não alcançados no processo TC; relacionar os valores ou despesas efetivadas; esclarecer sobre servidores e as respectivas competências administrativas de cada um (serve para responsabilizar outras pessoas além do ordenador de despesa);

➤ audiência para colher depoimento pessoal e outros testemunhos.

No âmbito do inquérito civil público, é possível a formalização de *solução extrajudicial*, mediante a assinatura de termo de compromisso de ajustamento de conduta (TCAC) e/ou expedição de recomendação, atentando-se que,

➤ nas hipóteses de *termo de compromisso de ajustamento de conduta*, a solução administrativa pode envolver a quitação voluntária de outros débitos não identificados pelo TCE, mas observados pelo MP na investigação e a imposição de obrigação de fazer ou de não fazer, sobretudo para invalidação de atos, procedimentos ou contratos administrativos viciados ou, até mesmo, para saneamento de omissões administrativas (realização de concurso, efetivação de obra, etc);

➤ nas hipóteses de *recomendação*, para adequar, em linha orientativa, alguma conduta ou comportamento da Administração Pública.



Em razão da investigação, descortina-se a propositura das medidas judiciais, com duas vertentes a saber,

- no campo cível, mediante cumulação ou não de ações (improbidade administrativa + anulação de algum ato, procedimento ou contrato administrativo), inclusive inserindo-se pedidos de cautelares incidentais ou interposição antecedente de cautelares preparatórias (indisponibilidade de bens, afastamento do cargo) ou requerimentos administrativos de ruptura de sigilos bancário e fiscal;
- no campo penal, com alcance de providências probatórias que reforcem a iniciativa civil, sobretudo em questões ligadas à interceptação telefônica ou outras provas alcançadas na esfera penal, manejando-se a prova emprestada.

5.8 CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO (CGU): RELATÓRIOS E FISCALIZAÇÕES

A Controladoria-Geral da União (CGU) é regida pela Lei Federal nº. 10.683/2003, constituindo-se em órgão do Governo Federal encarregado de realizar, no âmbito do Poder Executivo Federal, ações diversificadas inerentes ao exercício de controle interno, buscando a defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão²⁴⁰.

A atuação da CGU é de caráter federal, desenvolvendo as atividades de fiscalização e auditoria sobre programas, recursos e ações federais²⁴¹. No entanto, em razão das diversas atividades desempenhadas, há emissão de relatórios da CGU ao Ministério Público Estadual, ao mesmo tempo em que também são entregues ao Ministério Público Federal e a outros órgãos do sistema de controle.

²⁴⁰ Informações extraídas do *site*. Disponível em: <www.cgu.gov.br>.

²⁴¹ “A Controladoria-Geral da União (CGU) tem atribuição para fiscalizar a aplicação dos recursos públicos federais repassados, nos termos dos convênios, aos Municípios. (...) Acrescentou-se que a fiscalização da CGU seria feita de forma aleatória, em face da impossibilidade fática de controle das verbas repassadas a todos os Municípios, mediante sorteios públicos, realizados pela CEF, procedimento em consonância com o princípio da impessoalidade, inscrito no art. 37, *caput*, da CF. Ressalvou-se, por fim, que a fiscalização apenas recairá sobre as verbas federais repassadas nos termos do convênio, excluídas as verbas estaduais ou municipais.” (RMS 25.943, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 24-11-2010, Plenário, Informativo 610).



É inegável a existência de outras iniciativas da CGU no campo preventivo e seu relevante papel de fortalecimento interinstitucional nas esferas estadual e municipal. Mas, de modo específico e operacional, no que se refere aos relatórios de fiscalização ou auditoria que chegam ao Ministério Público Estadual, envolvendo *transferência de recursos para os Municípios*, devem ser alinhadas as seguintes premissas:

➤ a partir da identificação do *natureza da transferência* de recursos realizada pela União (automáticas ou voluntárias), estabelecer o campo de atribuições do Ministério Público Estadual, observando-se a orientação de sujeição das medidas de caráter judicial à competência federal, sobretudo no que envolve a questão da utilização dos recursos²⁴²;

➤ observar, neste mesmo sentido, a existência de recursos públicos não federais e, portanto, oriundos dos cofres públicos do Município a título de *contrapartida*, o que evidencia a necessidade de enfoque investigativo sobre tal aspecto pontual, mesmo porque podem derivar irregularidades com a utilização indevida apenas de tal dinheiro;

