



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

DO MINISTÉRIO PÚBLICO E OS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO PÚBLICO: novos tipos penais e normas processuais

1 - INTRODUÇÃO

As administrações públicas rotuladas de democráticas, geralmente revestidas de um falso moralismo, muitas vezes autoritárias e arrogantes, são as que mais se aproveitam e deterioram o patrimônio público, atingindo toda a sociedade indiscriminadamente. No dia em que as INSTITUIÇÕES tidas como DEMOCRÁTICAS baliçarem suas ações de governo no sentido da verdadeira valorização da capacidade profissional do servidor público e na priorização consciente da execução de metas estratégicas, sem as injunções de conveniências pessoais ou de grupos privilegiados, colocando-se de encontro de quaisquer favoritismos, agindo criteriosamente, alcançaremos o estágio desejado para a administração pública como um todo.

Os cidadãos formadores de opinião e de posicionamentos junto às massas têm o dever, a incumbência, a nobilitante missão de acelerar o processo de transformação em todos os patamares da estrutura social e, em especial, a do Poder Público, cujo patrimônio deve ser resguardado integralmente, sendo imperativo que os atos de seus administradores repousem, sempre, sobre o paradigma da moralidade.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

II - CONCEITOS

II.1 - Patrimônio - *"O Conceito de patrimônio, incluindo o meio ambiente, os bens artísticos, históricos, estéticos, paisagísticos, etc., abrange todos os bens, móveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da história da Pátria, ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, estético, etc. Tais bens tanto podem ser realizações humanas quanto obras da natureza; tanto podem ser preciosidades do passado quanto criações contemporâneas. O poder regulatório do Estado se exerce não só sobre bens de seu domínio patrimonial, como também sobre as coisas e locais particulares, de interesse público".*

Na composição do patrimônio do Estado, teríamos, além destes elementos, a integração do erário público. Partindo deste pressuposto, é mister enfatizar que o DANO MORAL, causado pelos maus governantes e pelos irresponsáveis servidores do Poder Público, é o que mais abala a credibilidade da administração pública.

II.2 - DANO - *"é a redução patrimonial ou moral, oriunda de uma lesão de um direito subjetivo. Há, por conseguinte, duas espécies de dano: dano patrimonial e dano moral. Ambos são sancionados; o PATRIMONIAL, penalmente ou não, conforme o direito lesado se contraponha a um dever contratual ou extracontratual, o MORAL, penal e civilmente".*

O dano moral sempre se caracteriza quando o funcionário público, de qualquer escalão, usa do poder discricionário para um fim estranho à intenção do legislador, rompendo, assim, o equilíbrio da ordem administrativa.



III - CONCURSO PÚBLICO

Estabelece o artigo 37, inciso II, da Carta Política de 1988: *"a investidura em cargo público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargos de comissão de livre nomeação e exoneração".* Para Hely Lopes, *"o concurso é o meio técnico posto à disposição da administração pública para obter-se a MORALIDADE, EFICIÊNCIA E APERFEIÇOAMENTO DO SERVIÇO PÚBLICO e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam os requisitos da lei..."*.

Dentro da atual ordem jurídica, o primeiro passo para a abertura de um concurso público é a composição da BANCA EXAMINADORA integrada por profissionais competentes, aptos a desempenhar esse encargo.

O EDITAL que regulamenta as normas do concurso não pode, em momento algum, desprezar os princípios da isonomia e o da legalidade, esculpidos na Constituição Federal, sob pena de ser o dito Edital questionado e anulado administrativa e/ou judicialmente. O Edital não pode ser dirigido no sentido de atender interesse particular ou de grupos. A observância da legalidade há de ser fielmente acatada, não se aceitando, em nenhuma hipótese, a deturpação e/ou desprezo da legislação vigente pertinente, inclusive, no que diz respeito ao contido no artigo 19, § 1º, do ADCT, da Carta da República, que prevê: *"o tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei"*. Inadmissível, pois, querer burlar esse dispositivo a fim de bene-



ficiar qualquer servidor da administração pública. Inconcebível se mostra a aplicação dessa permissão constitucional para beneficiar, indiscriminadamente, a todos os funcionários, pois contraria o princípio estabelecido no artigo 37, II, da Lei Maior.

