

4. O que fazer quando o “Fiscalizador-Controlador” assume a Gestão Pública no Lugar do Gestor? O Acordo Administrativo “sitiado” e o Problema da Ineficiência e da Responsabilização na Administração pelo Ministério Público

Laura Mendes Amando de Barros

INTRODUÇÃO

A hipertrofia do Executivo¹, resultante inclusive do processo de redemocratização do país pós 1988, acabou por gerar uma série de demandas, tanto por parte dos demais poderes e instituições quanto da população em geral.

Situações que muitas vezes resvalavam em apropriação do público por um governo em particular, com o conseqüente comprometimento

¹ Na lição de Braga: “(...) a ampliação das funções do Estado e a exigência contínua de adoção de medidas no âmbito econômico e social impõem atuação mais rápida, portanto, incompatível com a lentidão do processo legislativo. Daí a supremacia real do Executivo em todos os países na atualidade; o Executivo passou a ter atividade legislativa intensa, inclusive por atribuição constitucional do poder legislativo, como é o caso das medidas provisórias.” (2010, p. 110)

da legitimidade e responsividade – e, portanto juridicidade² – da atuação administrativa deram azo a diversos movimentos tendentes à limitação, ao controle, à contenção de tal exacerbação.

O uso desmesurado – e desbordante da legalidade – das competências discricionárias atuaram como catalizador para iniciativas e posturas voltadas a uma perene contenção do poder – ainda tido por muitos gestores, de forma equivocada e dissociada dos princípios constitucionais regentes da atividade administrativa –, como ilimitado.

Trata-se de demanda, inclusive, da própria sociedade, cada vez mais exigente de uma participação efetiva com relação às escolhas públicas, à formulação de políticas, sua implementação e conferência de resultados.

Assim ganharam destaque as demandas e mecanismos de transparência, de total abertura não só do governo, mas do Estado.

Avançaram também os órgãos de controle, sempre no sentido de contenção, de limitação da área de livre atuação do administrador/gestor público.

Não obstante a lógica – inclusive contextual – de tais movimentos, constata-se por vezes certo excesso: órgãos e instituições constitucionalmente incumbidos da fiscalização e controle denotando a intenção de se imiscuir, de se adonar das competências constitucional e democraticamente atribuídas ao Executivo, invadindo seu campo de liberdade de escolhas e não raro paralisando a sua capacidade de efetiva e eficientemente governar, desenvolver e implementar políticas públicas.

Diante de tal cenário, imperioso repensar o verdadeiro papel dos órgãos de controle, seus limites de atuação e as consequências de seus eventuais desbordamentos.

Justamente a essas reflexões se presta este artigo, dedicado a incrementar o debate e promover aprofundamento da compreensão de tão importantes questões.

² “O princípio da juridicidade, como já o denominava Adolf Merkl, em 1927, engloba, assim, três expressões distintas: o princípio da legalidade, o da legitimidade e o da moralidade, para alçar-se como o mais importante dos princípios instrumentais, informando, entre muitas teorias de primacial relevância na dogmática jurídica, a das relações jurídicas, a das nulidades e a do controle da juridicidade. O princípio da juridicidade corresponde ao que se entendia como um ‘princípio da legalidade’, se tomado em sentido amplo, ou seja, não se restringindo à mera submissão à lei, como produto das fontes legislativas, mas abrangendo toda a ordem jurídica.” (MOREIRA NETO, 2009, p. 128)

1. O papel constitucional do Ministério Público e a sua atuação extrajudicial

Os órgãos de controle em geral – e em especial os órgãos de controle externo – tem por atribuição precípua acompanhar, avaliar e eventualmente reprimir desvios relacionados ao desempenho da função administrativa, de forma tanto preventiva quanto concomitante e *a posteriori*.

Com relação ao Ministério Público, a Constituição Federal atribuiu-lhe a incumbência de *defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis* (artigo 127).

Suas funções institucionais estão consagradas no artigo 129 da Carta Maior.

O seu espectro de atuação abarca tanto a esfera judicial quanto a extrajudicial – sendo esta última ainda vista com pouca intimidade por grande parte da sociedade e mesmo dos operadores de Direito e agentes públicos.

As atividades desenvolvidas nesse último âmbito têm natureza jurídica administrativa:

Os membros do Ministério Público comumente referem-se a essa atuação nomeando-a de extrajudicial. Todavia, a natureza jurídica a atuação extrajudicial nada mais é do que exercício de função administrativa. (RIBEIRO, 2010, p. 342)

Como tal, está sujeita a limites intransponíveis, inclusive nas hipóteses de ação discricionária (RIBEIRO, 2010, p. 343), conforme mais adiante se verá.

Envolvem instrumentos como o compromisso de ajustamento de conduta³ (artigo 5º, parágrafo 6º da Lei federal n. 7.347/85), a competência para fiscalizar o cadastro de pretendentes à adoção (artigo 50, parágrafo 12 da Lei federal n. 8.069/90), para referendar acordos extrajudiciais (artigo 57, parágrafo único da Lei federal n. 9.099/95) e para defender os interesses dos idosos (artigos 17, 19, 45, 50, XIII, 52, 60 e 74 da Lei federal n. 10.741/09).

³ Dispõe a Resolução n. 23 do CNMP: "Art. 14. O Ministério Público poderá formar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou indenização pelos danos que não possam ser recuperados."

Dignas de destaque, ainda, as recomendações exaradas pelo órgão ministerial a entidades públicas e privadas, com vistas a assegurar direitos e interesses juridicamente protegidos, e que encontram fundamento nos artigos 27 da Lei federal n. 8.625/93⁴ (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e 6º da LC n. 75/93⁵ (Lei Orgânica do Ministério Público da União).

Não gozam de caráter coercitivo (seu eventual acatamento tem base consensual), atuando como uma sinalização explícita do entendimento do MP sobre determinados pontos – o que em última análise pode vir a facilitar a caracterização de culpa/dolo em um eventual processo de responsabilização do gestor por desvios ou irregularidades.

Há ainda as notificações (convocações a pessoas físicas ou jurídicas para que prestem esclarecimentos, depoimentos ou declarações) e requisições (determinação coercitiva a pessoas físicas ou jurídicas para entrega de documentos, realização de atos ou adoção de comportamentos), previstas no artigo 129, VI e VIII da CF⁶ e regulamentadas pelas já referidas leis orgânicas Nacional do Ministério Público e do Ministério Público da União⁷.

⁴ Art. 27. Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito: I – pelos poderes estaduais ou municipais; II – pelos órgãos da Administração Pública Estadual ou Municipal, direta ou indireta; III – pelos concessionários e permissionários de serviço público estadual ou municipal; IV – por entidades que exerçam outra função delegada do Estado ou do Município ou executem serviço de relevância pública. Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências: (...) IV – promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

⁵ Art. 6º. Compete ao Ministério Público da União: (...) XX – expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.

⁶ 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; VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.

⁷ Lei nº 8.625 de 1993: Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em

Muito em voga nos dias atuais é o instrumento do acordo de leniência, previsto na Lei federal n. 12. 846/15, e que tem como sujeitos pessoas jurídicas que de alguma forma tenham praticado ato contemplado na Lei Anticorrupção⁸ (Lei federal n. 12.846/15).

