

A Intervenção Preventiva Extrajurisdicional do Ministério Público no Combate à Corrupção – Escala de Ação Progressiva como Fator de Emancipação Social

Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis*

Sumário

1. Introdução. 2. Corrupção e seu Custo Social. Patrimônio Público como Objeto da Corrupção. 3. Intervenção Preventiva Eficiente do Ministério Público. Escala de Atuação Progressiva. Fator de Emancipação Social. 4. Conclusão. Referências.

1. Introdução

Os fenômenos de interação e desenvolvimento sociais, notadamente nos regimes de governo democráticos, vêm propiciando à coletividade o conhecimento e acesso às informações atinentes à administração pública, a cujos atores incumbe a esmerada gestão do patrimônio público¹.

Rotineira e infelizmente, noticiam-se atos de corrupção praticados nos mais diversos setores sociais. Cada vez mais sofisticadas e abrangentes, essas condutas ilícitas geram consequências nefastas e impeditivas ao desenvolvimento social, na medida em que o desvio de finalidade e o abuso do poder direcionam os benefícios ilícitos das ações e omissões apenas aos seus autores ou a quem lhes convenha, em detrimento da coletividade (custo social da corrupção).

Diante desse quadro, levando-se em conta a evitabilidade/irreversibilidade dos danos ao patrimônio público e, ainda, que sistemas de controle interno e externo dos poderes da República vêm se mostrando incapazes de combater satisfatoriamente a corrupção, é que exsurge a necessidade da intervenção preventiva extrajurisdicional do Ministério Público no combate à corrupção, através da proposta de uma “*escala de ação progressiva*”, lastreada no princípio da eficiência, como instrumento de emancipação social.

* 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.

¹ 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. Merece, pois, assim como a moralidade administrativa, tutela ampla e irrestrita, porquanto, conforme Fernando Rodrigues Martins (MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 64), “a malversação do patrimônio público fere a concepção deontológica de um direito fundamental e importa na desapropriação violenta e lesiva de uma coletividade”.

2. Corrupção e seu Custo Social. Patrimônio Público como Objeto da Corrupção

A difícil tarefa de definir conceitualmente o vocábulo *corrupção* demanda, necessariamente, uma análise histórica balizada em contextos linguísticos altamente diferenciados no tempo. Não há uma única abordagem linguística ou normativa totalizante sobre a corrupção, que está referida a contextos de linguagens e interlocuções práticas dinâmicas, conforme os diferentes problemas que configuraram a história política.²

Tomando-se por base o referencial dos interesses (público e privado), na base liberal do pensamento político, a corrupção representa os vícios dos agentes públicos, praticados na dimensão do Estado³, cujos elementos distintivos, com propriedade, prelecionam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

Sob o prisma léxico, múltiplos são os significados do termo corrupção. Tanto pode indicar a ideia de destruição como a de mera degradação, ocasião em que assumira uma perspectiva natural, como acontecimento efetivamente verificado na realidade fenomênica, ou meramente valorativa.

Especificamente em relação à esfera estatal, a corrupção indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca de obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma. Desvio de poder e enriquecimento ilícito são elementos característicos da corrupção.⁴

² Nesse sentido, o regresso à experiência do mundo antigo e medieval revela que a corrupção estaria ligada a processos mais amplos de degeneração das instituições políticas, relacionando-se com o sentido da palavra *diaphtora*, no grego, e *corrumpere*, no latim, que têm sua significação em torno de ideias como putrefação, destruição, ruína. A corrupção estaria relacionada aos momentos de decadência de impérios e reinos, representando o momento no qual o governo se degenera para formas injustas ou eticamente consideradas ruins. Esta compreensão da corrupção relacionada a processos mais amplos de decadência é uma marca forte da herança do pensamento grego no pensamento ocidental, em especial se considerarmos as filosofias de Platão e, principalmente, de Aristóteles. (FILGUEIRAS, Fernando; MONTANDON, Ana Maria; OLIVEIRA, Bárbara Magalhães Aguiar de; ABREU, Ivana Mascarenhas. Corrupção, cultura política e reformas no Brasil. *Revista de C. Humanas*, v. 10, nº 2, p. 318-334, jul./dez. 2010)