A PUBLICAÇÃO, a ampla divulgação do edital do concurso, é fundamental pois, além de evitar o risco de desvio de finalidade, ou seja, violação do princípio da impessoalidade, reflete a isenção, a transparência e a igualdade, condições necessárias para a validade do concurso público.

Constatado que o ingresso do servidor no serviço público se deu através de meio fraudulento e/ou ilegal, compete ao Ministério Público, com fundamento no artigo 129, III, da Constituição Federal e das leis nºs. 7.347/85 e 8.429/92 (que ampliou a lei da ação civil pública), interpor, imediatamente, a competente ação civil, para que os responsáveis pela edição, materialização do ato administrativo de sua admissão e pelo consentimento de sua ilegal permanência no serviço, juntamente com o beneficiado, respondam, solidariamente, pelos danos causados. O Poder Judiciário deverá compelir os responsáveis a devolver aos cofres públicos o numerário recebido indevidamente.

IV - DA INVESTIDURA EM CARGOS PÚBLICOS

A primeira investidura em cargo ou emprego público se processa nos termos do artigo 37, II, da CF. A legislação ordinária compete estabelecer as normas para a reversão ex officio, reintegração, recondução e aproveitamento do servidor, bem como para o preenchimento dos cargos em comissão (não efetivos) e as funções de confiança do quadro específico da carreira técnica ou



profissional, os quais, de conformidade com expressa determinação constitucional (CF, art. 37, V), preferencialmente, serão exercidos por funcionários estáveis. É preciso, também, registrar que os cargos de chefia (diretorias e superintendências) e os de assessoramento em geral devem ser desempenhados por pessoas portadoras de nível superior e, sempre que possível, compatível com as funções a serem exercidas. Data máxima vênua, esse parâmetro contido na Carta Magna aplica-se, de pronto, para o preenchimento dos cargos de recrutamento amplo e limitado. A inobservância das disposições legais sobre a matéria em pauta constitui-se em ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, pois acarreta sensível abalo para a moralidade pública, ante a possibilidade da configuração do compadrio e o não acatamento do fator competência, quando se suas eventuais nomeações. Tais hipóteses são repudiadas pelas normas globais que regem a estrutura e os princípios de moralidade da administração pública.

V - LICITAÇÃO

Determina o artigo 37, inciso XXI, da Carta Magna: "ressalvados os casos específicos na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas propostas, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".



A lei nº 7.291, de 04/07/1978, do Estado de Minas Gerais, estabeleceu: "Art. 33 - Para efeitos desta lei, LICITAÇÃO é o procedimento administrativo pelo qual, após consulta aos interessados, em cada caso concreto, o poder público escolhe a proposta mais vantajosa para contratação...". São modalidades de licitação: a) concorrência; b) tomada de preços; c) convite; d) leilão; e) concurso.

Verifica-se que o espírito do legislador é usar da licitação para limitar e controlar o poder discricionário dos responsáveis pela administração, com o intuito de resguardar o patrimônio coletivo de eventuais danos, decorrentes de licitações em desacordo com o interesse social.

O EDITAL se constitui no primeiro ato do processo licitatório da concorrência pública; o meio mais usado de licitação; não podendo ser viciado, nem estabelecer privilégios ou discriminações em favor de quem quer que seja, sendo reprovável e inaceitável a cláusula que vise a limitar o número de concorrentes.

