

JMPMG JURÍDICO

Edição Patrimônio Público • 2015
ISSN 1809-8673

Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Mala Direta
Postal
9912297003/2012-DR/MG
PGJ
...CORREIOS...



PRÁTICAS NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR

Carlos André Mariani Bittencourt
Procurador-Geral de Justiça

Luiz Antônio Sasdelli Prudente
Corregedor-Geral do Ministério Público

Ruth Lies Scholte Carvalho
Ouvidora do Ministério Público

Waldemar Antônio de Arimatéia
Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico

Mauro Flávio Ferreira Brandão
Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo

Geraldo Flávio Vasques
Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional

Paulo de Tarso Moraes Filho
Chefe de Gabinete

Élida de Freitas Rezende
Secretária-Geral

Simone Maria Lima Santos
Diretora-Geral

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Luciano Luz Badini Martins
Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Fernando Rodrigues Martins
Coordenador Pedagógico do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Danielle de Guimarães Germano Arlé
Assessora Especial do Procurador-Geral de Justiça junto ao CEAF

Tereza Cristina Santos Barreiro
Superintendente de Formação e Aperfeiçoamento

Alessandra de Souza Santos
Diretora de Produção Editorial

FICHA TÉCNICA

Editoração: Alessandra de Souza Santos

Revisão: Renato Felipe de Oliveira Romano

Projeto gráfico: João Paulo de Carvalho Gavidia
Lúcio Guimarães Silva (estágio supervisionado)

Diagramação: João Paulo de Carvalho Gavidia
Lúcio Guimarães Silva (estágio supervisionado)

Fotografias: Freeimages.com
Foto Capa : Freeimages.com

Produzido, editado e diagramado pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (CEAF) em março de 2015.

COLABORADORES

Fernanda Caram Monteiro

Promotora de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais (MPMG) com atuação no Grupo Especial de Promotores de Justiça de Defesa do Patrimônio Público (GEPP).

José Carlos Fernandes Junior

Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais (MPMG) com atuação no Grupo Especial de Promotores de Justiça de Defesa do Patrimônio Público (GEPP).

Leonardo Duque Barbabela

Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais (MPMG). Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público de Minas Gerais (CAOPP).

Luciano Moreira de Oliveira

Mestre em Saúde Pública pelo Programa de Saúde Pública da Faculdade de Medicina da UFMG (2013). Especialista em Direito Sanitário pela Escola de Saúde Pública de Minas Gerais (2009). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2004). Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais com atuação no Grupo Especial de Promotores de Justiça de Defesa do Patrimônio Público. Membro associado à Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde (AMPASA) e à Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO).

Luiz Henrique Acquaro Borsari

Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais (MPMG). Coordenador regional das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público do Triângulo Mineiro, Pólo Uberlândia).

Marina Wehbe Budaruiche de Moraes

Analista do Ministério Público

Patrícia Rodrigues da Costa

Analista do Ministério Público

COLABORADORES

Paula Ayres Lima Damasceno

Promotora de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais (MPMG) com atuação no Grupo Especial de Promotores de Justiça de Defesa do Patrimônio Público (GEPP).

Paula Lino da Rocha Lopes

Promotora de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais (MPMG) com atuação no Grupo Especial de Promotores de Justiça de Defesa do Patrimônio Público (GEPP).

Tatiana Pereira

Promotora de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais (MPMG) com atuação no Grupo Especial de Promotores de Justiça de Defesa do Patrimônio Público (GEPP).

William Garcia Pinto Coelho

Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais (MPMG) com atuação no Grupo Especial de Promotores de Justiça de Defesa do Patrimônio Público (GEPP). Representante do Ministério Público de Minas Gerais no Grupo Temático de Governança e Anticorrupção do Fórum Global de Lei, Justiça e Desenvolvimento do Banco Mundial. Professor convidado do Curso de Formação de Promotores de Justiça Substitutos promovido pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Coordenador do Grupo de Trabalho de Combate à Corrupção, Transparência e Controle Social (GT2) da Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público (CDDF/CNMP). Assessor de Projetos e Articulação Interinstitucional da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (SRJ/MJ). Especialista em Inteligência de Estado e Inteligência de Segurança Pública pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (FESMPMG). Professor e membro banca examinadora do curso de pós-graduação de Inteligência de Estado e Inteligência de Segurança Pública da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (FESMPMG).

EDITORIAL

LEONARDO DUQUE BARBABELA



Fonte: Prof. Jeferson Botelho

Em sentido metafórico, poderíamos comparar o patrimônio público com o ferramental indispensável utilizado pelo lavrador para preparar a terra, cultivá-la e obter a produção agrícola que garanta a satisfação das necessidades materiais de sua família. Para que nunca falte nada a sua família, o ferramental do lavrador deve estar sempre em perfeito estado de conservação.

Assim como o lavrador, um Estado organizado sobre os pilares fundamentais da Democracia e da República, para realizar sua finalidade essencial de distribuição do bem comum a toda sociedade, também reclama uma “ferramenta” imprescindível absolutamente íntegra e conservada, livre de qualquer risco de dilapidação ou malbaratamento. Esta “ferramenta” é o que chamamos de “patrimônio público”, definido pela Lei da Ação Popular como o conjunto dos “bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico” da União, Estados, Distrito Federal e Territórios (art. 1º, § 1º, da Lei nº 4.717/65).

Pela magnitude de sua importância, o patrimônio público deverá ser bem conservado, bem guardado e bem protegido, a fim de que possa estar permanentemente à disposição do Estado para o exercício das atividades destinadas à garantia dos interesses mais elevados da sociedade.

Com essa ideia em mente, ou seja, a compreensão exata da importância do patrimônio público como instrumento de viabilização das funções do Estado em prol da sociedade e do bem comum, publicamos esta edição especial da *MP Jurídico*, a revista do Ministério Público de Minas Gerais, totalmente dedicada à matéria do patrimônio público.

A vigente Carta Magna, ao elevar o Ministério Público ao *status* de poder constituído, conferiu-lhe, entre as mais diversas e graves atribuições, a honrosa competência de atuar na tutela do patrimônio público, exatamente pela relevância que esse instituto representa para a consecução dos fins do Estado.

O patrimônio público é um só, mas as formas de malversação dele são incontáveis, razão pela qual deve ser diuturnamente protegido contra os ataques daqueles que, agentes públicos ou não, confundem a coisa pública com o próprio patrimônio privado. É o flagelo da corrupção, que, como uma epidemia desenfreada, vem assolando o nosso país. Diariamente são revelados pela imprensa os mais duros atos de assalto contra o patrimônio público, que na verdade deve ser entendido por “patrimônio do povo”, pois é ao povo que ele se destina. Os reflexos negativos da corrupção atingem a sociedade em cheio, prejudicando o atendimento dos interesses e dos direitos mais elementares do cidadão, ainda que expressamente salvaguardados pela Constituição, como o direito à saúde, à educação e à segurança pública.

A corrupção que ameaça o patrimônio público não se restringe às figuras típicas previstas no Código Penal. É muito mais ampla, muito mais extensa, constituindo toda forma de desvio, de vantagem indevida, de dilapidação da coisa pública, de mau uso da máquina pública, de parcialidade nos atos da administração, de falta de publicidade dos atos da administração, de violação do princípio da legalidade, de ineficiência administrativa, de improbidade administrativa, de afronta à moralidade administrativa e à boa-fé, de qualquer ato ilícito praticado com aparência de legalidade, de favorecimento e utilização da coisa pública para satisfação do interesse particular.

Inúmeros preceitos constitucionais e normas infraconstitucionais – a exemplo da Lei da Ação Popular, da Lei da Improbidade

Administrativa, da Lei da Ação Civil Pública, da Lei da Responsabilidade Fiscal, da Lei da Transparência Pública, e agora a nova Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13) – integram nosso ordenamento jurídico como instrumentos à disposição dos órgãos competentes para a defesa do patrimônio público.

Obviamente, todo este acervo normativo exige esforço dos operadores do Direito, em especial daqueles que atuam no Ministério Público, para que possam ser interpretados e aplicados de modo eficiente na proteção e na manutenção da integridade do patrimônio público.

E é com o intuito de contribuir para a hermenêutica de todo aquele cipoal legislativo de proteção ao patrimônio público que publicamos esta edição especial de nossa revista *MP Jurídico*.

No ano de 2014, o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público (CAOPP) e o Grupo Especial de Promotores de Justiça de Defesa do Patrimônio Público (GEPP) organizaram um grande “Simpósio Estadual de Combate à Corrupção”, com ênfase na nova Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13), que entrou em vigor em janeiro de 2014.

O novo diploma normativo, mais um instrumento no combate à corrupção, trouxe inovações como os acordos de leniência, as sanções comináveis às pessoas jurídicas, a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, a dissolução compulsória da pessoa jurídica fornecedora de bens e serviços para a administração, entre muitos outros novos institutos.

Para expor as primeiras considerações sobre o novo diploma normativo, o Dr. Emerson Garcia, Promotor de Justiça do Rio de Janeiro, doutrinador e professor, abriu o simpósio com a apresentação do painel “Aspectos da Nova Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/13”, cuja íntegra ilustra esta edição especial de nossa revista, juntamente com outros notáveis painéis muito bem expostos por seus respectivos palestrantes naquele grande evento.

O CAOPP também contribuiu diretamente com esta edição especial, ao trazer para a publicação algumas de suas “notas jurídicas”, que são teses jurídicas elaboradas de ofício ou por solicitação dos órgãos de execução, nas quais é externado o posicionamento da coordenação sobre temas específicos ligados ao patrimônio público.

O CAOPP já produziu dezenas de “notas jurídicas” e outras consultas solicitadas pelas curadorias do patrimônio público de todas as Comarcas, cujas íntegras se encontram em nossa página, na *intranet* do Ministério Público. Dentre elas foram destacadas as que ora publicamos, devido à sua relevância e atualidade, constituindo, ao nosso sentir, um interessante material que poderá ser empregado como referência na formação de convicção por parte dos operadores do Direito, em especial dos integrantes do Ministério Público, assim como das próprias administrações públicas.

Leonardo Duque Barbabela
Promotor de Justiça
Coordenador do CAOPP

APRESENTAÇÃO

LUIZ ANTÔNIO SASDELLI PRUDENTE



Foto: Alex Lanza

Nos tempos atuais, em que as demandas que chegam ao Ministério Público são as mais variadas e complexas, não permitindo muitas vezes ao profissional do Direito a necessária reflexão da sua realidade, é sempre benfazeja a iniciativa da Revista que se apresenta.

Trata-se não de um manual ou de mero roteiro de atuação, mas do registro de experiências vivenciadas, do compartilhamento das mais diversas ações em temas relevantes afetos ao patrimônio público.

A atuação do Ministério Público é dinâmica e plural, o agir ministerial é pautado por normas, princípios e valores da ordem jurídica. Nesse sentido, a independência funcional não é um valor individual ou estático, mas sim uma garantia da sociedade, destinatária da nossa incansável e inacabada missão. Independência e unidade são princípios que se correlacionam. De igual modo, as formas de atuação ministerial demandista e resolutiva se imbricam num processo continuado de busca por melhores resultados.

No âmbito extrajudicial, são necessários a adequada formalização, o rigoroso controle e o dinâmico impulso do procedimento preparatório, do inquérito civil e do procedimento investigatório criminal. A observância da

natureza e do alcance de cada um desses procedimentos é garantia da própria eficiência e do respeito do nosso agir.

Com o mesmo e atento olhar, deve ser a abordagem da recomendação, do compromisso de ajustamento de conduta, da audiência pública, da requisição e da notificação – além dos mecanismos que, na prática, envolvem cada um desses instrumentos. As autonomias e as heteronomias se complementam.

Nessa ordem de ambivalências e de construção dialógica do agir ministerial, sobressaem os atos normativos do Conselho Nacional do Ministério Público e da Administração Superior do Ministério Público, com destaque para o sempre renovado Ato CGMP Nº 01 da Corregedoria-Geral do Ministério Público de Minas Gerais.

Nesse contexto, a abordagem prática da Revista é fundada na técnica permeável e permeada pelas diversas nuances dessa multifacetada realidade. Nela não se busca excluir o cientificismo, mas sim a ciência “fetichizada”.

Com essa limitada apresentação, parablenizo a construção compartilhada da Revista, desejando a todos os colegas uma leitura agradável e um continuado e firme agir na promoção dos elevados valores da nossa ordem jurídica.

Luiz Antônio Sasdelli Prudente
Corregedor-Geral

Sumário

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A TUTELA PLENA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO	09
Capítulo I – Tutela plena do Patrimônio Público	10
Capítulo II – Investigação dos ilícitos contra o Patrimônio Público	13
1. Procedimentos investigatórios ministeriais	13
1.1. Inquérito civil	14
1.2. Procedimento investigatório criminal	16
1.3. Técnica de instauração das investigações	17
PRÁTICAS INVESTIGATIVAS	24
Capítulo I – Das contratações temporárias	25
1. Introdução	25
2. Objeto da investigação	25
3. Objeto da Prova (elementos conhecidos e a conhecer)	25
3.1. Da legislação do ente investigado	25
3.2. Situação da máquina de pessoal	26
4. Termo de ajustamento de conduta	28
5. Repercussões cíveis	29
6. Repercussão criminal	29
7. Questões polêmicas	30
7.1. Cargos referentes a programas estaduais e federais	30
7.2. Concursos suspensos	31
7.3. Terceirização de serviços públicos	31
Capítulo II – O sistema remuneratório dos agentes políticos no âmbito municipal	32
1. Introdução: sistema remuneratório dos servidores públicos na Constituição Federal de 1988	32
2. O sistema remuneratório dos agentes políticos no âmbito municipal nos termos da Constituição da República	32
2.1. Processo legislativo para fixação dos subsídios	32
2.2. Limites remuneratórios	35
3. Diárias de viagem	36
4. Aspectos práticos da atuação na Seara do Patrimônio Público em relação ao tema	36

Capítulo III – Licitações e contratos	37
1. Aspectos conceituais	37
2. Roteiro de condução de procedimentos	42
Capítulo IV – Das obras públicas	43
1. Considerações preliminares	43
2. Obras públicas	44
2.1. Conceito de obra pública	44
2.2. Conceito de projeto	44
2.3. BDI	44
3. Diligências investigativas	44
3.1. Diligências realizadas pelo Promotor de Justiça	45
3.2. Perícia	45
4. Conclusão	46
Capítulo V – Atuação em procedimentos oriundos do Tribunal de Contas	46
1. Introdução	46
2. Roteiro de atuação	48
3. Relação de documentos a serem requisitados para comprovação das irregularidades apontadas pelo TCE-MG	48
4. Irregularidades que importam prejuízo ao erário	49
5. Quesitação	49
REFERÊNCIAS	50
TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA: A POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO NO CAMPO DA TUTELA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO	52
NOTA JURÍDICA N.º 22/2014	59
NOTA JURÍDICA N.º 20/2014	63



O MINISTÉRIO PÚBLICO E A TUTELA PLENA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

CAPÍTULO I

TUTELA PLENA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

O conceito de “patrimônio público”, definido no artigo 1º, § 1º, da Lei nº 4.171/65 como “o conjunto de bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, pertencentes aos entes da administração pública direta e indireta”, constitui uma noção restritiva embasada nos artigos do Código Civil que definem bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais. Para além dessa redução, cunhada numa perspectiva patrimonialista, pode-se entender a preservação da eficiência, da moralidade e da probidade, necessárias à tutela plena do patrimônio público, como direito transindividual titularizado por todos os cidadãos.

A abrangência de aspectos materiais e imateriais permite considerar como parte integrante desse patrimônio público o “patrimônio moral”, que implica o cumprimento dos princípios constantes do *caput* do artigo 37 da Constituição, aos quais está adstrita a administração pública. Embora não seja aconselhável, nem mesmo possível, destacar um dentre tais princípios como o mais importante, o da moralidade pode ser identificado talvez como o mais simbólico, no sentido de orientar toda a atividade pública, já que, de certa maneira, implica o desempenho de funções de modo que também os outros princípios do artigo 37 sejam observados.

Dentro da concepção de Estado Democrático de Direito, a defesa do patrimônio público assume especial importância, e é por isso que no ordenamento jurídico brasileiro vários órgãos foram encarregados de promover o controle da atividade administrativa, de maneira preventiva e repressiva. Com base no artigo 129, III, da Constituição, no artigo 25, IV, “b”, da Lei nº 8.625/93 e nos artigos 5º, III, e 6º, VII, “b”, da Lei Complementar nº 75/93, é função institucional do Ministério Público a proteção do patrimônio público, devendo atuar para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos tanto ao patrimônio público quanto à moralidade administrativa.

A corrupção, como se sabe, é conceito que extrapola o tipo previsto nos artigos 317 e 333 do Código Penal, e cuja conceituação varia conforme o campo em que é analisada. Há definições centradas no mercado, no interesse público ou na opinião pública¹, e no entanto é certo que, mesmo nesses âmbitos, não haverá consenso acerca do que é realmente corrupção. Talvez em razão da própria dificuldade de definição, o seu combate representa um dos grandes desafios da sociedade contemporânea.

Em que pese a dificuldade de conceituar “corrupção”, o combate à corrupção no âmbito de atuação do Ministério Público aproxima-se da ideia de defesa do patrimônio público. Com base no índice de percepção de corrupção desenvolvido pela Transparência Internacional em 2013 (em que o 1º colocado é o menos corrupto), o Brasil está na 72ª posição num ranking de 177 países, tendo subido uma posição desde 2012. Em um estudo recente da FIESP de 2010, feito com base em dados de 2009, o custo anual da

corrupção no Brasil está entre 1,38% a 2,3% do PIB.²

O desvio de verbas públicas mediante esquemas ilícitos afeta as mais variadas áreas do Estado, comprometendo o desenvolvimento econômico do país e o investimento em setores sensíveis, como educação, saúde e transportes. Afinal, um Estado corrupto é um Estado ineficiente. Historicamente a corrupção é uma questão sensível no Brasil, e a defesa do patrimônio público, reprimindo e prevenindo que os recursos estatais sejam drenados por esquemas corruptos, tem por consequência a satisfação dos mais variados direitos fundamentais.

No âmbito do Ministério Público de Minas Gerais, em razão da prática consagrada de dividir atribuições por matéria, a defesa do patrimônio público é matéria de Promotorias especializadas. Contudo, o órgão de execução especializado deve buscar uma abordagem interdisciplinar e intersetorial, dialogando com os ramos do Direito, com outras ciências, e fazendo a interlocução intrainstitucional e interinstitucional. Não raro um mesmo fato tem relevância civil e penal, repercute em áreas afins, desafiando a atuação do Ministério Público e de outros órgãos de controle.

Segundo João Gaspar Rodrigues (2012, p. 22)³:

A necessidade de coordenação do Ministério Público com outros órgãos e entidades funda-se também na perspectiva moderna do relativo descrédito do conhecimento cartesiano e setorial que já não consegue trabalhar com a multiplicidade de variáveis que tornam os problemas sociais impossíveis de uma leitura pela visão unilateral ou escoteira de uma instituição especializada.

[...]

A intersetorialidade ou transetorialidade consiste na articulação entre órgãos públicos, instituições e diversos outros setores da sociedade civil, integrando interesses, necessidades, conhecimentos (experiências) e poderes, com o fim de enfrentar os problemas sociais cada vez mais complexos.

Na defesa do patrimônio público, os fatos investigados, a par de caracterizarem atos de improbidade administrativa, comumente também se encontram tipificados na legislação penal como crimes. Isso acontece porque, em essência, os ilícitos civis e penais não se diferenciam. Na verdade, o ordenamento jurídico, a partir de uma conduta que o contraria, especifica diversas ordens de sanções conforme o caso.

Essa constatação é um dos fundamentos que autorizam as investigações criminais do Ministério Público, como defende o Ministro Joaquim Barbosa:

O que autoriza o Ministério Público a investigar não é a natureza do ato punitivo que pode resultar da investigação (sanção administrativa, cível ou penal), mas, sim, o fato a ser apurado, incidente sobre bens jurídicos cuja proteção a Constituição explicitamente confiou ao *Parquet*.

A rigor, nesta como em diversas hipóteses é quase impossível afirmar, *a priori*, se se trata de crime, de ilícito cível ou de mera infração administrativa. Não raro, a devida

1 BREI, Zani Andrade. Corrupção: dificuldades para definição e um consenso. In: **Revista de Administração Pública (RAP)**. Rio de Janeiro. 30 (I) 64-77. JAN./FEV. 1996. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/8128/6943>>. Acesso em: 6 out. 2014.

2 Corrupção no Brasil custa até R\$ 69,1 bilhões por ano, diz estudo da Fiesp. *Correio Braziliense*. 10/05/2010.

3 RODRIGUES, João Gaspar. **Ministério Público resolutivo: um novo perfil institucional**. Porto Alegre: SAFE, 2012.

valoração do fato somente ocorrerá na sentença!

Note-se que não existe uma diferença ontológica entre o ilícito administrativo, o civil e o penal. Essa diferença, quem a faz é o legislador, ao atribuir diferentes sanções para cada ato jurídico (sendo a penal, subsidiária e a mais gravosa).

Assim, parece-me lícito afirmar que a investigação se legitima pelo fato investigado, e não pela ponderação subjetiva acerca de qual será a responsabilidade do agente e qual a natureza da ação a ser eventualmente proposta.

Em síntese, se o fato diz respeito a interesse difuso ou coletivo, o Ministério Público pode instaurar procedimento administrativo, com base no art. 129, III, da Constituição Federal.

Na prática, penso que é possível propor tanto ação civil pública com base em inquérito policial quanto ação penal subsidiada em inquérito civil. Essa divisão entre civil e penal é mera técnica de racionalização da atividade estatal. O que é de fato relevante é a obrigação constitucional e legal a todos imposta de se conformar às regras jurídicas, indispensáveis a uma convivência social harmônica.⁴

Partindo da ideia de unidade ontológica do ilícito, o Ministério Público, cuja função institucional foi atribuída constitucionalmente, deve buscar a tutela plena do patrimônio público em todas as suas acepções. Verificado o ato ilícito contra o patrimônio público, qualquer que seja a natureza desse ilícito, deve agir o Ministério Público para a concretização de sua função, visando à máxima efetividade do direito fundamental à boa gestão administrativa.

O título II da Carta Magna de 1988, dividido em cinco capítulos (I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos, II – Dos direitos sociais, III – Da nacionalidade, IV – Dos direitos políticos e V – Dos partidos políticos), apresenta os direitos e garantias fundamentais.

Como bem leciona Alexandre de Moraes (2006)⁵:

[...] a distinção entre direitos e garantias fundamentais, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito.

Nada melhor para aferir a democracia de uma nação do que apurar sua efetiva capacidade de reconhecimento e proteção aos direitos fundamentais. São alicerces imprescindíveis de qualquer Estado que se diga democrático. Aliás, com muita propriedade sustenta Dirley da Cunha Júnior (2008) que não existe democracia sem o devido respeito aos direitos fundamentais.

Assim, qualquer nação que se diga sujeita aos princípios democráticos de direito exige a estruturação de um efetivo sistema de controle da administração pública.

4 STF, RE 464.893-3/GO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª turma, j. 20/5/2008.

5 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

É imperioso que o próprio Estado tenha a preocupação de manter uma fiscalização atuante de seus agentes, sob pena de cada vez mais se propalar a ideia de que é correto “levar vantagem em tudo, seja a que custo for”. Não é através do vale-tudo que se constrói um país evoluído, capaz de garantir a seu povo uma convivência social digna.

A consolidação da democracia exige que todos – particulares e agentes públicos – se sujeitem às regras do sistema, sem privilégios a este ou aquele setor. Ou melhor, todos devem sucumbir aos comandos da lei, especialmente no que se refere aos princípios nucleares da Constituição Federal.