³ Na chave liberal do pensamento político, a corrupção representa os vícios dos agentes públicos, praticados na dimensão do Estado. Não se trata de pensarmos sociedades pautadas na virtude, mas sociedades que são regidas pelos interesses. Tomando essa premissa dos interesses, a corrupção é analisada a partir de três ângulos diferentes: (1) a corrupção realizada pelos políticos profissionais, na dimensão da representação, envolvendo, especialmente, governantes e parlamentares; (2) a corrupção de funcionários públicos, que usam seu poder e prestígio para auferir vantagens indevidas, isto é, a corrupção da burocracia e do aparato administrativo do Estado; e (3) a corrupção de membros de instituições centrais do Estado, como a polícia e o Judiciário. (FILGUEIRAS, Fernando; MONTANDON, Ana Maria; OLIVEIRA, Bárbara Magalhães Aguiar de; ABREU, Ivana Mascarenhas. Corrupção, cultura política e reformas no Brasil. *Revista de C. Humanas*, v. 10, nº 2, p. 318-334, jul./dez. 2010).

⁴ GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. Emerson e Rogério Pacheco Alves. 6ª ed, ver. e ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 7.

A corrupção não esgota, em si, as espécies de condutas ilícitas, com desvio de finalidade e em benefício do interesse particular (de quem corrompe, de quem é corrompido e de quem se beneficia da corrupção), mas, ao contrário, representa apenas uma das facetas dos atos de improbidade, os quais possuem maior amplitude significativa, definida pela Lei nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa.

Corrupção, no âmbito estatal é, portanto, uma espécie de improbidade administrativa, qualificada pelo abuso do poder⁵ exercido por um agente público, para obter uma vantagem indevida para si ou para outrem, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma. É a sobreposição ilícita dos interesses públicos pelos privados, em detrimento do patrimônio público – objeto material – com severos custos sociais.

Como consequência social negativa, estimou-se, em 2010, conforme dados da Federação das Indústrias de São Paulo (Fiesp), que o custo da corrupção no Brasil fica entre R\$ 41,5 e R\$ 69,1 bilhões por ano. Isto representa entre 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB).⁶ Em recente relatório realizado pela consultoria britânica Capital Economics, apontou-se que, embora seja difícil precisar, os impactos gerados pela corrupção na empresa pública brasileira Petrobras, investigados pela exitosa “Operação Lava-Jato”, incluindo os efeitos de redução de investimentos na companhia e outras implicações, perfaz o montante de 0,5 % do PIB nacional, apenas em 2015.⁷

Analisando teleológica e deontologicamente a corrupção⁸, com o reforço dos dados empíricos expostos alhures, fica claro perceber que seu objeto material é o patrimônio público, alvo inexorável, de dilapidação. Como esposado, referido comportamento ilícito e moralmente deformado causa, inevitavelmente, severos

⁵ Abuso de poder é o ato ou efeito de impor a vontade de um sobre a de outro, tendo por base o exercício do poder, sem considerar as leis vigentes. Desta maneira é evidente que a palavra ‘abuso’ já se encontra determinada por uma forma mais sutil de poder, o poder de definir a própria definição. Assim que o abuso só é possível quando as relações de poder assim o determinam. A democracia direta é um sistema que se opõe a este tipo de atitude. O abuso de poder pode se dar em diversos níveis de poder, desde o doméstico entre os membros de uma mesma família, até os níveis mais abrangentes. O poder exercido pode ser o econômico, político ou qualquer outra forma a partir da qual um indivíduo ou coletividade tem influência direta sobre outros. O abuso caracteriza-se pelo uso ilegal ou coercivo deste poder para atingir um determinado fim. O expoente máximo do abuso do poder é a submissão de outrem às diversas formas de escravidão. (VELLOSO, Gabba. *Desvio de poder*: jurisprudência e aplicação prática. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 48). Tecnicamente, existem duas dimensões de abuso de poder: *excesso de poder* e *desvio de poder*. A primeira é aquela em que o agente público atua fora dos limites de sua competência e, a segunda, aquela em que o agente público atua dentro de seu âmbito competencial, porém, com desvio de finalidade pública.

