

# A Consensualidade na Atuação do Ministério Público na Promoção da Responsabilização por Atos de Improbidade Administrativa frente à Independência dos Sistemas Punitivos

Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis\*

## Sumário

1. Introdução. 2. Unicidade de Condutas e Multiplicidade de Tipos e de Sanções – Independência e Comunicabilidade entre as Instâncias Penal, Civil e Administrativa. 3. Revisão Crítica da Atuação do Ministério Público. Necessidade de Consenso Funcional à Luz do Princípio da Eficiência. 4. Conclusão. Referências. Bibliografia.

## Resumo

O presente trabalho tem como objeto ou finalidade a demonstração da necessidade de uma revisão crítica da atuação do Ministério Público, na promoção da responsabilização por atos de improbidade administrativa, com a proposição de uma ponderação teleológica dos princípios institucionais e o da eficiência que propicie a atuação integrada e consensual entre os órgãos de execução com atribuições distintas, frente à independência dos sistemas punitivos.

A necessidade dessa atuação integrada e uníssona surge da perspectiva de dissonância ou conflito de convicções entre órgãos de execução de atribuições diversas, com prejuízos recíprocos à promoção da responsabilização dos agentes e terceiros indutores, beneficiários dos atos ímprobos, nas independentes instâncias punitivas.

## Palavras-chave

Consensualidade. Ministério Público. Responsabilização. Improbidade Administrativa. Independência. Sistemas Punitivos

## 1. Introdução

Através de uma interpretação teleológica e sistemática de alguns dispositivos constitucionais<sup>1</sup>, afere-se que ao Ministério Público, como instituição permanente,

\* Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais, graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos, em julho de 2004; Pós Graduado em Direito Privado, Tese de Direito Penal, pela UCAM – Universidade Cândido Mendes, em julho de 2006.

<sup>1</sup> Citamos, em rol exemplificativo, os seguintes dispositivos da Constituição da República de 1988: artigo

essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, cabe a proteção do patrimônio público<sup>2</sup> e a respectiva responsabilização dos agentes e terceiros indutores, concorrentes ou beneficiários dos atos de improbidade administrativa, funções que, aliás, foram forjadas expressamente no artigo 129, III, da CR/1988, no artigo 17 da Lei nº 8.429/1992 e no artigo 19 da Lei nº 12.846/2014.

À mesma conduta ilícita, violadora do amplo regime jurídico de proteção ao patrimônio público<sup>3</sup>, qualificada pela Lei nº 8.429/1992 como ato de improbidade administrativa<sup>4</sup>, podem ser cominadas, simultânea e independentemente, diversas sanções, a depender da seara do direito destacada à análise típica. São distintos e autônomos sistemas de responsabilização: administrativo; cível (*lato sensu* e *stricto sensu*)<sup>5</sup>; penal e político.

Diante desse quadro e, tendo em vista a perspectiva da possibilidade de formação de convicções dissonantes e reciprocamente prejudiciais à responsabilização dos agentes ímprobos, sobre uma mesma conduta ilícita, é que avulta a necessidade de uma revisão crítica da atuação dos órgãos de execução do Ministério Público envolvidos na defesa do patrimônio público, atuantes em diversos sistemas punitivos.

## 2. Unicidade de Condutas e Multiplicidade de Tipos e de Sanções – Independência e Comunicabilidade entre as Instâncias Penal, Civil e Administrativa

Da prática de condutas violadoras do ordenamento jurídico (atos ilícitos comissivos ou omissivos) por parte de um agente público, com ou sem a participação de terceiros, surge a inexorável necessidade de responsabilização, que pode ser de

<sup>1</sup>º, II e III; artigo 3º, I a IV.

<sup>2</sup> Mesclando-se o conceito semântico aos conteúdos normativos específicos, com o complemento conceitual doutrinário, podemos determinar *patrimônio público* como o conjunto de bens e direitos (sociais e morais), de natureza móvel ou imóvel, corpóreos ou incorpóreos, patrimoniais ou extrapatrimoniais pertencentes aos entes públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), através da administração direta, indireta ou fundacional e à coletividade como titular ultimada, cuja conservação seja de interesse público e difuso, estando não só os administradores, como também os administrados, vinculados a sua proteção e defesa.

<sup>3</sup> O patrimônio público, tanto sob o aspecto subjetivo (titularidade individual e coletiva), quanto sob o aspecto objetivo (ordem jurídica), foi forjado, externa e internamente, como direito fundamental, porquanto se trata de conjunto de bens transindividual e solidarizado, a bem da dignidade da pessoa humana, sendo parâmetro básico para a interpretação e concretização da própria ordem jurídica e da fixação dos parâmetros e valores do próprio Estado Democrático de Direito. (WANIS, RODRIGO – *O Patrimônio público como direito fundamental difuso e a intervenção preventiva extrajurisdicional do ministério público contra a corrupção – aspectos teóricos e práticos. Escala de ação progressiva* – Artigo Publicado na Revista do Conselho Nacional do Ministério Público, 5ª ed., 2015).