Ensina Fernando Rodrigues Martins (2011) que “[...] nunca é demais relembrar que a Administração, sem qualquer tipo de controle, torna-se instrumento eficaz ao desmantelamento dos princípios nucleares da Constituição Federal, texto legal responsável pela conservação e orientação do Estado”.⁶

Uma vez que o patrimônio público e a moralidade administrativa, nos moldes do art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição, estão inseridos no rol dos direitos fundamentais, é evidente que cumpre ao *Parquet* zelar pelo seu efetivo respeito e proteção, adotando todas as medidas necessárias para isso.

Sabemos que a efetivação de direitos sociais fundamentais, como saúde, educação, alimentação, trabalho, habitação, lazer e segurança pública, direitos essenciais a uma vida humana razoavelmente digna, depende necessariamente de políticas públicas implementadas pela administração pública.

Nesta linha de raciocínio, é inquestionável a importância dos procedimentos administrativos investigatórios na construção de uma gestão administrativa mais honesta. Afinal, é por meio do patrimônio público, administrado com probidade, que o Estado tem condições de promover suas políticas públicas e assim garantir uma vida mais digna ao seu povo.

Não é em vão que a Carta Magna, em seu art. 1º, III, preceitua que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a *dignidade da pessoa humana*. Somente um governo honesto e que busca o bem comum reúne condições de garantir dignidade à pessoa humana.

Oportuno, neste ponto, destacar o sábio ensinamento de Régis Fernandes de Oliveira (2004)⁷, segundo o qual:

[...] se entendermos os direitos humanos como aqueles bens da vida consagrados nas Constituições e que permitem uma vida digna, inequívoca a conclusão de que a corrupção impede a plena preservação dos direitos sagrados do indivíduo. Os direitos fundamentais vêm consignados nos textos formais das Constituições das grandes democracias. Só que o desvio dos recursos impede a plena execução material dos direitos consagrados nos modernos diplomas legais.

6 MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público: comentário à Lei de Improbidade Administrativa**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

7 OLIVEIRA, Régis Fernandes de. A corrupção como desvio de recursos públicos (a agressão da corrupção aos direitos humanos). In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, nº 820, fevereiro de 2004, ano 93.

Logo, o controle externo, o controle interno e o controle social da administração pública devem mostrar-se eficazes, sob pena de ofensa à própria dignidade humana.

Com toda propriedade, Fernando Rodrigues Martins (2011)⁸ ressalta nestes termos:

De nada adianta a indicação de meios de proteção ao patrimônio público e à moralidade administrativa sem que haja correspondentemente os meios de defesa desses dois direitos fundamentais de dimensão solidária, porquanto a ausência de efetividade (eficácia social) do processo acaba colocando em xeque o próprio direito material, repita-se, de grandeza fundamental.

Entre os controles que recaem sobre a administração pública, impostos pelo sistema brasileiro, encontra-se o controle externo exercido pelo Ministério Público.

Incumbido constitucionalmente⁹ da proteção da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o Ministério Público, como acentua João Cancio de Mello Júnior (2001), tem como função “[...] defender os interesses da sociedade, quer em relação ao Governo ou à Administração Pública, quer quando a ofensa seja cometida pelos particulares”¹⁰; e para isso os procedimentos administrativos investigatórios, as recomendações e o termo de ajustamento de conduta são importantes instrumentos, os quais, empregados eficazmente na apuração de ilícitos cometidos contra o patrimônio público e a moralidade administrativa, servem como mola impulsora de uma gestão administrativa mais honesta.

É preciso sempre ter em mente que uma das atribuições institucionais do Ministério Público é não permitir que a sujeira da corrupção seja jogada para debaixo do “tapete da impunidade”. Esta obrigação, por si só, já demonstra quão espinhoso muitas vezes é o caminho trilhado pelos membros do *Parquet*. Não raras são as vezes em que, na defesa dos interesses da sociedade, o representante do Ministério Público se vê digladiando com autoridades públicas altamente influentes no cenário político ou com grupos econômicos poderosíssimos. Não é sem razão que, corriqueiramente, as dependências do Ministério Público pelo Brasil afora são visitadas por autoridades públicas ou representantes de organizações civis que, mesmo dispostos de legitimidade própria para ajuizarem ações civis públicas, delegam tal mister ao Ministério Público, em virtude da confiança e coragem transmitidas pela instituição.

Com as provas colhidas pelo *Parquet*, por meio dos procedimentos administrativos investigatórios, torna-se possível o ajuizamento de ações na defesa do patrimônio público e/ou da moralidade administrativa, o que faz surtir efeitos não somente quanto à punição dos responsáveis e à reparação dos danos suportados pelo erário, como também de caráter pedagógico, na medida em que

8 MARTINS, *op. cit.*

9 *Vide* art. 127 e segs. da CF/88.

10 MELLO JUNIOR, João Cancio de. **A função de controle dos atos da administração pública pelo Ministério Público**. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica Ltda, 2001.

alerta todos os agentes públicos acerca da possibilidade de desmascarar eventuais desmandos mediante as investigações do Ministério Público.

Pelos procedimentos administrativos investigatórios é possível realizar uma avaliação mais acurada dos fatos, evitando-se até mesmo ações temerárias, de modo que as pretensões aduzidas pelo Ministério Público passam a ser dotadas de maior confiabilidade, a qual, por sua vez, gera maior probabilidade de sucesso na demanda proposta. Isso, conseqüentemente, dinamiza a tutela do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Além da tutela repressiva, a tutela plena do patrimônio público importa também a prevenção. Tal perspectiva preventiva tem na educação e na promoção da governança dois importantes instrumentos.

Governança é a tradução para o português de um termo cunhado em língua inglesa por economistas e cientistas políticos nos anos 1990 e disseminado por organizações internacionais para se referir a determinada lógica de gestão; pode ser aplicado não só ao Estado, mas a outros setores sujeitos a algum tipo de gestão. Conforme definido pelo Banco Mundial, “governança é a maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos sociais e econômicos de um país visando o desenvolvimento, e a capacidade dos governos de planejar, formular e programar políticas e cumprir funções”¹¹.

As principais características da boa governança são:

- Estado de Direito
- Transparência
- Responsabilidade
- Orientação por consenso
- Igualdade e inclusividade
- Efetividade e eficiência
- Prestação de contas

Elke Löffler (2001) propõe que o termo “governança” seja entendido como:

uma nova geração de reformas administrativas e de Estado, que têm como objeto a ação conjunta, levada a efeito de forma eficaz, transparente e compartilhada, pelo Estado, pelas empresas e pela sociedade civil, visando uma solução inovadora dos problemas sociais e criando possibilidades e chances de um desenvolvimento futuro sustentável para todos os participantes.¹²

Dessa forma, o conceito tradicional de Estado, marcado especialmente pela hierarquia, é substituído por uma nova lógica de Estado Gerencial orientado por práticas de boa governança, que promovem a aproximação com a sociedade civil a fim de encontrar novas soluções. Inteligência da ideia de empoderamento popular e controle social.

11 BANCO MUNDIAL. *What is Governance?* Disponível em: <<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/COUNTRIES/MENAEXT/EXTMNAREGTOPGOVERNANCE/0,,contentMDK:20513159~pagePK:34004173~piPK:34003707~theSitePK:497024,00.html>> Acesso em: 6 out. 2014.

12 LÖFFLER, Elke. *Governance: Die neue Generation von Staats- und Verwaltungsmodernisierung*. In: **Verwaltung & Management**, v. 7, n. 4, p. 212-215, 2001.

Especificamente sobre a “transparência”, com a recente edição da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) e a disseminação dos “Portais da Transparência”, tem sido possível à sociedade civil conhecer a realidade remuneratória dos agentes públicos. Além disso, portais como o “Minas Transparente”, no âmbito do Estado de Minas Gerais, que permitem que os gastos dos municípios sejam consultados pela *internet*, com alimentação mensal de informações, potencializam a multiplicidade no controle do cumprimento do orçamento, inclusive pela população.

Fixada a ideia de que a defesa do patrimônio público é uma questão complexa, que demanda a atuação em diferentes perspectivas, a promoção da governança constitui substrato do princípio de eficiência, engajando os agentes públicos e particulares.

Quanto ao envolvimento de particulares, mormente da sociedade civil, a educação detém especial importância por configurar um atributo de empoderamento popular. Assim, é importante que o Ministério Público atue para fomentar ações educativas no âmbito do combate à corrupção, de modo que permita uma nova articulação da sociedade civil.

O processo de amadurecimento da cidadania é gradual e demanda prática constante. O Ministério Público Estadual, instituição dotada de grande capilaridade no extenso território brasileiro e defensor da ordem democrática e dos direitos fundamentais, ocupa posição de destaque no processo de articulação interinstitucional para uma sociedade mais informada e participativa.

Assim, projetos como *O que você tem a ver com a corrupção?* ou a campanha *Voto Consciente*, por exemplo, constituem atuação efetiva do Ministério Público no combate à corrupção e, conseqüentemente, na defesa do patrimônio público.

CAPÍTULO II – INVESTIGAÇÃO DOS ILÍCITOS CONTRA O PATRIMÔNIO PÚBLICO

1. PROCEDIMENTOS INVESTIGATÓRIOS MINISTERIAIS

A partir da consolidação das funções institucionais do Ministério Público, o constituinte de 1988 consagrou a qualidade de titular das ações civis e penais públicas, o poder requisitório e, por conseguinte, o poder investigatório do Ministério Público, em especial para a tutela do patrimônio público (art. 129 da Constituição da República). Tal poder investigatório se consubstancia na instauração de procedimentos administrativos ministeriais destinados à investigação de fatos, seja em âmbito cível, por meio do inquérito civil, seja em âmbito criminal, por meio do procedimento investigatório criminal.

Dando concretude ao comando constitucional, o legislador federal infraconstitucional confirma o poder investigatório do Ministério Público, previsto na Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – artigo 26, inciso IV) e na Lei Complementar nº 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União – artigo 5º, inciso VI, e artigo 8º, incisos IV e VII). Em âmbito estadual, a Lei Complementar nº

34/1994 (Lei Orgânica do Ministério Público de Minas Gerais – artigo 67, inciso I) segue a diretriz constitucional, na mesma linha da legislação federal.

Vale mencionar que a tipologia dos ilícitos penais no âmbito do patrimônio público é bastante rigorosa, enquadrando-se em regra as condutas criminosas também nas condutas ímprobadas. Nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar a legitimidade ampla para a investigação criminal no âmbito do patrimônio público como decorrência lógica da própria legitimidade para investigações das mesmas condutas sob a ótica da apuração de atos de improbidade administrativa. Vale dizer, o que se investiga é a conduta; as sanções administrativas, cíveis, políticas e criminais são construções jurídicas que não devem limitar o aparato investigatório para a apuração do ilícito.

Fixado o poder investigatório amplo para a tutela plena do patrimônio público, importa ressaltar que devem ser observados, tanto na instauração quanto na instrução do procedimento, os princípios da proporcionalidade e da eficiência.

O princípio da proporcionalidade, corolário do princípio do devido processo legal, em suas dimensões positivas e negativas, implica, respectivamente, a vedação de que o Estado cometa excesso no desempenho de suas funções e a proibição de deficiência na proteção estatal conferida a determinado direito. O princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, abarca três elementos necessários: a conformidade ou adequação dos meios empregados, a necessidade ou exigibilidade da medida adotada e a proporcionalidade em sentido estrito.

No caso de um fato ilícito levado à apreciação do Ministério Público ou identificado por este, a análise do fato e a primeira apreciação de sua natureza, a fim de optar pelo procedimento administrativo investigatório mais adequado, devem ser guiadas pelo princípio da proporcionalidade. Assim, o princípio da proporcionalidade demanda que antes seja identificada a finalidade que se pretende alcançar – por exemplo, a defesa do patrimônio público – para que se possa estabelecer o melhor, o mais apropriado e o mais coerente meio para o atendimento daquela finalidade.

O princípio da eficiência também deve orientar a instauração e a condução do procedimento investigatório. Diferentemente da percepção de Bandeira de Mello (2013)¹³, que o desqualifica como “simples adorno”, Moreira Neto (2003, p. 103)¹⁴ afirma que a eficiência administrativa deve ser entendida como “a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade”, e, assim entendida, ela se revela, ao mesmo tempo, “como um atributo técnico da administração, como exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados e como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos”.

13 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

14 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Nessa linha de raciocínio, a natureza do procedimento investigatório e os meios escolhidos para a apuração do ilícito devem buscar “a plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade”.

Assim, a resposta dada pelo Ministério Público ao fato trazido à sua apreciação, ou verificado de ofício, demanda também uma atuação eficiente, com efetivo resultado para a sociedade, e não meramente burocrática. Para que a defesa do patrimônio público se concretize como finalidade objetiva e, assim, seja possível sua tutela plena, é necessária a apresentação competente de respostas adequadas.

Embora não sejam pressupostos processuais para a formação da convicção do *Parquet*, é certo que na prática o inquérito civil e o procedimento investigatório criminal têm-se destacado como eficazes instrumentos para a coleta de dados que permitam uma melhor interpretação dos fatos em análise. Valendo-se dos procedimentos investigatórios, o Ministério Público pode colher declarações, expedir notificações e requisições, realizar vistorias, enfim, desenvolver ações que delineiem mais claramente as circunstâncias que envolvem os fatos investigados, possibilitando, por via de consequência, um posicionamento mais acurado de seu órgão de execução.

No Estado Democrático de Direito e de Justiça, somam-se o padrão de legalidade (Estado de Direito), o padrão de licitude/moralidade (Estado de Justiça) e o padrão de legitimidade (Estado Democrático), consistente na busca de concretização do verdadeiro interesse público social, entendido como “interesse coletivo geral que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, através de ação política juridicamente embasada ou através de ação jurídica politicamente fundada” e não como um “somatório de interesses individuais”¹⁵.

1.1. Inquérito civil

Absolutamente inquestionável a importância do inquérito civil como instrumento do Ministério Público na coleta de elementos para o bom exercício de suas relevantes funções.

O inquérito civil está previsto no sistema jurídico brasileiro desde os idos de 1985, com a edição da Lei Federal nº 7.347 (Lei da Ação Civil Pública). Entretanto, é com o advento da Carta Magna de 1988 que o inquérito civil público é alçado a *status* de função institucional do Ministério Público, para promover a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos¹⁶.

Posteriormente, houve em 1990 o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078), que reafirmou o inquérito civil público como instrumento

15 *Idem*. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

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

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

[...]

do *Parquet* para a defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo¹⁷.

Não bastasse isso, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/1993), em seu art. 25, estipula que entre as funções do Ministério Público se encontra a de promover o inquérito civil público:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;

b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem.

Como se vê, nossa legislação pátria, até mesmo em nível constitucional, é direta e clara em apontar o Ministério Público como a instituição própria a presidir o inquérito civil.

Aliás, como registrado no julgamento da AP 396/RO – RONDÔNIA no Supremo Tribunal Federal, em 28 de outubro de 2010, tendo como relatora a Ministra Cármen Lúcia, é firme a jurisprudência daquele colendo Tribunal no sentido de que o Ministério Público pode oferecer denúncia com base em elementos de informação obtidos em inquéritos civis, instaurados para a apuração de ilícitos civis e administrativos, no curso dos quais se vislumbre suposta prática de ilícitos penais.

E tudo isso decorre dos contornos de atuação impostos pela Constituição Federal ao Ministério Público, que exige que lhe sejam disponibilizados instrumentos adequados ao cumprimento de suas funções, sob pena de tais comandos constitucionais serem furtivamente desconsiderados, em flagrante ônus para toda a sociedade brasileira.

A presidência do inquérito civil pelo *Parquet* não se trata de mero capricho do legislador, incluído o constituinte de 1988, mas sim uma garantia a toda sociedade brasileira de que Ministério Público, na condição de guardião da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, terá à sua disposição instrumento de efetiva valia no desenvolvimento de suas funções.

E não se pense que a presidência do inquérito civil público signifique um poder ilimitado, sem controle. Pelo contrário, no desenvolvimento de qualquer de suas atribuições, o Ministério Público está vinculado aos princípios que norteiam a administração pública, sujeito até mesmo à fiscalização do bem-vindo Conselho Nacional do Ministério Público, órgão de controle externo, incluído em nosso ordenamento jurídico pela Emenda à Constituição Federal nº 45/2004, e responsável pela edição da Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007, que regulamentou o trâmite do inquérito civil público.

Ademais, no momento da finalização do inquérito civil público, tendo-se concluído pela propositura da ação civil pública, todos os elementos de convicção do Ministério

17 Art. 110. Acrescente-se o seguinte inciso IV ao art. 1º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985:

“IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

Público são levados necessariamente ao julgamento do Poder Judiciário, que, conseqüentemente, acaba executando também um controle a respeito de todas as medidas adotadas no transcorrer das investigações ministeriais produzidas naquele inquérito civil. Ou seja, além da fiscalização dos seus órgãos correccionais internos e daquela executada pelo, repito, bem-vindo Conselho Nacional do Ministério Público, o *Parquet* está ainda permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos praticados no âmbito das investigações que desenvolva *ex propria auctoritate*.

Oportuno ainda destacar que, no caso específico de propositura da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, a Lei nº 8.429/92, a fim de combater “aventuras jurídicas”, prevê a necessidade de notificação prévia do demandado, conferindo-lhe a oportunidade de apresentar justificativa por escrito e juntar documentos, antes do recebimento da inicial ministerial. Daí se denota mais uma vez a importância do inquérito civil público, que permite ao *Parquet* uma avaliação mais pormenorizada dos fatos postos em debate, reduzindo o risco de ajuizamento de ações temerárias.

Já na hipótese de promoção de arquivamento do inquérito civil, deve-se levar à apreciação do Conselho Superior do Ministério Público, que poderá homologá-la ou rejeitá-la, caso em que será designado outro órgão de execução ministerial, para atuar por delegação daquele conselho.

Portanto, há controle bastante em relação à presidência do inquérito civil público por parte do Ministério Público, de modo que não pode prevalecer a falácia de que são necessários outros controles além dos já existentes, com o obscuro propósito de, na verdade, vestir “cabresto” na autonomia funcional do *Parquet*.

Ora, a Constituição Federal conferiu ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública; a obrigação de zelar pelo efetivo respeito por parte dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Carta Magna; a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; a promoção da ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos na Constituição; a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas; o controle externo da atividade policial. Como, pois, imaginar o Ministério Público desprovido da presidência de um instrumento tão importante para a coleta de provas como é o inquérito civil?

Afinal, por meio do inquérito civil público é dado ao Ministério Público desenvolver diligências, como coleta de depoimentos, execução de vistorias, requisição de informações, documentos e perícias.

Na verdade, o inquérito civil encontra-se incrustado com tamanha solidez na atuação ministerial que, sendo ferramenta exclusiva do Ministério Público, não se admite conferir sua presidência a outras instituições, como a Defensoria Pública ou a Polícia Judiciária, por exemplo.

Como muita propriedade, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2008)¹⁸ apontam:

Sendo um instrumento posto pelo legislador, com exclusividade, à disposição do *Parquet*, é o inquérito civil um precioso elemento de formação da *opinio actio*, viabilizando, a depender dos resultados alcançados, o exercício da ação civil pública. Por seu intermédio, através da coleta de documentos e de testemunhos, da realização de perícias e de inspeções pessoais etc., busca-se, num primeiro momento, a identificação das hipóteses que, em tese, ao teor do texto constitucional e da legislação infraconstitucional, legitimam a atuação do Ministério Público, vale dizer, a identificação da existência de lesão ou ameaça a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

A Polícia Judiciária, como se sabe, já dispõe do inquérito policial para o desenvolvimento de seu mister. Com função não privativa de investigar condutas criminosas e depois repassar todos os elementos apurados ao próprio Ministério Público, não se justifica, sob nenhum aspecto, que a Polícia Judiciária venha a desenvolver qualquer das funções impostas constitucionalmente ao Ministério Público.

Somente quem não tem conhecimento da realidade das Delegacias de Polícia de nosso Brasil afora poderia cogitar em encarregar a Polícia Judiciária de investigações de natureza civil/administrativa pertinentes à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Abarrotada de inquéritos policiais e com uma evolução histórica no âmbito exclusivo da investigação criminal, a Polícia Judiciária já detém o instrumento necessário para o desenvolvimento de sua atividade-fim.

Qual seria a utilidade de conferir também à Polícia Judiciária a presidência do inquérito civil? Obviamente, nenhuma. A investigação criminal, atividade-fim que a Constituição Federal impõe à Polícia Judiciária (sem exclusividade, diga-se), é desenvolvida mediante um instrumento próprio, o inquérito policial.

O inquérito civil público, por sua vez, como já foi dito, constitui uma ferramenta historicamente à disposição do *Parquet*, com previsão expressa na Carta Magna, destinada à coleta de elementos para a formação do convencimento acerca das medidas necessárias à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Também é incabível conferir à Defensoria Pública a possibilidade de presidência do inquérito civil público, mas por outros motivos. Essa instituição, assim como a Polícia Judiciária, tem reconhecida importância. Entretanto, não é possível admitir que a Defensoria Pública presida um inquérito civil público, sob pena de se aceitar o advento do superadvogado ou de um segundo Ministério Público, às expensas do erário.

Preceitua o art. 134 da Constituição Federal que a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica, a promoção

18 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

Já o art. 5º, LXXIV, da Carta Magna estipula que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Da análise de tais dispositivos constitucionais fica clara a importância das funções da Defensoria Pública. E a razão é simples. Em um país onde a distribuição de renda se mostra ainda tão injusta, é imperioso que o Estado, através da Defensoria Pública (estadual e federal), preste a devida assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados.

Mas transferir para a Defensoria Pública outras atribuições, em prejuízo das que lhe são determinadas constitucionalmente, ou melhor, em prejuízo da população carente que necessita de assistência jurídica integral e gratuita, quando tais outras atribuições já pertencem à alçada do Ministério Público, com previsão constitucional, configura, por si só, uma medida totalmente atabalhoada.

A Defensoria Pública não age em nome próprio, mas desenvolve uma representação processual de seu assistido, quando provocada por este. No entanto, a qualquer momento ele pode dispensá-la, caso contrate, por exemplo, um advogado particular. A Defensoria Pública não tem atribuições para punir, tributar ou ao menos fiscalizar; sua atribuição é exercer a advocacia social por representação, conforme foi dito. O Defensor Público, como todo advogado, já tem à sua disposição os mecanismos previstos na legislação pátria para o exercício de suas funções. Seria um verdadeiro despautério municiá-lo com a presidência do inquérito civil público, como também o seria em relação ao advogado particular.

Enquanto ao Ministério Público cabe a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis na qualidade de substituto processual, à Defensoria Pública compete apenas promover a defesa de interesses individuais disponíveis ou indisponíveis em nome do próprio titular do direito.

Com todo acerto, pois, o voto do eminente Desembargador gaúcho Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, na Apelação Cível nº 70039474531, no sentido de que a legitimidade da Defensoria Pública “para atuar judicialmente em defesa de interesse de terceiros está condicionada ao preenchimento de dois requisitos indispensáveis: que seja direcionada aos necessitados e que estes comprovem insuficiência de recursos”.

Não se quer dizer com isso que não se deve melhor aparelhar a Defensoria Pública; pelo contrário, tal órgão assim o reclama, dada a importância de sua atividade. No entanto, esse aparelhamento deve visar à melhoria de sua atividade-fim, ou seja, disponibilizando-lhe estrutura material adequada, de forma que possa prestar aos assistidos o mesmo atendimento oferecido, em regra, pela advocacia particular.

O inquérito civil público, portanto, é instrumento de investigação presidido exclusivamente pelo Ministério Público, destinado à verificação de lesão ou ameaça a

interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, o que justifica a atuação ministerial.

Uma vez que se destina à coleta de elementos para a formação da convicção do Ministério Público na defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, o inquérito civil público, se corretamente instaurado e bem conduzido, apresenta-se como importante ferramenta na garantia do direito fundamental a uma gestão administrativa honesta.