⁶ Disponível em: <http://www.brasileconomico.com.br/noticias/corruptao-no-brasil-custa-ate-r-691-bilhoes-por-ano_82676.htm>. Acesso em: 07 ago. 2015.

⁷ Disponível em: <<http://www.infomoney.com.br/petrobras/noticia/3876272/corruptao-petrobras-pode-tirar-pib-diz-capital-economics>>. Acesso em: 07 ago. 2015.

⁸ No mesmo sentido, apontando ser a moralidade administrativa eminentemente finalística, assim se pronuncia Emerson Garcia: “Assumindo espontaneamente o ônus de gestor da coisa pública, tem o agente o dever de agir em harmonia com as finalidades institucionais próprias do órgão que ocupa, o que demonstra que o conceito de moralidade administrativa tem índole eminentemente teleológica”. GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_35/artigos/Art_emerson.htm>. Acesso em: 17 set. 2015.

prejuízos ao desenvolvimento nacional, ao passo que propicia o desvio de recursos indispensáveis à promoção da saúde, da educação, da segurança pública e de demais setores essenciais da sociedade, representando verdadeira afronta aos fundamentos e objetivos da república, bem como entrave à emancipação social⁹.

3. Intervenção Preventiva Eficiente do Ministério Público. Escala de Atuação Progressiva. Fator de Emancipação Social

A atividade de combate à corrupção deve ser levada a efeito por atividades de controle e fiscalização de todos os poderes republicanos, a exemplo dos órgãos de controle externo e interno do Poder Executivo, pelo Poder Legislativo, pela coletividade e pelo Ministério Público.¹⁰

Em que pese a ausência de especificação normativa expressa sobre o momento para a deflagração do controle e da defesa do patrimônio público, no exercício da função institucional de combate à corrupção, o que direciona a intervenção ministerial para o viés preventivo é a *evitabilidade* do resultado lesivo ao patrimônio público e a *irreversibilidade*, quase constante, dos danos aos direitos patrimoniais e extrapatrimoniais sociais – custo social da corrupção.¹¹

Diante da amplitude do sistema jurídico de proteção ao patrimônio público e de combate à corrupção, não se pode mais conceber a ideia de inércia das instituições protetoras e nem uma atuação meramente repressiva, sob pena de irreversibilidade danosa ou compensação insuficiente. Exige-se, assim, do Ministério Público, uma mudança de paradigma de atuação, que direcione seu o mister executivo, preferencialmente, à prevenção extrajurisdicional da corrupção, valendo-se de todo o instrumental administrativo que lhe é dado, da maneira mais eficiente possível.

Sob o influxo do princípio da eficiência, o que se propõe é que a referida atuação preventiva extrajurisdicional de combate à corrupção, em alguns casos, siga uma *escala de ação progressiva*, lançando-se mão da *Recomendação* e, em seguida, do *Compromisso de Ajustamento de Conduta*, visando à solução mais rápida

⁹ Citamos os artigos 1º, II e III e o artigo 3º, I a IV, todos da Constituição da República, de 1988.

¹⁰ Essa ilação pode ser aferida da interpretação sistemática dos artigos 23, I, 31, 70 e 129, III, da CR/1988.