Ultimamente, os meios de comunicação mais prestigiados do nosso País têm denunciado superfaturamento nos serviços, obras e bens adquiridos pela modalidade da licitação em análise. Dentro desse quadro, é oportuna a lição do Professor Carlos Pinto Coelho Mota, ao afirmar: "A lei não pode evitar a corrupção. Mas a sociedade, esta sim, pode eliminá-la através da participação e da vigilância. Diante da falibilidade humana e da certeza de que o poder absoluto é fonte de corrupção, impõe o estabelecimento de limites à ação do Poder. A recuperação do acatamento da lei vai encontrar guarida em governos legítimos. O regime autoritário levou a administração, em nosso País (e com ela o instituto da licitação) à descrença. A prevalência da lei e não do estéril lega-



lismo, deve inverter o processo". Com absoluto acerto o ilustre administrativista do nosso Estado; o importante é que se evite danos ao patrimônio público, haja visto que, muitas vezes, deslizes cometidos na formalização da licitação, que geralmente envolvem pequenas quantias, sem nenhuma consequência de danos para o poder público, não devem ser considerados, visto que, conforme presenciemos no dia a dia, as grandes fraudes licitatórias, envolvendo cifras milionárias, estão embutidas em concorrências formalmente inatacáveis, entretanto, impregnadas do "conluio" (ajuste doloso entre pessoas físicas ou jurídicas visando fraudar os cofres públicos), cujas comprovações, pelos atuais mecanismos legais, são praticamente impossíveis. Portanto, não podemos mais admitir a ausência de meios adequados para coibir as concorrências fraudulentas, com roupagem de legalidade, para encobrir acertos de grupos e agentes públicos com o intuito de lesar o patrimônio público e o consequente enriquecimento ilícito dos mesmos.

Comprovado o superfaturamento, e/ou outra modalidade criminosa assemelhada que atinja o patrimônio público, cabe ao Ministério Público, na esfera cível, defendê-lo, recompô-lo, independentemente de quem seja responsável pela conduta antijurídica, com base nas leis de ordem pública referidos no item III, visto que, *"o ato ilícito tem correlata a obrigação de reparar o mal. Enquanto a obrigação permanecer meramente abstrata ou teórica, não interessa senão à Moral. Quando, porém, se tem em vista a efetiva reparação do dano, toma-a o direito a seu cuidado e cons-trói a TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL"*. Assim sendo, todos aqueles que estejam no exercício de mandato eletivo, emprego ou função da administração direta, indireta e fundacional podem ser



processados civilmente, desde que enquadrados nos atos de improbidade administrativa antes enumerados.

Argumentando-se apenas por amor ao debate jurídico, levantamos a possibilidade de que as fraudes e/ou ilegalidades das licitações, concursos públicos e a investidura em cargo público, são adequadamente apenadas pela lei do "colarinho branco"; após um acurado exame da mesma (Lei 8.429/92), constatamos que somente para o caso de enriquecimento ilícito daquele que cometeu uma conduta antijurídica, em detrimento do erário, existe uma branda tipificação. A referida lei é voltada, basicamente, para viabilizar o ressarcimento de ordem material que venha a ser causado ao patrimônio público, no âmbito civil, sendo inaceitável que os atos administrativos de improbidade ali especificados não levem os seus infratores à segregação celular, em decorrência do enriquecimento sem justa causa e de imoralidade praticados no exercício dos cargos públicos dos quais foram investidos. Por essa ótica jurídica, moral e social que tornam desnecessárias maiores considerações, chegamos à fácil conclusão que é chegada a hora de criarmos meios legais mais específicos, rigorosos e eficazes capazes de proteger o patrimônio público de possíveis danos e punir exemplarmente, na área criminal, os seus eventuais deterioradores.

VI - DA TIPIFICAÇÃO PENAL

O Decreto-Lei 201, de 27 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre crimes de responsabilidade dos prefeitos e vereadores, dentre outras coisas, diz em seu artigo 1º que são tipificados os seguintes atos: *"XI - Adquirir bens, ou realizar serviços e*



obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei; XIII - Nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei".

Como defendido no tópico anterior, entendemos que já é hora de serem criadas figuras penais que na verdade protejam o patrimônio e a administração pública, envolvendo não apenas os prefeitos, mas todos os funcionários públicos relacionados no artigo 327 e seu parágrafo único (Código Penal).