<sup>4</sup> Improbidade deriva do latim, *improbitas*, designativo de má qualidade atribuída a algo ou a alguém. Em sentido próprio, *improbus*, que deu origem ao vernáculo improbo, significa mau, de má qualidade. O prefixo negativo *im*, determina a contrariedade à probidade, do latim *probus*, (pro + bho – da raiz bhu, nascer, brotar), determinando, em português, proba, adjetivo que significa o que é bom, íntegro, reto, de boa qualidade. Aliando-se *improbidade*, como qualidade negativa à *administração pública*, temos que *improbidade administrativa* pode ser caracterizada como uma qualificação normativa dada à conduta comissiva ou omissiva que promove o desvirtuamento da administração pública, por meio dos atos que importam em enriquecimento ilícito do agente ou beneficiário, causam prejuízo ao erário e/ou que afrontam os princípios nucleares da ordem jurídica administrativa e que enseja, ao final de processo jurisdicional promovido pela pessoa jurídica lesada e/ou pelo Ministério Público, a aplicação das sanções descritas no artigo 12 da Lei nº 8429/1992, sem prejuízo da responsabilização administrativa, penal e política.

<sup>5</sup> Responsabilização cível *lato sensu*: sanções judiciais de natureza não penal. Responsabilização cível *stricto sensu*: reparação do dano.

natureza penal, civil e administrativa, promovida pelos legitimados legais perante o órgão ou instituição competente.

Confirmando, em nível infraconstitucional, a expressa previsão de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa cunhada no § 4º do artigo 37 da Constituição da República, a Lei nº 8.429/1992 disciplinou as três espécies ou modalidades de ato ímprobo: aqueles que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º); os que causam prejuízo ao erário<sup>6</sup> (art. 10) e os que violam os princípios da administração pública (art. 11). Cunhados pela referida norma em rol aberto, meramente exemplificativo, todas as condutas possuem um elemento normativo comum: a antijuridicidade.<sup>7</sup> São comportamentos violadores da ordem jurídica, composta por regras, princípios<sup>8</sup> e costumes de observância obrigatória, sobretudo em se tratando de controle do patrimônio público.

As sanções aos atos de improbidade administrativa vêm descritas no artigo 12 da mesma Lei de Improbidade Administrativa, as quais, buscando dar maior eficácia à proteção do patrimônio público, serão aplicadas “independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica”.

Analisando sistematicamente nosso ordenamento jurídico, afere-se a possibilidade de uma só conduta (unicidade da conduta) figurar como ilícito penal, civil e administrativo (multiplicidade típica), propiciando a responsabilização em cada seara do direito (multiplicidade de sanções).

Especificamente quanto aos atos de improbidade administrativa, verificada a antijuridicidade da conduta, constatado o elemento subjetivo do agente (dolo ou culpa), delineados os efeitos da conduta praticada (especificação do ato de improbidade), identificado o agente e o indutor/concorrente/beneficiário e, por fim, realizado um juízo de proporcionalidade sobre a conduta ilícita<sup>9</sup>, caberá, aos

<sup>6</sup> A interpretação do vocábulo *erário* não deve se restringir apenas à ideia de conjunto de bens e interesses públicos de natureza econômico-financeira, o que não se admite em termos de proteção aos direitos e garantias fundamentais. A norma reclama interpretação ampliada, teleológica-sistemática, compreendendo a ideia de *patrimônio público*, tendo em vista a natureza fundamental difusa deste conjunto de bens e interesses massificados. Neste sentido, Emerson Garcia (*Improbidade Administrativa*, p. 311).

<sup>7</sup> A definição da antijuridicidade como epicentro estrutural comum dos atos de improbidade é construção teórica de Emerson Garcia <<http://jus.com.br/artigos/32814/improbidade-administrativa>>. Acesso em: 10/12/2015.

<sup>8</sup> O reconhecimento da força normativa dos princípios remonta a Bachoff, Forsthoff e Larenz, sendo que, desde o surgimento do Pós-Positivismo, ainda podemos fazer uso do conceito gizado por Crisafuli, em 1952: “Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém”. Enfim, são mandados de otimização de todo um sistema, sobretudo à luz da ordem constitucional, que asseguram direitos fundamentais aos destinatários das normas. Princípios são exigências de otimização, suscetíveis e abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos. São, normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos. São ainda postulados que se irradiam por todo o sistema de normas com o fito de propiciar um padrão de interpretação, integração, conhecimento e aplicação das normas positivadas nesse mesmo sistema.

<sup>9</sup> Essa operação de análise da conduta e subsunção aos tipos da Lei de Improbidade Administrativa é criação de Emerson Garcia, que descreve esses cinco momentos em um *iter* de individualização dos atos de improbidade administrativa (GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. Emerson e Rogério Pacheco Alves. 6ª ed, ver. e ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 347 a 350).

legitimados ativos, a promoção da responsabilização do agente político que praticou o ato ímprobo e dos terceiros que indutores, concorrentes ou concorra beneficiários, nas diversas instâncias de responsabilização.