¹¹ Nesse sentido são as sábias lições de Gregório Assagra de Almeida: [...] muitos danos, especialmente os de dimensão social (aqueles que afetam o ambiente; a saúde do consumidor; a criança e o adolescente; o idoso; a saúde pública etc.), não são possíveis de reparação *in natura*. Portanto, só restaria nesses casos uma tutela repressiva do tipo compensatória ou do tipo punitiva, que é espécie de tutela jurídica apegunhada, já que não responde ao direito a uma tutela jurídica genuinamente adequada, na sua condição de garantia fundamental do Estado Democrático de Direito (arts. 1º, 3º e art. 5º, XXXV, da CF/88). [...] Além de combater repressivamente os atos de improbidade, é razoável priorizar a atuação para evitar que ocorram atos dessa natureza, especialmente os que geram dano ao Erário *[sic]*. Muitas vezes torna-se impossível a recuperação dos ativos desviados, o que resulta em enormes prejuízos para a sociedade. A priorização da atuação preventiva pelos Promotores de Justiça, Procuradores de Justiça e Procuradores da República será um caminho legítimo e eficaz para proteger o patrimônio público. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *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. p. 17-60.

e menos custosa da demanda, sem prejuízo do eventual ajuizamento de ação civil pública para a responsabilização por ato de improbidade administrativa, em casos de patente ilícito ímprobo.

O fator diferenciador da melhor utilização dessas peças de atuação pelo Ministério Público, especificamente na prevenção à corrupção, é a aplicação do *princípio administrativo da eficiência*¹². Em outras palavras, vislumbrada a ameaça ou a lesão ao patrimônio público, ao órgão de execução do Ministério Público cabe a escolha do mais eficaz aparelho procedimental de atuação, levando em conta, inexoravelmente, a melhor relação entre a produtividade e economicidade.¹³

A *audiência pública* é o exemplo mais eloquente de participação social nos rumos administrativos do patrimônio público, eis que proporciona, de maneira prévia, a efetivação da democracia dialética (LEITE DA SILVA, 2014). A participação do Ministério Público, instituição expoente da função de *Ombudsman*, em audiências públicas cujo tema seja, direta ou indiretamente, a gestão do patrimônio público (combate à corrupção), é fator de legitimação social e controle preventivo, pela prévia análise de todos os aspectos legais das ações propugnadas pela Administração Pública ou por particulares.

Tal ferramenta funciona como ótima fonte de elementos de informação para a formação da convicção ministerial, principalmente em casos de corrupção, nos quais agentes e beneficiários desenvolvem esquemas cada vez mais sofisticados de escamoteamento de bens e valores ilicitamente auferidos, bem como de informações. Propicia-se, assim, uma visão global da demanda e permite um vislumbre da melhor maneira de instrumentalizar a prevenção à corrupção.

Também ligada à perspectiva de atuação ministerial como *Ombudsman*¹⁴, surge a ferramenta da *recomendação*, cuja previsão normativa se encontra no art. 129, II, da CR/1988 e nos arts. 27, parágrafo único, IV, da Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), e 6º, XX, da Lei Complementar nº 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União). Em resumo, a recomendação tem natureza jurídica de ato administrativo¹⁵ e se presta, no bojo de um procedimento administrativo ministerial (inquérito civil ou procedimento preparatório)¹⁶, a apontar conduta ou

¹² Conforme Hely Lopes Meirelles assim define que: o referido 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”. E arremata: “a partir da Emenda Constitucional 45/2004 a eficiência passou a ser um direito com sede constitucional.”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2008. p. 98-99).

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 27.

¹⁴ Trata-se configuração de agente apolítico e independente, de investidura temporária, receptor das vozes inconformadas do povo contra as ações ou omissões ilícitas do Poder Público. No modelo jurídico-constitucional o Ministério Público assumiu esse mister, ainda que não exclusivamente, fulcrado no art. 129, II, da Constituição da República, o que ganha especial relevo quando se trata de patrimônio público

¹⁵ Não há dissonância doutrinária a respeito da natureza jurídica da recomendação, pelo que citamos, por todos. Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 231.

¹⁶ A nomenclatura dos procedimentos administrativos pode variar de acordo com cada Ministério Público

perspectiva de conduta ilícita e diagnosticar sua correção. A recomendação funda-se em fontes normativas e na força persuasiva (jurídica, moral e política) do Ministério Público, com o fito de pontar a anomalia e convencer o agente a saná-la.