O texto legal que o disciplina já não traz qualquer previsão de formalização pelo Ministério Público^{9 10} – o que não tem sido empecilho

caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei; b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, 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 e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie; III – requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível; IV – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los. Lei Complementar nº 75 de 1993: Art. 8º. Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: I – notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada; II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; III – requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas; IV – requisitar informações e documentos a entidades privadas; (...) VII – expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar; (...) IX – requisitar o auxílio de força policial. (...) § 2º 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. § 3º A falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa.

⁸ Vale registrar a existência de grandes discussões acerca a possibilidade – ou não – de formalização de acordos de leniência no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, às quais nos furtaremos a adentrar, vez que não são objeto do presente.

⁹ A única referência ao órgão ministerial em sede do processo administrativo consta de artigo 15 da Lei: "Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos."

¹⁰ Digna de menção, ainda, "decisão do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região que afirma que o Ministério Público Federal não tem competência nem legitimidade para sozinho fazer acordos de leniência envolvendo atos de improbidade administrativa vez que é preciso a participação da Advocacia-Geral da União (AGU) e da Controladoria-Geral da União (CGU), pois a instituição não tem poder para dispor do patrimônio público (MOURA; ARAUJO; BULLA, 2017)". (BERNARDINO, 2018, p. 57)

para a sua atuação direta nesse contexto: não são raros os exemplos de acordos dessa espécie formalizados com o órgão ministerial, como se vê, inclusive, da Operação Lava-jato. (OLIVEIRA, 2017)

Tal prática toma por base a teoria dos poderes implícitos, anteriormente invocada como um dos fundamentos para reconhecimento de prerrogativas investigatórias do MP (na medida em que se lhe outorga competência para agir na esfera judicial, inclusive quanto às sanções administrativas – na hipótese de omissão do órgão público em promover a sua aplicação¹¹ – sua legitimidade para atuação na esfera administrativa seria decorrência natural).

Independente da concordância – ou não – com essa tese, de se considerar que, de forma ainda mais direta, tendo em vista a explícita outorga de competência legal às autoridades máximas de cada órgão ou entidade da Administração Pública para a subscrição desses acordos, não há que se admitir qualquer postura coercitiva ou de ameaça por parte do órgão ministerial: considerada a natureza consensual do ato, a voluntariedade e efetiva aceitação e concordância com as condições estabelecidas devem ser genuínas.

Realmente, a livre manifestação de vontade, o estabelecimento de um efetivo encontro de interesses e entendimentos é essencial a essa classe de atos.

Sua relativização, comprometimento ou a captação da vontade de algum dos partícipes leva à sua inevitável nulidade.

Sob outro ângulo, a nulidade poderá decorrer, ainda, de mais um fator: a ausência de competência da instituição ministerial para a tomada de decisões e prática de atos relacionados a opções originariamente inseridas na esfera de atribuições do gestor público.

Nesse sentido, e considerando ser a competência (ou sujeito competente e capaz) um dos elementos constitutivos dos atos administrativos (juntamente com o objeto, a forma, a finalidade, o motivo e a finalidade¹²),

¹¹ Artigo 20 da Lei Anticorrupção: “Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.”

¹² DI PIETRO, 2001, p. 187.

O QUE FAZER QUANDO O FISCALIZADOR-CONTROLADOR ASSUME A GESTÃO PÚBLICA...
inquestionável da sua ausência decorrer a ilegalidade¹³ – e portanto nulidade – do ato.

É o que se deduz, inclusive, do artigo 2º da Lei Federal n. 4.717/65¹⁴, ao elencar os motivos determinantes da nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público, faz referência expressa e específica justamente à incompetência.

Maculada ou impropriamente exercida a lógica de distribuição de funções, inafastável o comprometimento do ato.

Tal lógica se aplica a toda e qualquer ação consensual do *Parquet* em que se observe coerção ou captação da vontade do agente competente, pela óbvia razão de se fundamentarem, justamente, no consenso – efetivo, palpável, real, nos termos da abordagem desenvolvida no tópico seguinte.

2. Consensualidade – efetiva ou *pro forma*? – e o princípio da separação de poderes

Conforme já assinalado no decorrer do presente, tanto as recomendações quanto os acordos de leniência e os compromissos de ajustamento de conduta encontram fundamento na consensualidade: exatamente em razão da ausência de coercibilidade, imprescindível se faz, para a sua efetivação, uma postura de concordância, de submissão voluntária.

Quanto a esse aspecto, cumpre perquirir se tal consenso efetivamente existe, se tais negócios – e as relações que a partir deles se estabelecem

¹³ “Será ilegal o ato praticado por quem não seja detentor das atribuições fixadas na lei e também quando o sujeito o pratica exorbitando de suas atribuições.” (DI PIETRO, 2001, p. 220).

¹⁴ 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.

- são de fato marcados pela sujeição espontânea do administrador às pretensões do órgão de controle.

Todos os atos praticados a partir do consenso pressupõem a existência de uma liberdade de agir e decidir: somente pode optar por aderir a orientações ou regime quem tem atribuição de gerir o assunto e autonomia para aceder à proposta do Ministério Público.

Ocorre que, em razão das próprias competências institucionais do *Parquet*, muitas vezes a sua proposta finda por assumir a dimensão de verdadeira imposição - sob pena de o agente, em caso de não concordância com os parâmetros apresentados, vir a ser responsabilizado, inclusive pessoalmente.

Colocando de outra forma, a entidade responsável por apresentar as condições, as orientações e eventuais reprimendas é a mesma que goza da faculdade de acionar os agentes públicos com fundamento nos mais diversos sistemas de controle e combate a desvios (improbidade administrativa; combate à corrupção; aspectos criminais etc) - fato esse que, por si só, pode ser interpretado como um fator de intimidação.

E qualquer comprometimento, qualquer perturbação da esfera de liberdade, de livre opção, finda por macular os atos decorrentes de forma insanável pela falta de seu elemento mais fundamental: a liberdade para aceitar - ou não - o que foi proposto¹⁵:

Para ser celebrado, o TAC exige uma negociação prévia entre as partes interessadas com o intuito de definir o conteúdo do compromisso, não podendo o Ministério Público ou qualquer outro ente ou órgão público legitimado impor sua aceitação. (FARIAS, 2007, p. 121).

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de consagrar expressamente tal premissa:

(...) o Termo de Ajustamento, por força de lei, encerra transação para cuja validade é imprescindível a presença dos elementos mínimos de existência, validade e eficácia à caracterização deste negócio jurídico.

¹⁵ Nesse sentido: "A consensualidade é imprescindível porque não é dada ao Ministério Público a possibilidade de aplicação direta e imediata de soluções e sanções legais, a não ser pela concordância do interessado e/ou pelo concurso do Poder Judiciário". (PIRES, 2014, p. 144)

(...) Consectariamente, é nulo o título subjacente ao termo de ajustamento de conduta cujas obrigações não foram livremente pactuadas (...). (STJ. RESP n. 802-060/RS. Rel. Min. Luiz Fux)

No caso em tela, o reconhecimento do comprometimento da consensualidade decorreu do fato de o 'convite' para a 'negociação' do compromisso se dar sob pena de crime de desobediência; de a signatária não haver sido acompanhada por advogado; de, uma vez nomeado advogado, a signatária articular a nulidade do 'acordo', justamente pela sua total falta de opção e liberdade em aceitar – ou não – os termos impostos.