Seguindo esta linha de ideias calha mencionar os precisos ensinamentos de Emerson Garcia (GARCIA, p. 589): “No que concerne às sanções passíveis de aplicação ao ímprobo, a independência entre as instâncias se apresenta absoluta, mas é tão somente relativa quanto à possibilidade de interpretação dos efeitos da decisão proferida em uma seara nas demais.” Descrevendo o absolutismo da independência entre as instâncias, o referido mestre preleciona que, uma vez atingido o limite da sanção do ressarcimento do integral do dano, até o *status quo*, em uma determinada instância, não mais será possível um novo ressarcimento. Quanto à sanção de perda da função pública, uma vez transitada em julgado a decisão que a decretou em uma instância punitiva, não mais poderá ser aplicada em outra, por consequência da impossibilidade fática de não se poder perder o que não mais se possui.

Primeiramente, seguindo uma escala decrescente de comunicabilidade entre as referidas instâncias de responsabilização, impende examinar análise dos efeitos da sentença penal, absolutória ou condenatória, na responsabilização civil e administrativa do agente que praticou um ato qualificado como de improbidade administrativa.<sup>10</sup>

Levando-se em conta que o artigo 64, parágrafo único, do Código de Processo Penal e 110 do Código de Processo Civil estabelecem mera faculdade<sup>11</sup> de suspensão do processo civil, nos casos em que o conhecimento da lide civil depender da verificação da existência de fato delituoso no processo penal, distingue-se que não há óbice ao curso paralelo de processos e procedimentos nas instâncias punitivas penal, cível e administrativa, sem qualquer prejudicialidade recíproca.

Nos casos em que o processo penal se findar antes do civil e do administrativo, com decisão *absolutória* transitada em julgado, fará ela coisa julgada nos dois últimos ramos do direito quando: ter sido o fato praticado em *circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena* (arts. 65 e 386, VI, do CPP); *provada a inexistência do fato* (arts. 66 e 386, I, do CPP); *ficar provado que o réu não concorreu para a infração penal* (arts. 386, IV do CPP e 935 do CC). Nos casos de absolvição transitada em julgado, por *ausência de provas* (art. 386, II, V e VII, do CPP) ou por *não constituir o fato infração*

<sup>10</sup> Registre-se que, sobre a correlação entre a ação civil *ex delicto* e a responsabilidade penal, existem quatro sistemas: o da confusão, pelo qual a mesma ação, perante um mesmo órgão jurisdicional, tem como finalidade a imposição de pena e a reparação civil; o da solidariedade, pelo qual há duas ações diferentes (uma penal e uma civil), num mesmo processo e perante o mesmo juízo, o criminal; o da livre escolha, por meio do qual é facultado ao legitimado ativo cumular as duas ações no juízo criminal (em um mesmo processo) ou separar as demandas (em processos diferentes e em juízos diversos) e, por fim, o sistema da independência, pelo qual a ação civil só pode ser aforada no juízo cível, assim como a ação penal só o pode no juízo criminal, sendo facultado ao juízo civil suspender o processo civil até o julgamento definitivo do criminal. Pela nova redação do artigo 387, IV, do CPP, afere-se que, conforme enunciado por Emerson Garcia (GARCIA, p. 589), o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema da independência, mas com incidências de confusão, porque: o ofendido pode pleitear a reparação do dano na instância cível, paralelamente ao curso do processo penal; o juízo criminal não julga a lide civil, apenas estabelecendo um valor mínimo à reparação do dano e a vítima pode executar o valor fixado na sentença penal, sem prejuízo de liquidação no juízo cível.

<sup>11</sup> Há os que entendam em contrário, pela obrigatoriedade de suspensão do processo civil, a exemplo Tourinho, Filho (*Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*, v. 1, p. 247).

*penal* (art. 386, III, do CPP), não há formação da coisa julgada prejudicial para as esferas cível e administrativa, nas quais poder-se-á discutir amplamente os fatos. Registre-se que o mesmo ocorrerá nas hipóteses de arquivamento do inquérito policial (ou outro procedimento investigatório inquisitorial) ou peças de informação, antes mesmo do ajuizamento da respectiva ação penal (art. 67, I, do CPP).

Ocorrendo a *condenação* na esfera criminal, com trânsito em julgado, a consequência no juízo cível é a certeza da obrigação do agente e demais envolvidos a repararem o dano causado, valendo a decisão criminal como título executivo judicial, nos termos dos artigos 91 do CP e 584, II, do CPC, respectivamente.