Basicamente, a recomendação pode expressar um conteúdo positivo (fazer algo ou suprir alguma omissão) ou negativo (não mais fazer algo). Não obstante essa dualidade de conteúdo, é inegável a importância e a força de seus efeitos indiretos para a atuação preventiva à corrupção, pois servem para: a) influenciar juridicamente as ações e/ou omissões do agente recomendado; b) agir de forma psicológica na etapa precedente à ação e/ou omissão do destinatário; c) obrigar o destinatário a se manifestar; d) acaso atendida, gera o reconhecimento implícito da inadequação da conduta atestada e soluciona, extrajudicialmente, a ilegalidade; e) quando não acatada, serve de indicador do elemento subjetivo do agente para sua eventual responsabilização civil e/ou criminal; f) serve de instrumento de direcionamento da atuação institucional do próprio Ministério Público.

Desses efeitos exsurge a importância tática e prática da utilização da recomendação na prevenção à corrupção, pois, à luz do princípio da eficiência, funciona independentemente da vontade do recomendado, como meio de apontamento da ilegalidade e de identificação do corrupto e do beneficiário do ilícito, resultando no impedimento ou na correção da ilegalidade antes da ocorrência do dano. A partir da recomendação e de sua publicação, afasta-se do agente corrompido ou do beneficiário a possibilidade de alegação de desconhecimento da ilegalidade e, ao mesmo tempo, recomendam-se a ele a adoção das devidas providências sanatórias, prevenindo-se eventual intento corrupto. Esse expediente age, ainda, na configuração do elemento subjetivo do agente e/ou beneficiário, viabilizando a caracterização do dolo, exigido em alguns casos, para a responsabilização civil, administrativa e penal.

Por isso tudo, o uso da recomendação deve ser comedido, sob pena de banalizar-se o poder extrajudicial de solução de ilicitudes do Ministério Público e reduzir sua eficácia.

No mesmo sentido, praticamente com os mesmos efeitos, porém acrescido de caráter cominatório/coercitivo e com natureza jurídica de submissão (dimensão material) e de título executivo extrajudicial (dimensão processual), segue o *compromisso de ajustamento de conduta*, previsto no artigo 5º, §6º, da Lei nº 7.347/1985. Por meio do TAC, o compromissário reconhece irregularidade de sua conduta e assume, por título executivo extrajudicial (art. 585, II, do Código de Processo Penal), as obrigações determinadas, sob penalidade cominatória-financeira e execução judicial, em caso de descumprimento. Assim como a recomendação, entre outras valências, serve de delineador do elemento subjetivo do agente, cuja produção probatória, em casos de ações civis públicas de improbidade administrativa, não é tarefa das mais fáceis, sobretudo pela forçosa exigência jurisprudencial para condenação.

Estadual. Tomando-se de exemplo o Ministério Público de Minas Gerais, as recomendações somente poderão ser expedidas nos autos de um Procedimento Preparatório ou de um Inquérito Civil, conforme o art. 22 da Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 3/2009.

No âmbito da atuação resolutiva do Ministério Público, constatada a perspectiva de prática de condutas corruptas na administração do patrimônio público, é que surge a dúvida: qual o melhor instrumento de atuação a ser utilizado? Não há regra de determinação da atuação funcional, sobretudo por conta do princípio institucional da independência funcional, expressa no art. 127, §1º, da CR/1988. Todavia, com bases firmes no princípio da eficiência, o que se propõe é traçar uma *linha de atuação funcional extrajudicial escalonada*: em primeiro lugar, utiliza-se a *Recomendação*, como meio pedagógico e persuasivo (ciência ilicitude e proposta de correção), que não depende da vontade do corrupto ou corruptor para ser exteriorizado; acaso ineficaz e ainda incabível o ajuizamento de Ação Civil Pública ou não constatada a improbidade, colhe-se o *Termo de Ajustamento de Conduta*, com o imanente reconhecimento da ilicitude e a eficiente estipulação de multa civil cominatória.

A *audiência pública* pode constar como passo inaugural da escala proposta, quando ainda incipiente a demanda, ausente um lastro mínimo de informações e presente a conveniência da promoção de uma dialética com a comunidade local que, muitas das vezes, frutifica em elementos homiziados, de má-fé, pela própria Administração Pública.