Não fosse isso, a consensualidade desponta como condição essencial da adesão, da fiel observância e cumprimento das bases e orientações traçadas: se não houve concordância real como que ficou estabelecido, a chance dos órgãos sujeitos ao controle não cumprirem o acordo são imensas:

A participação na formação da decisão daqueles que por ela se obrigam é uma nota relevante para o sucesso dessa justiça consensual. O transgressor ou iminente transgressor tem necessariamente seu ponto de vista considerado na elaboração das cláusulas do ajuste, o que pode ser fundamental para que não venha a descumpri-lo. Ao reconhecer que deve assumir tais obrigações, de forma espontânea e sem uma ordem de autoridade, o sistema o admite na formulação do compromisso, ainda que a margem de conformação da justa forma de conciliação seja pequena, devido às características já anotadas da tutela desses direitos. (RODRIGUES, 2002, p. 131)

Desvios tais constituem, sob outro ângulo, grave ofensa ao princípio da separação de funções, essencial ao bom funcionamento da democracia¹⁶.

¹⁶ Nas palavras de ROMANO: "O Ministério Público não tem esse direito, a constituição não lhe dá esse direito – nem poderia. Ele tem como função acompanhar o exercício correto dos Três Poderes e da própria sociedade, mas não tem o direito de ditar normas e ditar caminhos para essa sociedade. Isso é usurpação de soberania. O Ministério Público, muitas vezes, se arroga um poder que não foi conferido pelo voto. (...) Somente quando os três Poderes estão operando juntos, em uma harmonia intensa, é que o resultado será a soberania. O que temos notado é que o Ministério Público tem ido além dessa harmonia tensa. Ele tem caído na

Realmente, ao se aceitar a exacerbada ingerência de um 'poder' sobre o outro, de uma instituição sobre a outra, com sobreposição de suas convicções sobre as do gestor público 'aderente' ao ato conformador, toda a lógica constitucional de freios e contrapesos, de equilíbrio e controle cai por terra.

A devassa do Executivo para além dos parâmetros constitucionais¹⁷, com invasão de suas típicas competências não é somente antijurídica; é também antidemocrática, posto que comprometedora da lógica de ação pública e controle constitucionalmente fixada.

Nessas circunstâncias, e tendo em vista o disposto no artigo 5º, XXXV¹⁸ da CF, poderá sempre o Judiciário ser chamado a interferir para potencialmente declarar a nulidade do ato, justamente em decorrência do comprometimento dos seus elementos basilares, quais sejam, o consenso e a competência para agir.

Será dado ao órgão judicial avaliar não apenas sua legalidade *stricto sensu*, mas também a sua juridicidade, a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico como um todo, levando em conta, inclusive, os princípios e postulados. (PIRES, 2014, p. 149)

Foi o que se deu em recentíssimo exemplo em que a atuação do Ministério Público parece haver desbordado das suas funções constitucionais.

O fato se deu no âmbito da Operação Lava Jato, com relação aos problemas e desvios constatados na Petrobrás.

Ocorre que, tendo em vista as repercussões internacionais do escândalo de corrupção, especialmente nos Estados Unidos (cuja legislação

tentação de transformar a sua autonomia numa soberania, nessa tutelagem do cidadão." (in BERNARDINO, 2018, p. 60)

¹⁷ "São frequentes as reclamações de agentes públicos (procuradores, secretário, gestores e chefes do Poder Executivo) sobre a atuação incisiva e desproporcional do *parquet* na atuação administrativa, seja pela imposição de inquéritos civis e Termos de Ajustamento de Conduta contra seus atos seja pela propositura de ações civis públicas e de improbidade administrativa quando discorda da implementação de determinadas decisões e da execução de serviços ou obras públicas. O espaço de discricionariedade administrativa conferido ao gestor público está sendo cada vez mais reduzido, pois, não raramente, os critérios de conveniência e oportunidade são questionados ou impostos pelo *parquet* de acordo com o entendimento pessoal e os valores subjetivos do membro, com excesso de poder." (BERNARDINO, 2018, p. 71)

¹⁸ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

anticorrupção alcança indistintamente empresas nacionais e estrangeiras, que atuem diretamente em seu território ou não, bastando para tanto que os reflexos dos desvios se façam de alguma forma sentir naquela jurisdição), a Petrobrás firmou em setembro de 2018 dois acordos com o Departamento de Justiça americano (DOJ) e a Securities and Exchange Commission (SEC, comissão de valores mobiliários): *Non-Prosecution Agreement* e *Cease and Desist Order*.

Por meio de tais instrumentos evitou-se processo contra a estatal nos EUA e ficou estabelecido que a empresa, além de reconhecer as irregularidades perpetradas¹⁹, estaria obrigada ao pagamento de multa pecuniária, da qual oitenta por cento (cerca de 2,5 bilhões de reais) seriam destinados ao Brasil em contrapartida à assunção de compromisso de enviar relatórios periódicos sobre as novas políticas de governança interna e outros documentos eventualmente solicitados pelas autoridades americanas.

Apesar de o destinatário desse montante haver sido claramente fixado no acordo com as autoridades americanas²⁰ – o Estado brasileiro,

¹⁹ “Petrobras accepts responsibility under United States law for the wrongful acts set forth above taken by the Petrobras executives and officers, and admits that those acts meet the vicarious liability and respond at superior standard for corporate criminal wrongdoing under United States law and as a result, Petrobras violated all of the elements of the books and records and internal controls provisions under Title 15, United States Code, Sections 78m, 78ff.” (cláusula 52)

²⁰ O documento faz referência a ‘autoridades brasileiras’. Não obstante diversas figuras exerçam internamente esse papel, incontestemente que, em um contexto externo, de que participam outros Estados, a única interpretação plausível é aquela que relaciona a expressão com aquelas capazes de representar o país nesse nível, que estejam investidas na capacidade de exercer, em nome do Brasil, os poderes inerentes à sua soberania. “(I) accordingly, after considering (a) through (k) above, the Fraud Section and the Office believe that the appropriate resolution of this case is a non-prosecution agreement with the Company, and a criminal penalty with an aggregate discount of 25% off of the bottom of the U.S. Sentencing Guidelines fine range; that the Fraud Section and the Office will credit 80% of the criminal penalty against the amount the **Company pays to Brazilian authorities, pursuant to their resolution**, and 10% of the criminal penalty against the civil penalty imposed by the SEC. Based on the Company’s remediation and the state of its compliance program, the Company’s agreement to report to the Fraud Section and the Office as set forth in Attachment C to this Agreement (Corporate Compliance Reporting), and the fact that the Company is based in Brazil and will separately be entering into a resolution with Brazil and will be subject to oversight by Brazilian authorities, including Brazil’s Tribunal de Contas da União and omissão de Valores Mobiliários, the Fraud Section and the Office determined that an

corporificado por meio da União, única entidade investida na capacidade de representar o país externamente e exercer os poderes inerentes à soberania nacional –, pretendeu o Ministério Público Federal, por meio de força-tarefa dedicada ao assunto, se arvorar à condição de seu gestor.

Tal pretensão se concretizou em janeiro de 2019 por meio de um Acordo de Assunção de Compromisso – instrumento tipicamente consensual, com as características e ressalvas até aqui apontadas –, homologado pela 13ª Vara Federal de Curitiba em 25 de fevereiro²¹.

Segundo esse Acordo, do montante total destinado ao Brasil (ou seja, oitenta por cento do acordado com as autoridades americanas), metade destinar-se-ia a um fundo patrimonial a ser gerido por fundação de direito privado, constituído em parceria com entidades da sociedade civil e voltado, primordialmente, à promoção e implementação de medidas de combate à corrupção.