De outro lado, na instância administrativa, os influxos dessa decisão penal condenatória dependerão da natureza do crime e da quantidade de pena privativa de liberdade aplicada. Nos casos de infração penal não funcional (que não configura ilícito administrativo), a que a lei comine pena privativa de liberdade superior a quatro anos, o agente perderá o cargo, a função ou o mandato eletivo, como efeito da condenação a ser declarado pelo juízo. Nas mesmas infrações, a que a lei comine pena privativa de liberdade inferior a quatro anos, naturalmente, o agente ímprobo condenado será afastado de suas funções, até o integral cumprimento da reprimenda penal. Em casos de *absolvição*, por crimes não funcionais, a decisão penal transitada em julgado influirá, inevitavelmente, na seara administrativa, posto que a análise dos fatos era de competência exclusiva do Poder Judiciário.

Vale o registro de que os estatutos que regulam a relação funcional dos servidores com a Administração Pública, geralmente, trazem enunciadas em seus textos as consequências de eventual condenação criminal para os agentes. Geralmente, a consequência é a penalidade administrativa mais gravosa: a demissão.

No que pertine à sentença cível proferida contra o agente ímprobo, ela sempre afetará o âmbito administrativo, quando aferidas as mesmas peculiaridades traçadas na análise da sentença criminal. Ora, se, por exemplo, ficar reconhecida pelo Poder Judiciário a inexistência do fato, não caberia, por consequência lógica, a aplicação de qualquer sanção administrativa.

Já a decisão punitiva administrativa, como ato administrativo que é, comporta controle interno (dever-poder de autotutela) e externo (controle judicial) sobre sua legalidade.

Conforme delineado alhures, trilhando o rumo escalonado decrescente de comunicabilidade das instâncias punitivas, denota-se que a decisão na esfera penal produzirá efeitos nas áreas cível e administrativa; bem como que a decisão cível reverberará na seara administrativa.

Lançadas essas ideias de comunicabilidade dos sistemas punitivos e firme na ideia de protagonismo do Ministério Público na promoção da responsabilização civil e criminal dos agentes ímprobos, vislumbra-se a possibilidade de formação de convicções dissonantes e reciprocamente prejudiciais quanto a uma mesma conduta ilícita, por diversos órgãos de execução, com base, sobretudo no princípio constitucional da independência funcional.

Com bases firmes do princípio da eficiência, exsurge a necessidade de uma revisão crítica da atuação do *Parquet* na promoção da responsabilização por atos de improbidade administrativa, com a proposição de uma ponderação teleológica dos princípios institucionais que propicie a atuação integrada e consensual entre os órgãos de execução com atribuições distintas, evitando-se severos prejuízos ao interesse público.

### **3. Revisão Crítica da Atuação do Ministério Público. Necessidade de Consenso Funcional à Luz do Princípio da Eficiência**

A atuação do Ministério Público na promoção da responsabilização por atos de improbidade administrativa deve ser levada a efeito da maneira mais ampla e eficiente possível, tendo em vista que os direitos e interesses tutelados são de ordem fundamental – patrimônio público.

Isso significa que o exercício desse mister institucional necessita abranger todos os sistemas punitivos previstos em nosso ordenamento jurídico, de modo integrado e consensual, afastando-se qualquer hipótese de dissonância que permita que a convicção individual de um órgão de execução (independência funcional) relegue ao segundo plano o interesse público primário da persecução da completa responsabilização, em todos os sistemas punitivos.

Para tanto, os princípios institucionais do Ministério Público, cunhados no artigo 127, § 1º, da CR/1988, devem ser interpretados de forma crítica, ponderada, teleológico-sistemática e juntamente com o princípio da eficiência<sup>12</sup>, viabilizando a confluência da atuação na promoção da responsabilidade por atos de improbidade administrativa, nas diferentes searas de atribuição de membros distintos perante os diferentes sistemas punitivos.

Analisando os princípios institucionais do Ministério Público e levando-os à atuação prática das funções institucionais, em especial na promoção da responsabilização por atos de improbidade administrativa, poder-se-á verificar, em alguns casos, certa colidência entre eles, quando da atuação de órgãos de execução com atribuições distintas sobre uma mesma situação fática com repercussão em searas do Direito diferentes.

O princípio da unidade indica que os membros integrantes da instituição estão sob a égide de uma única chefia, sendo o Ministério Público uma só instituição, com divisão hierárquica essencialmente administrativa.

<sup>12</sup> Hely Lopes Meirelles define o princípio da eficiência como sendo um dos deveres da Administração Pública, sendo aquele que “exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”. Sobre o tema, completa que “é o mais moderno princípio da função administrativa, que já não contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e seus membros”. E arremata: “a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004 a eficiência passou a ser um direito com sede constitucional, pois, no título II, Dos Direitos e Garantias fundamentais, inseriu no artigo 5º, o inciso LXXVIII, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 37ª ed., Malheiros Editores, p. 98-99).