1.2. Procedimento investigatório criminal

O Procedimento Investigatório Criminal, instaurado e presidido pelo Ministério Público, é um instrumento de natureza administrativa e inquisitorial cuja finalidade é a coleta de dados, a obtenção de elementos necessários à apuração de infrações penais de ação penal pública.

A investigação criminal direta pelo Ministério Público pode dar-se de forma originária (de ofício ou mediante provocação), de forma derivada ou de forma complementar. A primeira se dá quando a ocorrência do crime é apurada independentemente da investigação por parte de outros órgãos, podendo o membro do Ministério Público instaurar de ofício a investigação – ao tomar conhecimento da infração penal – ou mediante provocação. A investigação criminal derivada ocorre quando o Ministério Público verifica a prática criminosa no curso da instrução de outro procedimento investigatório do próprio *Parquet*, como o inquérito civil. Finalmente, a investigação complementar se dá quando outra instituição encaminha procedimento investigatório ou peças de informação ao Ministério Público, que opta por realizar diligências para confirmação e complementação de informações. É o que ocorre nas hipóteses de encaminhamento de procedimentos policiais, de Tribunais de Contas, Controladorias Internas e de órgãos fazendários, por exemplo.

No âmbito do combate à corrupção, é incontestável a alta relevância da instauração e da condução de procedimentos investigatórios criminais diretamente pelo Ministério Público para a formação da *opinio delicti*. Em tempos de crescente demanda social para uma concreta contenção da criminalidade organizada contra o patrimônio público, o Ministério Público ocupa uma posição estratégica de catalisador e articulador qualificado de investigações concatenadas com os demais órgãos que têm a missão constitucional de apurar os ilícitos criminais de “colarinho branco”.

Percebe-se um estágio de amadurecimento institucional na regulamentação do procedimento investigatório criminal (PIC), a fim de aumentar a eficiência e a transparência nas investigações criminais.

O Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 13/2006, que disciplina a instauração e a tramitação do procedimento investigatório criminal no âmbito do Ministério Público. A Resolução apresenta a definição e finalidade do PIC, ressaltando a possibilidade de formalização de investigação por outros órgãos legitimados da administração pública. Estabelece regras para a instauração e instrução do procedimento, indicando as providências que poderão ser adotadas na condução da

investigação. Além disso, atende aos parâmetros do devido processo legal e disciplina a publicidade dos atos e peças da investigação, salvo disposição legal em contrário ou por razões de interesse público ou conveniência da investigação, sempre por decisão fundamentada. Por fim, trata das hipóteses de conclusão e arquivamento do PIC, consagrando o controle judicial anômalo do princípio da obrigatoriedade, com aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal, caso o magistrado considere improcedentes as razões invocadas para a promoção ministerial de arquivamento.

No âmbito do Ministério Público de Minas Gerais, o procedimento investigatório criminal é regulado pela Resolução Conjunta PGJ-CGMP nº 2/2009. A regulamentação local reflete as orientações do Conselho Nacional do Ministério Público no que tange à definição, finalidade, instauração, instrução, publicidade, conclusão e arquivamento. Além disso, detalha as hipóteses de indeferimento de representação para instauração de procedimento investigatório criminal e estabelece a forma de registro no Sistema de Registro Único (SRU), fortalecendo ainda mais o sistema de controle social e interno da condução das investigações criminais pelo Ministério Público mineiro.

O indeferimento da instauração de processo investigatório criminal se dá quando há evidência de que os fatos narrados na representação não configuram lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º da Resolução Conjunta PGJ-CGMP nº 2/2009 ou quando o fato já tiver sido objeto de investigação ou de ação penal pública, ou, ainda, se os fatos apresentados já se encontrarem solucionados. Trata-se de salutar cautela que visa a resguardar os direitos fundamentais de eventual representado, evitando a condução de investigações infundadas ou repetidas.

Assim, durante a instrução, poderá o Ministério Público fazer ou determinar a execução de vistorias e inspeções e, ainda, requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades, órgãos e entidades da administração pública direta e indireta, da União, dos Estados e dos Municípios. Poderá também requisitar informações e documentos a entidades privadas; notificar testemunhas e requisitar a condução coercitiva delas, nos casos de ausência injustificada, ressalvadas as prerrogativas legais, bem como acompanhar buscas e apreensões deferidas pela autoridade judiciária e cumprimentos de mandados de prisão preventiva ou temporária deferidos pela autoridade judiciária (artigo 8º da Resolução Conjunta PGJ-CGMP nº 2/2009).

Importante ressaltar que, se o membro do Ministério Público verificar que certos meios de prova, típicos ou exclusivos das investigações criminais, são mais eficientes para a apuração de condutas que se enquadram simultaneamente na tipologia dos ilícitos na esfera penal, cível e administrativa, é possível e recomendável a instauração e condução conjunta de inquérito civil e procedimento investigatório criminal.

Como se depreende da análise dos instrumentos à disposição do Poder Público para o combate à corrupção, o procedimento investigatório criminal presidido pelo Ministério Público representa um poderoso meio para a apuração de ilícitos.

Por fim, vale lembrar que no caso de autoridade noticiada ou investigada que goze de prerrogativa de foro em razão da

função, conforme disciplinado na Constituição da República e na Constituição Estadual, incumbe ao Procurador-Geral de Justiça a instauração e presidência.

1.3. Técnica de instauração das investigações

A instauração dos procedimentos investigatórios cíveis e criminais, como em toda atuação do membro do Ministério Público, exige respeito aos princípios constitucionais que norteiam a administração pública, em especial àqueles previstos no *caput* do art. 37 da Constituição da República: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Daí a necessidade de o membro do Ministério Público observar estritamente as normas que regulamentam a instauração e a tramitação destes importantes instrumentos para a formação da *opinio* ministerial quanto às medidas necessárias à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, sob pena de responsabilização, no âmbito cível, criminal e administrativo, por eventuais abusos ou faltas cometidos.

À luz da regulamentação legal e das resoluções que organizam administrativamente a atuação do Ministério Público, para que uma investigação cível ou criminal seja iniciada, é possível distinguir *três etapas* da análise do membro do Ministério Público: a identificação da área de atuação; a decisão de instauração ou indeferimento de representação; e a delimitação do objeto da investigação.

A primeira medida do órgão de execução consiste na *identificação da área de atuação* a que se refere a querela sob sua apreciação, ou seja, dever-se-á perquirir se a questão envolve a área da saúde, do meio ambiente, do idoso, do patrimônio público ou qualquer outra afeta ao Ministério Público.

Tal identificação é imprescindível para que se possa fixar com segurança quem é o Promotor de Justiça natural do caso, isto é, aquele com atribuições legais para exercer as funções do Ministério Público no fato específico.

Se esse membro do Ministério Público não possuir atribuições legais para atuar na questão levada à sua apreciação, deverá remetê-la ao membro que as detêm.

É o Promotor de Justiça natural quem deverá fazer o juízo de valor quanto à instauração do inquérito civil ou quanto ao seu indeferimento.

A segunda etapa consiste na análise dos elementos trazidos ao conhecimento do Promotor de Justiça natural, para que seja decidido pela *instauração ou não do inquérito civil*.

Não identificando na análise dos elementos nenhum indicativo razoável e confiável que justifique a deflagração de uma investigação do Ministério Público para aquilatar eventual infração penal ou ofensa ao patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, compete ao Promotor de Justiça natural indeferir,

de plano, a instauração de procedimento investigatório criminal ou de inquérito civil.

De tal decisão deverão ser notificados o representante (se houver) e o representado para, querendo, no prazo de 10 dias, interpor recurso, protocolado na própria Promotoria de Justiça.

Interposto recurso, de bom alvitre se propiciará aos demais interessados oportunidade para, querendo, também no prazo de 10 dias, arrazoarem ou contrarrazoarem tal recurso.

Em seguida, caberá ao Promotor de Justiça natural posicionar-se a respeito, mantendo ou reformando sua decisão de indeferimento; na primeira hipótese, deverá remeter imediatamente o expediente ao Conselho Superior do Ministério Público, para apreciação do recurso.

Um exemplo de peça inidônea, incapaz de justificar a instauração de um inquérito civil, são as denúncias apócrifas, ofertadas de modo vago, impreciso e não instruídas com nenhum elemento probatório.

Fixada a área de atuação do Ministério Público e a atribuição do Promotor de Justiça natural, e não constituindo hipótese de indeferimento da representação, a terceira etapa para iniciar uma investigação é a *descrição do objeto da investigação*, de modo que sejam identificados os elementos mínimos do que se pretende investigar, a fim de aumentar a eficiência da investigação, com a observância do devido processo legal.

As resoluções que disciplinam o inquérito civil e o procedimento investigatório criminal no âmbito do Ministério Público confirmam a relevância de uma adequada delimitação do objeto da investigação.

O artigo 4º, inciso I, da Resolução CNMP nº 23/2007 determina que o inquérito civil será instaurado por portaria, contendo, entre outros requisitos, “o fundamento legal que autoriza a ação do Ministério Público e a descrição do fato objeto do inquérito civil”.

Do mesmo modo, de acordo com o artigo 3º, inciso I, da Resolução Conjunta PGJ CSMP nº 2/2009, o procedimento investigatório criminal será instaurado por portaria, contendo “a descrição do fato objeto de investigação ou esclarecimentos”.

Com o advento do Sistema de Registro Único (SRU) no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o requisito do fundamento legal não tem oferecido nenhuma dificuldade, já que a portaria inaugural é emitida automaticamente, mediante preenchimento de campos próprios naquele sistema.

Entretanto, às vezes há situações em que a descrição do objeto dos procedimentos administrativos investigatórios é manifestamente inadequada, seja porque o restringe, seja porque o amplia demasiadamente, com uso de termos vagos que impossibilitam sua identificação pela leitura da portaria inaugural.

Vejamos alguns exemplos de descrição errônea do objeto de

processos administrativos investigatórios:

- *Investigar possíveis irregularidades em obras públicas municipais*
- *Investigar fraudes em licitações*
- *Investigar possíveis irregularidades em dispensas de licitação*
- *Investigar irregularidades na remuneração de agentes públicos municipais*
- *Investigar irregularidades em contratações temporárias*
- *Investigar crimes contra a administração*

Nesses exemplos é absolutamente impossível identificar o objeto do procedimento administrativo investigatório, o que evidencia que sua instauração não foi de fato precedida de uma acurada análise pelo membro do Ministério Público, conforme exigido pelo ordenamento jurídico.

Data venia, a ausência de uma correta identificação do objeto do procedimento administrativo investigatório, delimitado com clareza, além de violar os comandos legais que regulam as investigações conduzidas pelo Estado, tão caros para o exercício da cidadania e para a consolidação do Estado de Direito, há de conduzir as investigações por caminhos tortuosos, sem rumos definidos, com imensa probabilidade de insucesso. Afinal de contas, um procedimento investigatório mal instaurado dificilmente poderá ser bem conduzido.

Portanto, imperioso que o membro do Ministério Público tome o cuidado de descrever com clareza o objeto da investigação ao redigir a portaria inaugural do procedimento investigatório, de tal maneira que não haja dúvida acerca do objeto.

Além disso, a boa prática tem evidenciado que procedimentos investigatórios com objetos vastos, sem conexão instrumental entre os inúmeros fatos, mostram-se inoperantes, de difícil conclusão. É importante, pois, que nessas situações tome o Promotor de Justiça natural o cuidado necessário de avaliar previamente quais fatos guardam real conexão instrumental entre si, evitando instaurar procedimentos com objetos de extremada amplitude, que por certo hão de ter uma condução morosa e tortuosa. Em situações tais, é mais adequado fazer desmembramentos, instaurando-se procedimentos próprios para fatos que guardem real conexão instrumental entre si.

Podem ser empregadas nos procedimentos investigatórios ministeriais boas técnicas de investigação decorrentes de técnicas metodológicas de outras áreas do conhecimento.

O exercício mental de delimitação do objeto não é exclusivo da atividade investigatória. No âmbito da metodologia de pesquisa científica e da metodologia para produção de conhecimento de inteligência, são elaboradas técnicas de delimitação do assunto e determinação do objeto que podem ser utilizadas pelo investigador na definição do objeto de investigação.

Acerca das técnicas de pesquisa científica, Marconi e

Lakatos (2006, p. 29)¹⁹ afirmam que a delimitação pode ser feita em relação:

- a) ao assunto – selecionando-se um tópico, a fim de impedir que se torne ou muito extenso, ou muito complexo;
- b) à extensão – porque nem sempre se pode abranger todo o âmbito no qual o fato se desenrola;
- c) a uma série de fatores – meios humanos, econômicos e de exiguidade de prazo –, que podem restringir o seu campo de ação.

Acrescentam que em alguns casos pode ser desnecessária a delimitação, pois o próprio assunto e seus objetivos estabelecem os limites. Ander-Egg (1978, p. 67)²⁰ apresenta três níveis de limite:

- a) quanto ao objeto – consiste na escolha de maior ou menor número de variáveis que intervêm no fenômeno a ser estudado. Selecionado o objeto e seus objetivos, estes podem condicionar o grau de precisão e especialização do objeto;
- b) quanto ao campo de investigação – abrange dois aspectos: limite no tempo, quando o fato deve ser estudado em determinado momento, e limite no espaço, quando deve ser analisado em certo lugar. Trata-se, evidentemente, da indicação do quadro histórico e geográfico em cujo âmbito se localiza o assunto;
- c) quanto ao nível de investigação – engloba três estágios: exploratórios, de investigação e de comprovação de hipóteses.

Gustin e Dias (2006, p. 60)²¹ alertam também que “duas outras características do problema a ser pesquisado são constantemente lembradas pelos manuais de metodologia de pesquisa: ser suscetível de solução e ter uma dimensão viável”. As pesquisadoras também apontam inúmeras falhas na delimitação do objeto de pesquisa:

- 1) Confundir problemas científicos com julgamentos morais.
- 2) Não susceptibilidade de solução das situações-problema.
- 3) Problemas cuja dimensão não é viável.
- 4) Problemas não conectados com a esfera empírica.
- 5) Problemas que se confundem com questões práticas e não científicas.

Resguardada a transposição direta e acrítica da metodologia científica para a investigação, é recomendável o aproveitamento de algumas reflexões para melhor delimitar o objeto da investigação.

Da mesma forma, a prática sedimentada na comunidade de inteligência para metodologia de produção do conhecimento

19 MARCONI, Mariana de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Técnicas de pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

20 ANDER-EGG, Ezequiel. **Introducción a las técnicas de investigación social: para trabajadores sociales**. 7 ed. Buenos Aires: Humanitas, 1978.

21 GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica. Teoria e prática**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

também pode trazer contribuições na elaboração do objeto de investigação.

Assevera Cepik (2003, p. 28)²² que, “para a ciência da informação, inteligência é uma camada específica de agregação e tratamento analítico em uma pirâmide informacional, formada, na base, por dados brutos e, no vértice, por conhecimentos reflexivos”. Assim, a partir da coleta/busca de informações/dados para formar uma ampla base informacional, a atividade de inteligência almeja a produção de conhecimento reflexivo para subsidiar o tomador de decisão segundo uma rigorosa observância da metodologia, consubstanciada em um “ciclo de inteligência”.

Não há consenso na doutrina especializada acerca da identificação das etapas do ciclo de inteligência, mas uma das etapas na produção do conhecimento, em qualquer unidade de inteligência, é necessariamente a etapa do planejamento.

Conforme a definição da Doutrina Nacional de Inteligência de Segurança Pública – DNISP, é na etapa de planejamento que “são ordenadas de forma sistematizada e lógica as etapas do trabalho a ser desenvolvido, estabelecendo o objetivo ou necessidades, prazos, prioridades e cronologia, definindo os parâmetros e as técnicas a serem utilizadas, partindo-se dos procedimentos mais simples para os mais complexos”. Na sequência, define a DNISP²³ que:

o planejamento pode ser, esquematicamente, assim representado: determinação da faixa de tempo a ser considerada; determinação do usuário do conhecimento; determinação da finalidade do conhecimento; determinação do prazo disponível para a produção; determinação dos aspectos essenciais do assunto; verificação dos aspectos essenciais conhecidos; e verificação dos aspectos essenciais a conhecer.

Cumpra transcrever a definição de cada um desses elementos:

Determinação do Assunto: Consiste em especificar o fato ou a situação, objeto do conhecimento a ser produzido, através de uma expressão oral ou escrita. O assunto deve ser preciso, determinado e específico.

Determinação da Faixa de Tempo a ser Considerada: Este procedimento consiste em estabelecer marcos temporais para o desenvolvimento do estudo considerado.

Determinação do Usuário: A execução deste procedimento objetiva identificar a autoridade governamental ou o órgão congênere que, pelo menos potencialmente, utilizará o conhecimento que está sendo produzido. Visa, ainda, a estabelecer o nível de profundidade do conhecimento a ser produzido.

Determinação da Finalidade: Diz respeito à virtual utilização, pelo usuário, do conhecimento em produção. Em razão da compartimentação inerente ao exercício da atividade de ISP, nem sempre é possível a determinação da finalidade. Neste caso, o planejamento é orientado para esgotar o assunto tratado, de tal modo que o usuário venha a

22 CEPIK, Marco. **Espionagem e Democracia: Agilidade e Transparência como dilemas na Institucionalização de Serviços de Inteligência**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

23 SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA-MJ. **Doutrina Nacional de Inteligência de Segurança Pública**. Ministério da Justiça. Brasil, 2009.

encontrar, em algum ponto do conhecimento que está sendo produzido, subsídios úteis à sua atuação.

Determinação de Prazos: Nos casos de produção do conhecimento, em obediência a planos de inteligência ou estímulos específicos, é normal que os prazos estejam previamente estabelecidos. Quando isso não ocorrer, ou quando a iniciativa de produção do conhecimento é da própria AI, os prazos são estabelecidos com observância do princípio da oportunidade.

Determinação dos Aspectos Essenciais do Assunto: Trata-se de listar o que o analista, nesta etapa do estudo, acredita ser necessário saber para extrair conclusões sobre o assunto estudado. Tal lista poderá ser ampliada ou sofrer supressões em decorrência da evolução do estudo.

Verificação dos Aspectos Essenciais Conhecidos: Este procedimento consiste em verificar, entre os aspectos essenciais já determinados, aqueles para os quais já se tenha algum tipo de resposta, antes do desencadeamento de qualquer medida de reunião. É importante separar as respostas completas das incompletas e as que expressam certeza das que expressam opinião.

Aspectos Essenciais a Conhecer: Neste procedimento verificam-se os aspectos essenciais, com os quais o profissional de ISP deve obter novas respostas, novos elementos de convicção para as respostas já disponíveis e os seus complementos, se necessários.

A adaptação das diretrizes de planejamento da inteligência também contribuem na delimitação do objeto de investigação ministerial. Ainda que não agreguem novidades ao investigador mais experiente, podem ao menos auxiliar na organização das ideias para o planejamento de uma investigação. A determinação da faixa de tempo e do prazo pretendido para a investigação, por exemplo, são providências que podem ser cruciais para o sucesso de uma investigação.

A investigação terá seus objetivos mais bem definidos, de modo que a determinação de diligências possa ser bem orientada. Assim, será possível evitar verdadeiras auditorias no âmbito do Ministério Público, que não se enquadram nos parâmetros das resoluções que disciplinam os procedimentos investigatórios e acarretam investigações muitas vezes morosas, complexas e infrutíferas, sem a definição de um ilícito específico a ser investigado.

Não se pretende esgotar a análise da contribuição de outras atividades ou áreas do conhecimento, mas chamar a atenção para o emprego, por parte do investigador, de conceitos e métodos de resolução de problemas desenvolvidos em outras áreas e ressaltar a relevância da delimitação adequada do objeto da investigação. Os equívocos metodológicos no momento da instauração acompanham toda a instrução da investigação e a dificultam.

Daniel Kahneman, ganhador do Prêmio Sveriges Riksbank de Ciências Econômicas – o “Prêmio Nobel de Economia” –, no seu *bestseller Rápido e Devagar: Duas formas de pensar*, aponta um perigoso caminho do pensamento humano em busca da conquista de coerência e do conforto cognitivo, que nos leva a aceitar uma afirmação como verdadeira, tirando conclusões precipitadas com base em evidência limitada. O estudioso utiliza a desajeitada abreviatura

WYSIATI: as iniciais de *what you see is all there is*, ou “o que você vê é tudo que há”. Não se trata de negar a existência e importância do conhecimento intuitivo, mas de utilizá-lo em favor de uma melhor aplicação da nossa capacidade de raciocínio analítico.

Enfim, o grau de cautela do Promotor de Justiça natural no momento do deferimento de instauração do inquérito civil deve ser o mesmo daquele empregado no momento do indeferimento. Isso quer dizer que ambos os casos consistem numa decisão ministerial sujeita aos comandos legais que regulam todas as atividades estatais e, portanto, devem estar em harmonia com o exercício da cidadania e com a consolidação do Estado de Direito.

2. RECOMENDAÇÃO NO ÂMBITO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

2.1. Definição e objetivo

A recomendação é uma decisão unilateral exarada pelo órgão de execução do Ministério Público que, em razão de determinados fatos e fundamentos, sugere ao órgão público ou ao administrador que pratique ou se abstenha de praticar certo ato irregular. A recomendação se baseia no poder de autotutela da administração, que tem a possibilidade de revisão de seus atos independentemente de determinação judicial. Seu objetivo é prevenir a prática de atos contrários ao Direito ou corrigir eventuais desvios administrativos.

2.2. Fundamento legal

A recomendação tem como fundamento legal:

- Art. 129, III e VI, da Constituição Federal:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

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

- Art. 119, *caput*, e art. 120, II e III, da Constituição Estadual:

Art. 119 – O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, a que incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.
[...]

Art. 120 – São funções institucionais do Ministério Público:
[...]

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionalmente assegurados, promovendo as medidas necessárias à sua garantia;

III – promover inquérito civil e ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

[...]

- Art. 6º, XX, da Lei Complementar nº 75/93:

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.

- Art. 26, I, “b”, e art. 27, *caput* e parágrafo único, IV, da Lei Federal nº 8.625/93:

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:

[...]

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;

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:

[...]

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.

- Art. 66, IV, e art. 67, VI, da Lei Complementar Estadual nº 34/94:

Art. 66 Além das funções previstas na Constituição Federal, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Constituição Estadual e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

[...]

IV - zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal e em outras leis, promovendo as medidas judiciais e administrativas necessárias à sua garantia;

Art. 67 No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

[...]

VI - fazer recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e dos serviços de relevância pública;

2.3. Finalidade

A finalidade da recomendação é levar ao conhecimento do agente público determinada irregularidade no âmbito da administração, de modo que já não será possível o agente alegar desconhecimento dela.

Hugo Nigro Mazzilli expõe que as recomendações, “embora não tenham caráter vinculante, por não estar a autoridade destinatária juridicamente obrigada a acatá-la, têm grande força moral e, até mesmo, implicações práticas” (MAZZILLI, 1999, p. 337-338).

A atuação extrajudicial apresenta-se como uma excelente opção ao membro do Ministério Público que atua na área do patrimônio público, uma vez que as demandas judiciais

relativas a essa matéria tendem a se eternizar, em virtude dos inúmeros volumes do inquérito e da peculiaridade de alguns temas em discussão, com necessidade de cálculos, perícias, entre outros percalços e expedientes previstos na legislação processual civil.

A recomendação pode ser bem utilizada quando for necessária alguma providência no âmbito da defesa do patrimônio público *lato sensu*: anulação de ato administrativo, rescisão de contrato administrativo irregular, vedação a determinada prática administrativa, necessidade de instauração de procedimento disciplinar administrativo, ressarcimento ao erário de valores irregularmente gastos ou recebidos, exoneração de servidores irregularmente admitidos, rescisão de contratos ilegais, entre outros.