A outra metade deveria subsidiar o ressarcimento dos acionistas que ingressaram com demandas (judiciais ou arbitrais) até outubro de 2017²². Nesta segunda hipótese, caso o valor não tivesse sido integralmente usufruído no prazo de cinco anos, o saldo seria transferido para o fundo.

Ora, tais condições não foram contempladas nos acordos originais, formalizados com as autoridades americanas.

independent compliance monitor was unnecessary.” Para além desse argumento, vem a diluir todas as eventuais dúvidas outro dispositivo, que faz referência específica e clara a ‘Brasil’ (mais uma vez, personificado nos agentes da União federal): “The Fraud Section and the Office agree to credit the remaining amount of the Total Criminal Penalty against the amount the Company pays to Brazil, up to 80 percent of the Total Criminal Penalty, equal to \$682,560,000, and the amount the Company pays to the SEC as a civil penalty, up to 10 percent of the Total Criminal Penalty, equal to \$85,320,000.”

²¹ Em razão de representação apresentada por parlamentares do Partido dos Trabalhadores – PT e do Partido Republicano da Ordem Nacional – PROS, determinou o Corregedor Nacional de Justiça a instauração, pelo Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal Regional Federal da 4ª Região procedimento para apuração dos fatos em face da juíza federal substituta Gabriela Hardt, responsável pela decisão.

²² “2.3. A destinação do valor depositado no Brasil será a seguinte: (...) 2.3.2. 50% (cinquenta por cento) para a satisfação de eventuais condenações ou acordos com acionistas que investiram no mercado acionário brasileiro e ajuizaram ação de reparação. inclusive arbitragens até a data de 08 de outubro de 2017, sendo certo que a reserva desse montante para tal finalidade não limita a eventual responsabilidade da PETROBRAS em demandas judiciais e arbitrais decorrentes de possíveis prejuízos ocasionados a seus acionistas;”

Fora de propósito, portanto, e na linha do que se explicitou até o momento, a pretensão do Ministério Público de criar, *a posteriori*, condições e condições inéditas à destinação dos valores.

Em 12 de março do corrente, a Procuradoria Geral da República propôs junto ao Supremo Tribunal Federal Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com vistas à invalidação da decisão homologatória do acordo e, portanto, em última instância, do próprio ato (ADPF 568-PR)²³.

Os fundamentos invocados foram, em linhas gerais, e justamente, o exercício pelo próprio Ministério Público de *funções estranhas ao seu escopo de função essencial à justiça*, determinante de

(...) vício de inconstitucionalidade, pois a forma de homologação, constituição e execução da avença afronta a Constituição Federal por descumprir preceitos fundamentais do ordenamento jurídico pátrio; entre esses, e principalmente, a separação de poderes e funções do Estado, a constitucionalidade, a legalidade, a independência e a impessoalidade, que devem pautar as ações dos membros do Ministério Público. (PGR, 2019, p. 15)

Articula ainda como causa comprometedora a higidez do Acordo o fato de que:

(...) atribui a um órgão do Estado brasileiro – o Ministério Público Federal – o desempenho de função e obrigações que extrapolam os limites constitucionais de sua atuação e que implica verdadeira concentração de poderes entre a atividade de investigar e atuar finalisticamente nos processos judiciais e de executar um orçamento bilionário, cuja receita provém de acordo internacional do qual não é parte nem interessado, viola princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, notadamente o da separação de poderes, além dos demais preceitos fundamentais indicados no preâmbulo desta petição. (Idem, p. 7)

²³ Com o mesmo objeto, e fundamentos praticamente idênticos, protocolou a Mesa da Câmara dos Deputados a Reclamação n. 33. 667. Ambas serão analisadas conjuntamente, conforme determinação do Ministro Relator Alexandre de Moraes quando da apreciação do pedido de liminar formulado na ADPF.

Em 15 de março o Supremo Tribunal Federal se manifestou por decisão do Ministro Relator Alexandre de Moraes, pela suspensão liminar da decisão homologatória do acordo e eventual criação do fundo, com o congelamento dos valores depositados.

O fundamento foi, uma vez mais, a carência de competência do Ministério Público quanto à criação da fundação e decisões atinentes à destinação dos valores, decisões essas adstritas ao arbítrio da União Federal²⁴, com a usurpação de prerrogativas.

Não obstante a precariedade da decisão, que pode a qualquer momento vir a ser alterada, trata-se inquestionavelmente de importante precedente, a ilustrar à perfeição tudo o quanto aqui se discute.

Vale registrar, por fim, que, no mesmo dia 12 de março, o Ministério Público Federal/Força Tarefa apresentou à 13ª Vara Federal de Curitiba petição com o objetivo *de suspensão dos procedimentos para constituição da fundação que daria destinação de interesse público a parte dos recursos depositados judicialmente, suspendendo-se, por consequência, os respectivos prazos de constituição.*

A motivação apresentada foi o *debate social sobre o destino dos recursos, noticiado pela mídia nacional, juntamente com a ressalva de que a força tarefa ministerial está em diálogo com outros órgãos na busca de soluções ou alternativas que eventualmente se mostrem mais favoráveis para assegurar que os valores sejam usufruídos pela sociedade brasileira.*

Ao que tudo indica, o próprio Ministério Público convenceu-se da impropriedade das medidas pretendidas.

²⁴ Nas palavras do relator: "Dessa maneira, em princípio, parece ter ocorrido ilegal desvirtuamento na execução do acordo realizado entre a Petrobras e o Department of Justice (DoJ)/Securities and Exchange Commission (SEC), que, primeira e discricionariamente, definiu os Procuradores da República do MPF do Paraná como as únicas autoridades brasileiras previstas no termo internacional, para, na sequência, em desrespeito ao Princípio do Juiz Natural, definir qual seria o juízo competente para a homologação do segundo acordo - 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba -, e, por fim, estipulou cláusulas subjetivamente escolhidas pelas partes para destinação dos valores da multa e inexistentes no acordo original. O acordo entre a Petrobras e o Department of Justice (DoJ)/Securities and Exchange Commission (SEC) determinou o pagamento de US\$ 682.526.000,00 ao destinatário denominado pelas expressões "Brasil" e "autoridades brasileiras", que, no contexto dos fatos aqui tratados, diferentemente do acordado entre Petrobras e Ministério Público Federal do Paraná, deveriam ser entendidas como remissivas à União, pessoa jurídica de Direito Público interno a quem incumbem as atribuições de soberania do Estado brasileiro."

Em outro episódio digno de menção, ainda no âmbito da Operação Lava-Jato, pretendia o *Parquet* a destinação dos valores recuperados no âmbito do processo que tem como réus o marqueteiro João Santana e sua esposa Mônica Moura para o Ministério da Educação ou ao FUNPEN.