O postulado da indivisibilidade, consequência direta da unidade, possibilita a reciprocidade na atuação dos órgãos de execução ministeriais, podendo os membros substituírem-se reciprocamente sem prejuízo do ministério comum, já que os atos são considerados praticados pela instituição e não pela pessoa do Promotor de Justiça ou Procurador de Justiça.

Por fim, o princípio da independência funcional estabelece que os membros ministeriais possuem liberdade para formação de sua convicção jurídica, sem qualquer subordinação intelectual ou ideológica a outrem, podendo atuar conforme os ditames da lei, do seu convencimento pessoal e sua consciência. Não há vinculação, inclusive, a pronunciamentos processuais anteriores, posto que a dependência funcional é apenas administrativa.

O princípio da eficiência é obviamente aplicável ao Ministério Público<sup>13</sup>, que deve exercer suas funções, sobretudo em se tratando de direitos e garantias fundamentais, da maneira mais proveitosa possível, evitando-se o dispêndio ineficaz de esforços e a incongruência entre seus membros.

Alexandre de Moraes informa que o referido postulado:

impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes, a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira que se evitem desperdícios e se garanta uma maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum (*Direito Constitucional*, 6ª ed. Atlas, 1999, p. 298).

Nesse contexto de aplicação prática dos princípios institucionais na atuação punitiva contra os atos de improbidade administrativa é que surge a perspectiva de aparente antinomia entre os princípios institucionais, por conta da possibilidade de atuação dissonante nas áreas cível e penal.

Por uma interpretação isolada desses postulados normativos, poder-se-ia chegar à ideia distorcida e ineficiente de que a independência funcional sobrepunha a unidade e a indivisibilidade, no que diz respeito à formação da convicção do órgão de

<sup>13</sup> A conclusão advém da própria definição institucional insculpida no artigo 127 da CR/1988, à qual se aplica a norma do artigo 37 da mesma Carta.

execução quanto à responsabilização do agente por ato de improbidade administrativa. Uma vez formada a convicção jurídica de um membro do Ministério Público sobre a ocorrência ou não do ato de improbidade e de sua autoria (materialidade e autoria), pouco importaria a opinião de seu par atuante em outra vertente punitiva, sobre o mesmo ato, estando seu convencimento imune a qualquer influxo externo ou proposição de atuação integrada e consensual.

O molde de atuação disparatada, em que exsurtem entendimentos jurídicos distintos sobre o mesmo fato ímprobo, atrai a necessidade de uma análise crítica que propicie uma alteração eficaz e suficiente ao melhor atendimento dos anseios sociais pela responsabilização dos agentes ímprobos e seus beneficiários, em todas as instâncias punitivas. Conforme Antônio Carlos Wolkmer,

o comportamento crítico pressupõe uma inter-relação da sociedade com o seu objeto, em que os indivíduos jamais aceitam como naturais os empecilhos que são colocados na sua atividade. O sujeito não procura se conformar com a situação objetiva que lhe é proposta, questionando, avaliando e trabalhando para que o objeto seja transformado. É essa ausência de premissas e a incessante suspeita que caracteriza o caráter dialético do homem que é regido pelo pensamento crítico.<sup>14</sup>

Ora, não cabe aqui apenas criticar as normas e a forma de atuação instituídas meramente na teoria, mas o que se propugna é uma guinada teórico-executiva, para se construir e alicerçar uma tendência que resgata a dimensão eficiente da atuação ministerial, a fim de concretizar as demandas e garantias constitucionais e a dignidade da pessoa humana.

Na prática, a dissonância de atuação, lastreada na supremacia distorcida da independência funcional, pode ocorrer da seguinte maneira exemplificativa, levando-se em conta uma conduta que se subsuma, concomitantemente, a um tipo de improbidade e a um tipo penal: o órgão de execução atuante na curadoria do patrimônio público, presidente do inquérito civil que apura determinado ato de improbidade administrativa, conclui pela inexistência de materialidade ou de autoria, determinando o arquivamento do feito; de outro lado, o membro ministerial com atribuição criminal, atuante na mesma comarca, entende há prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. E vice-versa. Está formada a divergência que, se levada a cabo na promoção da responsabilização do agente, ocasionará severos prejuízos à eficiência da atuação institucional e ao interesse público, conforme as implicações recíprocas delineadas alhures (relativa independência entre as searas de responsabilização).

<sup>14</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Alfa-ômega, 2001.

Este tipo de análise e atuação, prevalente no âmbito de cada Ministério Público (Estaduais e Federal), é extremamente contraproducente e prejudicial à excelência da atuação de proteção ao patrimônio público, notadamente na promoção da responsabilização por atos de improbidade administrativa, nos diversos sistemas punitivos.

Não se pode nunca olvidar que estar-se a tratar de direitos fundamentais (patrimônio público, moralidade administrativa, Ministério Público), que reclamam interpretação aberta, eficaz e ampliativa, sendo certo que eventual sobrelevo obtuso da independência funcional em prejuízo da coesa responsabilização dos autores e beneficiários de atos de improbidade administrativa, nas diversas instâncias punitivas, significa, além de retrocesso, em falaciosa legitimação à ineficiência e à impunidade.