2.4. Aplicação prática

O campo para a utilização da recomendação é bastante vasto, uma vez que é possível realizá-la de forma preventiva ou mesmo durante a tramitação de um procedimento preparatório administrativo, aoseverificarem irregularidades – ou mesmo possibilidades para a sua ocorrência –, que sejam passíveis de retificação ou de atos preventivos, a fim de evitar prejuízos não apenas à administração, mas também ao administrado.

Durante a tramitação de um procedimento administrativo, não raro ocorrem meras falhas procedimentais como, por exemplo, em procedimentos licitatórios que não observam determinações formais da Lei nº 8.666/93, hipótese em que a recomendação pode sugerir atos de retificação hábeis a evitar futura anulação do procedimento licitatório e, assim, impedir prejuízos aos candidatos interessados e à própria administração licitante, além de priorizar o poder de autotutela da administração pública.

Existem situações em que as irregularidades – já ocorridas ou possíveis por causa de falhas constatadas – referem-se, a princípio, a questões inerentes a políticas administrativas, mas que podem culminar em ilegalidades e enormes prejuízos para a sociedade, como no caso de aquisição de equipamentos públicos (por exemplo, um hospital) por valor exorbitante e sem as condições de prestar os serviços demandados pela coletividade. Assim, a recomendação torna-se um importante instrumento extrajudicial de solução pacífica de conflitos e, sobretudo, de defesa dos interesses públicos, sem causar maiores desgastes nem movimentar o Judiciário, auxiliando na busca de uma solução equilibrada que atenda as necessidades da coletividade e não gere prejuízos ao patrimônio público.

Entretanto, cumpre destacar que o representante do Ministério Público tem de agir com razoabilidade e cautela para assegurar a efetividade da recomendação, atentando para astécnicas depolíticas públicas adotadas pelo Executivo, a fim de harmonizar, sempre que possível, a recomendação com a política administrativa. Desse modo, priorizando sobretudo os direitos da coletividade constitucionalmente garantidos, garantirá a efetividade deste importante instrumento extrajudicial que lhe é disponibilizado para a implementação de direitos constitucionais; caso contrário, pode acirrar conflitos e inviabilizar o cumprimento de futuras recomendações.

Nesse vértice, a recomendação deve ser precedida da análise da sua *necessidade* (se a medida é realmente necessária ou se não pode ser substituída por outra menos gravosa), da sua *adequação* (se o meio utilizado é hábil e eficiente para alcançar o fim almejado) e da *proporcionalidade da medida* (analisar se o benefício advindo dos atos supera as restrições deles decorrentes), ou seja, é preciso sopesar os benefícios e as restrições oriundos da recomendação, a fim de assegurar sua efetividade e eficiência.

A recomendação deve respaldar-se em informações e documentação idôneas e conclusivas, bem como em motivação hábil e suficiente a convencer o agente público da sua efetividade. Deve também observar que, na hipótese de não ser acatada, será possível o manejo de outras medidas, em regra, o ajuizamento de ação judicial; caso contrário, poderá ensejar descrédito às futuras recomendações.

Assim, salvo exceções em que é indubitável a necessidade das medidas sugeridas na recomendação, é mister que haja um inquérito civil devidamente instruído, com oitivas, audiências, oportunidades de manifestação por parte da administração, requisições de informações, de documentos e demais diligências que possam demonstrar as eventuais irregularidades e a necessidade de retificações.

Após uma exaustiva e conclusiva instrução do feito, deve ser elaborado um relatório dos fatos e providências efetivadas e, em seguida, apresentada uma fundamentação com base em “considerandos” capazes de motivar e convencer o agente público sobre a necessidade da recomendação. Deve constar também o embasamento legal da recomendação, bem como a advertência para as possíveis medidas judiciais em caso de não acatamento. E, ao final, deve-se requisitar resposta quanto à opção pelo cumprimento ou não, e o respectivo prazo.

2.5. Ministério Público resolutivo

A recomendação, juntamente com outros instrumentos, dá efetividade ao Ministério Público resolutivo, sem transferir para o Poder Judiciário toda a responsabilidade pela solução das mazelas da sociedade.

Segundo o ilustre Promotor de Justiça, Gregório Assagra de Almeida²⁴:

[...] a atuação extrajudicial por intermédio das recomendações, dos inquéritos civis, das audiências públicas, dos termos de ajustamento de conduta, é uma via necessária e muito eficaz para o Ministério Público cumprir os seus compromissos constitucionais perante a sociedade e ter ampliada a sua legitimidade social. Por isso, é imprescindível a sistematização e a ampliação do investimento para ampliar e fortalecer a atuação extrajudicial do Ministério Público. A mudança cultural interna para a compreensão do modelo de Ministério Público resolutivo faz-se necessária, especialmente com o preparo dos seus membros e servidores para o diálogo e o consenso na resolução dos conflitos sociais.

24 ALMEIDA, Gregório Assagra de. **O Ministério Público no Neoconstitucionalismo**: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/63547731/MINISTERIO-PUBLICO-MANUAL-DE-ATUACAO-FUNCIONAL-GREGORIO-ASSAGRA>>. Acesso em: 19 set. 2014.

2.6. Quanto ao momento para expedir a recomendação

A recomendação pode ser exarada em dois momentos do inquérito civil: 1) de imediato, quando o fato chega ao Ministério Público já devidamente instruído com documentos capazes de formar a convicção do Promotor. Geralmente, são situações que exigem pronta atuação do Promotor de Justiça, sob pena de ineficácia de decisão posterior; 2) ao final do inquérito civil, após a colheita de provas, com requisição de documentos, oitiva de envolvidos ou medidas judiciais para a obtenção de documentos, entre outras medidas que se fizerem necessárias para melhor instrução do feito e elucidação dos fatos. É a forma mais comum e prudente de recomendação, pois ao final da investigação o Promotor expõe os fatos, as provas e a legislação, numa tentativa de convencer o investigado, geralmente a administração pública, de que a melhor solução é aquela apontada pela Promotoria de Justiça, sob pena de responderem a uma ação judicial.

Cumprida ainda ressaltar que, segundo o art. 19 da Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 03/07, é vedada a expedição de recomendação como medida substitutiva ao compromisso de ajustamento de conduta ou à ação civil pública. Portanto, não cabe recomendação quando já foi firmado um TAC ou já foi proposta uma ação civil pública.

2.7. Quanto à forma da recomendação

O Manual de Atuação Funcional do Ministério Público orienta que os fatos e fundamentos devem ser expostos em forma de considerandos, ou seja, na decisão de recomendação deve constar toda a legislação de regência da matéria tratada, os fatos e as provas colhidas nos autos que formaram o convencimento do Promotor de Justiça, e não apenas um mero ofício segundo o qual o agente público deve fazer ou não fazer algo, sem nenhuma justificativa.

Por via de regra, as recomendações exaradas pelas Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público são decisões extensas, em razão da própria matéria; é permitido adotar a forma direta de escrita, ficando os considerandos reservados para os dizeres finais, ao modo de resumo do que fora exposto anteriormente.

Ao final da peça, o Ministério Público deve fixar um prazo para análise e manifestação sobre seu atendimento. Durante esse período, será aguardada a solução voluntária; em caso de não atendimento, adotar-se-á a providência que se mostre mais eficaz, principalmente o ajuizamento de ação civil pública ou de improbidade administrativa.

A legislação é omissa quanto ao prazo para cumprimento da recomendação. Cabe neste ponto o bom senso do Promotor de Justiça ao fixá-lo, o que irá depender da situação concreta para a solução da questão. Por exemplo, num caso em que se faz necessária licitação, pode o Promotor fixar um prazo menor para que a administração diga se irá realizar a licitação ou não. Em sendo a resposta positiva, deve então conceder um prazo maior de 60 dias ou mais à administração, para que apresente nos autos a cópia do edital ou do processo licitatório.

2.8. Acatamento ou não da recomendação

O acatamento à recomendação implicará o arquivamento do inquérito civil, dada a resolução da questão pela via extrajudicial, salvo se for necessária uma providência complementar ou se o ato, apesar de solucionado, configurar improbidade administrativa, caso em que, segundo o art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92, há vedação expressa de transação.

Se a recomendação não for acatada, deverá ser ajuizada a ação específica com os mesmos fundamentos lançados na recomendação. Portanto, o membro do Ministério Público deve estar atento ao exarar uma recomendação, já lançando ali os fundamentos fáticos e jurídicos de sua ação, sob pena de suas posteriores decisões perderem a referida “força moral” mencionada por Hugo Nigro Mazzilli.

PRÁTICAS INVESTIGATIVAS

CAPÍTULO I

DAS CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS

1. INTRODUÇÃO

Embora o combate às contratações temporárias de servidores públicos seja tema recorrente e bastante tratado no âmbito do Ministério Público de Minas Gerais, os procedimentos de investigação acerca desse tema ainda afligem os Promotores de Justiça do Estado. As contratações temporárias, além de contínuas e perenes, têm grandes reflexos no cenário político dos municípios mineiros, especialmente naqueles em que a maioria das vagas de trabalho se concentra nas entidades de direito público.

A oferta de cargos e contratos na administração pública, amparada em critérios e preferências subjetivas, não só viola os princípios que regem a atividade administrativa, mas também contribui para a ineficiência do serviço público e para o desequilíbrio de disputas eleitorais.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar do tema, estabeleceu o seguinte, no artigo 37: “IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.”

Do dispositivo constitucional se extrai que a contratação depende de lei editada por cada ente federado e, ainda, que a contratação somente terá fundamento constitucional quando for realizada por tempo determinado e por necessidade temporária de excepcional interesse público.

As locuções necessidade temporária e excepcional interesse público balizam os parâmetros que devem ser considerados pelo Promotor de Justiça, ou seja, é preciso analisar se as contratações são por tempo certo e delimitado e se visam ao atendimento de necessidade excepcional.

Feitas as considerações iniciais, passa-se às soluções e sugestões práticas para o enfrentamento do tema.

2. OBJETO DA INVESTIGAÇÃO

Em qualquer investigação, independentemente de sua natureza e finalidade, a delimitação do objeto é um dos pontos de maior importância, conforme já foi exaustivamente tratado na introdução deste manual. Nos procedimentos relacionados à contratação de servidores públicos, é preciso ter o mesmo cuidado.

Prefacialmente, importa atentar que cada entidade de direito público (prefeitura municipal, câmara, autarquias) deve ser investigada em procedimento apartado, sendo necessária tal separação porque a responsabilização é autônoma para cada um dos gestores desses entes.

Também é preciso ter especial cuidado com a questão temporal. As contratações temporárias se perpetuarem no tempo não é razão para que os procedimentos referentes ao tema sigam o mesmo destino. O investigado, nestes casos, é a autoridade responsável pela celebração dos contratos, ou seja, prefeitos municipais, presidentes

de Câmara, diretores de autarquias, de modo que, findo o mandato do gestor investigado, deve-se analisar a necessidade de sua responsabilização cível ou criminal e, ainda, a conveniência de se instaurar novo procedimento para apuração da situação do mandato que se inicia.

O objeto específico (contratação temporária) também deve ser corretamente delimitado, evitando-se a investigação conjunta de outras hipóteses de ilegalidades no vínculo com a administração pública. Assim, por exemplo, o combate ao nepotismo e a ilegalidade de eventuais cargos comissionados, segundo o nosso entendimento, devem ser objeto de investigação autônoma, tendo-se em consideração a especificidade de cada tema.

Eis uma boa descrição de objeto para inquéritos civis e procedimentos investigatórios criminais de tal natureza: “Apurar irregularidades na contratação temporária de servidores públicos no município de XXX (ou na Câmara Municipal de XXX) nos anos de XXXX e XXXX ou apurar a prática do crime previsto no art. 1º, inciso XIII, do Decreto-Lei nº 201/67.”

A fim de averiguar a legalidade/ilegalidade dos contratos temporários celebrados por determinado gestor, há de ser necessária a colheita de provas por meio de procedimento de investigação, assunto que será tratado a seguir.

3. OBJETO DA PROVA (ELEMENTOS CONHECIDOS E A CONHECER)

Em síntese, pode-se afirmar que o procedimento referente ao tema buscará apurar a existência de contratados temporários para exercício de funções efetivas de forma ilegal. Para averiguar tal fato, será necessário conhecer, basicamente, dois elementos: a) a situação da máquina de pessoal do ente investigado; b) a legislação do ente sobre o tema.

3.1. Da legislação do ente investigado

Uma vez que a Constituição Federal consolidou a norma de que toda contratação temporária legítima deve ter seu fundamento em lei, faz-se necessária a análise da legislação específica da entidade pública investigada.

É aconselhável uma análise atenta da lei que regulamenta o art. 37, IX, da Constituição Federal, autorizando a contratação temporária de servidores públicos. Em primeiro lugar, é preciso observar se as hipóteses que autorizam a celebração de contratos temporários se inserem na descrição constitucional de necessidade temporária de excepcional interesse público, ou seja, se as atividades que serão realizadas pelos servidores contratados são, de fato, temporárias. As normas legais de natureza subjetiva, que deixam ao alvedrio do administrador a análise dos requisitos para cabimento da contratação, sem qualquer dúvida, afrontam a ordem constitucional.

A legislação federal acerca do tema (Lei nº 8.745/93), apesar de não aplicável aos demais entes federados, em razão da autonomia de cada um, serve no entanto como bom parâmetro para a análise da legalidade do diploma dos demais entes.

É imperioso também averiguar se a legislação estabelece que os contratos por ela autorizados, salvo raríssimas exceções, serão precedidos de processo seletivo simplificado. A exigência, prevista na mencionada lei federal, é decorrência lógica dos princípios constitucionais e do próprio sistema jurídico vigente. A lei também deve prever o prazo máximo de vigência de tais contratos, os quais, segundo os ditames constitucionais, são temporários.

Caso seja constatado que a legislação do ente federado não se coaduna com a ordem constitucional, a nosso ver, há três soluções possíveis: a expedição de recomendação e/ou a celebração de termo de ajustamento de conduta, em que, entre outras obrigações, fique estabelecido o compromisso de apresentação de projeto de lei para alterar a norma quanto àquilo que se mostrar inconstitucional; a arguição de sua inconstitucionalidade de forma incidental, por ação civil pública que objetive a anulação dos contratos temporários por ela autorizados; e, finalmente, a representação à Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade, para averiguação da norma em face da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Nos termos do art. 3º, § 2º, da Resolução PGJ 77/2005, a representação a tal órgão da Procuradoria-Geral “deverá indicar a motivação jurídico-constitucional que a fundamenta, com a indicação precisa dos dispositivos da Constituição Estadual tidos por violados e deverá ser instruída com a cópia do texto normativo e certidão de vigência, se possível.” Os diplomas normativos sobre o assunto devem obediência ao art. 21, § 1º, e ao art. 22 da Constituição Estadual²⁵, os quais têm redação idêntica às normas do art. 37, incisos II e IX, da Magna Carta de 1988.

A escolha da melhor solução jurídica aplicável dependerá da avaliação, caso a caso, mas não há nenhuma dúvida de que as soluções consensuais, além de serem mais rápidas, são mais eficientes. Com efeito, é recomendável que, antes de adotar providências judiciais, sejam tentadas as medidas extrajudiciais de solução de conflitos (recomendação e termo de ajustamento de conduta). Vale lembrar que a Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade, em regra, também adota a referida estratégia e, antes de propor ação direta de inconstitucionalidade, recomenda a alteração das normas tidas por inconstitucionais.

Além da requisição da legislação municipal que trata da contratação temporária, mostra-se salutar a requisição de cópia do Plano de Cargos e Salários, a fim de se apurar a natureza e o número dos cargos efetivos criados.

3.2. Situação da máquina de pessoal

A fim de perquirir a situação administrativa do ente investigado, é necessário conhecer o número de servidores contratados e a natureza do cargo exercido, bem como indagar da existência de servidores efetivos licitamente afastados e de eventual concurso público válido, com aprovados ainda não nomeados.

Em se tratando de procedimento limitado à análise da regularidade das contratações, a informação poderá ser quantitativa, não sendo necessário conhecer, num primeiro momento, o nome e qualificação dos contratados. Também não é necessário nem recomendável requisitar a cópia dos contratos temporários celebrados.

Com a finalidade de otimizar a investigação, evitando-se grande número de reproduções xerográficas e juntada de documentos de difícil análise, convém que a requisição dos contratados temporários seja feita mediante preenchimento de tabelas, que deverão ser pessoalmente assinadas pelo gestor público. As referidas tabelas devem conter, em síntese, as seguintes informações:

- Nome do cargo
- Número de vagas previstas em lei
- Número de servidores efetivos ocupantes do cargo
- Número de servidores efetivos ocupantes do cargo, afastados/licenciados
- Número de contratados temporários para o cargo
- Número de vagas oferecidas no último concurso para o cargo
- Número de candidatos aprovados no último concurso para o cargo
- Número de candidatos empossados no último concurso para o cargo

A tabela sugerida seria, portanto, a seguinte:

NOME DO CARGO Lei Municipal nº X	NÚMERO DE VAGAS Lei Municipal nº X	NÚMERO CONTRATOS TEMPORÁRIOS (atual)	NÚMERO SERVIDORES EFETIVOS (atual)	NÚMERO SERVIDORES LICENCIADOS (atual)	NÚMERO DE VAGAS Edital Concurso nº XX/ano	NÚMERO CANDIDATOS APROVADOS/ CLASSIFICADOS Concurso nº XX/ano	NÚMERO CANDIDATOS NOMEADOS/ EMPOSSADOS Concurso nº XX/ano

²⁵ § 1º – A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou e provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Art. 22 – A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Parágrafo único – O disposto neste artigo não se aplica a funções de magistério.

Importa frisar que, se o procedimento já contiver folhas de pagamento, cópias de contratos e outros documentos, com as informações acima tabeladas, as tabelas podem ser preenchidas por servidores do Ministério Público, sem a necessidade de requisição de novas informações.

Se o procedimento visar, além da solução da questão, à responsabilização do gestor, especialmente quando frustrada a possibilidade de resolução consensual, as informações sobre o número de servidores contratados e de servidores efetivos licenciados poderá ser requisitada acerca de vários períodos, por exemplo, dos meses de junho e de dezembro de todos os anos em que o gestor esteve à frente da entidade investigada. O acréscimo de tais informações objetiva dar ao investigador uma visão mais ampla da situação de contratados temporários no mandato do gestor investigado.

Com o preenchimento da tabela, torna-se possível e mais fácil ver a situação dos cargos preenchidos por contratados temporários, ou seja, se a contratação decorre de licença de servidor efetivo e se há candidatos

aprovados em concurso válido para aquele mesmo cargo, mas não empossados ainda.

As tabelas também facilitam o acompanhamento de eventuais concursos, no sentido de se apurar se de fato foram disponibilizadas vagas para os cargos ocupados por servidores contratados.

É possível, ainda, que a requisição seja feita em tabelas compartimentadas pela espécie de vínculo estabelecido, de modo que algumas informações qualitativas (nome dos servidores) também possam ser requisitadas. Para este modelo de requisição, sugere-se seguinte:

Determino seja requisitado ao Sr. Prefeito Municipal de que, no prazo de 30 dias, informe a esta Promotoria de Justiça a relação de todos os servidores da administração pública municipal de

Outrossim, visando a otimizar a leitura e compreensão das informações, requirite-se que tais informações sejam prestadas através do preenchimento de quadros, nos seguintes moldes:

- quadro de servidores públicos aprovados em concurso público, lotados na administração pública municipal de:

Nome do servidor	Número da matrícula	Data da nomeação no cargo para o qual foi aprovado no concurso público / Já obteve aprovação no estágio probatório?	Nomenclatura do cargo efetivo para o qual obteve aprovação em concurso público / Ato normativo que disciplina as funções do cargo	Número e ano do edital do respectivo concurso público	Ocupa atualmente cargo em comissão ou exerce função de confiança?
					Em caso positivo, qual cargo em comissão ou função de confiança e em que data assumiu tal cargo/função?

- quadro de servidores públicos estáveis nos termos do art. 19 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, lotados na administração pública municipal de:

Nome do servidor	Número da matrícula	Nomenclatura do cargo no qual é estável / Ato normativo que disciplina as funções do cargo	Ocupa atualmente cargo em comissão ou exerce função de confiança	Em caso positivo, qual cargo em comissão ou função de confiança e em que data assumiu tal cargo/função?

- quadro de servidores públicos não concursados, ocupantes de cargo em comissão de livre recrutamento, lotados na administração pública municipal de:

Nome do servidor	Número da matrícula	Número e data do ato de nomeação / Nome e cargo da autoridade nomeante	Nomenclatura do cargo comissionado atualmente ocupado / Ato normativo que disciplina as funções do cargo	Data da entrada em exercício

- quadro de contratados temporariamente, que exercem suas funções na administração pública municipal de:

Nome do contratado	Número da matrícula	Data da contratação / Nome e cargo da autoridade que autorizou a contratação	Ato normativo que disciplina tal contratação e as funções públicas a serem desempenhadas	Período de vigência da contratação	Motivo autorizador da contratação temporária
					Função que exerce em razão da contratação

Requisite-se, ainda, àquela Autoridade que, no mesmo prazo, encaminhe a esta Promotoria de Justiça cópia dos editais de todos os concursos públicos realizados nos últimos 5 anos para preenchimento de cargos na administração pública municipal de, bem como do texto dos atos normativos vigentes que disciplinam os cargos em comissão de livre recrutamento e contratações temporárias discriminados nos quadros anteriores, informando, além disso, se há algum concurso público em vigência, e especificando, em caso positivo, a relação dos aprovados que ainda não foram nomeados, com os esclarecimentos a respeito da não nomeação destes até o momento.

Colhidos os dois mencionados elementos de prova (a situação da máquina de pessoal do ente investigado e a legislação do ente acerca do tema), torna-se possível a análise sobre a existência de contratados temporários ilegais e de eventuais incompatibilidades da legislação local com o sistema jurídico constitucional. Caso não se constate nenhuma ilegalidade, o único caminho possível será o arquivamento do procedimento. Apurados os atos que desafiam a intervenção ministerial, será cabível a adoção de medidas judiciais e extrajudiciais, das quais se tratará a seguir.

4. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Seguindo a estratégia já mencionada de que as soluções consensuais e extrajudiciais devem ser preferencialmente adotadas, relegando-se a judicialização da questão aos casos em que o método resolutivo se frustrar, a primeira sugestão para resolver a questão é a celebração de termo de ajustamento de conduta entre o Ministério Público e a entidade pública, representada pelo gestor investigado.

Os termos de ajustamento de conduta referentes ao tema devem conter, a nosso ver, seis cláusulas, basicamente. Na primeira, o ente público, representado por seu gestor, deverá assumir o compromisso de, a partir daquela data, observar os critérios constitucionais e legais para a celebração de contratos temporários, quais sejam, a aprovação prévia em processo seletivo simplificado com provas, a excepcionalidade e temporariedade das contratações.

A segunda obrigação se refere à adequação da legislação municipal à Constituição Estadual. Convém lembrar que, conforme sugerido alhures, a Lei Federal nº 8.745/93 é um bom parâmetro para as leis dos demais entes federados. Esse

compromisso, por óbvio, não pode se referir à aprovação das alterações, mas à apresentação de projeto de lei.

A terceira cláusula há de prever a obrigação de abertura de concurso para os cargos vagos ocupados por contratados temporários, estabelecendo prazo razoável para sua finalização com posse dos aprovados. Neste particular, deve-se atentar para as vedações do período eleitoral, ditadas pela Lei nº 9.504/97.

A obrigação seguinte, que decorre do cumprimento da anterior, se refere à rescisão dos contratos temporários ilegais, mediante nomeação e posse dos candidatos aprovados em concurso público. O compromisso rescisório, obviamente, valerá após o fim do prazo estipulado para a conclusão do concurso.

Em seguida, em duas cláusulas separadas, será prevista multa específica para cada contratação ilegal realizada após a celebração do TAC, e ainda multa para a não realização do concurso. É essencial que seja feita a ressalva expressa de que as cominações de multa recairão sobre a pessoa do gestor, sob pena de lesão ao próprio ente público.