No caso, o ministro Nelson Fachin manifestou-se, em 28 de fevereiro último, pela impossibilidade do Judiciário se envolver nas questões relacionadas à destinação do dinheiro recuperado, as quais se inseririam no âmbito de decisão exclusivo da União (ainda que a destinação específica pretendida dissesse respeito a órgãos integrantes da estrutura desse mesmo ente):

(...) o valor deve ser destinado ao ente público lesado, ou seja, à vítima, aqui compreendida não necessariamente como aquela que sofreu diretamente o dano patrimonial, mas cujo bem jurídico tutelado foi lesado, no caso, a Administração Pública e os princípios que informam o seu regime jurídico, em especial, o da moralidade (CF, art. 37, caput, c/c§4º). Em conclusão, a multa deve ser destinada à União, **cabendo a ela, e não ao Poder Judiciário, inclusive por regras rigorosas de classificação orçamentária, definir, no âmbito de sua competência, como utilizar essa receita.** (STF. Pet 6890, Relator Ministro Edson Fachin)

Vale referir, por fim, a outra decisão, relatada pelo Ministro Teori Zavascki, em que pretendia o Procurador-Geral da República a destinação de 79 milhões de reais repatriados graças à delação premiada do ex-diretor da Petrobrás Paulo Roberto Costa conforme os seguintes parâmetros: 80% (oitenta por cento) para a empresa; 20% (vinte por cento) restantes para a União, *para destinação aos órgãos responsáveis pela negociação e pela homologação do acordo de colaboração premiada que permitiu a repatriação.*

Na ocasião, decidiu-se que a integralidade do valor deveria ser destinado à Petrobrás:

(...) Não se afigura razoável, portanto, limitar a restituição à Petrobras a 80% (oitenta por cento) dos ativos repatriados, direcionando o restante à União. (...) não há justificativa legal para limitar a 80% (oitenta por cento) desse valor a reparação devida à Petrobrás. (STF. PET 5210/DF. Min. Relator Teori Zavascki).

Incontestemente a importância da atuação do Ministério Público na fiscalização e controle da destinação de receitas tais como as referidas acima. Não se pode pretender, porém, determinar onde e em que circunstâncias deverão elas ser empregadas, sob pena de se imiscuir, de usurpar competência constitucionalmente atribuída ao Executivo.

Na atuação consensual deve o Ministério Público despir-se de sua por vezes marcante sanha persecutória e repressiva, e agir de forma a unir esforços e efetivamente contribuir para o mais eficaz e efetivo alcance dos interesses públicos, a partir de um enfoque colaborativo no qual não há oposição de interesses, mas, contrariamente, o comum objetivo de melhor satisfação das necessidades sociais:

A cotidiana defesa dos direitos transindividuais permite ao Ministério Público dar importantes contribuições para a Administração Pública, de modo a que essa possa atingir melhor os seus objetivos. A promoção de políticas públicas, como já dito em item precedente, pode ser um importante meio de solução e prevenção de conflitos de natureza transindividual. Para o exercício dessa função o Ministério Público deve se demitir do ranço de acusador e compreender que, em muitos casos, a proteção do direito transindividual demanda uma complexa conjugação de esforços, porque as causas de seu desrespeito vão muito além da responsabilidade dos administradores de ocasião. (RODRIGUES, 2002, p. 91)

Até porque, como bem assinala Barros, o *Parquet* “não detém o monopólio do corretamente justo e, sequer, a onipotência de dizer o que é certo e necessário ao cidadão.” (2010, p. 218)

O que se deve legitimamente observar em situações tais é o exercício de uma espécie de controle-orientação, em que os envolvidos devem trocar conhecimentos e experiências com vistas a traçar as melhores práticas e estratégias para a consecução das finalidades públicas.

E, aí, quanto maior o número de agentes envolvidos e ouvidos, potencialmente melhores serão os resultados.

Deve-se não apenas franquear, mas verdadeiramente incentivar a participação de diversos interessados, inclusive sociedade civil, imprensa, academia etc.

Imprescindível, portanto, os processos de formalização e acompanhamento de tais instrumentos gozarem de plena transparência e acessibilidade

agentes políticos lhes é exclusiva e determinante da inviabilidade de sua substituição por quem quer que seja.

Tal desiderato – da legitimidade – deve marcar também, e de forma perene, a atuação do Ministério Público, como condição inclusive da juridicidade – ou legalidade²⁷.

Esse o tema a ser abordado no tópico seguinte.

3. A legitimidade como valor fundamental e informador da legalidade

A noção de legitimidade representa um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

O exercício legítimo das funções estatais condiciona a própria existência da democracia.

Imperioso, portanto, e de plano, o delineamento desse conceito – o qual vem evoluindo de forma marcante nos últimos anos.

Em se falando especificamente das decisões administrativas, tinham em tempos passados sua legitimidade fundada tão somente na escolha dos representantes pelas urnas.

Tratava-se, então, de um contexto em que o aval popular a determinados candidatos outorgava-lhes poder para tomar quaisquer decisões, assumir quaisquer posturas, posto que eleitos, justamente, para falar e agir em nome de seus eleitores (e, em última análise, da sociedade como um todo).

Tal cenário, carente de efetiva representatividade, de real vínculo de sustentação entre eleitores e eleitos, insere-se na noção de democracia delegativa desenvolvida por O'Donnell. (1994, p. 56)

²⁷ A legalidade já não pode ser tomada tão somente como compatibilidade da ação pública com os ditames legais; para muito além disso, engloba também os valores democráticos e republicanos, a fiel observância dos princípios constitucionais (expressos e implícitos), e a compatibilidade com os desideratos da responsividade, da transparência e, o que hora se destaca, a legitimidade. Na lição de Moreira Neto: “O princípio da juridicidade, como já o denominava Adolf Merkl, em 1927, engloba, assim, três expressões distintas: o princípio da legalidade, o da legitimidade e o da moralidade, para allear-se como o mais importante dos princípios instrumentais, informando, entre muitas teorias de primacial relevância na dogmática jurídica, a das relações jurídicas, a das nulidades e a do controle da juridicidade”. O princípio da juridicidade corresponde ao que se enunciava como um ‘princípio da legalidade’, se tomado em sentido amplo, ou seja, não se o restringindo à mera submissão à lei como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica”. (MOREIRA NETO, 2009, p. 85).

Ocorre quando o voto popular é encarado como um cheque em branco, em que a escolha de determinada pessoa lhe confere poderes quase absolutos de agir conforme suas convicções, sendo os eleitos colocados acima dos partidos políticos e dos grupos de interesse diversos.

Conforme assinala o autor, os Estados marcados por tal lógica de funcionamento não podem ser tidos como democracias consolidadas, encontrando-se estagnados entre o retrocesso em direção ao autoritarismo e a evolução no sentido da democracia representativa (que pressupõe necessariamente a vocalização de interesses por um terceiro e a possibilidade de controle de suas ações).

Assimilada a ideia de que a mera eleição de determinado governante já não é suficiente para outorgar-lhe legitimidade, passou-se a um aprimoramento da compreensão de tal valor, ganhando espaço a noção de legitimidade pelo processo.

Sob esse ponto de vista, uma vez respeitados os aspectos formais de tomada de decisão, não haveria que se questionar sua legitimidade ou validade.

Tendo em vista a absoluta ausência de sopesamento substancial, quanto à matéria do ato, ou quanto ao vínculo de cumplicidade e sustentação entre eleitores e eleitos, essa acepção se mostra igualmente insuficiente.

Essa acepção de legitimidade não é consentânea com o delineamento constitucional das instituições e do próprio Estado e sociedade brasileiros, que consagra não apenas os desideratos de participação e controle social, mas também as noções de representatividade e responsividade, de efetiva correspondência entre os anseios e necessidades coletivos e a ação pública.

Para ser legítima, a ação estatal em geral deve encontrar sustentação na sociedade e nos valores gerais consagrados no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a legitimidade efetiva pode ser traduzida como uma combinação de um sentimento social e difuso de reconhecimento e conforto por parte da população com respeito aos direitos fundamentais e procedimentos prévios e objetivamente estabelecidos e colocados em prática a partir de mecanismos objetivos de consentimento e outorga de licença para esse exercício, capazes de conferir estabilidade à ordem política.