VII - OS NOVOS TIPOS PENAIS

Ensina o Prof. Damásio E. de Jesus: "*O fato social é sempre o ponto de partida na formação da noção do Direito. O Direito surge das necessidades fundamentais das sociedades humanas, que são reguladas por ele como condição essencial à própria sobrevivência. É no direito que encontramos a segurança das condições inerentes à vida humana, determinada pelas normas que formam a ordem jurídica. O fato social que se mostra contrário à norma do Direito forja o ilícito jurídico, cuja forma mais séria é o ilícito penal que atenta contra os bens mais importantes da vida social. Contra a prática desses fatos o Estado estabelece sanções, procurando tornar invioláveis os bens que protege. Ao lado dessas sanções o Estado também fixa outras medidas com o objetivo de prevenir e reprimir a ocorrência de fatos lesivos dos bens jurídicos do cidadãos". E continua: "Vemos que o Estado estabelece normas jurídicas com a finalidade de combater o crime. A esse conjunto de normas jurídicas dá-se o nome de Direito Penal. O meio de ação de que se vale o Direito Penal é a pena, em que já se viu a satisfação de uma exigência da justiça, constringendo o*



autor da conduta punível a submeter-se a um mal que corresponda em gravidade ao dano por ele causado".

Estabelece o artigo 1º do vigente Código Penal: "*Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal".*

E, como bem disse o ilustre e culto Promotor de Justiça de Belo Horizonte, Dr. Alexandre Victor de Carvalho, "*A idéia de novos tipos penais, específicos para as condutas já mencionadas, repousa na necessidade premente de se dirimir dúvidas acerca da aplicação do delito contido no artigo 319 do Código Penal; de se libertar tais hipóteses das amarras estreitas do acima citado crime funcional; e de se adequar a legislação penal aos preceitos constitucionais exigidos para a Administração Pública no artigo 37, 'caput', da Carta Magna".*

VIII - FIXAÇÃO DA PENA

O parâmetro a ser utilizado para estabelecer a pena desses novos tipos legais inspira-se nas disposições contidas no artigo 317 do CP (corrupção passiva) por tratar tal infração penal cometida contra o Estado, também com abuso de função.

IX - O INQUÉRITO PENAL

Constituir-se-á no mecanismo de maior importância para a apuração dos delitos do "colarinho branco" praticados contra o patrimônio público.

"O inquérito, 'in genere', é todo procedimento legal destinado à reunião de elementos acerca de um ilícito, de uma in-



fração. É a instrução extrajudicial".

A lei 7.347/85, através do artigo 8º, § 1º, instituiu o inquérito civil, dando sua legitimidade exclusiva ao Ministério Público. A lei federal 8.625/93, no seu artigo 25, inciso IV, letra "b", diz ser incumbência ministerial a instauração de inquérito civil público *"para anulação ou declaração de nulidades de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou do Município, de suas administrações..."*.

Pois bem, sendo o inquérito policial presidido por funcionário público (delegado de polícia) sem as garantias constitucionais inerentes aos Promotores e Procuradores de Justiça e não tendo a Polícia Civil as mesmas prerrogativas constitucionais que possui o Ministério Público, é plausível que os delegados de polícia, na condução das investigações a respeito de danos causados ao Poder Público, fiquem muito mais expostos e vulneráveis a sofrer perseguição por parte da classe dominante, envolvida na prática de tais improbidades e diretamente interessada em inocentar algum dos seus afilhados, correligionários e/ou amigos. Acreditamos que a legitimidade para que a nossa Instituição, com exclusividade, instaure, sob a presidência de um dos seus integrantes, o INQUÉRITO PENAL para apurar ilícitos praticados contra o patrimônio do Estado, constitui-se numa maior segurança jurídica, visto que seus agentes ficarão mais imunes a possíveis retaliações e salvos de danos que poderiam ser provocados por governantes inescrupulosos e agentes corruptos.