Em muitos municípios mineiros o Ministério Público já celebrou termos de ajustamento de condutas acerca do tema. Como tais ajustes são celebrados com as entidades públicas, ainda que haja sucessão dos gestores de tais entes, o TAC tem validade perante o ente público e pode, em tese, ser executado.

No entanto, com a convicção de que as soluções consensuais são sempre as melhores, é recomendável que o ordenador recém-empossado seja convidado a comparecer ao Ministério Público para aditamento ao termo de ajustamento de conduta celebrado, com a possibilidade de negociação de novos prazos. O aditamento, além de permitir a readequação da questão temporal, atestará o conhecimento do novo gestor acerca do ajuste celebrado, prevenindo, desta forma, o dolo em eventuais ações de responsabilização. Caso o novo ordenador não celebre o aditamento, cabível será a execução judicial do termo de ajuste.

Frustrada a celebração do TAC, será necessário adotar medidas judiciais.

5. REPERCUSSÕES CÍVEIS

Caso não seja possível a celebração de termo de ajustamento de conduta, caberá ao Promotor de Justiça o ajuizamento de ação civil pública, sem prejuízo das medidas judiciais para responsabilização cível e criminal dos gestores.

No nosso entendimento, não é aconselhável a cumulação de pedidos de obrigação de fazer com os de aplicação das sanções da Lei nº 8.429/92. Além de serem ritos diversos, a sucessão na chefia do ente investigado e a dilação probatória podem atrasar o andamento do feito e dificultar a conclusão das ações. Assim, sugere-se que sejam propostas ações diversas, uma referente às obrigações necessárias para a solução da questão, e outra para a responsabilização do gestor à luz da Lei de Improbidade Administrativa.

No que tange à Lei nº 8.429/92, a contratação temporária

de servidor público fora das hipóteses constitucionais de temporariedade e excepcionalidade viola o princípio do concurso público e, conseqüentemente, toda a legalidade administrativa, bem como a impessoalidade e a eficiência. Assim, tais contratações se amoldam à figura típica do art. 11, incisos I e V, da Lei de Improbidade Administrativa, consoante remansosa jurisprudência nacional:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458 E 535 DO CPC. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO PRINCIPOLÓGICA DE CONHECIMENTO PALMAR. MULTA CIVIL. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Inexiste violação dos arts. 165, 458 e 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento de forma clara e fundamentada das questões abordadas no recurso. 2. Os atos de improbidade administrativa tipificados no art. 11 da Lei n. 8.429/92 que importem na violação dos princípios da administração independentemente de dano ao erário ou do enriquecimento ilícito do agente público. 3. No caso, e as contratações temporárias descritas afrontam, claramente, a exigência constitucional de realização de concurso público, violando, assim, uma gama de princípios que devem nortear a atividade administrativa. Ademais, a má-fé, neste caso, é palmar. Não há como alegar desconhecimento da vedação constitucional para a contratação de servidores sem concurso público, mormente quando já passados quase 24 anos de vigência da Constituição Federal. 4. A multa civil, que não ostenta natureza indenizatória, é perfeitamente compatível com os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei n. 8.429/92 (lesão aos princípios administrativos). 5. Hipótese em que a sanção aplicada pelo Tribunal *a quo* atende aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, tendo em vista a grave conduta praticada pelo agravante. Desta forma, estando a condenação apoiada nas peculiaridades do caso concreto e não havendo desproporcionalidade flagrante, a alteração do acórdão recorrido esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. Precedentes. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 70.899/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 24/10/2012) (grifos nossos).

Em regra, não se têm inserido, no polo passivo de tais ações, os contratados temporários. O entendimento é de que, embora tenham se beneficiado da improbidade, não agiram com dolo.

6. REPERCUSSÃO CRIMINAL

O Decreto-Lei nº 201/67, que dispõe sobre a responsabilidade criminal de prefeitos e vereadores, tipificou como crime de responsabilidade de prefeitos municipais (art. 1º, inciso XIII) a nomeação, admissão ou designação de servidor contra expressa disposição legal.

Com efeito, especificamente no que concerne aos prefeitos municipais, além da responsabilização cível decorrente da Lei nº 8.429/92, é cabível a responsabilização criminal. Mais uma vez, merece colação a lição jurisprudencial:

CRIME DE RESPONSABILIDADE - CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR EM DESACORDO COM O QUE DETERMINA A LEI - CRIME CARACTERIZADO-NECESSIDADEEXCEPCIONALETEMPORÁRIA NÃO DEMONSTRADA - CONDENAÇÃO - ARTIGO 1º, INCISO I, DECRETO-LEI 201/67 - DESCLASSIFICAÇÃO PARA ARTIGO 1º, INCISO XIII, DO DECRETO-LEI 201/67 - CONTINUIDADE DELITIVA - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

- A investidura em cargo ou emprego público, com ressalva às exceções constitucionais, depende de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, nos termos do art. 37, II, Constituição Federal vigente.- Inexistindo comprovação de que a contratação sem concurso público se deu em razão de excepcional interesse público e provada a violação de lei municipal que trata da questão, impõe-se a condenação do Prefeito Municipal que as promoveu nas sanções do inc. XIII, do art. 1º do Dec. Lei 201/67.- Sendo a pena máxima cominada ao delito de 3 anos de reclusão e transcorridos mais de 8 anos entre as datas dos crimes e a data do recebimento da denúncia, impõe-se a decretação da extinção da sua punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal. (TJMG - Apelação Criminal 1.0105.04.114689-2/002, Relator(a): Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 25/02/2010, publicação da súmula em 16/03/2010)

Deve-se atentar, no entanto, para eventual foro por prerrogativa de função, no caso de prefeito no exercício do cargo, quando os fatos deverão ser levados à Procuradoria de Justiça de Crimes de Prefeitos, órgão ministerial atuante na segunda instância, com atribuições para a responsabilização criminal de prefeitos municipais.

7. QUESTÕES POLÊMICAS

Algumas questões polêmicas permeiam a discussão acerca do combate às contratações temporárias ilegais. Sem a pretensão de esgotar o tema, três abordagens se fazem necessárias: a forma de provimento dos cargos referentes a programas do governo federal, os concursos suspensos e a terceirização de serviços públicos.

7.1. Cargos referentes a programas estaduais e federais

Muito se tem questionado a necessidade de criação de cargo e, conseqüentemente, de realização de concurso público para o preenchimento de cargos de programas dos governos estaduais e federal, como, por exemplo, os profissionais de saúde da família e dos Centros de Referência de Assistência Social (CRAS).

Apesar de muitas vezes remunerados por entidade diversa daquela a que se vinculam²⁶, tais servidores executam, em regra, atividades públicas clássicas, de natureza permanente, das pessoas jurídicas de direito público. Assim, ainda que os programas de governo findem, continuará a obrigação estatal de prestação desses serviços, de modo que se torna evidente ser necessária a criação do cargo por lei, bem como a prévia aprovação em concurso público. Além disso, impossível seria a extinção de tais cargos, em virtude do princípio da proibição de retrocesso social, acolhido implicitamente pelo legislador constituinte quando elenca, de forma destacada no art. 5º da Constituição Federal, os direitos fundamentais.

A doutrina brasileira tem reconhecido a existência desse princípio no sistema jurídico constitucional, valendo trazer à colação a lição de Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 162):

Negar reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que

²⁶ Em regra, a União e os Estados repassam os valores ao município, que remuneram os servidores.

os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte.²⁷

Além disso, mostram-se contrárias ao interesse público primário as frequentes sucessões dos ocupantes de tais cargos, os quais, em razão de sua natureza e de suas atividades, demandam que os profissionais criem vínculos com os administrados.

O Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público (CAOPP) já se manifestou mais de uma vez sobre o tema em notas técnicas, que assim concluíram:

Diante do exposto, considerando se tratar os Centros de Referência de Assistência Social (CRAS) e os Centros de Referência Especializados de Assistência Social (CREAS) de equipamentos públicos destinados à prestação de serviços voltados ao atendimento das necessidades de responsabilidade da assistência social, de caráter essencialmente contínuo, exsurge inegável ser também permanente a necessidade da Administração Pública de pessoal para fazer face às suas demandas, o que afasta a possibilidade de contratação sem a prévia aprovação em concurso público.

Via de consequência, dada a necessidade de concurso público para a admissão de pessoal nos quadros funcionais dos equipamentos supracitados, torna-se forçoso concluir pela impossibilidade para tanto de realização de procedimento seletivo simplificado, sendo imprescindível a realização de concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, conforme preconizado no artigo 37, inciso II, de nossa Carta Política.²⁸

Em sede jurisprudencial, o entendimento prevalente do TJMG tem sido no mesmo sentido:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRELIMINAR. EMENDA INDEVIDA À INICIAL. NULIDADE DA SENTENÇA. REJEITADA. MÉRITO. CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS. PROFISSIONAIS CONTRATADOS PARA O PROGRAMA SAÚDE DA FAMÍLIA. ATIVIDADES ROTINEIRAS DO INTERESSE DA MUNICIPALIDADE. NECESSIDADE PERMANENTE DA ADMINISTRAÇÃO. DESCARACTERIZAÇÃO DA NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. LEI ESPECÍFICA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, INCISOS II E IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE. A sentença deve refletir a realidade fática existente no momento em que é proferida. Portanto, se houve aprovação de lei no curso da lide que influa em seu julgamento, deve ser aplicada a regra do artigo 462 do CPC. A possibilidade de contratação temporária não é regra, mas sim, exceção, devendo ser desta forma interpretada pelos Legisladores Municipais sob pena de incorrer em ofensa ao disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal Demonstrado que lei municipal, que regulamenta a contratação

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos Direitos Sociais num contexto de crise. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: 2004, nº 2, 121-168.

²⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. Material de Apoio. Notas Jurídicas. Disponível em: <<https://intranet.mpmg.mp.br/intranetmpmg/atividade-fim/defesa-do-cidadao/patrimonio-publico/material-de-apoio/notas-juridicas/notas-juridicas.htm>>. Acesso em: 2 out. 2014.

temporária, prevista no artigo 37, IX da Constituição Federal, a tem como regra e não atende ao excepcional interesse público ou ao requisito da temporariedade, impõe-se a declaração incidental de sua inconstitucionalidade, uma vez que as leis municipais devem observar os princípios estabelecidos na própria Constituição, e também na Constituição do Estado a que pertencer. (TJMG - Ap Cível/ Reex Necessário 1.0317.07.077474-8/002, Relator(a): Des. (a) Armando Freire, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 09/12/2008, publicação da súmula em 30/01/2009)

7.2. Concursos suspensos

A suspensão judicial e administrativa de concursos públicos pelo Tribunal de Contas de Minas Gerais é muito comum. Nesse caso, diante da impossibilidade de nomeação dos servidores aprovados, é cabível, em tese, a contratação temporária, mas devem ser observados alguns critérios.

Primeiramente, é preciso avaliar a conveniência de que a própria entidade convalide o concurso, se as razões de suspensão forem passíveis de convalidação. Caso os vícios não sejam sanáveis, e dependendo do estágio em que se encontra o certame, pode ser prudente sua anulação administrativa com abertura de novo concurso. Tais providências administrativas e de competência exclusiva dos gestores das entidades poderão ser recomendadas pelo Ministério Público.

Não sendo tais providências possíveis, ou caso a recomendação não seja acolhida pelo administrador, é necessário verificar se a suspensão diz respeito a todo o concurso ou ao provimento de parte de seus cargos, ou, ainda, quais cargos o concurso pretende prover. Muitas vezes objetiva-se o preenchimento de apenas parte dos cargos vagos ocupados por contratados, situação em que será possível a instauração de outro concurso para cargos não previstos no edital suspenso.

Em todo caso, quando verificado que será necessária a contratação temporária de servidores, deve ser exigido o processo seletivo simplificado de provas, com critérios objetivos para a escolha dos contratados.

7.3. Terceirização de serviços públicos

Atualmente, temos nos deparado com uma nova forma de burlar o princípio do concurso público: a terceirização ilícita de serviços típicos da atividade pública.

A Constituição Federal de 1988, ao inaugurar o regime democrático de direito, alterou profundamente a sistemática da administração pública brasileira. Uma das mais importantes alterações foi a obrigatoriedade da prévia aprovação em concurso público para o acesso a cargos e empregos públicos, com exceção dos cargos em comissão de livre nomeação.

É importante a diferenciação entre os serviços licitáveis (portanto, prestados por meio de contrato de prestação de serviços) e os serviços que devem ser prestados por servidores públicos. Todo e qualquer serviço que tiver natureza de atividade-fim da administração pública deve ser executado por servidor ou empregado público, ao passo que as atividades-meio podem ser praticadas por terceiros, contratados

mediante procedimento licitatório. A este respeito, merece ser citada a lição de Marçal Justen Filho (2008, p. 32)²⁹:

Não cabe, ao contrário do que o texto literal induz, a aplicação do regime da Lei 8.666/93 à contratação de todos os 'serviços' de terceiros. Somente quando se tratar de serviços esporádicos ou temporários, desenvolvidos por exceção, incidirá tal regime. Quando o serviço corresponder a cargo ou emprego público, aplicam-se os dispositivos constitucionais acerca dos servidores públicos, empregados públicos ou prestadores de serviço temporário (CF, art. 37 e seus incisos). Em tais hipóteses, não caberá licitação, mas concurso público (ressalvada a hipótese de cargos em comissão).

Os serviços relacionados com as áreas de saúde, educação e segurança pública, por exemplo, são importantíssimos e típicos serviços públicos, de maneira que as atividades finalísticas prestadas por profissionais das referidas áreas *jamais* podem ser executadas por meio de contratos administrativos. Uma vez que tais serviços são próprios e permanentes da atividade pública, os profissionais somente poderiam ceder sua força de trabalho ao ente público por meio da ocupação de cargos públicos, para os quais seriam nomeados depois de prévia aprovação em concurso público, com exceção dos cargos em comissão. Em outras palavras, é ilícita a terceirização dos serviços públicos da atividade-fim administrativa, e somente podem ser executados por profissionais do quadro administrativo dos entes públicos federados.

Além de violar os princípios do concurso e de constituir ilícita terceirização de serviços típicos da atividade pública, o pagamento por serviços dessa natureza, por meio de contratos de prestação de serviços, fere o art. 169 da Constituição Federal e a Lei de Responsabilidade Fiscal que o regulamenta, já que o referido diploma normativo estabelece regras e limites próprios para as despesas com pessoal. Ao contratar serviços finalísticos de forma terceirizada, o gestor deixa de declarar tais despesas na rubrica de pessoal, mascarando os limites estabelecidos na Lei Complementar nº 101/00. Com tal artifício, torna-se possível administrar as receitas municipais à margem das disposições legais acerca do tema.

Quando no curso da investigação o Promotor de Justiça se confrontar com uma hipótese análoga a essas noticiadas acima, deverão ser adotadas as providências pertinentes, por exemplo, inserindo-se no termo de ajustamento de conduta ou na recomendação a ser expedida a obrigação de se realizar concurso para os cargos ocupados por terceirizados. Nas ações de responsabilização, tais contratações também devem ser tratadas, já que se enquadram, sem nenhuma dúvida, nas tipologias da Lei nº 8.429/92 e do Decreto-Lei nº 201/67, anteriormente mencionadas.

Em conclusão, pode-se afirmar que o tema, conquanto seja amplamente conhecido, é de extrema importância e de grande repercussão, sobretudo nos pequenos municípios, razão pela qual cabe ao Promotor de Justiça Curador de Defesa do Patrimônio Público adotar, com rapidez e eficiência, as medidas necessárias para que os cargos públicos em Minas Gerais sejam providos de acordo com o critério constitucional do concurso público.

29 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

CAPÍTULO II – O SISTEMA REMUNERATÓRIO DOS AGENTES POLÍTICOS NO ÂMBITO MUNICIPAL

1. INTRODUÇÃO: SISTEMA REMUNERATÓRIO DOS SERVIDORES PÚBLICOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal prevê atualmente duas espécies de sistema remuneratório para os servidores públicos.

O primeiro, denominado **remuneração** ou **vencimento**, é composto de uma parcela fixa determinada por lei e uma parcela variável de servidor para servidor, que compreende as vantagens pecuniárias³⁰ previstas nos estatutos funcionais. Trata-se do sistema tradicional, instituído pelo Poder Constituinte originário.

Com a Emenda Constitucional nº19/98, foi introduzido na Constituição da República o segundo sistema remuneratório, chamado **subsídio**. O subsídio é composto de parcela única, destinado de forma obrigatória aos agentes públicos elencados expressamente na Constituição³¹ e, facultativamente, aos servidores públicos organizados em carreira, nos termos da lei. Apesar de o § 4º do artigo 39 da Constituição Federal referir-se a parcela única, estendem-se aos ocupantes de cargo público remunerados por subsídios as vantagens do artigo 7º, incisos IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX³², bem como as vantagens de caráter indenizatório³³, em razão da interpretação sistêmica da própria Constituição (artigos 37, § 11, e 39, § 3º) e da incidência do princípio geral do Direito que impõe a quem cause prejuízo a outrem o dever de indenizar.

São normas comuns aos dois sistemas remuneratórios: a) a necessidade de lei prévia para fixação e alteração da remuneração ou subsídio (artigo 37, inciso X); b) a observância do denominado teto constitucional (artigo 37, inciso XI); c) a irredutibilidade da remuneração ou subsídio, ressalvada a aplicação de normas constitucionais expressas (artigo 37, inciso XV).

Em virtude do maior interesse para as Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público no sistema remuneratório dos agentes políticos municipais (prefeitos, vice-prefeitos,

30 Consoante a lecionada doutrina, tais vantagens compreendem os adicionais, gratificações e verbas indenizatórias. Nesse sentido, ver Maria Sylvia Zanella Di Pietro, **Direito Administrativo**, 26. ed., Editora Atlas, 2013, p. 606.

31 Membros de Poder, detentor de mandato eletivo, ministros de Estado, secretários estaduais e municipais (artigo 39, § 4º); membros do Ministério Público (artigo 128, § 5º, I, c); integrantes da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal e da Defensoria Pública (artigo 135); ministros do Tribunal de Contas da União (artigo 73, § 3º) e servidores públicos policiais (artigo 144, § 9º).

32 Garantia de salário nunca inferior ao mínimo, irredutibilidade de salário, décimo terceiro salário, remuneração do trabalho noturno superior à do diurno, salário-família, duração do trabalho normal não superior a oito horas e quarenta e quatro semanais, repouso semanal remunerado, remuneração do serviço extraordinário superior em 50% à do normal, férias remuneradas, licença à gestante, licença-paternidade, proteção do mercado de trabalho da mulher nos termos da lei, redução dos riscos inerentes ao trabalho e proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

33 Tais como diárias e ajuda de custo.

secretários municipais e vereadores), o presente estudo se concentrará nas regras específicas para tais agentes públicos³⁴.

2. O SISTEMA REMUNERATÓRIO DOS AGENTES POLÍTICOS NO ÂMBITO MUNICIPAL NOS TERMOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

2.1. Processo legislativo para fixação dos subsídios

O artigo 29 da Constituição Federal dispensou um regramento específico para o sistema remuneratório dos agentes políticos municipais.

De acordo com a atual norma constitucional, o processo legislativo para fixação e alteração dos subsídios do prefeito, vice-prefeito, secretários municipais e vereadores está sujeito aos seguintes balizamentos:

- Prefeito, vice-prefeito e secretários municipais: lei de iniciativa da Câmara Municipal (artigo 29, inciso V);
- Vereadores: ato normativo da Câmara Municipal, em cada legislatura para a subsequente, observados os critérios e limites estabelecidos na Constituição Federal, na Lei Orgânica e na Lei de Responsabilidade Fiscal (artigo 29, inciso VI).

Verifica-se, portanto, que não há maiores dificuldades em relação ao instrumento normativo de fixação dos subsídios dos agentes políticos do Poder Executivo. Os subsídios do prefeito, vice-prefeito e secretários municipais deverão ser fixados em lei de iniciativa da Câmara Municipal, observado o que dispõem os artigos 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I, da Constituição Federal.

Já a fixação e a alteração dos subsídios dos vereadores foram tratadas pela Constituição Federal de forma isolada e pormenorizada. Com efeito, o inciso VI do artigo 29 exige expressamente a observância da anterioridade de legislatura, mas não define o instrumento normativo para a fixação dos subsídios dos edis.

A omissão do constituinte derivado, no tocante à definição do instrumento normativo para a fixação dos subsídios dos vereadores, não é interpretada de modo uníssono pela doutrina e pelos tribunais.

Deveras, aqueles que defendem a necessidade de lei em sentido estrito³⁵ fundamentam o entendimento em uma interpretação sistêmica da Constituição Federal de 1988, principalmente à luz do artigo 37, inciso X, que dispõe que a remuneração dos servidores públicos e o subsídio tratado

34 Registre-se que este estudo tem por fundamento, primordialmente, as notas técnicas emitidas pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público (CAOPP).

35 Nesse sentido, confira-se: EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS - ADMINISTRATIVO - CONSTITUCIONAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INÉPCIA DA INICIAL - INCAPACIDADE PROCESSUAL - PRELIMINARES REJEITADAS - RESOLUÇÃO - SUBSÍDIOS DE VEREADORES DA CÂMARA MUNICIPAL - NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA - FIXAÇÃO DE SUBSÍDIOS DIFERENCIADOS - INCONSTITUCIONALIDADE - RECEBIMENTO DE BOA-FÉ - REMUNERAÇÃO - ALIMENTOS - IRREPETIBILIDADE - RESSARCIMENTO AO ERÁRIO - IMPOSSIBILIDADE. (TJMG - Apelação Cível 1.0629.10.000662-2/002, Relator(a): Des.(a) Barros Levenhagen, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 28/06/2012, publicação da súmula em 09/07/2012) (grifo nosso).

pelo artigo 39, § 4º, somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa em cada caso.

No entanto, contrastam tal interpretação os³⁶ que entendem possível a fixação dos subsídios dos membros do Poder Legislativo por resolução ou mesmo por decreto legislativo, com o fundamento de que a análise das sucessivas emendas reformadoras do artigo 29 da CR/88 (em especial nos incisos V e VI) deixa evidente que a intenção do Poder Constituinte derivado foi a de suprimir a exigência de lei em sentido estrito como única norma apta a fixar os subsídios dos edis, autorizando, por conseguinte, a utilização de resolução ou decreto legislativo para o mesmo fim, desde que aprovados pelo plenário da Casa Legislativa, e não apenas pelos membros da mesa da Câmara Municipal.

Nesse sentido é a jurisprudência recente do Tribunal de Justiça mineiro, a qual se ilustra com o seguinte aresto:

CONSTITUCIONAL - APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CÂMARA MUNICIPAL DE VIÇOSA - SUBSÍDIOS DOS VEREADORES - FIXAÇÃO POR LEI OU RESOLUÇÃO - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 25/2000 - CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 29, INCISO VI) - NOVA REDAÇÃO - RESOLUÇÃO - POSSIBILIDADE - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº. 1.0625.08.077163-1/002 - ENTENDIMENTO DA CORTE SUPERIOR DESTE TJMG.

- “A EC 25/2000 deu nova redação ao inciso VI do artigo 29, da Constituição Federal, suprimindo, do seu texto, a exigência de lei para a fixação do subsídio de vereadores, pois entendimento outro impor-lhe-ia inocuidade, atributo que não condiz com a técnica legislativa. Não pode o intérprete, ante tamanha clareza, impor amarras à efetividade normativa, desvirtuando a cogência do seu comando. É, pois, legítima a fixação do subsídio dos vereadores pela Câmaras Municipais, mediante resolução (e não por lei de sua iniciativa)”. (Arg Inconstitucionalidade 1.0625.08.077163-1/002, Relator(a): Des.(a) Caetano Levi Lopes, Relator(a) para o acórdão: Des.(a) Nepomuceno Silva, CORTE SUPERIOR, julgamento em 10/03/2010, publicação da súmula em 30/07/2010)
-Recurso provido. (TJMG-Apeleação Cível 1.0713.09.093818-2/001, Relator(a): Des.(a) Heloisa Combat, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/09/2013, publicação da súmula em 01/10/2013)

Registre-se que o Supremo Tribunal Federal pôs fim à controvérsia, firmando o entendimento de que não é necessário lei em sentido estrito para fixar e majorar os subsídios dos vereadores³⁷.