➤ atuação nas questões que se relacionam à *gestão municipal dos serviços públicos* que decorrem dos programas e ações já referidas, observando-se a área correspondente ao órgão de execução no âmbito do Ministério Público (saúde, educação, cidadania, etc.), para onde devem se dirigir as peças, em caso de ausência de atribuições específicas na seara de patrimônio público (artigo 2º, §§ 1º e 2º, da Resolução CPJ nº 001/2010);

➤ possibilidade de elaboração prévia de *atuação conjunta expressa* entre Ministério Público Federal e Estadual, com intuito de produção probatória e propositura de iniciativas judiciais e extrajudiciais sobre todos os aspectos trazidos no relatório, sem prejuízo de atendimento às precatórias (artigo 8º, §8º, da Resolução CPJ nº 001/2010).

²⁴² Veja-se, a esse respeito, no manual, as questões de atribuições entre MPF e MPE e de competência judicial.

5.9 LAVAGEM DE DINHEIRO E COAF

A questão da *lavagem de dinheiro*²⁴³ tem registro em face da previsão na Lei nº 9.613/1998. O que parece distante da realidade, porém não o é. Através da lavagem de dinheiro muitos agentes públicos continuam a ter acesso irrestrito a todas as vantagens financeiras (lucro) decorrentes de atos de corrupção, transmudando o que é ilícito em aparência de lícito.

Dessa maneira, instituído pela mesma Lei nº 9.613/1998, o COAF - *Conselho de Controle das Atividades Financeiras* se traduz como unidade de inteligência financeira, estruturado no âmbito do Ministério da Fazenda, com o objetivo de coordenar mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à lavagem de dinheiro, disciplinar e aplicar penas administrativas e receber, examinar e identificar ocorrências suspeitas²⁴⁴.

Não obstante os instrumentos próprios da repressão penal a tais situações e até o caráter prioritário dessa seara sobre o assunto, é importante examinar algumas situações específicas. Mesmo porque tal contexto pode nitidamente surgir no curso de investigações civis derivadas da Lei nº 8.429/92 (Lei de Combate à Improbidade Administrativa). O ponto de contato com a temática resulta da previsão dos crimes contra a Administração Pública como condutas antecedentes do crime de lavagem de dinheiro (artigo 1º, da Lei nº 9613/1998)²⁴⁵.

²⁴³ “Lavagem de dinheiro é o processo pelo qual o criminoso transforma recursos ganhos em atividades ilegais em ativos com uma origem aparentemente legal. Esta prática geralmente envolve múltiplas transações, usadas para ocultar a origem dos ativos financeiros e permitir que eles sejam utilizados sem comprometer os criminosos. A dissimulação é, portanto, a base para toda operação de lavagem que envolva dinheiro proveniente de um crime antecedente.” - Cartilha disponível em <https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/publicacoes/downloads/cartilha.pdf>.

²⁴⁴ Informações extraídas do site. Disponível em: < www.coaf.fazenda.gov.br >. Acesso em: 12 abr. 2011.

²⁴⁵ Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

Daí a referência ao COAF, no que interessa de modo mais prático as questões ligadas ao recebimento, exame e identificação de *ocorrências financeiras atípicas ou suspeitas*. É, portanto, ao COAF que cabe a centralização do fluxo de informações financeiras (artigo 14, da Lei nº 9.613)²⁴⁶, competindo a este fazer a respectiva comunicação à autoridade competente (art. 15)²⁴⁷.

Desse modo, podem ser esquadrihadas as seguintes possibilidades concretas:

- nas situações de *enriquecimento ilícito* previstas no artigo 9º, da Lei nº 8.429/92, pode ser acionado o COAF com intuito de subsidiar uma investigação específica a partir da verificação da existência de informes sobre movimentações atípicas inseridas no contexto investigativo;
- o intercâmbio de comunicação necessita de acesso a um sistema eletrônico de intercâmbio (SEI) do COAF, porquanto se cuida de compartilhamento de dados sigilosos, devendo-se manter contato, para as demais orientações com a Procuradoria-Geral de Justiça.

²⁴⁶ Art. 14. É criado, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades.

²⁴⁷ Art. 15. O COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito.