Deve abarcar, ainda, fiel observância aos limites e divisão de competências, os quais se mostram essenciais ao equilíbrio e harmonia entre instituições e ao exercício eficiente das respectivas funções, de forma a garantir, em última análise, a democracia e a juridicidade da ação dos diversos atores envolvidos no cuidado, promoção e realização da função pública.

Nessa esteira, uma ação desbordante da lógica constitucional de divisão de competências não pode ser tida como legítima – fato esse que compromete totalmente a sua juridicidade (ou legalidade *lato sensu*, conforme nota 02 acima).

Trata-se de conceito multidimensional, marcado pela combinação de indicativos subjetivos, relacionais e procedimentais.

Sob esse aspecto, de se falar em legitimidade não apenas das ações do Executivo, mas também do Ministério Público.

O *Parquet*, uma vez invadindo competências constitucionalmente outorgadas a outros entes como forma de garantia ao equilíbrio jurídico-social-institucional, age de modo inquestionavelmente ilegítimo²⁸ – e portanto antijurídico (ou ilegal), com todos os desdobramentos daí decorrentes.

4. Fundamentos para a transferência/compartilhamento da responsabilidade: cogestão, usurpação de competências e ofensa ao princípio da legalidade

Inconteste, a nosso ver, que o Ministério Público, ao se arvorar na condição de gestor público, subtraindo-lhe e adonando-se de suas competências constitucionalmente fixadas, assume o papel, justamente, de gestor público.

Em situações tais, ainda que não se fale em absoluta transferência de gestão, dá-se, no mínimo, a cogestão da coisa e dos interesses públicos. E o gestor – ou cogestor – tem, invariavelmente, responsabilidade por suas decisões.

²⁸ “O Ministério Público tem, nesse sentido, inviabilizado ou tomado para si o exercício da administração pública, fazendo às vezes do administrador. Isso gera um efetivo impasse democrático, pois a sua legitimidade como canal técnico-jurídico barra ou altera a implementação de metas prometidas pelos agentes executivos e legislativos, que forma chanceladas pelo eleitorado por meio de seu voto.” (BERNARDINO, 2018, p. 71-72)

Nesse sentido, e para além da mácula de nulidade do ato²⁹, importante verificar qual foi o grau de interferência, de usurpação das competências da Administração, de modo a averiguar se tal providência teve o condão de absolutamente ilidir onexo causal entre o ato e as consequências dele advindas ou somente relativizá-la, compartilhá-la entre gestor-Administração e gestor-órgão de controle.

Em ambas as hipóteses, haverá reflexos de natureza civil, administrativa, político-administrativa e eventualmente até criminal.

Isso porque, em circunstâncias em que o gestor público se vê despedido do seu poder de decisão, com comprometimento de sua autonomia, não pode vir a ser em nenhuma dessas esferas responsabilizado.

As demandas sociais não atendidas – ou não eficaz e eficientemente atendidas – em decorrência de atos resultantes dessa ingerência deverão ser cobradas ao órgão responsável pela decisão potencialmente comprometedoras desses interesses.

Isso se aplica, inclusive, ao controle social, a ser exercido pela sociedade – que, nesse caso, se direcionará justamente ao órgão ministerial.

O tratamento objetivo da questão deve se dar, conforme exposto até o momento, a partir de alguns pressupostos:

1. A Constituição Federal traz exata e sistemática divisão de competências, as quais não podem ser sursurpiadas por quem quer que seja;
2. A fiel observância dessa divisão é condição para a juridicidade da atuação dos diversos 'poderes' e instituições;
3. A legitimidade dos atos praticados pelo gestor público encontra fundamento, para além da divisão constitucional de competências, no poder-dever outorgado diretamente pelo povo, quando de sua eleição e escolha como representante;

²⁹ "Assim no campo político como no âmbito jurídico, a atribuição de poder gera dever ou responsabilidade em medida proporcional. Pois se é dado ao Ministério Público exercer uma série de atribuições constitucionais e legais que lhe deram patamar institucional diferenciado em nosso país, decorre disso que deve o órgão bem exercê-las, sob pena de sofrer sérias consequências por sua inaptidão. No âmbito jurídico, a consequência primordial seria a invalidade dos atos praticados, se ocorrer afronta aos princípios que devem reger a atuação ministerial." (PIRES, 2014, p. 135)

4. A eleição dos agentes políticos não constitui 'carta-branca' para a sua atuação, a qual deve ser consentânea com os interesses públicos e o programa de governo chancelado nas urnas³⁰;
5. Qualquer atuação institucional desbordante do sistema constitucional de divisão de atribuições e invasora de competências alheias será necessariamente ilegítima;
6. O conceito de legalidade já não se restringe à mera observância das regras postas, abarcando também o respeito aos princípios e postulados, dentre os quais se destaca a legitimidade;
7. A ausência de legitimidade, portanto, leva ao inexorável comprometimento da juridicidade do atuar público, suplantando, em outras palavras, sua própria legalidade;

³⁰ Nesse sentido, vale referência, pela importância e potencial, ao artigo 69-A da Lei Orgânica do Município de São Paulo: "Art. 69-A. O Prefeito, eleito ou reeleito, apresentará o Programa de Metas de sua gestão, até noventa dias após sua posse, que conterà as prioridades: as ações estratégicas, os indicadores e metas quantitativas para cada um dos setores da Administração Pública Municipal, Subprefeituras e Distritos da cidade, **observando, no mínimo, as diretrizes de sua campanha eleitoral** e os objetivos, as diretrizes, as ações estratégicas e as demais normas da lei do Plano Diretor Estratégico. § 1º O Programa de Metas será amplamente divulgado, por meio eletrônico, pela mídia impressa, radiofônica e televisiva e publicado no Diário Oficial da Cidade no dia imediatamente seguinte ao do término do prazo a que se refere o "caput" deste artigo. § 2º O Poder Executivo promoverá, dentro de trinta dias após o término do prazo a que se refere este artigo, o debate público sobre o Programa de Metas mediante audiências públicas gerais, temáticas e regionais, inclusive nas Subprefeituras. § 3º O Poder Executivo divulgará semestralmente os indicadores de desempenho relativos à execução dos diversos itens do Programa de Metas. § 4º O Prefeito poderá proceder a alterações programáticas no Programa de Metas sempre em conformidade com a lei do Plano Diretor Estratégico, justificando-as por escrito e divulgando-as amplamente pelos meios de comunicação previstos neste artigo. § 5º Os indicadores de desempenho serão elaborados e fixados conforme os seguintes critérios: a) promoção do desenvolvimento ambientalmente, socialmente e economicamente sustentável; b) inclusão social, com redução das desigualdades regionais e sociais; c) atendimento das funções sociais da cidade com melhoria da qualidade de vida urbana; d) promoção do cumprimento da função social da propriedade; e) promoção e defesa dos direitos fundamentais individuais e sociais de toda pessoa humana; f) promoção de meio ambiente ecologicamente equilibrado e combate à poluição sob todas as suas formas; g) universalização do atendimento dos serviços públicos municipais com observância das condições de regularidade; continuidade; eficiência, rapidez e cortesia no atendimento ao cidadão; segurança; atualidade com as melhores técnicas, métodos, processos e equipamentos; e modicidade das tarifas e preços públicos que consistirem diferentemente as condições econômicas da população. § 6º Ao final de cada ano, o Prefeito divulgará o relatório da execução do Programa de Metas, o qual será disponibilizado integralmente pelos meios de comunicação previstos neste artigo."