Por outro lado, o inciso VI do artigo 29 da Constituição Federal, em comento, determina a observância ao princípio da anterioridade de legislatura para a fixação dos subsídios dos vereadores.

A interpretação teleológica do referido princípio nos leva a compreender que ele busca resguardar o princípio da

36 José Afonso da SILVA *apud* MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Remuneração dos Agentes Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 212.

37 Nesse sentido, confira-se STF, RE 763583, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 25/09/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJE-204 DIVULG 14/10/2013 PUBLIC 15/10/2013 e RE 611220, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 03/06/2011, publicado em DJE-119 DIVULG 21/06/2011 PUBLIC 22/06/2011.

moralidade, impedindo que os parlamentares legislem em causa própria.

Uma parte da doutrina e da jurisprudência diverge se a regra da anterioridade de legislatura também se aplica na fixação dos subsídios dos agentes políticos integrantes do Poder Executivo. É importante dizer que a Emenda Constitucional nº 19/98 suprimiu a disposição de que a fixação dos subsídios dos prefeitos, vice-prefeitos e secretários municipais deveria observar a anterioridade de legislatura.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais vem entendendo que é necessário observar a referida regra, com o fundamento de que não atendê-la ofenderia o artigo 179 da Constituição Estadual:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ADMINISTRATIVO - SUBSÍDIO DO PREFEITO - MAJORAÇÃO - PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE - INOBSERVÂNCIA - LEI N.º 849/2004 DO MUNICÍPIO DE SÃO FRANCISCO DO GLÓRIA - ART. 179 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - INCONSTITUCIONALIDADE - CORTE SUPERIOR - PRECEDENTES - INCIDENTE - DISPENSABILIDADE. 1 - A expressão que define a vigência da Lei n.º 849/2004 “a partir de 1º de janeiro de 2005”, contida no art. 6º daquela lei, padece de inconstitucionalidade porque desrespeita o princípio da anterioridade para a fixação do subsídio dos Prefeitos e do Vice-Prefeito, previsto no art. 179 da CEMG/1989 para os Municípios Mineiros. 2 - Constatada a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Municipal n.º 849/2004, caberia submeter a questão à Corte Superior (CR/1988, art. 97; CPC, arts. 480 a 482), mas a constatação de que aquele órgão de cúpula já enfrentara reiteradamente o mesmo questionamento em casos similares, por unanimidade, configura a hipótese de dispensabilidade do incidente de inconstitucionalidade, nos termos do art. 248, inc. II, do RITJMG. 3 - Recurso provido.³⁸

Faz-se mister notar, entretanto, que o referido julgado toma por base artigo da Constituição Estadual mineira de reprodução obrigatória da Constituição Federal, visto tratar-se de norma de organização de ente federativo – no caso o município – e também de norma de fixação de competência.

Destarte, como a EC nº 19/1998 mudou a redação do artigo 29, V, da CF/88, a interpretação do artigo 179 da Constituição Estadual deve ser feita consoante a disposição dada pela CF/88 ao assunto, em respeito ao princípio da simetria, sob pena de ingerência do Estado em matéria de competência municipal, afigurando-se afronta direta ao federalismo, já que os Estados-membros não gozam de posição hierárquica superior em relação aos municípios.

Neste sentido, bastante esclarecedor o entendimento exarado pelo então Procurador-Geral da República, em parecer prolatado nos autos da ADI 2112-5, nos termos a seguir:

[...] Com efeito, a Constituição da República, ao estabelecer como limites dos subsídios dos mencionados agentes políticos apenas o disposto nos arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III e 153, § 2º, I (art. 29, inc. V, “parte final”, da CF), e ao conferir exclusivamente às Câmaras Municipais competência para a fixação desses subsídios, acabou por recusar aos Estados-membros competência para a instituição de uma disciplina diferenciada com relação à matéria.

Vale dizer que, em matéria de fixação dos subsídios dos agentes políticos municipais, a própria Constituição Federal

38 Ap.Cível 1.0133.05.023908-5/002 – 8ª Câmara Cível – Rel. Des. Edgard Penna Amorim, DJ de 14/10/2008.

não apenas a remeteu ao poder de auto-organização dos Municípios, como estabeleceu, nesse particular, os parâmetros limitativos desse poder, o que implica óbice intransponível para que os Estados-membros – que não gozam de posição hierárquica superior, com relação aos municípios dentro do federalismo brasileiro, sobretudo o adotado pela Constituição de 1988 – disciplinem de forma diversa essa matéria, impondo aos municípios limites mais restritivos que os previstos pela Carta da República. (grifo nosso)

O Pleno do STF também já se pronunciou no mesmo sentido, no julgamento da ADI 2112/RJ e da ADI 2738/PB, cujas ementas se encontram transcritas abaixo:

EMENTA: I. Vereador: subsídio: critérios de fixação impostos por norma constitucional estadual: ADIn prejudicada pela subsequente eficácia da EC 25/2000 à Constituição Federal. II. Prefeito e Vice-Prefeito: subsídios: critérios de fixação impostos por norma constitucional do Estado: violação do art. 29, V, CF: inconstitucionalidade.³⁹ (grifos nossos)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. SUBSÍDIOS DO VICE-PREFEITO. FIXAÇÃO. COMPETÊNCIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. INOBSERVÂNCIA. PRECEDENTES. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 29, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VINCULAÇÃO ENTRE REMUNERAÇÕES. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Remuneração dos agentes políticos municipais. Matéria disciplinada pela Constituição estadual. Impropriedade da via legislativa. Compete ao município fixar a remuneração devida aos seus agentes políticos, por se tratar de questão do seu exclusivo interesse (CF/88, artigo 29, V). Precedentes. 2. Vinculação de vencimentos. Impossibilidade. A Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XIII, veda a vinculação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do § 5º do artigo 23 da Constituição do Estado da Paraíba.⁴⁰ (grifo nosso)

Percebe-se, portanto, que a fundamentação do TJMG – a de que o artigo 179 da Constituição Estadual prevê a anterioridade de legislatura como regra a ser observada para a fixação dos subsídios de prefeitos, vice-prefeitos e secretários municipais – mostra-se frágil ante a autonomia de auto-organização dada ao município pela própria Constituição da República de 1988.

Dessa forma, somente a lei orgânica municipal – e somente ela – poderá estender a regra da anterioridade de legislatura para a fixação dos subsídios dos prefeitos, vice-prefeitos e secretários municipais.

Destaca-se que o entendimento ora sustentado tem sido o adotado pelo Supremo Tribunal Federal, consoante se ilustra com a seguinte decisão, e pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais⁴¹:

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SUBSÍDIOS DE PREFEITO MUNICIPAL

39 ADI 2112 / RJ – Tribunal Pleno – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJ 28/06/2002.

40 ADI 2738 / PB – Tribunal Pleno – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJ 08/05/2003.

41 Assunto Administrativo nº 850.200, Pleno, sessão de 16/11/2011 e Consulta nº 804.546, Cons. Sebastião Helvecio, 18/08/2010.

E VEREADORES: FIXAÇÃO. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE. PRECEDENTE. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alíneas a e c, da Constituição da República, contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Paraná: “APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - SUBSÍDIOS DE PREFEITO MUNICIPAL E VEREADORES - VULNERAÇÃO À LEI ORGÂNICA MUNICIPAL - ILEGALIDADE MANIFESTA EM FACE DA FIXAÇÃO DE SUBSÍDIOS EM PERÍODO VEDADO PELA LEI - LEI MUNICIPAL (LEI ORGÂNICA) QUE NÃO COLIDE COM A CARTA MAGNA - RECURSO PROVIDO. Na hipótese sob exame houve inegável e inquestionavelmente vulneração da Lei Orgânica Municipal do requerido Município de Porecatu, diploma esse que não conflita com a Lei Suprema (Constituição Federal)” (fl. 674). 2. A Recorrente alega que o Tribunal *a quo* teria contrariado o art. 29, inc. V, da Constituição da República. Relata que “investiu contra as Leis Municipais ns. 1012/00 e 1013/00 sob o fundamento que violentaram a Lei Orgânica do Município de Porecatu. Naquele diploma o inciso XIX do art. 11, ao fixar a competência privativa da Recorrente para fixar a remuneração, com vigência na legislatura subsequente, até 30 (trinta) dias antes das eleições municipais, a remuneração dos Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores” (fls. 686-687). Argumenta que “o acórdão recorrido, ao estabelecer no inciso XIX, do artigo 11, da Lei Orgânica do Município de Porecatu-PR, um trintídio antes da eleição para votação da matéria, julgou válida lei local contestada em face da Constituição, aborrecendo a letra ‘c’, do inciso III, do art. 102, da Constituição Federal” (fl. 709). 3. O Ministério Público Federal opinou pelo não-provimento do recurso extraordinário, nos termos seguintes: “(...) o fato da Emenda Constitucional n. 19/1998 ter retirado a regra da anterioridade do texto constitucional, tanto para os agentes políticos municipais (art. 29, inciso V e VI), como para os estaduais e federais (arts. 27, § 2º e 49, inciso VII e VIII), não impede que as Constituições estaduais e as Leis Orgânicas Municipais determinem a observância a essa regra. Ao interpretarmos a nova redação desses dispositivos, chega-se a conclusão de que, não é mais necessária a observância obrigatória da regra da anterioridade pelos Estados-Membros e Municípios, mas que estes, como antes da federação, dotados de autonomia e competência para a regulamentação do sistema remuneratório de seus agentes políticos, podem continuar prevendo-a, pois não há qualquer vedação na Carta Magna” (fls. 1218- 1219). Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO. 4. Razão jurídica não assiste à Recorrente. 5. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que os municípios têm autonomia para regular o sistema de remuneração de seus vereadores e prefeitos, desde que respeitadas a Constituição da República e a Constituição do respectivo Estado. Firmou-se, ainda, no sentido de que as mudanças introduzidas pela Emenda Constitucional n. 19/98 não proibiram a aplicação do princípio da anterioridade, mas apenas retiraram a obrigatoriedade desse princípio, ficando para os municípios, dotados de autonomia e competência para a regulamentação do sistema remuneratório de seus agentes políticos, a liberdade para instituí-lo ou não. Nesse sentido: “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. REMUNERAÇÃO VEREADORES. PRINCÍPIO ANTERIORIDADE. CONSTITUCIONALIDADE CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. Os Municípios têm autonomia para regular o sistema de remuneração dos vereadores, desde que respeitadas as prescrições constitucionais estaduais e federais. 2. EC 19/98 não proibiu a aplicação do princípio da anterioridade , apenas retirou o comando imperativo. A omissão foi suprida com a edição da EC 25/00. Agravo Regimental a que se nega provimento” (AI 417.936-AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 23.5.2003). 6. Dessa orientação

não divergiu o acórdão recorrido, razão pela qual não há o que prover quanto às alegações da parte recorrente. 7. Pelo exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Junte-se a Petição Avulsa STF n. 79.424/2008. Publique-se. Brasília, 17 de junho de 2008. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora. (STF, RE 484307, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 17/06/2008, publicado em DJe-119 DIVULG 30/06/2008 PUBLIC 01/07/2008) (grifo nosso).

2.2. Limites remuneratórios

A Constituição Federal instituiu o chamado teto remuneratório como limite para a remuneração e os subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos na administração direta, indireta e fundacional – incluídos os agentes políticos –, conforme consta no artigo 37, inciso XI.

Desta forma, o limite para o subsídio dos prefeitos é o subsídio mensal dos ministros do STF, ao passo que o subsídio do chefe do Executivo municipal será o teto para o subsídio dos demais agentes políticos e servidores da municipalidade.

Por sua vez, os subsídios dos membros do Poder Legislativo Municipal, além de estarem adstritos ao teto municipal, também estão limitados por outras regras impostas pela Constituição Federal de 1988, relacionadas a critérios demográficos e financeiros, devendo-se observar, ainda, eventuais disposições das Leis Orgânicas Municipais e os limites com despesas de pessoal da LC nº 101/2000.

O artigo 29, inciso VI, da Constituição Federal limita o subsídio dos vereadores de acordo com dois fatores: a população do município e o subsídio do deputado estadual.

Dividiram-se, assim, os municípios por faixa de população e, para cada faixa, um percentual máximo do subsídio do deputado estadual como limite para o subsídio do vereador, conforme a tabela abaixo:

População do Município (habitantes)	Limite em função do subsídio do deputado estadual
1. Até 10.000	20%
De 10.001 a 50.000	30%
De 50.001 a 100.000	40%
De 100.001 a 300.000	50%
De 300.001 a 500.000	60%
Mais de 500.000	75%

De suma importância é registrar que o subsídio do deputado estadual é utilizado pela CF/88 como limite, não podendo a Câmara Municipal fixar o subsídio do vereador e vinculá-lo a percentuais do subsídio do deputado – seja qual percentual for, mas, por óbvio, quando o usam, se valem do teto – sob pena de violar o princípio da anterioridade de legislação

que rege a fixação dos subsídios da edilidade, o princípio da não vinculação de vencimentos/subsídios e, ainda, segundo o Supremo Tribunal Federal, o princípio da autonomia dos entes federados⁴².

Além da parametrização dos subsídios dos deputados estaduais, a CF/88 também previu limites orçamentários para os gastos com o subsídio do vereador.

Por isso, o artigo 29, inciso VII, determinou que o total de despesas com a remuneração dos vereadores não poderá ultrapassar 5% da receita do município.

Também acrescentado pela EC nº 25/2000, o artigo 29-A trouxe outros limites orçamentários para as despesas das Câmaras Municipais, o que se reflete, obviamente, nos valores para a fixação dos subsídios dos vereadores.

O referido artigo, logo em seu *caput*, dispõe que o total das despesas da Câmara Municipal, incluído o subsídio dos vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar percentuais relativos ao “somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159 efetivamente realizados no exercício anterior”, percentuais esses também divididos por faixas populacionais.

Tanto no artigo 29, inciso VII, quanto no artigo 29-A, *caput*, os limites percentuais para gastos da Câmara Municipal, incluídos os subsídios da edilidade, são calculados com base na Receita Tributária Ampliada do exercício anterior (receita tributária municipal própria somada aos repasses obrigatórios por parte da União e dos Estados).

Assim, ao elaborar sua lei orçamentária, o município fixará em rubrica própria os valores que deverão ser repassados à Câmara Municipal, os quais serão fixados de acordo com os percentuais incidentes sobre sua Receita Tributária Ampliada efetivamente realizada no exercício anterior, nos termos do art. 29-A da CF/88.

Por fim, o § 1º do artigo 29-A prescreve que a Câmara Municipal não poderá gastar mais de 70% de seus recursos financeiros com folha de pagamento, incluído o gasto com o subsídio de seus vereadores.

Portanto, são esses os limites orçamentários traçados pela Constituição Federal de 1988 para a regulação do subsídio dos vereadores.

Não obstante, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000) – com seu papel disciplinador das finanças públicas dos entes da federação – também impôs restrições concernentes aos subsídios dos vereadores, ao limitar em 6% da receita corrente líquida do município os gastos

⁴² Nesse sentido, já decidiram reiteradamente nossos tribunais, conforme ilustra os seguintes arestos: TJMG - ADIN 1.0000.09.512419-4/000 - Rel. Desembargador Kildare Carvalho, publicação em 13/08/2010; TJMG - ADIN 1.0000.09.502306-5/000 - Rel. Desembargador Roney Oliveira, publicação em 30/07/2010; TJMG - ADIN 1.0000.09.512715-5/000(1) - Rel. Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, publicação em 29/04/2011; STF - RE 411.156, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 19/11/2009, DJe de 03/12/2009; ADI 3461 MC, Relator:Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/2006, DJ 02-03-2007; ADI 3.491/RS, Relator: Ministro Carlos Ayres Britto; Tribunal Pleno; DJ 23/03/2007.

com pessoal do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos vereadores, nos termos do artigo 20, III, “a”.

3. DIÁRIAS DE VIAGEM

O agente público que, a serviço, tiver de se afastar da localidade onde possui exercício, em caráter eventual ou transitório, para outro ponto do território nacional ou para o exterior, será indenizado pelas despesas extraordinárias com pousada, alimentação e locomoção urbana.

Consoante o entendimento firmado pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e exarado na consulta nº 748.370, de 22 de abril de 2009, há três possibilidades de formalização da indenização de despesas de viagem de servidores públicos e demais agentes políticos:

1 - mediante diárias de viagem, cujo regime deve estar previsto em lei e regulamentado em ato normativo próprio do respectivo Poder, com a realização de empenho prévio ordinário;

2 - mediante regime de adiantamento, desde que tal hipótese esteja prevista expressamente em lei do ente, conforme exigência do artigo 68 da Lei Federal nº 4.320/64, com a realização de empenho prévio por estimativa;

3 - mediante reembolso, quando não houver regulamentação de diárias de viagem nem de regime de adiantamento, hipótese em que deve ser realizado empenho prévio por estimativa.

No caso das diárias, a prestação de contas poderá ser feita de forma simplificada, mediante relatório ou apresentação de alguns comprovantes específicos relativos às atividades exercidas na viagem. Já no tocante ao adiantamento e reembolso das despesas de viagens feitas a serviço, exige-se a apresentação de todos os documentos comprobatórios dos gastos realizados. Tal entendimento está expresso no enunciado de Súmula nº 79 do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, que assim dispõe: “é irregular a despesa de viagem realizada por servidor municipal que não se fizer acompanhar dos respectivos comprovantes”.

Ressalte-se que tais regras não se impõem apenas aos servidores públicos, mas também aos agentes políticos (prefeito, secretários, vereadores, etc.), em consonância com os princípios da isonomia e da moralidade⁴³.

Ademais, seja qual for a modalidade de ressarcimento das despesas de viagem (diárias, adiantamento ou reembolso), é preciso lembrar que, para serem consideradas regulares, devem observar os princípios constitucionais da moralidade, da razoabilidade e da economicidade, no que diz respeito à natureza e à totalidade dos gastos indenizados.

Especificamente em relação à concessão de diárias, ela está vinculada ao exercício da função e depende de motivação para o deslocamento do agente público, sendo portanto imprescindível o nexo de causalidade entre suas atribuições regulamentares e as atividades realizadas na viagem.

Por outro lado, e consoante destacado pelo Tribunal de Contas mineiro, o pagamento de diárias aos agentes públicos deve ser objeto de previsão legal. Outrossim, poderá ser regulamentado por meio de lei em sentido amplo.

Com efeito, na esfera federal, a Lei nº 8.112/90 (artigos 58 e 59) traz normas gerais sobre o pagamento de diárias, e é regulamentada pelo Decreto nº 5.992, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a concessão de diárias no âmbito da administração federal direta, autárquica e fundacional.

Já na esfera estadual, o Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de Minas Gerais (Lei Estadual nº 869/1952) dedica o capítulo VI do título VII, nos artigos 139 e seguintes, inteiramente às normas gerais do pagamento de diárias. E a matéria é regulamentada por meio de decretos do governador do Estado, notadamente o Decreto nº 44.053/2005.

Assim, compete ao município (Poderes Executivo e Legislativo) regulamentar a concessão de diárias aos agentes públicos municipais.

É preciso frisar que, para o pagamento das diárias, deve ficar indubitavelmente comprovado que o deslocamento realizado pelo agente público ocorreu no exercício da função que lhe é atribuída, sob pena de incorrer em improbidade administrativa, já que tal verba não pode assumir caráter remuneratório.

É situação corriqueira, que caracteriza irregularidade no pagamento de diárias, a concessão de tal verba a vereadores durante o recesso parlamentar ou para participação de movimentação ou reunião partidária.

Ora, considerando que a finalidade das diárias de viagem é indenizar o agente político pelas despesas extraordinárias com pousada, alimentação e locomoção urbana, quando precisar se afastar, **a serviço**, da localidade onde possui exercício, em caráter eventual ou transitório, para outro ponto do território nacional ou para o exterior, manifesta-se inviável o seu pagamento durante o recesso parlamentar.

De igual forma, é impossível o pagamento de tal verba para participação em movimento partidário (ex.: reunião de partido), pois, nesse caso, o deslocamento se dá para tratar de interesses particulares, visto que o parlamentar não está a serviço do órgão ou de entidade pública.

4. ASPECTOS PRÁTICOS DA ATUAÇÃO NA SEARA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO EM RELAÇÃO AO TEMA

São recorrentes as representações nas Promotorias de Justiça de Patrimônio Público acerca de supostas irregularidades nos subsídios dos agentes políticos municipais, assim como no pagamento de diárias pelo Poder Público. Para a devida apuração e solução jurídica do questionamento, recomenda-se a adoção das providências a seguir.

Caso a representação verse sobre suposto vício do ato normativo que fixou o subsídio dos vereadores (resolução ou decreto legislativo, e não lei em sentido estrito) ou inobservância do princípio da anterioridade para a fixação dos subsídios do prefeito, vice-prefeito e secretários municipais (se não exigido na Lei Orgânica Municipal), considerados os fundamentos expostos no estudo, a solução

⁴³ Nesse sentido, *vide* TCEMG, consulta nº 658.053.

1. ASPECTOS CONCEITUAIS

INTRODUÇÃO

Ao contrário dos particulares, que dispõem de liberdade para contratar, as contratações realizadas pelo Poder Público se condicionam à observância de procedimentos e formas previstas no ordenamento jurídico brasileiro, com o objetivo de atender o interesse público.

Nesse sentido, o art. 37, XXI, da Constituição assim dispõe:

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

A análise desse enunciado permite-nos identificar as seguintes prescrições:

1. As contratações realizadas pelo Poder Público devem ser precedidas de licitação, exceto nos casos ressalvados por lei;
2. A licitação deve permitir a participação de todos os interessados em igualdade de condições;
3. As condições da contratação devem ser mantidas ao longo da execução do contrato (equilíbrio econômico-financeiro);
4. Somente devem ser admitidas exigências de qualificação técnica e econômica que sejam imprescindíveis para o cumprimento das obrigações contratadas (caráter instrumental).

A Lei nº 8.666/93 regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição e institui normas para licitações e contratos da administração pública. Nessa lei, estão previstas modalidades de licitação, tipos, hipóteses de licitação dispensada, licitação dispensável e de inexigibilidade de licitação, assim como disposições sobre contratos administrativos.

A Lei nº 10.520/02 dispõe sobre o pregão como nova modalidade de licitação para a aquisição de bens e de serviços comuns. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro prevê seis modalidades de licitação, sendo cinco constantes da Lei nº 8.666/93 e uma constante da Lei nº 10.520/02:

1. Convite
2. Tomada de Preços
3. Concorrência
4. Leilão
5. Concurso
6. Pregão

jurídica seria o indeferimento de plano da representação, nos moldes do artigo 7º-A da Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 03/2009. Se já instaurado o inquérito civil, seu arquivamento constitui a medida adequada.

Contudo, se o caso versar sobre irregularidades na fixação do subsídio que demandem a atuação ministerial, como, por exemplo, não observância de teto remuneratório, fixação do subsídio de vereador em percentual do subsídio de deputado estadual, sem determinação de valor nominal, torna-se imperiosa a formalização de procedimento, com a requisição dos atos normativos ao Poder Legislativo.

O procedimento será instruído basicamente por documentos, com a solução da questão eminentemente jurídica.