REFERÊNCIAS

Alexandrino, Marcelo; VICENTE, Paulo. *Direito administrativo descomplicado*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Princípios do Direito Administrativo*. Síntese da conferência pronunciada em 05.09.01 no Curso de Formação em Direito Tributário.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 13*. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

_____. _____. *Súmula nº 18*. Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público.

_____. _____. *Súmula nº 208*. Compete à justiça federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal.

_____. _____. *Súmula nº 209*. Compete à justiça estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.



_____. _____. *Súmula nº 267.* Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Súmula nº 346.* A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

_____. _____. *Súmula nº 346.* A administração pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos.

_____. _____. *Súmula nº 347.* O Tribunal de Contas, no exercício das suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.

_____. _____. *Súmula nº 373.* Servidor nomeado após aprovação no curso de capacitação policial, instituído na polícia do distrito federal, em 1941, preenche o requisito da nomeação por concurso a que se referem as leis 705, de 16/5/1949, e 1639, de 14/7/1952.

_____. _____. *Súmula nº 685.* É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 7.* A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

_____. _____. *Súmula nº 150.* Compete à justiça federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da união, suas autarquias ou empresas públicas.

_____. _____. *Súmula nº 208.* Compete a justiça federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.

_____. _____. *Súmula nº 209* - Compete à justiça estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.





_____. _____. *Súmula nº 227*. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

_____. _____. *Súmula nº 280*. Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CONTROLAR A CONSTITUCIONALIDADE DE ATO NORMATIVO SIGNIFICA IMPEDIR A SUBSISTÊNCIA DA EFICÁCIA DE NORMA CONTRÁRIA À CONSTITUIÇÃO. In: TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros.

CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Improbidade Administrativa: Contratos Inválidos já Executados, questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Editora Juspodium.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

DINIZ, Cláudio Smirne. *Responsabilidade Fiscal e Improbidade Administrativa*. In: *Temas de Proteção ao Patrimônio Público: direito material e processual*. Curitiba: CAOP do Patrimônio Público do MP/PR. 2008.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum. 2007.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.



_____. *Repressão à Corrupção no Brasil: entre realidade e utopia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público: estratégia, princípios institucionais e novas formas de organização*. Disponível em: www.apmp.com.br/diremacao/.../conc_cesar_salgado09.doc. Acesso em 13 de abril de 2011.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MAZZILI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do Patrimônio Público: comentários à lei de improbidade administrativa*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. In: *RDP*, n. 90. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9. ed. [s.l.]:Jurídico Atlas, 2001.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. São Paulo: Del Rey, 1994.

VHOSS, Moser. *Dano moral e improbidade administrativa*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

ANEXO A

Índice legislativo:

- Lei Federal nº. 4.717/65 (Lei de Ação Popular);
- Lei Federal nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública);
- Lei Federal nº 8.429/92 (Lei de Combate à Improbidade Administrativa);
- Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal);
- Lei Complementar nº 105/2001 (sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências);
- Lei Federal nº 8.437/92 (concessão de medidas cautelares contra atos do poder público)
- Lei Federal nº 12.016/2009 (Mandado de Segurança);
- Decreto-lei nº 201/67 (Crimes de responsabilidade dos prefeitos);
- Código Penal (artigos 312 a 337-A e 359-A a 359-H);
- Lei nº 8.666/93 (normas para licitações e contratos da Administração Pública);
- Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1.995 (regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal);
- Lei nº 11.079/04 (normas gerais para licitação e contratação de parcerias público-privadas no âmbito da Administração Pública);
- Lei nº 10.520/02 (modalidade do pregão no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios);
- Lei Complementar nº 123/06 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e as modalidades “diferenciadas” de licitação para a contratação de tais pessoas jurídicas);
- Lei nº 12.232/10 (normas gerais para licitação e contratação pela Administração Pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda);
- Lei Federal nº 4.320/64 (Lei das Finanças Públicas);
- Lei Federal nº 9.613/98 (crimes de “lavagem” ou ocultação

de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF);

- Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público);
- Lei Complementar Estadual nº 97/2010 (Lei Orgânica do Ministério Público da Paraíba);
- Resolução CNMP nº 23/2007 (disciplina pelo Conselho Nacional do Ministério Público de instauração de inquérito civil público e procedimento preparatório);
- Resoluções CNMP nº 01/2005 e 07/2006 (disciplina o combate ao nepotismo no Ministério Público);
- Resolução CPJ nº 001/2010 (parâmetros de investigação cível no Ministério Público da Paraíba);
- Lei Complementar Estadual nº 58/2003 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis Estaduais da Paraíba);
- Lei Complementar Estadual nº 18/93 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba).