Para trazer uma abordagem prática da utilização das ferramentas de atuação ministerial extrajudicial, cita-se uma tormentosa questão afeta à curatela do patrimônio público: a delegação permissiva da prestação do serviço público de transporte individual – TÁXI.¹⁷

Em inúmeros municípios brasileiros existem delegações ilegais e personalizadas da prestação do serviço público de transporte individual – TÁXI. Não raras vezes, o Chefe do Poder Executivo Municipal, em patente desvio corrupto de poder e para atender prioritariamente a interesses privados, em troca de apoio político, procede à delegação da prestação desse serviço a determinados administrados, sem a necessária precedência de procedimento licitatório próprio, como determinam, expressamente, os arts. 37, XXI e 175, da Constituição da República e as Leis nº 12.587/2012, 8.987/1995 e 8.666/1993. Tal conduta ilícita traz a perspectiva de ato de corrupção e, por sua vez, de improbidade administrativa, ao menos, por violação aos princípios da administração pública, conforme art. 11 da Lei nº 8.429/1992 e, também, na espécie inserta no artigo 10, incisos VIII da mesma lei, podendo ocasionar danos ao erário.¹⁸

¹⁷ O serviço público de transporte individual de passageiros (TÁXI) foi recentemente disciplinado pela Lei nº 12.587/2012, que determinou, expressamente, a delegação aos particulares prestadores através de permissão (Lei nº 8.987/1995), que atrai a necessidade imperiosa de prévia licitação, conforme os arts. 37, XXI e 175, da CR/1988, e a Lei nº 8.666/1993.

¹⁸ Cite-se o caso prático do Inquérito Civil nº MPMG. 0435.13.000008-4, vivenciado na comarca de Morada Nova de Minas/MG, em que se seguiu a *escala de ação progressiva*, primando-se pela resolutividade, com ótimos resultados. Constatada a ilegalidade, em primeiro lugar, expediu-se uma *Recomendação*; posteriormente, tomou-se um TAC e, por fim, bem delineado o elemento subjetivo, ingressou-se em juízo com as ações civis públicas correspondentes (ACP de execução do TAC, ACP de execução da multa cominatória e ACP por Improbidade Administrativa).

Acaso ainda inexistentes as referidas delegações do serviço de táxi ou, se existentes, porém outorgadas sem a precedência de licitação, o órgão ministerial poderia lançar mão da *audiência pública*, como instrumento eficiente de colheita de informações relevantes, em geral sonegadas pelos corruptos e corruptores, para a regularização da querela, tais como: número potencial de usuários do serviço; melhores pontos de embarque e desembarque de passageiros; necessidade do serviço nas zonas urbana e rural; capacidade econômica dos usuários etc.

De posse desses dados, caberia expedir uma *Recomendação*, por meio da qual o Ministério Público traçaria os padrões de legalidade a serem observados em futuro certame licitatório, ou apontaria as ilegalidades e indicaria as soluções extrajurisdicionais para o caso. Uma vez atendida a recomendação, encerrar-se-ia o procedimento em que fora expedida, como resultado eficiente de prevenção contra a corrupção.

De outro giro, não acatada a recomendação, ocorrendo delegações ilegais ou persistindo as irregulares já existentes, surgiriam duas opções ao *Parquet*: ajuizar uma ação civil pública, com pedidos de cumprimento de obrigações de não fazer (impedir novas delegações) e de fazer (realização de licitação), ou tomar um compromisso de ajustamento de conduta, para viabilizar a solução extrajurisdicional.

A opção pela precedência da recomendação se justifica porque esse instrumento, ao contrário do TAC, não depende da manifestação de vontade do recomendado, servindo assim, entre outros efeitos indiretos já citados, de apontamento da ilegalidade, de sugestão de correção e de delineador do elemento subjetivo do corrupto ou corruptor.