Por fim, no que se refere à apuração da regularidade do pagamento de diárias ou ressarcimento de despesas de viagem pelo ente público, eis o passo a passo:

1) requisição ao ente público do procedimento relativo ao pagamento de diárias ou despesas de viagem atinente ao(s) servidor(es) ou agente(s) público(s) investigado(s) (notas de empenho, eventuais autorizações de deslocamento, comprovantes de realização da viagem, comprovante de realização de cursos ou participação em eventos, relatório e comprovantes das despesas suportadas⁴⁴);

2) com o recebimento da documentação, tabular os dados por investigado, especificando período da viagem, motivo, existência de comprovantes de viagem, existência de nexos entre viagem e atribuições do agente, existência de comprovantes de participação em evento ou curso, especificar documentos comprobatórios das despesas no caso de reembolso;

3) através dos dados mencionados no item 2, é possível aferir a regularidade do procedimento e das viagens; importa verificar se os pagamentos de diárias aos investigados apresentaram valores constantes, de modo que desconfigure o caráter esporádico da verba e evidencie verdadeiro incremento de remuneração;

4) proceder à oitiva dos envolvidos (beneficiários, ordenadores de despesas, liquidantes).

Se constatada inobservância de qualquer procedimento em relação ao pagamento de despesas de viagem (desordem administrativa), é possível expedir recomendação para adequação do procedimento da despesa pública.

No tocante aos fatos já consumados (pagamentos indiscriminados e/ou irregulares de despesas de viagens), é cabível ação civil pela prática de ato de improbidade administrativa em face dos responsáveis. Se esta prescrever, a reparação do dano poderá ser requerida por termo de ajustamento de conduta ou por ação de reparação de danos.

⁴⁴ Destaca-se que tais documentos (comprovantes das despesas) somente são exigidos nas hipóteses de adiantamentos e reembolsos. Se o modelo adotado pelo ente for de diária, não há necessidade de comprovar os gastos, apenas a realização da viagem (comprovante de embarque aéreo, passagem de ônibus ou declaração do motorista do veículo oficial, por exemplo), acompanhada de relatório das atividades desenvolvidas.

Uma vez que incumbe ao Ministério Público a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, *caput*, da Constituição), e porque é sua função institucional “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III, da Constituição), mostra-se de suma importância a adoção de medidas preventivas e repressivas contra os desvios na condução de licitações e execução de contratos. Na verdade, o tema é dos mais recorrentes nas Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público de Minas Gerais.

Pretende-se, neste roteiro de atuação, apontar as irregularidades mais comuns relacionadas aos aspectos conceituais e materiais, assim como as possíveis estratégias de condução dos procedimentos cíveis e criminais para a tutela do patrimônio público nesta temática. O objetivo é orientar os órgãos de execução a identificar medidas que dificultam o alcance dos fins da licitação e dos contratos administrativos, causam danos ao erário e geram enriquecimento ilícito de agentes públicos.

MODALIDADES DA LEI Nº 8.666/93

Fracionamento de objeto

Embora a legislação brasileira preveja seis modalidades de licitação, a condução de inquéritos civis e procedimentos investigatórios criminais (PIC) pelo Ministério Público de Minas Gerais tem demonstrado que os ilícitos mais comuns relacionados às licitações ainda ocorrem nas modalidades tradicionais da Lei nº 8.666/93: convite, tomada de preço e concorrência.

Nesse contexto, salvo exigência legal específica (p. ex., alienação de bens imóveis), a definição da modalidade de licitação adequada depende do valor da contratação, conforme se depreende do quadro abaixo:

Modalidade	Obras e serviços de engenharia	Demais compras e serviços
Convite	Até R\$ 150.000,00	Até R\$ 80.000,00
Tomada de preços	Até R\$ 1.500.000,00	Até R\$ 650.000,00
Concorrência	Acima de R\$ 1.500.000,00	Acima de R\$ 650.000,00

Registre-se que “nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência” (art. 23, § 4º, da Lei nº 8.666/93). No entanto:

é vedada a utilização da modalidade ‘convite’ ou ‘tomada de preços’, conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de ‘tomada de preços’ ou ‘concorrência’, respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço (art. 23, § 5º, da Lei nº 8.666/93).

A identificação da correta modalidade de licitação e da possibilidade de reunião de objetos similares requer que estes sejam definidos com clareza na requisição

da contratação pelo órgão demandante, bem como no termo de referência, no projeto básico e no instrumento convocatório da licitação:

Processo Administrativo. Valor da contratação. Conforme estabelece o art. 23, o critério para seleção da modalidade licitatória é econômico. A seleção é feita em função do valor da futura contratação. Assim, o objeto deve ser definido com clareza, ser bem especificada a quantidade desejada em função da necessidade da Administração, bem como estimado o seu custo mediante pesquisa de mercado. A correta modalidade de licitação é condição necessária para se garantir o princípio da isonomia e a competitividade do certame, com vista a se obter a melhor proposta para a Administração. (TCE/MG, Processo Administrativo nº 701.890. Rel. Conselheiro Moura e Castro. Sessão do dia 28/11/2006)

Em se tratando de contratações que se repetem ao longo do ano, assim como de parcelas de um mesmo objeto, deve-se levar em conta o exercício financeiro para fins de identificação de eventual fuga à modalidade de licitação adequada. É o que diz a súmula 113 do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE/MG):

O lapso temporal a ser considerado como parâmetro de definição da modalidade licitatória cabível às contratações Relativas a parcelas de um mesmo objeto ou de objetos com natureza semelhante, cuja duração encontra-se regida pelo *caput* do art. 57 da Lei nº 8.666/93, deverá corresponder ao próprio exercício financeiro, adotando-se, nesses casos, a modalidade licitatória compatível com o valor global das contratações, sendo vedado o fracionamento de despesas com vistas à dispensa de licitação ou à adoção de modalidade licitatória menos complexa do que a prevista em lei. (D.O.C., 07/04/14, p. 04)

O artifício de fracionar um objeto em várias contratações ou promover contratações individualizadas de objetos similares, com o intuito de utilizar modalidade de licitação com menor formalismo e publicidade mais acanhada, é apontado pela doutrina especializada como prática corriqueira pelos gestores públicos:

Um dos artifícios comumente utilizados pelos ímprobos consiste no indevido fracionamento do objeto a ser contratado, o que lhes permitirá utilizar uma modalidade mais simples de licitação, destituída de maior formalismo e publicidade, com o conseqüente favorecimento de terceiros com eles conluídos. (GARCIA; ALVES, *op. cit.*, 2008. p. 340)

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal identificou esse expediente como *modus operandi* da prática de crime previsto no art. 90 da Lei nº 8.666/93, no julgamento do Senador Ivo Cassol na AP 565⁴⁵. Afirmou-se que “a forma de cerceamento da ampla competição teria sido feita por meio de fracionamento dos valores das obras contratadas, para que as licitações ocorressem por convite, ao invés de tomada de preços.”⁴⁶ Segundo a Ministra Carmen Lúcia, “a existência ou não de dano ao erário é irrelevante para a caracterização

45 Informativo nº 714, de 5 a 9 de agosto de 2013.

46 *Idem*.

da fraude prevista no artigo 90 da Lei 8.666, no qual o bem protegido é o patrimônio moral da administração pública”⁴⁷.

É oportuno destacar que, no caso de contratações que se repetem ao longo do exercício financeiro, é possível utilizar o registro de preços⁴⁸ a fim de evitar o fracionamento indevido, sobretudo quando não for possível, de antemão, estimar com suficiente precisão o montante de bens que serão adquiridos ou os serviços que serão prestados, como já destacou o Tribunal de Contas da União (TCU), ao afirmar que “com o intuito de evitar o fracionamento de despesa, deve ser utilizado, na aquisição de bens, o sistema de registro de preços” (TCU – Decisão 472/1999 - Plenário).

Restrição da competição pela aglutinação de objetos não similares

Por outro lado, a clara definição do objeto requer também que não se incluam em um só procedimento de licitação, em lote único, bens ou serviços sem similaridade, como estabelece o art. 7º, § 5º, da Lei nº 8.666/93. Neste caso, ao invés de vedado, o fracionamento em lotes ou procedimentos variados é medida que se impõe para viabilizar a melhor captação de recursos no mercado e fomentar a concorrência, como estabelece o art. 23, §1º, da Lei nº 8.666/93:

As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração

47 *Notícias STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=245102&tip=UN>> Acesso em: 6 out. 2014.

48 Esse procedimento é previsto pelo art. 15 da Lei nº 8.666/93:

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

I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas;

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

III - submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;

IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade;

V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública.

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

§ 2º Os preços registrados serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial.

§ 3º O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições:

I - seleção feita mediante concorrência;

II - estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados;

III - validade do registro não superior a um ano.

§ 4º A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições.

§ 5º O sistema de controle originado no quadro geral de preços, quando possível, deverá ser informatizado.

§ 6º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado.

§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca; II - a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação;

III - as condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material.

§ 8º O recebimento de material de valor superior ao limite estabelecido no art. 23 desta Lei, para a modalidade de convite, deverá ser confiado a uma comissão de, no mínimo, 3 (três) membros.

Por força do art. 11 da Lei 10520/02, passou-se a admitir o pregão para a realização do registro de preços.

serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se a licitação com vista ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

A reunião de bens ou serviços sem similaridade em uma só contratação é considerada como prática restritiva da concorrência pelo TCE/MG, que já decidiu que “o Edital de Licitação, ao não prever o parcelamento do objeto, restringiu o caráter competitivo da Licitação, violando o que se encontra previsto no art. 23, §1º, da Lei Federal 8.666/93” (TCE/MG, Processo nº 879618, Relator Sebastião Helvécio).

Trata-se de prática que vem se repetindo insistentemente nas contratações de serviços de limpeza urbana pelos municípios. Nesses casos, têm sido licitados, em um só procedimento e em lote único, os serviços de varrição e capina de logradouros públicos, coleta de resíduos sólidos domiciliares e comerciais, coleta de resíduos sólidos infectantes (oriundos de unidades de saúde) e administração de aterro sanitário. Embora todos esses serviços se refiram à limpeza urbana, individualmente eles contêm características próprias e exigem recursos materiais, humanos e soluções técnicas específicos. Dessa forma, a contratação conjunta limita a participação de possíveis interessados, como vem decidindo o TCE/MG:

Licitação. Excessiva diversidade de itens como objeto de uma única licitação. Prestação de serviços básicos de infra-estrutura, compreendendo a manutenção de vias urbanas com o fornecimento de mão-de-obra, materiais e equipamentos para a realização da coleta de lixo e serviços correlatos no Município. “(...) o objeto licitado é amplo e diversificado, composto de itens distintos, o que requer para sua execução empresas de especialidades diversas. (...) A Administração, ao concentrar em um único procedimento licitatório objetos diversos, que demandam licitações autônomas, violou o princípio da competitividade, pois certamente, ao englobar itens distintos num mesmo certame, reduziu o universo de possíveis interessados que não dispõem de capacidade para executar tão amplos e diversificados serviços, podendo, inclusive, comprometer a qualidade dos serviços a serem prestados. (...) a diversidade de itens num mesmo certame inviabiliza sua execução por uma mesma empresa”. (Licitação n.º 627765. Rel. Conselheiro Moura e Castro. Sessão do dia 03/10/2006)

Convite

Embora seja a modalidade de licitação aplicável para as contratações de menor vulto e que envolve menor formalismo e publicidade, o convite ainda é bastante utilizado pela administração pública, sobretudo na esfera municipal. Não raramente o Ministério Público identifica vícios graves, que comprometem o caráter competitivo do procedimento e beneficiam determinados licitantes.

Quanto à análise dos órgãos de execução, é necessário verificar o efetivo recebimento dos convites pelos licitantes, por meio da juntada de aviso de recebimento, no caso de envio pelos correios, ou por outro documento idôneo. Convém apurar a data em que houve o recebimento a fim de identificar a compatibilidade com o procedimento, assim como as pessoas que o fizeram, já que não raramente são identificados vínculos entre elas, embora supostamente sejam subordinadas a empresas concorrentes.

É importante averiguar, ademais, se o ramo de atividade das empresas convidadas é compatível com o objeto a ser contratado, sob pena de, mesmo não sendo contratadas pelo Poder Público, as empresas não disporem de estrutura para apresentar proposta séria e idônea. Neste caso, estariam participando do certame apenas para “dar cobertura” para a empresa vencedora.

A ausência de comprovação de envio do convite para ao menos três empresas que atuem no segmento de mercado do objeto contratado constitui violação ao disposto no art. 22, § 3º, da Lei nº 8.666/93 e prejudica o caráter competitivo da licitação, como já decidiu o TCE-MG:

Licitação. Número mínimo de licitantes na modalidade Convite. “[...] apontou-se a participação de apenas 02 licitantes, sem a comprovação de envio das cartas-convite a outros interessados. Das demais empresas constam dos autos apenas propostas em branco. A defesa justifica que as firmas convidadas não se interessaram em participar do certame, situação que acontece dependendo do objeto da licitação. O procedimento foi relatado nas atas de julgamento, fato que, a seu ver, torna regulares os processos licitatórios. Todavia, não houve juntada de documentos comprovando o cumprimento dos §§ 3º e 6º do art. 22 da Lei n.º 8.666/93. Dessa forma, lembrando que o processo da licitação está sujeito à estrita observância aos princípios da legalidade e igualdade e como não ficou comprovado o envio das cartas-convite a no mínimo 03 licitantes, permanece a falha apontada”. (Licitação n.º 487454. Rel. Conselheiro Wanderley Ávila. Sessão do dia 06/09/2005)

DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

As hipóteses legais para a contratação direta pela administração pública são as seguintes:

1. Dispensa de licitação (art. 17 e 24 da Lei nº 8.666/93)
2. Inexigibilidade (art. 25 da Lei nº 8.666/93)

No primeiro caso, registra a doutrina, é possível realizar a licitação; porém é facultado ao gestor não utilizá-la, se mais adequado for para atender ao interesse público. São hipóteses *numerus clausus*. No segundo caso, a licitação não é possível pela inviabilidade de competição. O elenco legal é exemplificativo.⁴⁹

De todo modo, mesmo em se tratando de casos de contratação direta, exige-se a formalização de procedimento, salvo quanto à dispensa de licitação pelo valor da contratação (art. 24, I e II, da Lei nº 8.666/93).⁵⁰

49 “Em tese, a dispensa contempla hipóteses em que a licitação seria possível; entretanto, razões de tomo justificam que se deixe de efetuarla em nome de outros interesses públicos que merecem acolhida. Já a inexigibilidade resultaria de inviabilidade da competição, dada a singularidade do objeto ou do ofertante, ou mesmo – deve-se acrescentar – por falta dos pressupostos jurídicos ou fáticos da licitação não tomados em conta no arrolamento dos casos de licitação dispensável.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 2013, p. 554).

50 Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa

Dada a sua maior recorrência, trata-se de três casos em que se promove a contratação direta desvirtuando o conteúdo dos dispositivos legais que a autorizam.

Dispensa de licitação com fundamento no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/93

O art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/93 permite dispensar a licitação nos seguintes termos:

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;

Não raramente é identificada a contratação de empresa sem licitação para a prestação de serviços que não se relacionam com as atividades de pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou que beneficiem a recuperação social de presos. Na verdade, percebe-se a utilização desse permissivo para afastar a licitação na contratação de empresas para prestações de serviços diversos, disponíveis no mercado, com pluralidade de ofertantes. Trata-se de prática não autorizada pelo permissivo legal, como destaca Marçal Justen Filho (2008, p. 313):

As considerações acima efetuadas conduzem à necessidade de um vínculo de pertinência absoluta entre a função da instituição e o objeto da avença com a Administração. Isso equivale a afirmar que somente podem ser abrigadas no permissivo do inc. XIII contratações cujo objeto se enquadre no conceito de pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou recuperação social de presos.

Mais além, ressalta ainda a necessidade de liame da atividade com o objeto desenvolvido pela instituição, ao afirmar que “ainda quando se configure uma atividade que se enquadre nos aludidos conceitos, é imperioso que o objeto específico da contratação se traduza numa atividade específica da instituição contratada” (JUSTEN FILHO, 2008, p. 313).

O entendimento do autor vai ao encontro do posicionamento sumulado pelo TCU:

A contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexos efetivos entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado. (Súmula nº 250, de 27/06/2007)

Inexigibilidade de licitação para contratação de assessoria jurídica e de contabilidade

oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço.
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

É muito comum a utilização do dispositivo constante do art. 25, II, da Lei nº 8.666/93 para a contratação direta de serviços de assessoria jurídica e contábil:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

[...]

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Inicialmente, é necessário destacar que a administração pública desempenha, rotineiramente, atividades típicas de bacharel em direito e de advogado, bem como de contabilista. Ora, se se tratar de funções rotineiras, inerentes à movimentação da máquina pública, deverão ser criados os respectivos cargos para provimento efetivo por meio de concurso público. No caso das atividades de representação judicial e consultoria jurídica, típicas da advocacia pública, é necessário estruturá-las, mediante a criação das correspondentes carreiras.

De todo modo, é possível antever a possibilidade de surgimento de necessidades específicas e temporárias, relacionadas às atividades jurídicas e de contabilidade, que não justifiquem a criação de cargos públicos. Neste caso, tratando-se de objetos comuns, que não possuam especificidade e exijam experiência e conhecimento diferenciados para sua execução, mostra-se pertinente a contratação de prestadores de serviço, mediante licitação.

Por fim, podem surgir hipóteses em que será necessária a contratação de profissionais para a prestação de objetos específicos e singulares. O êxito na prestação dos serviços dependerá, pois, de profissionais com experiência anterior naquele ramo de atividade, o que justificaria a contratação por inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25, II, da Lei nº 8.666/93.

Esse entendimento encontra-se resumido no seguinte aresto do TCU:

A terceirização de serviços advocatícios somente é admitida para atender a situações específicas devidamente justificadas, de natureza não continuada, que não possam ser atendidas por profissionais do próprio quadro da Administração.

[...] “a terceirização de serviços de natureza jurídica somente é admitida para atender a situações específicas devidamente justificadas, de natureza não continuada, quando não possam ser atendidas por profissionais do próprio quadro do órgão ou entidade”.

[...] Sobre o caso concreto, ressaltou que a CDP possui advogados em seu quadro de funcionários, motivo

pelo qual “somente poderia buscar no mercado, via licitação, a contratação de serviços advocatícios que se enquadrassem nas particularidades referidas na aludida deliberação” (TCU, Acórdão 1278/2014-Segunda Câmara TC 028.160/2013-4, relatora Ministra Ana Arraes, 1.4.2014.)

Inexigibilidade de licitação para a contratação de shows artísticos por meio de intermediários

O art. 25, III, da Lei nº 8.666/93 estabelece hipótese de inexigibilidade de licitação “para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública”.

Ocorre comumente a contratação de *shows* artísticos por intermédio de pessoas que detêm carta de exclusividade ou documento semelhante, em que o artista ou o seu verdadeiro empresário exclusivo confere a exclusividade ou a autorização a um intermediário, para que o represente e contrate o *show* em uma data específica e até local específico. É fácil perceber que essa pessoa não é o empresário exclusivo, já que este, rotineiramente, representa o artista e cuida de sua agenda de *shows*. Assim, a contratação de *show* através de intermediário, de posse de carta de exclusividade, não está autorizada pelo art. 25, III, da Lei nº 8.666/93:

Na contratação direta de artistas consagrados, com base no inciso III do art. 25 da Lei 8.666/93, por meio de intermediários ou representantes, deve ser apresentada cópia do contrato, registrado em cartório, de exclusividade dos artistas com o empresário contratado. O contrato de exclusividade difere da autorização que dá exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e é restrita à localidade do evento, a qual não se presta para fundamentar a inexigibilidade. (Acórdão 642/2014-Primeira Câmara, TC 016.329/2012-0, relator Ministro Valmir Campelo, 18.2.2014.)

EXECUÇÃO DE CONTRATOS – DESPESA PÚBLICA

A realização da despesa pública, nos termos da Lei nº 4.320/64, passa pelas seguintes etapas:

1. Empenho⁵¹
2. Liquidação⁵²
3. Pagamento⁵³

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

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

52 Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

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

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a pagar;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

53 Art. 64. A ordem de pagamento é o despacho exarado por autoridade

Em se tratando de investigação de possível desvio de recursos públicos, seja por superfaturamento, seja por pagamento de serviços não prestados total ou parcialmente, o ordenador de despesas emerge como figura central para a investigação, visto que o seu ato é que permite a saída do recurso dos cofres públicos e o recebimento pelo particular.

Segundo o TCU:

Responderão pelos prejuízos que acarretarem ao erário, o ordenador de despesa e o agente responsável pelo recebimento e verificação, guarda ou aplicação de dinheiros, valores e outros bens públicos. Ordenador de despesa, salvo conivência, não é responsável por prejuízos causados ao erário, decorrentes de atos praticados por agente subordinado que exorbitar das ordens recebidas. Inteligência do art. 39 do Decreto 93,872/86 (por exemplo, TC-012.986/2003-1)

[...] a assinatura do ordenador de despesas na ordem de pagamento não é ato meramente formal, sem poder decisório. No âmbito da Administração Pública, a exigência dessa assinatura, ao lado da assinatura do responsável pelo setor financeiro, tem o objetivo de obstar eventuais pagamentos irregulares. Ou seja, a exigência de assinatura pelo ordenador de despesas se constitui em mais uma instância de controle no dispêndio de recursos públicos. Portanto, não é razoável que um ordenador de despesas autorize pagamentos sem avaliar se estariam certos ou errados, se seriam devidos ou indevidos. Previamente à firmatura da ordem de pagamento, deve o ordenador assumir o ônus de verificar a lisura da documentação e dos pagamentos. Aposta a assinatura, passa ele a responder pelos prejuízos originados daquele ato, caso constatada irregularidade. (Acórdão 3.903/2008 - 2ª Câmara).

Incumbe ao ordenador de despesas cercar-se das cautelas necessárias antes de determinar pagamentos, com o objetivo de evitar desvios de recursos. Trata-se, no caso, de autoridade com dever legal de agir, cuja omissão é penalmente relevante, nos termos do art. 13, § 2º, “a”, do Código Penal.

Outrossim, tratando-se de apuração de pagamentos por bens não entregues ou serviços não prestados, é importante também que os órgãos de execução atentem para o papel dos liquidantes, visto que a liquidação tem por base o contrato, ajuste ou acordo respectivo, a nota de empenho e os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço. Um eventual “ateste” incorreto ou falso servirá de fundamento para uma despesa indevida e desvio de recurso público.

2. ROTEIRO DE CONDUÇÃO DE PROCEDIMENTOS

PRIMEIRO PASSO

Instauração do procedimento e requisição de documentos:

• Promover a instauração de inquérito civil ou procedimento investigatório criminal, com observância das Resoluções nº 13/2006 e nº 23/2007 do CNMP e das Resoluções Conjuntas PGJ/CGMP nº 02/2009 e nº 03/2009. Atentar

competente, determinando que a despesa seja paga.

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

para a precisa definição do objeto a ser investigado, com a identificação clara do possível ato ilícito e individualização do representante e do representado.

• Em se tratando de apuração que envolva vícios na condução do processo de contratação, seja por licitação, dispensa ou inexigibilidade de licitação, sugere-se ao órgão de execução requisitar ao órgão ou entidade responsável cópia do procedimento até a celebração do contrato.

• Caso se trate de investigação sobre a execução de contratos, deverá requisitar cópia dos contratos e de eventuais aditivos celebrados, notas de empenho, notas fiscais, atos de liquidação, ordens de pagamento e comprovantes de pagamentos⁵⁴. Em se tratando da contratação de consultorias ou de outras atividades intelectuais das quais resultem trabalhos imateriais, sugere-se a requisição de relatórios e do próprio produto da atividade, se esta se materializar em estudos e pareceres, a fim de se apurar a efetiva prestação dos serviços contratados.

• Por fim, se a investigação envolver os procedimentos de contratação e a execução do contrato, o membro do Ministério Público deverá requisitar cópias dos documentos relativos à licitação, à dispensa ou à inexigibilidade, bem como aqueles relacionados à execução das despesas.