A premissa da independência funcional não pode ser extremada ao ponto de comprometer o próprio exercício da atribuição constitucional e institucional de proteção integral ao patrimônio público, que inclui, conseqüentemente, a promoção da responsabilização penal, cível e administrativa.

Por outro viés, não se propõe, em absoluto, a ignorância ao princípio da independência funcional ou seu esvaziamento, mas, ao contrário, uma interpretação teleológico-sistemática deste postulado com os demais princípios institucionais, sob o influxo do vetor de otimização da eficiência, a fim de se evitarem dissonâncias de entendimentos individuais prejudiciais aos interesses coletivos fundamentais.

Obtemperem-se que a liberdade de atuação dirigida pelo princípio da independência funcional não é, definitivamente, absoluta, havendo limites constitucionais e legais. Nesse sentido é que o órgão de execução, na promoção da responsabilização dos autores e beneficiários de atos de improbidade administrativa, deve emoldurar sua atuação pelos mandamentos constitucionais que elevaram o patrimônio público a status de direito fundamental, merecedor da mais ampla e eficiente proteção, afastando-se dissidências reciprocamente prejudiciais entre membros com atuação em diversas instâncias punitivas.

Tratando sobre a solução de antinomia principiológica, Robert Alexy propõe a técnica da ponderação:

No caso das colisões entre princípios, as mesmas devem ser solucionadas a partir de uma cessão de um princípio em relação a outro, em que o princípio cedente possui peso menor do que o princípio precedente. Por esse viés, não se analisa a dimensão de validade dos princípios. Esses são válidos, sendo afastados pelo sopesamento de interesses exigido no caso concreto.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 94.

Por uma interpretação isolada desses postulados normativos, poder-se-ia chegar à ideia distorcida e ineficiente de que a independência funcional sobrepujaria a unidade e a indivisibilidade, no que diz respeito à formação da convicção do órgão de execução quanto à responsabilização do agente por ato de improbidade administrativa. Uma vez formada a convicção jurídica de um membro do Ministério Público sobre a ocorrência ou não do ato de improbidade e de sua autoria, pouco importaria a opinião de seu par, atuante em outra vertente punitiva, sobre o mesmo ato, estando seu convencimento imune a qualquer influxo externo ou proposição de atuação integrada e consensual.

Daí que exsurge a necessidade de uma ponderação crítica entre os princípios institucionais do Ministério Público, levando-se em conta os seguintes questionamentos: qual postulado atende melhor à realidade atual social e institucional? Qual deles corresponde mais ampla e eficientemente às demandas sociais pela responsabilização aos ímprobos? Qual deles melhor assegura e reafirma os interesses que o Ministério Público deve defender? Qual dá mais efetividade aos direitos e garantias fundamentais prescritos na CR/1988? Esses juízos valorativos, que deverão ser formulados no campo da intensidade dos princípios institucionais (e não sobre a validade), é que direcionarão, com um toque de proporcionalidade, ao arrefecimento da independência funcional, em nome da unidade e da eficiência na proteção do patrimônio público.

No âmbito de cada Ministério Público surgem diversos planos de atuação integrada e até mesmo planejamentos estratégicos<sup>16</sup> visando à implementação do combate à improbidade administrativa, com a expedição de atos normativos internos dispendo sobre o direcionamento do exercício das atribuições dos órgãos de execução. Essas diretrizes, às vezes, sugerem, sem cunho potestativo-vinculante, uma atuação integrada dos órgãos de execução, interna e externamente (Tribunais de Contas, Controladorias, Receitas Federal e Estadual, etc.)

Seria altamente prejudicial e contraproducente a completa desconsideração desses vetores internos de atuação, sob o pálio de uma pretensa intangibilidade absoluta do princípio da independência funcional.

No mesmo sentido, discorrendo sobre o tema da independência funcional e ponderação de princípios e propugnando a possibilidade de temperamento desse postulado com os planos internos de atuação, temos os dizeres de Walter Paulo Sabela:

Dessas reflexões deflui, inelutável, a constatação de que a independência funcional, não obstante a relevância de que se reveste na arquitetura orgânica da Instituição do Ministério Público, e contrariamente ao que possam preconizar alguns, não se põe na seara da intangibilidade absoluta. Sob a égide de uma Constituição

<sup>16</sup> Citamos o bienal Plano Geral de Atuação Finalístico – 2013/2014, no âmbito do Ministério Público de Minas Gerais, que traz disposições específicas de atuação na área da proteção ao patrimônio público. Disponível em: <file:///C:/Users/Rodrigo/Downloads/PGA-Finalistico-2014-2015.pdf>. Acesso em: 10/12/2015.