ANEXO B

Sites de consulta:²⁴⁸

Todos os *sites* abaixo relacionados permitem consulta aberta e podem auxiliar a atuação do integrante do Ministério Público na proteção do patrimônio público

1) RECEITA FEDERAL DO BRASIL : <http://www.receita.fazenda.gov.br>

➤ *situação cadastral*: no menu localizado no canto superior da página da Receita Federal, acesse o menu “Empresa” em seguida a opção “Cadastro - CNPJ”. No item “Consultas” acesse “Emissão de Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral”. Após acionada a referida opção aparecerá uma nova tela com campos para preenchimento com o número do CNPJ da empresa e caracteres informados na nova tela. Por último, tecele em “consultar” e será apresentada a consulta informando a situação da empresa perante o referido cadastro da Receita Federal;

➤ *certidões negativas* de Tributos Federais/Dívida Ativa da União e de Contribuições Previdenciárias: Na tela principal da página da Receita Federal, você deverá acionar no Menu “Empresa” a opção “Certidões”. Será aberta uma página com as opções de “emissão de segunda via de certidão” para as duas opções, bastando fornecer o número do CNPJ.

2) SINTEGRA: <http://www.sintegra.gov.br/>

➤ Na página do Sintegra, deve-se acionar o menu de opções com os nomes das Unidades da Federação (UF). Em seguida, aparecerá uma nova tela com campos para preenchimento do CNPJ, CPF (no caso de firma individual) ou a Inscrição Estadual da empresa de seu

²⁴⁸ Pesquisa e análise feita pelos servidores do Ministério Público da Paraíba (Bruno Leonardo Medeiros, Fábio Nóbrega de Albuquerque e Fernando Espínola Malagueta) acerca de *sites* disponibilizados pelo FOCCO.

interesse. Após digitar um dos números acima, aperte a tecla “Enter” e aparecerá o resultado de sua consulta, que revelará a situação da empresa perante o cadastro da respectiva Fazenda Estadual.

3) TRANSPARÊNCIA BRASIL: <http://www.transparencia.org.br/>

No site da Transparência Brasil, há diversos bancos de dados importantes:

- *Excelências*, que traz o histórico dos parlamentares brasileiros (processos a que respondem, na Justiça, como gastam o dinheiro que recebem, quem financiou suas campanhas eleitorais);
- *Deu no Jornal* - o único banco de dados existente no Brasil com noticiário sobre a corrupção publicado por toda a imprensa brasileira;
- *Às Claras*, que traz o mapa do financiamento eleitoral no Brasil;
- *Assistente Licitações*, que resolve dúvidas sobre o assunto e verifica se um edital de licitação obedece à lei.

4) PORTAL DA TRANSPARÊNCIA: <http://www.portaltransparencia.gov.br/>

O portal da transparência disponibiliza um banco de dados sobre a aplicação do dinheiro público pelo Governo Federal. Consulta às transferências constitucionais, gastos diretos do Governo Federal, consulta ao cadastro de empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), beneficiários do Bolsa Família, valores pagos a servidores federais, consulta à convênios, entre muitas outras.

5) CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO: <http://www.cgu.gov.br/>

Através do *site* da CGU, é possível ter acesso aos relatórios de auditorias em Tomadas de Contas Especial promovidas pelos seus agentes fiscalizadores nos mais diversos municípios.

6) TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: <http://www.tcu.gov.br/>

Através do *site* do Tribunal de Contas da União poder-se-ão obter

informações importantes sobre convênios, licitações, contratos, obras públicas e licenciamento ambiental, além de consultar os processos em tramitação e a jurisprudência da Corte de Contas da União.

7) TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - CADICON:
<https://contas.tcu.gov.br/adp/Web/busca/cadicon.jsp>

No CADICON - Cadastro Nacional de Condenações por Ilícitos Administrativos é possível realizar uma busca de responsáveis por contas julgadas irregulares. A base de dados possui condenações de 19 Tribunais de Contas, mas não inclui o da Paraíba.

8) TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - CADIRREG: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/responsabilizacao/irregulares>

O CADIRREG é um cadastro histórico que reúne o nome de todas as pessoas, físicas ou jurídicas, vivas ou falecidas, detentoras ou não de cargo/função pública, que tiveram suas contas julgadas irregulares pelo TCU.