8. A apropriação pelo órgão de controle das competências do gestor público gera uma quebra denexo causal, entre o ato-causa e as suas consequências, deslocando assim eventual responsabilidade por desvios, irregularidades ou inadequações.

Diante de tal cenário, cumpre perquirir, para além de eventual responsabilização civil (que se encontra de certa forma mais internalizada e assimilada no país), quais as consequências da ilegitimidade\ilegalidade nesses moldes perpetradas.

O cerne da questão é a viabilidade do reconhecimento, nas referidas atuações ministeriais desbordantes da lógica constitucional de divisão de competência e invasão da esfera de atuação do Executivo, da prática de ato de improbidade administrativa.

Nesse ponto, acenamos de pronto para a viabilidade de reconhecimento tal, na hipótese de prática ato assim qualificado pela Lei Federal n. 8.429, de 02 de junho de 1992³¹.

É do que trataremos no item seguinte.

5. Consequências da usurpação de funções: improbidade administrativa

A modalidade de responsabilização ministerial mais comumente aplicada e reconhecida é a de natureza civil, normalmente direcionada à instituição (GABARDO; RAZUK, 2009, p. 126) e reflexamente, e eventualmente, o agente responsável pelo ato.

Existe porém a possibilidade de responsabilização do agente que atue em desacordo com os princípios constitucionais regentes da ação administrativa – dentre os quais aqui se destaca o da legalidade, por atuação desconforme à divisão constitucional de competências e por usurpação de prerrogativas alheias – sob um outro viés: o da Lei Federal n. 8.429\92.

Tal diploma encontra fundamento no artigo 37 da Constituição Federal, que em seu § 4º, estabelece que *os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública,*

³¹ Corroborando esse entendimento, afirma Braga, peremptoriamente: "É certo que os integrantes do Ministério Público podem ser sujeitos passivos em ação de improbidade administrativa, na hipótese de seus atos estarem tipificados entre aqueles constantes nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.249.92." (2010, p. 115). No mesmo sentido, TERÇAROLLI (2008, p. 101).

a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A regulamentação de tal dispositivo não trouxe nenhuma limitação quanto aos agentes públicos sujeitos ao seu espectro de incidência; contrariamente, outorgou à questão tratamento mais amplo possível.

O ajuizamento das ações de improbidade administrativa, nas situações de usurpação de competência dos entes públicos, poderá ser feito pela própria pessoa política ofendida em suas prerrogativas e competências, conforme expressamente prevê o artigo 17 da LIA³².

Seus possíveis desdobramentos, sob o ponto de vista do agente praticante do ato de improbidade, são exatamente aqueles referidos na previsão constitucional.

Nesse ponto, vale trazer à baila a discussão, a nosso ver infundada, sobre a possibilidade de aplicação da penalidade de perda do cargo, tendo em vista a garantia de vitaliciedade outorgada aos membros do Ministério Público.

Trata-se de argumentação desprovida de fundamento, vez que a própria legislação de organização interna do *Parquet* das diversas esferas federativas prevê explicitamente tal possibilidade³³.

Quanto ao meio para atingimento dessa consequência, consideramos igualmente indefensável qualquer interpretação limitadora: o fato de haver a previsão de procedimentos específicos para a perda do cargo de Promotor/Procurador de Justiça não implica na inviabilidade de utilização de outras ferramentas processuais que, sob os mesmos ou diversos fundamentos, desemboquem nesse resultado.

Até porque o artigo 12 da Lei de Improbidade traz ressalva expressa nesse sentido:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de

³² "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."
³³ Conforme Estatuto do Ministério Público da União (Lei Complementar nº 75/1993, artigos 240, V, 'b' - que estabelece a pena de demissão para a prática de improbidade administrativa; e 242 - segundo o qual tal pena somente poderá ser aplicada via sentença judicial proferida em ação civil proposta pelo Procurador-Geral da República). A exigência de ação judicial para a aplicação da pena de perda do cargo está igualmente inserida na Lei federal n. 8.625/93, em seu artigo 38, parágrafo 1º).

improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (...)

Essa visão foi consagrada pela jurisprudência, conforme se vê o acórdão proferido no RESP n. 1.191.613-MG, relator ministro Benedito Gonçalves:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENA DE PERDA DE CARGO A MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. 1. Recurso especial no qual se discute a possibilidade de haver aplicação da pena de perda do cargo a membro do Ministério Público, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa. (...) 3. Nos termos do art. 37, § 4º, da Constituição Federal e da Lei n. 8.429/1992, **qualquer agente público, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios pode ser punido com a pena de perda do cargo que ocupa, pela prática de atos de improbidade administrativa.** 4. A previsão legal de que o Procurador-Geral de Justiça ou o Procurador-Geral da República ajuizará ação civil específica para a aplicação da pena de demissão ou perda do cargo, nos casos elencados na lei, dentre os quais destacam-se a prática de crimes e os atos de improbidade, não obsta que o legislador ordinário, cumprindo o mandamento do § 4º do art. 37 da Constituição Federal, estabeleça a pena de perda do cargo a membro do Ministério Público quando comprovada a prática de ato ímprobo, em ação civil pública específica para sua constatação. 5. Na legislação aplicável aos membros do Ministério Público, asseguram-se à instituição as providências cabíveis para sancionar o agente comprovadamente ímprobo. Na Lei n. 8.429/1992, o legislador amplia a legitimação ativa, ao prever que a ação será proposta "pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada" (art. 17). Não há competência exclusiva do Procurador-Geral. 6. Assim, a demissão por ato de improbidade administrativa de membro do Ministério Público (art. 240, inciso V, alínea b, da LC n. 75/1993) não só pode ser determinada pelo trânsito em julgado de sentença condenatória em ação específica, cujo ajuizamento foi provocado por procedimento administrativo

e é da competência do Procurador-Geral, como também pode ocorrer em decorrência do trânsito em julgado da sentença condenatória proferida em ação civil pública prevista na Lei n. 8.429/1992. Inteligência do art. 12 da Lei n. 8.429/1992. 7. Recurso especial provido para declarar a possibilidade de, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ser aplicada a pena de perda do cargo a membro do Ministério Público, caso a pena seja adequada à sua punição. (grifei)

No caso em espécie, justificou a propositura de ação de responsabilidade por ato de improbidade o fato de os dois promotores réus, durante o recesso forense, haverem forjado plantão em que deveriam ter trabalhado juntos.

Tomando por base as circunstâncias sobre as quais se concentra o presente estudo, de invasão, de usurpação de competência, com a devasa da esfera de discricionariedade e proteção de atribuições constitucionalmente delineadas, inclusive por meio de medidas comprometedoras do consenso na formalização de instrumentos típicos da atuação extrajudicial/administrativa do Ministério Público, a subsunção material às normas relativas à improbidade encontra-se igualmente presente.

Conforme assinala o artigo 11 da LIA, configuram atos de improbidade todos aqueles ofensivos aos princípios regentes da ação administrativa, dentre os quais ganha destaque a legalidade.

A prática de atos usurpadores de competência e comprometedores da liberdade de ação e adesão do Executivo macula de ilegítima a atuação do *Parquet*, compromete a sua juridicidade e configura, portanto, frontal ofensa a tal desiderato – atraindo, portanto, a incidência do sistema de combate à improbidade, em especial o artigo 11 da Lei.