compromissiva, ricamente principiológica, com hierarquização explícita ou implícita de princípios, a independência funcional também se expõe ao inevitável cotejo de peso com outros princípios, como é próprio do método aplicativo da ponderação, e como se faz inevitável num cenário social diuturnamente marcado pelos reclamos emergenciais de massas em conflito, às quais se impõe assegurar a efetividade dos direitos proclamados na Constituição.<sup>17</sup>

Com lucidez e tecnicidade Emerson Garcia assim leciona sobre a possibilidade de temperamento do princípio da independência funcional pelo princípio da unidade:

No Brasil, a evolução da Instituição terminou por cunhar um modelo híbrido, no qual, apesar de consagrado o princípio da unidade, resguardou-se a independência funcional dos membros do Ministério Público (CR/1988, art. 127, § 1º). A única forma de compatibilizar tais princípios é entender que a unidade indica a existência de uma Instituição incindível, sujeita a uma única chefia, enquanto a independência funcional afasta qualquer possibilidade de ingerência na atividade desenvolvida pelos membros do Ministério Público, apesar de estarem todos eles administrativamente subordinados ao Procurador-Geral. Nessa linha, o princípio da hierarquia foi cindido em duas vertentes: uma prestigiada pelo princípio da unidade e outra renegada pelo princípio da independência funcional. Como consequência, conclui-se que, quanto maior for a independência funcional dos membros do Ministério Público, menor será a unidade da Instituição, já que contra legem qualquer ato que busque uma uniformização de atuação – ressaltadas as recomendações destituídas de imperatividade ou, mesmo, o planejamento estratégico da atuação funcional. Especificamente em relação a este último, ao membro do Ministério Público pode ser imposto o dever de atuar nas áreas definidas pela Chefia Institucional. Apesar de a definição de atribuições, realizada em harmonia com a lei, delinear as situações em que o membro do Ministério Público exercerá suas funções, ela não pode chegar ao extremo de estabelecer os posicionamentos a serem assumidos no seu exercício, seara em que prevalece a independência funcional.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> SABELLA, Walter Paulo. *Independência funcional e ponderação de princípios*. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/505-independencia-funcional-e-ponderacao-de-principios.html>>. Acesso em: 10/12/2015.

<sup>18</sup> GARCIA, Emerson. *A unidade do Ministério Público: essência, limites e relevância pragmática*. Publicado em: out. 2014. Acesso em: 10/12/2015.

A consensualidade para a solução desta dicotomia de atuação entre membros ministeriais com atribuições distintas, no que concerne à análise jurídica da responsabilização civil e criminal sobre um mesmo ato de improbidade administrativa, pode ser alcançada de duas formas: a atuação integrada e consonante dos diversos órgãos de execução; ou a alteração das normas internas que dispõem sobre as atribuições dos órgãos administrativos. Ambas as soluções pressupõem a interpretação teleológico-sistemática dos princípios institucionais ministeriais, sob o influxo do princípio da eficiência e da concepção do patrimônio público como direito fundamental.

A formação de convicções jurídicas uníssonas, por diversos membros do Ministério Público, com atribuições distintas para agir sobre um mesmo fato, é tarefa assaz tormentosa, posto que são colocadas em jogo, não somente as convicções pessoais distintas, advindas de diversas formações humanísticas, mas, principalmente, a concepção falaciosa de que a independência funcional é absolutamente imune a qualquer influxo externo.

Considerando a dificuldade de uma integração capaz de convergir os entendimentos para uma só linha de atuação, sobre um mesmo fato, por diferentes órgãos de execução, elucubra-se como mais eficaz a alteração das normas internas que dispõem sobre as atribuições dos órgãos administrativos ministeriais, com vistas à concentração das atribuições cíveis e criminais em um só órgão de execução ou de administração, a exemplo das deliberações que constam da Carta do III Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público de São Paulo, que contou com a participação de membros de dezoito estados brasileiros:

I – incentivar a criação de órgão de execução especializado, com atribuições cíveis e criminais, para investigação e ajuizamento das respectivas ações judiciais de responsabilização, seja por meio de promotorias de justiças estaduais, regionais ou locais, visando conciliar os princípios da unidade institucional, independência funcional e eficiência no exercício das funções institucionais do Ministério Público para a tutela do patrimônio público e social e do combate à corrupção;

II – estimular a atuação integrada, interna e externamente, bem como a adoção dos instrumentos estabelecidos pelo microsistema de combate à corrupção, formado, dentre outras, pelas Leis nºs 12.846/2013, 12.850/2013 e 8.429/1992; (...)

Registre-se, por oportuno, que o princípio constitucional do promotor de justiça natural não impede a exclusão, inclusão ou modificação das atribuições dos órgãos de execução do Ministério Público, levadas a efeito pelo Colégio de Procuradores de Justiça, conforme artigos 21 e 23 da Lei nº 8.625/1993.