A instauração do inquérito penal, a exemplo do que acontece com o inquérito civil, não é obrigatória. Entretanto, o Ministério Público deve instaurar o inquérito penal quando tiver em mãos indícios da prática de delito cometido contra o patrimô-



nio público, por parte dos agentes antes mencionados. No nosso entender, essa atribuição já está delineada no capítulo da atual Constituição Federal, que trata do Ministério Público; seria o caso de apenas regulamentá-la, via lei ordinária.

Já o ARQUIVAMENTO dos autos do inquérito penal ou das peças informativas será promovido pela Administração Superior do Ministério Público, através de seu Conselho Superior, que fiscalizará a atuação dos integrantes da Instituição Ministerial, também nessa nova área de atuação. A implantação de tal mecanismo é altamente salutar, visto que proporciona a descentralização da decisão final sobre o arquivamento ou não do inquérito; a mesma passa a ser apreciada e deliberada pelo referido Colegiado. Entendemos, ainda, que a elaboração do inquérito penal deve observar, no que couber, as diretrizes estabelecidas para o inquérito policial e o civil e Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

X - CONCLUSÕES

Dentro dessa concreta perspectiva de mudanças, sugerimos a votação, promulgação e publicação de uma lei que tipifique as condutas a seguir articuladas e estabeleça normas processuais para a sua rápida, eficaz e isenta apuração e punição dos responsáveis:

- Os atos de improbidade administrativa praticados por qualquer governante, agente, servidor ou empregado público, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Territórios, do Ministério Público, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou



.....
custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou receita anual, serão punidos criminalmente, na forma desta lei, sem prejuízo das demais cominações cabíveis.
.....

.....
- Determinar ou consentir a realização ou homologação de concurso público sem a fiel observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade ou permitir a investidura de qualquer pessoa, em cargo da administração direta, indireta e fundacional sem a observância da lei, e/ou mantê-la no seu exercício.
.....

.....
- Autorizar, consentir ou homologar licitação pública processada de modo fraudulento ou firmar, aditar, rescindir contrato de aquisição de bens, serviços e obras, sem a observância da lei, ou retardar providências para o ressarcimento do patrimônio público.
.....

PENA - reclusão de 01 (um) a 08 (oito) anos.
.....

.....
- Na fixação das penas previstas para a prática dos delitos de improbidade cometidos contra o patrimônio público e a administração pública, o juiz levará em consideração a extensão dos danos causados, assim como o proveito obtido pelo agente e/ou servidor, e o grau da imoralidade constatada.
.....

.....
- O Ministério Público terá poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos na lei orgânica nacional da instituição.



.....
- Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamentos para a instauração da ação penal pública incondicionada, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito penal ou peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.
.....

.....
- Os autos do inquérito penal ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.
.....

.....
- A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu regimento.
.....

.....
- Deixando o Conselho Superior do Ministério Público de homologar a promoção do arquivamento, designará, desde logo, outro integrante da Instituição Ministerial para o prosseguimento das investigações e/ou para o ajuizamento da ação penal pública incondicionada.
.....

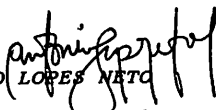
.....
- Aplica-se ao inquérito penal, no que couber, as disposições estabelecidas para o inquérito policial e, subsidiariamente, as previstas para o inquérito civil e na lei orgânica nacional do Ministério Público.
.....

.....
- FICAM REVOGADAS AS DISPOSIÇÕES PENAIS EM CONTRÁRIO.
.....



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

Belo Horizonte, junho de 1994.


ANTÔNIO LOPES NETO

- Procurador de Justiça -

BIBLIOGRAFIA -

- . DIREITO ADMINISTRATIVO: Hely Lopes Meirelles
 - . DIREITO PENAL: Damásio Evangelista de Jesus
 - . PRÁTICA DE DIREITO ADMINISTRATIVO: Carlos Pinto Coelho Mota
 - . TEORIA E PRÁTICA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: José M. Zucheratto e Antônio Lopes Neto.
-