9) CONTAS ABERTAS: <http://contasabertas.uol.com.br>

Através do *site* Contas Abertas podem-se obter os dados capturados do SIAFI (Sistema Integrado de Administração Financeira), informações essas que pelo SIAFI não seriam de acesso público.

10) TESOURO NACIONAL : <http://www.stn.fazenda.gov.br/>

No portal da Secretaria do Tesouro Nacional, podem-se acessar informações sobre as transferências constitucionais, realizadas pela União aos Estados e Municípios:

➤ na página inicial um menu, que contém várias opções de consulta, dentre as quais encontra-se o acesso a dados de Transferências Constitucionais. Para acessá-la você deve-se clicar na opção “Estados e Municípios”, que fica no lado esquerdo da página inicial



do portal. Haverá um desdobramento do menu, disponibilizando a opção sobredita. Após acionar a opção de “Transferências Constitucionais”, surgirá uma nova tela com campos que devem ser preenchidos com o ano, tipo de transferência (FPM, FPE, FUNDEB e outros), UF e Município que recebeu o repasse.

➤ possibilidade de fazer a pesquisa por Estado ou Município, além de detalhar a informação mensalmente ou anualmente. Desta forma, qualquer cidadão saberá o montante de transferências constitucionais recebido por seu Município e Unidade da Federação correspondente.

11) TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL: <http://www.tse.gov.br/>

No site do TSE é possível realizar uma busca atualizada nas prestações de contas incluindo os doadores de campanhas políticas com o intuito de se realizar um cruzamento de dados com sócios de empresas contratantes junto ao serviço público. O banco de dados contém informações de eleições desde 1994.

12) PORTAL DE CONVÊNIOS DO GOVERNO FEDERAL:
www.convenios.gov.br/portal/

Desde 1º de setembro de 2008, o Governo Federal tornou obrigatória a utilização do Portal de Convênios para a celebração, a liberação de recursos, o acompanhamento da execução e a prestação de contas dos convênios firmados com recursos repassados voluntariamente pela União. No espaço chamado “Acesso Livre” temos acesso aos convênios federais por órgão.

13) FUNDO NACIONAL DE ESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO:
www.fnde.gov.br

O portal dessa autarquia federal oferece duas opções, muito úteis para acompanhar e fiscalizar a situação das contas do Município, referentes à aplicação de repasses automáticos, transferidos a partir de programas do Governo Federal, cujas ações estão voltadas à área da educação:





➤ Na primeira página do *site* na Internet, encontrar-se-á no meio da mesma a opção “Consultas *On line*”, que apresenta vários itens importantes, como, por exemplo, a consulta a “liberações de recursos” e a “situação da prestação de contas do repasse direto”. Quando se acessa o primeiro item, surgirá uma nova janela com seis campos, que deverão ser preenchidos para direcionar sua pesquisa. Deverá ser indicado ano do repasse, o programa que se deseja consultar, o CNPJ da entidade beneficiária do repasse, a Unidade da Federação, o Município e o tipo de entidade, como por exemplo a “prefeitura”. Preenchidos os campos, basta clicar no botão “buscar” e surgirão informações detalhadas sobre o montante repassado, inclusive com indicação da conta corrente específica para movimentação dos recursos. Caso seja necessário consultar todos os repasses recebidos pela entidade naquele exercício, deixe o campo “programa” preenchido com a expressão: “todos programas”. Assim, o sistema informará todos os repasses recebidos no ano;

➤ O segundo item de pesquisa fornece a situação da prestação de contas, a ser apresentada anualmente ao FNDE pela entidade gestora dos recursos. Após acionar a opção na página inicial do portal, surgirá na tela um nova janela com duas opções de pesquisa. A consulta poderá ser feita por programa (PDDE, PNAE, PEJA, PNATE e outros) ou por entidade (Secretaria de Educação, Prefeitura ou ONG). A primeira forma de pesquisa fornece a situação das contas da Secretaria de Educação Estadual e de todos os Municípios da UF selecionada, separadamente por programa. Na segunda opção, a pesquisa lhe fornecerá a situação das prestações de contas em todos os programas, por entidade selecionada.

14) PORTAL DE OBRAS DO GOVERNO FEDERAL: www.obrasnet.gov.br

Tem por finalidade servir de ferramenta para acompanhamento de todas as obras lastreadas com recursos do Orçamento Geral da União em andamento no país, encontrando-se nele informações sobre a execução físico-financeira das obras e fotos dos empreendimentos. O portal dispõe também do acompanhamento de preços e índices da construção civil, além de outros dados, dando, inclusive,



oportunidade ao cidadão de opinar sobre a agilidade e o benefício que a obra traz para a sua comunidade.