Demonstrada a possibilidade, em tese, de configuração de ato de improbidade por usurpação de prerrogativas do Executivo e comprometimento da livre vontade dos agentes públicos competentes para aderir aos métodos extrajudiciais e consensuais de composição, cumpre fazer uma ressalva, de fundamental importância para a efetivação prática das providências voltadas à sua manifestação, da vagueza e indefinição muitas vezes observada no tocante aos reais limites de atuação do *Parquet*, assim como da esfera de discricionariedade exclusiva do Executivo, a Lei de Improbidade Administrativa é bastante ampla e pouco concreta ao caracte-

rizar os atos de improbidade – em especial aqueles inquinados de ofensivos aos princípios regentes da atividade administrativa, conforme seu artigo 11.

Necessário, portanto, um aprofundamento dos debates, com vistas a construir balizas mais seguras e exatas para a fixação de limites previsíveis e confiáveis, objetivamente aferíveis, em prestígio, inclusive, da segurança jurídica, igualmente consagrada pela Constituição Federal.

Vale traçar ainda uma ressalva: eventuais ações voltadas à responsabilização de agentes eventualmente faltosos pressupõem a concretização do dano, o consubstanciamento do prejuízo aos interesses públicos – o que, em última análise, é bastante ruim tanto para as instituições quanto para a sociedade, que assim já experimentou injustas privações e consequências deletérias.

Daí deverem os agentes públicos – e a própria sociedade, por meio do controle social – buscar sempre a composição, ou mesmo a invocação da via judicial preventiva, com vistas a evitar a consumação da ilegalidade, da usurpação de competências.

Foi o que se deu nos exemplos colacionados no item 2, os quais representam atualmente importantes precedentes a traçarem um norte de como questões tais devem ser tratadas.

CONCLUSÕES

Inquestionável o papel fundamental do Ministério Público para a proteção e promoção dos interesses públicos, assim como para o amadurecimento e garantia do regime democrático.

Trata-se de instituição essencial, com atuação marcada pela alta qualificação de seus membros, e um histórico de efetivas e importantíssimas contribuições para o aprimoramento institucional – e social, e da cultura jurídica brasileira.

Necessário, porém, e diante da força muitas vezes irresistível, da dimensão de intocabilidade que ocasionalmente marca o seu desempenho, discutir e considerar os parâmetros e limites para a sua atuação (considerada, inclusive, a premissa básica de que o regime democrático é absolutamente incompatível com qualquer poder absoluto).

Disso depende o amadurecimento democrático de que o país tão profundamente necessita, e a assimilação da importância e potencialidades da atuação ministerial.

Tais iniciativas conduzirão ao fortalecimento do Ministério Público: certa da legitimidade de sua atuação, tanto a sociedade quanto as demais instituições e poderes estarão muito mais propensos a aderir aos seus reclamos, a reconhecer a sua fundamental importância para o desenvolvimento, arquitetura e implementação de políticas públicas e atendimento aos interesses gerais.

Seu desempenho deve pautar-se pela juridicidade e estrita observância das suas atribuições constitucionais.

O avanço sobre as prerrogativas constitucionais do Executivo é não apenas indesejável e impróprio, como antijurídica e antidemocrática. A estrutura constitucional de divisão de competências deve ser fielmente observada – assim como a lógica de atuação consensual, em que o consenso, justamente, é elemento fundamental.

O papel do Ministério Público como defensor e promotor da democracia, do Estado de Direito e dos direitos fundamentais deve ser desempenhado de forma a promover o incremento da qualidade da ação pública, sem incursões nas esferas de competência alheias.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar do controle da atividade administrativa, estruturou-o como um sistema integrado por todos os órgãos de controle externo, interno e a sociedade (controle social).

Todos esses atores devem agir de forma harmônica e cooperativa, sob a premissa fundamental de absoluta ausência de hierarquia ou subordinação: trata-se de criteriosa distribuição de competências, com todos no mesmo nível, devendo agir de forma colaborativa.

O efetivo, eficaz e eficiente desempenho da função de controle – a qual deve ter sempre como norte a promoção do interesse geral, a defesa dos valores democráticos e republicanos – depende dessa concertação, desse diálogo e retroalimentação entre as instâncias.

Uma vez compreendida – e assimilada – essa dinâmica, o Ministério Público precisa, ainda, internalizar a sua importante missão de orientação, capaz de enriquecer e aprimorar a ação da Administração Pública, sem a concentração em um viés puramente repressivo-punitivo.

A promoção da integridade pública é também atribuição ministerial, à parte de sua competência para investigar e reprimir. Cabe à Instituição, neste momento, conscientizar-se dessa também primordial atribuição, sedimentá-la e exercê-la com responsabilidade.

REFERÊNCIAS:

- AKAOU, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BERNARDINO, Talitha Braz. *O abuso de poder na atuação do Ministério Público*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.
- BRAGA, Carlos Eduardo Faraco. *Transparência e accountability no Ministério Público*. In RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 94-118.
- CONJUR. Humberto Martins pede que TRF-4 apure criação de fundação da "lava jato".
Revista Eletrônica Conjur de 31 de março de 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-mar-31/cnj-trf-esclareca-criacao-fundacao-lava-jato>.
- DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2001.
- FARIAS, Talden. *Termo de Ajustamento e conduta e acesso à Justiça*. Revista Dialética de Direito Processual v.LII, p. 116-124. São Paulo, 2007.
- GABARDO, Emerson; RAZUK, Nahima Peron Coelho. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- O'DONNELL, Guillermo. *Delegative democracy*. Journal of Democracy. V. 5, n. 1, Jan/1994, p. 55-69.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. A insegurança jurídica das empresas e os acordos de leniência na legislação anticorrupção brasileira. Migalhas, informativo n. 4.540. disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,-MI259553,21048-A+inseguranca+juridica+das+empresas+e+os+acordos+de+lenienciana>
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *A insegurança jurídica as empresas e os acordos de leniência na legislação anticorrupção brasileira: rumo a maior intervenção do Judiciário diante do caos político-administrativo*. São Paulo: Migalhas, 2017.
- PIRES, Gabriel Lino de Paula. *Ministério Público e controle da administração pública: enfoque sobre a atuação extrajudicial do Parquet*. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. Disponível em http://dedalus.usp.br/F/NGRUKTB3D2BL8UP9H1FTDFPD48P6U2PILKUCEQYL-C985B2PIMM-23761?func=find-b&local_base=FD&request=gabriel+lino+de+paula+pires&find_code=WRD&adjacent=N&pds_handle=GUEST. Acesso em 29/01/2019.

ACORDOS ADMINISTRATIVOS NO BRASIL

PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Inicial ADPF n. 568 MC-PR. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/3/art20190312-14.pdf>.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Funções administrativas e discricionárias do Ministério Público*. In RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 339-355.

_____. *As funções extrajudiciais do Ministério Público: natureza jurídica, discricionariedade e limites*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

RODRIGUES, Geise de Assis. *Ação civil pública e compromisso de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 802-060/RS. Rel. Min. Luiz Fux.

Superior Tribunal de Justiça. Acórdão proferido no Recurso Especial n. REsp 1.191.613-MG. Relator Ministro Benedito Gonçalves.

Supremo Tribunal Federal. Decisão proferida na PET 5210\DF. Relator Ministro Teori Zavascki.

Supremo Tribunal Federal. Decisão proferida na Pet 6890, Relator Ministro Edson Fachin.

TERÇAROLLI, Carlos Eduardo. *Improbidade administrativa no exercício das funções do Ministério Público*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2008.