Estes expedientes visam, à luz do princípio da eficiência, a promover a solução para as constantes discrepâncias ocorridas entre promotores e procuradores de justiça a respeito de um mesmo fato ou ato de improbidade administrativa, com implicação cível e penal, que vem tolhendo a eficiência na proteção do patrimônio público e ocasionando severos prejuízos ao interesse público.

#### 4. Conclusão

A responsabilização do agente ou beneficiário da prática de atos de improbidade administrativa deve ser promovida pelo Ministério Público da forma mais ampla e eficaz possível.

Neste mister funcional pode ocorrer a dissonância ou conflito de convicções entre órgãos de execução de atribuições diversas, com prejuízos recíprocos à promoção da responsabilização dos agentes e terceiros indutores, beneficiários dos atos ímprobos, nas independentes instâncias punitivas.

Por todo o exposto, conclui-se pela necessidade de uma revisão crítica da atuação do Ministério Público, com a proposição de uma ponderação teleológico-sistemática dos princípios institucionais, à luz do princípio da eficiência, que viabilize a consensualidade na atuação do ministério público na promoção da responsabilização por atos de improbidade administrativa frente à independência dos sistemas punitivos.

Finalmente, apresentada a dificuldade de integração, dependente da deliberação de cada membro executor, capaz de convergir os entendimentos para uma só linha de atuação sobre um mesmo fato, visualiza-se como mais eficaz a alteração das normas internas que dispõem sobre as atribuições dos órgãos administrativos ministeriais, com vistas à concentração das atribuições cíveis e criminais em um só órgão de execução ou de administração.

#### Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

\_\_\_\_\_. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores da ampliação de sua legitimação social. In: CHAVES, Cristiano et al. (Coord.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. *Il futuro delle democrazia*. Torino: Einaudi, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. *Constituição da República de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Coordenação José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia – teoria e práxis*. São Paulo: LED, 1998.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e Jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

SILVA, Bartolomeu Leite da. Habermas e A Dialética do Esclarecimento. *En Contribuciones a las Ciencias Sociales, diciembre 2011*. Disponível em: <[www.eumed.net/rev/cccss/16/](http://www.eumed.net/rev/cccss/16/)>. Acesso em: 10 out. 2014.

SILVA, Wanderley Batista. *Procurador de Justiça Ouvidor-Geral do Ministério Público do Paraná*. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=3>>. Acesso em: 25 out. 2014.

### **Bibliografia**

ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales [Theorie der Grundrechte]*. Tradução de Ernesto Garzon Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte, Del Rey, 2008.

\_\_\_\_\_. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores da ampliação de sua legitimação social. *In: CHAVES, Cristiano et al. (Coord.) Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3ªed., atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2011.

AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Jurisdicional Cautelar e Atos de Improbidade Administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. (Org.). *Improbidade administrativa, questões polêmicas e atuais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. *Estado, Governo, Sociedade – para uma teoria geral da política*. 4ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1994.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 7ª ed. Brasília: Unb, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Cadernos Democráticos, 1999.

\_\_\_\_\_. Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial contra Omissões Normativas. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (Coord.) *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Hermenêutica Constitucional e os Desafios postos aos Direitos Fundamentais. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALLARI, Adílson de Abreu. A Responsabilidade do Agente Político. In: *Boletim de Direito Administrativo*, fev. 2001.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue, The Theory ad Practice of Equality*. 4ª tiragem, London: Harvard university Press, 2002.

FAGUNDES, M. Seabra. Conceito de Mérito no Direito Administrativo. In: *Revista de Direito Administrativo* nº 23/1.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FARIAS, Luciano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagi; GHIGNONE, Luciano Taques. *Estudos sobre improbidade administrativa*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, *Licitações e contratos e outras normas pertinentes*. 10ª ed. São Paulo: Fórum, 2009.

FERRAZ, Sérgio; FIGUEIREDO, Lúca Valle. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERRAZ, Sérgio. O Controle da Administração Pública na Constituição de 1988. *In: Revista de Direito Administrativo* nº 188/64.

GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. Emerson e Rogério Pacheco Alves. 6ª ed, ver., ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GHIGNONE, Luciano Taques. *In: FARIAS, Luciano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagi; GHIGNONE, Luciano Taques. Estudos sobre improbidade administrativa*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

HORTA, Raul Machado. Improbidade e corrupção. *In: Revista de Direito Administrativo* nº 236/121, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luíz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. Improbidade administrativa. *In: Revista dos Tribunais* nº 787/791, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A lei de improbidade administrativa. *In: Justitia*, São Paulo nº 174/46, 1996.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Improbidade administrativa: Alguns Aspectos Controvertidos. *In: Revista de Direito Adiministrativo* nº 235/61, 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. As Sanções da Lei nº 8.492/1992 aos Atos de Improbidade Administrativa. *In: Revista dos Tribunais* nº 766/88.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2002.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromi. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 1ª ed. 2ª triagem, revista e atualizada. Ed. Juarez de Oliveira, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Alfa-ômega, 2001.

ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e a efetividade do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.