15) CAIXA ECONÔMICA FEDERAL: www.caixa.gov.br

No *site* da Caixa Econômica Federal se pode pesquisar todas as obras que estão sendo feitas no município em que se reside com recursos federais repassados através da CEF, via assinatura de contratos de repasse. A grande maioria das obras realizadas com recursos federais já estão sendo feitas através dos referidos contratos de repasse, com intermediação e fiscalização da Caixa Econômica Federal. Para saber sobre todas as obras contratadas com o seu município, siga a sequência: “governo”, “acompanhamento de obras”, “OGU-Recursos da União”; após, escolha a unidade da federação (PB) e o nome do município. Aparecerão na tela do computador todos os contratos de repasse assinados, com os respectivos números, os anos de contratação, as obras e os valores envolvidos. Clicando em cima do número de contrato de repasse que escolher, mais detalhes surgirão, como a data de vigência do contrato, o montante de recursos já repassados, o estágio da obra, se a mesma foi concluída ou não, etc.

16) CÂMARA DOS DEPUTADOS - SISTEMA FISCALIZE: www.camara.gov.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/fiscalize/index.html.

O sistema FISCALIZE, disponibilizado pela Câmara dos Deputados, tendo por fonte dados do SIAFI, possibilita consultas à execução orçamentária e financeira da União:

➤ na parte relativa ao “Cidadão” são apresentados relatórios pré-elaborados para proporcionar uma visão geral dos gastos do governo federal. Na parte relativa às “Transferências da União” para Unidades da Federação e Municípios, é apresentada consulta detalhada (ex.: FPM/FPE, merenda escolar, saúde, transferências voluntárias, etc.), para cada Município ou Estado/DF favorecido, conten-

do a relação das transferências da União, com dados mensais e acumulados.

➤ em “Relatórios Específicos”, é possível elaborar consultas que combinem níveis diferentes de agregação das despesas orçamentárias (ex.: despesas por órgão, por função, por programa) com o uso de filtros de variáveis. Trata-se, basicamente, de novos relatórios, implementados em ambiente *web*, que se somam aos já existentes relatórios da execução orçamentária em banco de dados *Access*, que continuam disponíveis para *download*.

17) BANCO DE DADOS DOS POLÍTICOS DO BRASIL:
www.politicodobrasil.com.br

Neste *site*, encontram-se dados sobre os políticos, antigos e atuais, que se candidataram em eleições no Brasil. Os dados desta página são todos oficiais e fornecidos pela Justiça Eleitoral, que autorizou a publicação.

18) ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO:
www.abraji.org.br

A Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo - ABRAJI - foi criada por um grupo de jornalistas brasileiros interessados em trocar experiências, informações e dicas sobre reportagem, principalmente sobre reportagens investigativas. Disponibiliza de uma demonstração de ocultação de dados por parte da Administração Pública.

19) TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA PARAÍBA - SAGRES ON LINE
<http://portal.tce.pb.gov.br/aplicativos/sagres/>

O TCE no exercício de sua competência possibilita o controle social ao pôr em prática o princípio da transparência e disponibiliza as principais informações relativas à gestão pública estadual e municipal fornecidas pelos respectivos gestores, sem que sobre ela haja emitido qualquer juízo de valor. No Sagres pode ser verificado itens

como receitas e despesas orçamentárias, empenhos, disponibilidades, licitações, obras, folha de pessoal, consulta de veículos (informações só disponíveis nos exercícios de 2005 a 2008) e credores.

20) CONTROLADORIA-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA: <http://www.siaf.cge.pb.gov.br/PORTALSIAF/Portal#>

Visando a transparência dos Gastos Públicos, o Governo do Estado da Paraíba disponibiliza nesse portal informações do Sistema Integrado de Administração Financeira - SIAF, que verifica as receitas e despesas por unidade gestora, através do link “Acesso Livre SIAF”.

21) MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - ENTIDADES DE UTILIDADE PÚBLICA: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ4268993FPTBRIE.htm>

Nesse site pode ser realizada uma consulta a Entidades que possuem a Certidão de Utilidade Pública Federal emitida pelo Ministério da Justiça.



ANOTAÇÕES