De outro giro, a escolha pela judicialização ou não da demanda para cumprimento das obrigações legais indicadas na recomendação deve ser analisada à luz dos princípios da legalidade, da proporcionalidade e da eficiência. Quanto à improbidade, na espécie de corrupção, uma vez constatada, cabe ao Ministério Público buscar a responsabilização do agente público e dos beneficiários, em juízo, pois os direitos lesados são indisponíveis, aos quais não se pode renunciar, sobretudo em se tratando de legitimidade processual extraordinária.

Em nome da eficiência, privilegia-se a solução extrajurisdicional da querela, especialmente nos casos de ilegalidade sem patente constatação de prejuízo ao erário. Nessas hipóteses, nas quais o serviço de transporte esteja, efetivamente, sendo prestado (ainda que de forma ilegal), a utilização do TAC pode ser bastante à regularização e mais eficiente do que um longo e debatido processo judicial, até mesmo para evitar a descontinuidade do serviço e o enriquecimento sem causa do município.

A atuação preventiva proposta ocasiona efeitos positivos e negativos, tais quais aqueles advindos da pena.¹⁹

¹⁹ A referência pertine à teoria relativa das penas, do Direito Penal, em que se define a prevenção geral e especial, negativa e positiva, como efeitos das penas.

Especialmente ao corrupto e aos beneficiários da corrupção, há o efeito negativo de pronta resposta à ilicitude detectada e, de outro viés, o efeito positivo, com o cunho pedagógico de redirecionar a conduta corrupta aos estritos ditames legais e à finalidade pública.

Genericamente, à coletividade gera-se o efeito negativo de inibição às propensas condutas corruptas, ao passo que se opera o efeito positivo de sensação de vigência e cogência das normas anticorrupção.

É justamente sob essas perspectivas de produção de efeitos, diretos e indiretos, que a atividade de prevenção contra a corrupção, levada a cabo, em especial, pelo Ministério Público, propicia a emancipação social.

O redirecionamento da administração pública à finalidade pública primária proporciona, de forma imediata, a correção das ilegalidades e, reflexamente, a correta aplicação dos recursos públicos em vias de serem desviados ou, indevidamente, (des)apropriados pelo agente corrupto ou por quem se beneficiaria de sua conduta ilícita.

4. Conclusão

A prática da corrupção, enquanto espécie de improbidade administrativa cujo alvo é o patrimônio público, representa verdadeira violação aos direitos fundamentais e serve de barreira ilícita ao desenvolvimento social, com expressivo custo social.

Por sua própria definição institucional e pelas funções institucionais que lhe foram conferidas, o Ministério Público assume papel de relevância no combate à corrupção que, conforme demonstrado, fundado no princípio da eficiência, deve ser executado, preferencialmente, de forma preventiva e extrajudicial, em uma *escala de atuação progressiva*.

Essa atuação escalonada gera efeitos mediatos e imediatos, que servem, ao final, como fatores de emancipação social, na medida em que inibem e impedem o desvio corrupto de recursos a fins privados, vertendo-os à concretização de todos os direitos fundamentais assegurados pela Carta Maior, tais como a vida, a liberdade, a igualdade e a segurança²⁰.

Daí decorre a emancipação social, como verdadeira libertação pelo exercício dos mais mezinhos direitos fundamentais, aviltados e tolhidos pela nefasta conduta ímproba da corrupção.

Referências

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

²⁰ Os direitos e garantias fundamentais estão previstos, em rol exemplificativo, no Capítulo I, Título II, da CR/1988.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *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.

_____. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 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.

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.

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.

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

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. O Controle da Administração Pública na Constituição de 1988. In: *Revista de Direito Administrativo* nº 188/1964.

GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves. 6ª ed. ver. e 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.

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

LEITE DA SILVA, Bartolomeu. Habermas e a Dialética do Esclarecimento. *En Contribuciones a las Ciencias Sociales, diciembre 2011*. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/cccss/16/>>. Acesso em: 10 out. 2014.

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.

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

OSÓRIO, Fábio Medina. As Sanções da Lei 8.492/92 aos Atos de Improbidade Administrativa. *In: Revista dos Tribunais* nº 766/88.

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

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