SEGUNDO PASSO

Análise de irregularidades formais:

• Verificação do uso indevido de hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

• Utilização da modalidade de pregão para a contratação de bens e serviços que não se caracterizam como bens e serviços comuns.⁵⁵

• Conferência das datas e da validade dos documentos apresentados pelos licitantes para identificar possíveis incompatibilidades.

• Verificação da conformidade da sequência dos atos administrativos: observar se o procedimento apresenta sequência diversa do rito legal, bem como se as páginas estão numeradas em sequência correta.

• Conferência da publicidade com o objetivo de identificar se houve o cumprimento das formalidades legais.

• Identificação de documentos e propostas com formatação, digitação e redação similar, o que indicaria que teriam sido elaborados por uma só pessoa (licitante ou agente público).

54 É comum que os *softwares* utilizados por municípios reúnam em um só documento (nota de empenho) os atos de empenho, liquidação e pagamento, para eles destinando campos próprios. No entanto, por se tratar de atos administrativos diversos e, não conhecendo o membro do Ministério Público como é executada a despesa pública no órgão ou entidade investigado, sugere-se que seja a requisição feita de forma especificada.

55 Recomenda-se especial cautela com o uso de pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia, tendo-se em vista o que propõe o TCE/MG: “O decreto regulamentar do pregão, na órbita municipal, poderá prever a adoção da modalidade pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia, desde que não necessitem de aferição técnica mais apurada, sejam considerados usuais e rotineiros e a Administração tenha como defini-los nos atos convocatórios das licitações de forma satisfatória”. (TCE/MG, Consulta nº 732557. Rel. Eduardo Carone Costa. Sessão do dia 11/06/08).

- Identificação de indícios de ajuste entre licitantes, como protocolo de documentos em datas e horários idênticos ou próximos; reconhecimento de firmas ou autenticação de documentos em datas e cartórios idênticos; extração de documentos de *sites* oficiais em datas e horários idênticos ou próximos, entre outros.

TERCEIRO PASSO

Verificação de medidas de restrição da concorrência:

- Identificação de possível fracionamento do objeto com a finalidade de evitar a modalidade de licitação destinada à contratação de maior vulto.
- Verificação do uso de objetos não habituais a fim de dificultar a participação de um número maior de interessados e/ou direcionar a contratação para determinada empresa.
- Identificação de excessiva especificação do objeto, que causasse indevida restrição de mercado.
- Identificação de exigências de qualificação técnica não autorizadas em lei e desnecessárias ao cumprimento do objeto do contrato (mediante perícia).
- Identificação de exigências de qualificação econômico-financeira além do que é permitido na Lei nº 8.666/93, como cumulação de requisitos e utilização de índices contábeis não usuais sem justificativa pelo administrador público (mediante perícia).

QUARTO PASSO

Verificação da idoneidade das empresas:

- Requisição dos contratos sociais ou estatutos para averiguação do objeto social da empresa ou entidade e sua compatibilidade com o objeto licitado, quando não presentes nos autos.
- Levantamento *in loco* por parte de oficial do MP para constatar a existência e a estrutura dos licitantes, com elaboração de certidão e apresentação de anexo fotográfico.
- Verificação de dados da RAIS (Relação Anual de Informações Sociais), com o objetivo de examinar se os licitantes compartilham a mesma estrutura de recursos humanos (empregados), o que indicaria que pessoas jurídicas distintas constituem a mesma empresa.
- Em se tratando de obras ou serviços de engenharia, verificar se os licitantes possuem os mesmos responsáveis técnicos, e solicitação das Anotações de Responsabilidade Técnica (ART) ao Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA), com o objetivo de identificar se, em um dado período de tempo, os profissionais responsáveis técnicos trabalharam simultaneamente para licitantes supostamente concorrentes.

QUINTO PASSO

Identificação de dano ao erário:

- Verificação de prestações de contas e pareceres, especialmente nos casos em que as contratações foram realizadas em cumprimento de convênios.
- Solicitação de perícia à Central de Apoio Técnico (CEAT) para identificar superfaturamento.
- No caso de contrato para obras e serviços de engenharia em que forem celebrados aditivos que alteram os quantitativos originalmente previstos dos materiais e serviços necessários, solicitar esclarecimento à CEAT sobre eventual violação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado (“jogo de planilha”).
- Verificar se houve a adequada entrega de mercadorias ou prestação de serviços, por meio da produção de prova oral que esclareça como se dá o controle de estoque do órgão ou entidade, como funciona o almoxarifado; documental, por meio da requisição de produtos do trabalho, no caso de consultorias; verificação pela CEAT da existência de documentos que acobertem as despesas realizadas.
- Determinar a realização de diligência por oficial do MP para certificar se a obra pública foi executada.
- Verificar a execução da obra pública por meio do endereço eletrônico: <https://geoobras.tce.mg.gov.br/cidadao/Default.aspx>.⁵⁶

CAPÍTULO IV – OBRAS PÚBLICAS

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O inquérito civil público sobre obra pública deve ser instaurado com base em justa causa, sob pena de frustração de sua finalidade. Como tal, o objeto da investigação deverá ser certo e determinado, com um propósito muito bem definido do que se pretende apurar, sendo inadequada a investigação sob forma de auditoria, ou seja, aquela em que se busca apurar eventual irregularidade. Com efeito, o ato de instauração da investigação deve exigir criteriosa atenção do Promotor de Justiça, sobretudo no caso de obras públicas. A título de ilustração, podemos enumerar os seguintes objetos:

1. Superfaturamento em obra pública.
2. Utilização de material de baixa qualidade.
3. Inexecução parcial da obra.
4. Inexecução total da obra.
5. Utilização de documentação inidônea (nota fiscal, cupom fiscal, etc.) para aquisição de materiais para a obra.
6. Fraude nas medições.

⁵⁶ Válido para obras recentes.

Deste modo, uma representação que noticiar, *v. g.*, que “certa obra pública teria sido fraudada” resultaria numa autêntica auditoria em toda obra, a fim de investigar se houve alguma irregularidade, o que escapa ao âmbito de atribuições do Ministério Público, visto que se trata de competência do Tribunal de Contas.

No caso hipotético em análise, ou seja, *notícia de que certa obra pública fora fraudada*, deverá ser solicitado ao representante que esclareça qual seria a irregularidade que estaria maculando a obra pública, sob pena de indeferimento.

Num paralelo com a área penal, a instauração de inquérito policial deverá ser embasada em justa causa.

Deste modo, a portaria de instauração de um inquérito policial deverá individualizar a conduta criminosa com elementos mínimos que demonstrem o fato acoimado de criminoso, não sendo cabível, por exemplo, a fundamentação pura e simples de instauração de inquérito policial para apurar, *v. g.*, “crime de corrupção”. É preciso que a portaria considere as circunstâncias do fato criminoso e os indícios que eventualmente constituam a “justa causa” que autorize a instauração das investigações.

2. OBRAS PÚBLICAS

Antes de entrar diretamente no mérito de uma apuração de obra pública, importa estabelecer dois conceitos importantes em relação ao tema.

2.1. Conceito de obra pública

Obra pública é aquela que se destina a atender os interesses gerais da sociedade, contratada por órgão ou entidade pública da administração direta ou indireta, federal, estadual ou municipal, executada sob sua responsabilidade ou delegada, custeada com recursos públicos e compreendendo a construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação de um bem público.

A execução de obras públicas e dos serviços de engenharia deve originar-se no planejamento do que se pretende executar, que incluirá estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes, e declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias, conforme determina o art. 16, I e II, e § 4º da LC nº 101/2000, como condição prévia para empenho e licitação de obras e serviços de engenharia.

2.2. Conceito de projeto

Projeto é o conjunto de plantas, cortes, elevações, detalhes, memoriais descritivos, especificações e orçamento.

O **projeto básico** exigido pela Lei nº 8.666/93 (art. 6º, IX) não significa que toda obra pública deve ser precedida de projeto básico.

Mesmo se tratando de obras e serviços de engenharia, o projeto básico não representa apenas os desenhos e as

soluções técnicas, mas toda a avaliação inicial que visa a demonstrar a viabilidade e a conveniência da execução da obra ou do serviço.

O **projeto executivo** é o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) (art. 6º, X, da Lei nº 8.666/93).

Todos os estudos e projetos deverão ser desenvolvidos em absoluta observância das leis, dos atos normativos e das normas técnicas relacionadas à obra, devendo ainda guardar coerência entre si e consistência material, bem como atender às diretrizes gerais do programa de obras e do estudo de viabilidade.

A responsabilidade pela elaboração dos projetos será de profissionais ou empresas, legalmente habilitados no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CREA). O autor ou os autores deverão assinar todas as peças que compõem os projetos específicos, indicando o número do registro no CREA, e proceder às Anotações de Responsabilidade Técnica.

2.3. BDI

De acordo com o Manual Técnico de Fiscalização de Obras Públicas e Serviços de Engenharia do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, na elaboração dos orçamentos básicos ou planilhas de custos unitários, exigida pela Lei Federal nº 8.666/93 para o lançamento de uma licitação, a administração pública, com raras exceções, caracteriza os custos (sem BDI) de um determinado empreendimento e adiciona a este uma previsão de BDI para fixar o preço-base da licitação.

Preço = Custo Direto + BDI

O Benefício ou Bonificação e Despesas Indiretas (BDI) é uma taxa que remunera os benefícios esperados como recompensa no término de alguma atividade comercial e as despesas indiretas inevitáveis, não agregadas ao custo direto.

O BDI deve ser diferenciado por obra, através de dados reais criteriosamente avaliados. O índice pode variar de empresa para empresa, de acordo com a eficiência na administração de despesas indiretas e do fluxo de caixa.

3. DILIGÊNCIAS INVESTIGATIVAS

Conforme já asseverado, o objeto do inquérito civil público é o norte que conduzirá as diligências investigativas, sendo inadequada qualquer apuração que configure auditoria ou devassa. Assim, se houver notícia de que uma obra esteja irregular, o representante deverá esclarecer quais são os indícios e as irregularidades, sob pena de indeferimento da representação.

A Lei nº 8.666/93 é o principal parâmetro normativo para nortear as investigações necessárias à elucidação do objeto do inquérito civil público. Destarte, a instrução do inquérito civil público, após o saneamento do seu objeto, poderá se pautar por diligências realizadas pelo próprio órgão de execução e sua assessoria, bem como por análise técnica do CEAT.

A análise técnica elaborada pelo CEAT constitui um

instrumento de cabal importância para formar a convicção do órgão de execução na área de obras públicas.

Uma vez evidenciadas as irregularidades com base no laudo técnico do CEAT, estas serão submetidas ao crivo do judiciário, por meio da competente ação civil pública, como prova das irregularidades e demais desvios de conduta na execução da obra pública.

3.1. Diligências realizadas pelo Promotor de Justiça

As diligências elementares que podem ser realizadas pelo Promotor de Justiça e por sua assessoria são as seguintes:

a. Designar audiência para oitiva de testemunhas, das partes signatárias do contrato administrativo respectivo, dos engenheiros que projetaram a obra, dos que participaram da execução da obra, dos responsáveis técnicos pela obra, entre outros. Esta diligência deverá ser realizada em harmonia com o resultado da prova pericial, pois eventualmente será adequado ter em mãos a prova pericial antes de ouvir as testemunhas.

b. Determinar ao oficial do MP que proceda a vistorias em obras públicas, em construtoras, canteiro de obras, etc., a fim de certificar eventual ponto duvidoso.

c. Requisitar cópia do processo licitatório, do contrato administrativo e informações sobre os pagamentos efetuados pela administração, cuja resposta deverá ser encaminhada na forma abaixo:

Data	Comprovação da medição	Valor pago
Valor Total Pago		

d. Requisitar informações referentes ao nome e à qualificação dos órgãos e das pessoas responsáveis pela contratação e fiscalização da obra.

e. Requisitar informações acerca da efetiva contratação da vencedora do processo licitatório.

f. Requisitar informações sobre:

f.1. subcontratações;

f.2. se a obra contratada se trata de obra de construção ou obra de reforma.

3.2. Perícia

A perícia é a atividade de exame feita pelos técnicos do CEAT, destinada a verificar ou esclarecer determinado fato, apurando suas causas motivadoras, o estado, a alegação de direitos ou a estimativa da coisa referente ao objeto da investigação que, especialmente no âmbito de obra pública, deverá ter um propósito certo e determinado.

Os questionamentos seguintes podem ser submetidos ao CEAT, isolada ou cumulativamente, para esclarecimento dos fatos, sempre em virtude do objeto investigado, devendo o órgão de execução que preside a investigação estar atento para não transformar a investigação em uma atividade de auditoria. É preciso verificar:

1. Se o objeto da contratação correspondeu, efetivamente, ao objeto licitado;
2. Se foram elaborados o projetos básico e o projeto executivo;
3. Se houve subcontratações, hipótese em que será preciso apurar se as subcontratações observaram os limites previstos nos instrumentos convocatórios;
4. Se o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, previsto no respectivo projeto executivo, está de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT);
5. Se o objeto contratado foi regularmente executado de acordo com as normas de engenharia e com as demais normas pertinentes, incluídas as normas técnicas da ABNT, especificando-se as eventuais irregularidades;
6. Se houve pagamento por eventuais execuções irregulares, especificando-se tais pagamentos e o ordenador deles, bem como se os pagamentos irregulares foram precedidos de medição oficial ou de qualquer outro comprovante de execução regular do objeto;
7. Quem emitiu os documentos de medição irregular;
8. Se as irregularidades encontradas foram corrigidas;
9. Quem foi o responsável pelas despesas de correção e qual foi o montante despendido;
10. Quais foram os critérios e índices de reajuste efetivamente aplicados no contrato, e se estavam de acordo com o previsto nos editais respectivos;
11. Se houve inexecução de qualquer parte do objeto contratado;
12. Se houve pagamento ainda que comprovada a inexecução contratual, parcial ou total, identificando-se o responsável pela ordenação da respectiva despesa e o montante pago a maior;
13. Se o montante despendido com a contratação corresponde ao que fora efetivamente licitado e contratado;
14. Se houve “jogo de planilha” ou qualquer outro artifício, decorrente de eventual e elevado aumento nos quantitativos de itens cujos preços unitários estavam acima dos de mercado e redução dos quantitativos dos itens cujos preços estavam abaixo dos de mercado, gerando desequilíbrio econômico-financeiro em favor do órgão contratante;
15. Se houve detalhamento de LDI (Lucro e Despesas Indiretas);

16. Se os acréscimos ou supressões eventualmente efetuados na obra, através dos respectivos termos aditivos, excederam o limite de até 25% do valor inicial atualizado do contrato para obra nova, ou 50% para reforma;
17. Se no cálculo dos percentuais aditados foram deduzidos os valores dos serviços eventualmente cancelados ou decrescidos, para posterior acréscimo ao valor do contrato original, observando-se os limites de até 25% do valor inicial atualizado do contrato para obra nova, ou 50% para reforma.

4. CONCLUSÃO

O Direito é uma ciência do dever ser, e não do ser, como as ciências exatas.

Nesse sentido, a presente revista constitui uma orientação escoreita sobre algumas medidas sumárias que o Promotor de Justiça natural pode adotar a fim de apurar fatos irregulares, certos e determinados, atinentes a obras públicas.

CAPÍTULO V – ATUAÇÃO EM PROCEDIMENTOS ORIUNDOS DO TRIBUNAL DE CONTAS

1. INTRODUÇÃO

Todas as pessoas que administram bens ou dinheiro público estão sujeitas à fiscalização, seja por meio do controle interno (pelo próprio Poder incumbido da gestão de determinado recurso público), seja por meio do controle externo (pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas).

A esse respeito, o artigo 70 da CR/88 preceitua que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta será realizada, internamente, pelo sistema de controle interno de cada Poder, e externamente, pelo Congresso Nacional.

Segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2011, p. 836)⁵⁷:

O controle interno que cada Poder exerce em seu próprio âmbito é um controle pleno, irrestrito, abrangendo toda e qualquer verificação pertinente à legalidade ou à legitimidade da atuação dos respectivos órgãos e agentes e, quando se tratar de atuação discricionária, à conveniência e à oportunidade administrativas.

Na mesma obra, extrai-se que o controle financeiro externo, exercido pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas, abrange aspectos da legalidade e também da legitimidade.

Sendo assim, é possível afirmar que o controle feito pelo Poder Legislativo, auxiliado pelo Tribunal de Contas, não fica adstrito unicamente à tipicidade legal da conduta, ou seja:

não se restringe à análise meramente formal de legalidade

e possibilita o questionamento até mesmo da atuação discricionária do administrador, o qual terá que justificar, fundamentadamente, à luz da lei e do direito, as escolhas que fez no exercício de sua atividade administrativa, demonstrando que havia elementos, em cada caso, que o levaram a considerar que uma determinada atuação, por ele dotada – e não outra, igualmente válida – mais adequadamente atendia ao interesse público.⁵⁸

Os Tribunais de Contas são órgãos vinculados ao Poder Legislativo, que o auxiliam no controle externo da administração pública.

O artigo 71 da CR/88 estabelece as competências do Tribunal de Contas da União e dispõe, em seus incisos I e II, que compete ao TCU apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República e julgar as contas dos demais administradores e responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos.

Portanto, em relação ao chefe do Executivo, o TCU tem competência apenas para apreciar as contas, mediante emissão de um parecer prévio, uma vez que o julgamento é feito pelo Congresso Nacional (artigo 49, IX, CR/88).

Oportuno transcrever as palavras do jurista Jarbas Maranhão, que conceitua o instituto do parecer prévio como “ato cumprido em um prazo determinado, com alguma solenidade e constituído da apreciação de natureza técnica sobre as contas gerais de um exercício financeiro.”⁵⁹

Por sua vez, em se tratando dos demais agentes públicos (administradores e responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta), o julgamento das contas será feito pelo próprio Tribunal de Contas.

Assim, os gestores de recursos públicos, com exceção dos chefes do Executivo, terão suas contas julgadas pelo Tribunal de Contas.

Em resumo, as atividades do Tribunal de Contas podem ser classificadas como: a) consultivas (emissão de parecer prévio sobre as contas do chefe do Executivo, cujo julgamento final será realizado pelo Poder Legislativo); b) de julgamento (apreciação de contas de gestores públicos, não incluídos os chefes do Executivo, podendo reprová-las ou aprová-las); c) sancionatórias (aplicação de multa e obrigação de reparação do dano).

Em um julgado paradigma (a ADIN 849), o Supremo Tribunal Federal reconheceu a distinção entre os incisos I e II do referido artigo 70, delimitando a função de emitir parecer sobre as contas dos chefes do Poder Executivo e de julgar as contas dos demais administradores de recursos públicos.

Tribunal de Contas dos Estados: competência: observância compulsória do modelo federal: inconstitucionalidade de subtração ao Tribunal de Contas da competência do

⁵⁸ *Ibidem*, p. 837.

⁵⁹ MARANHÃO, Jarbas. Heráclio Salles e o Tribunal de Contas. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 38, n. 149, jan/mar/2001, p. 54. *Apud* FUGAGNOLI, Maria Carolina Barros Carvalho. Da competência do Tribunal de Contas para julgar as contas do Prefeito ordenador de despesas: uma análise do artigo 71 incisos I e II da Constituição Federal, aplicado simetricamente no âmbito municipal. In: **Revista ESMAPÉ**, Recife, v. 12, n. 25, jan/jun 2007, p. 901.

⁵⁷ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: MÉTODO, 2011.

juízo das contas da Mesa da Assembléia Legislativa - compreendidas na previsão do art. 71, II, da Constituição Federal, para submetê-las ao regime do art. 71, c/c. art. 49, IX, que é exclusivo da prestação de contas do Chefe do Poder Executivo.

I. O art. 75, da Constituição Federal, ao incluir as normas federais relativas à “fiscalização” nas que se aplicariam aos Tribunais de Contas dos Estados, entre essas compreendeu as atinentes às competências institucionais do TCU, nas quais é clara a distinção entre a do art. 71, I - de apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas do Chefe do Poder Executivo, a serem julgadas pelo Legislativo - e a do art. 71, II - de julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, entre eles, os dos órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

II. A diversidade entre as duas competências, além de manifesta, é tradicional, sempre restrita a competência do Poder Legislativo para o julgamento às contas gerais da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, precedidas de parecer prévio do Tribunal de Contas: cuida-se de sistema especial adstrito às contas do Chefe do Governo, que não as presta unicamente como chefe de um dos Poderes, mas como responsável geral pela execução orçamentária: tanto assim que a aprovação política das contas presidenciais não libera do julgamento de suas contas específicas os responsáveis diretos pela gestão financeira das inúmeras unidades orçamentárias do próprio Poder Executivo, entregue a decisão definitiva ao Tribunal de Contas. (STF. ADI 849, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 11/02/1999, DJ 23/04/1999).

Por seu turno, o Superior Tribunal de Justiça também teve a oportunidade de analisar a questão, delimitando a distinção entre contas de gestão e contas de governo, consoante pode ser observado no seguinte excerto da ementa do acórdão proferido no julgamento do RMS nº 11060/GO:

O conteúdo das contas globais prestadas pelo Chefe do Executivo é diverso do conteúdo das contas dos administradores e gestores de recurso público. As primeiras demonstram o retrato da situação das finanças da unidade federativa (União, Estados, DF e Municípios).

Revelam o cumprimento do orçamento, dos planos de governo, dos programas governamentais, demonstram os níveis de endividamento, o atender aos limites de gasto mínimo e máximo previstos no ordenamento para saúde, educação, gastos com pessoal. Consubstanciam-se, enfim, nos Balanços Gerais prescritos pela Lei 4.320/64. Por isso, é que se submetem ao parecer prévio do Tribunal de Contas e ao julgamento pelo Parlamento (art. 71, I c./c. 49, IX da CF/88).

As segundas – contas de administradores e gestores públicos, dizem respeito ao dever de prestar (contas) de todos aqueles que lidam com recursos públicos, captam receitas, ordenam despesas (art. 70, parágrafo único da CF/88). Submetem-se a julgamento direto pelos Tribunais de Contas, podendo gerar imputação de débito e multa (art. 71, II e § 3º da CF/88)”. (STJ, RMS nº 11060/GO, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 16/09/2002, p. 159)

Ressalte-se que, em casos de apuração de ilegalidade ou irregularidade, podem ser imputadas ao administrador público sanções previstas em lei, como a aplicação de multa.

Havendo ilegalidade formal, o Tribunal de Contas designará prazo para o cumprimento da lei. Em casos de responsabilidade penal ou de improbidade administrativa,

poderá representar ao Ministério Público e, ainda, ao Poder competente, acerca de tais irregularidades.

Todavia, diante do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (artigo 5º da CF/88), o julgamento pelo Tribunal de Contas não impede que a questão seja reapreciada pelo Poder Judiciário, ou seja, as decisões do Tribunal de Contas não são definitivas.

Por força do disposto no art. 75 da CR/88, as normas estabelecidas na seção, relacionadas ao TCU, aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, competindo às constituições estaduais dispor sobre os Tribunais de Contas respectivos.

Assim, o controle externo dos municípios será realizado pelas Câmaras de Vereadores, auxiliadas pelos Tribunais de Contas Estaduais, que desempenharão suas funções ou mediante parecer prévio, ou por meio de verdadeiras decisões.

Os Tribunais de Contas estaduais têm como função essencial auxiliar as Câmaras Municipais na fiscalização das contas anuais dos municípios e emitir parecer prévio acerca das contas do chefe do Poder Executivo, encaminhando-o às respectivas Câmaras de Vereadores, para proferirem decisão⁶⁰.

Indispensável ressaltar que o parecer prévio apenas poderá ser afastado pela Câmara dos Vereadores em caso de decisão de dois terços do referido órgão legislativo, consoante estabelece o artigo 31, § 2º, da Carta Magna:

Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

§ 1º - O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

§ 2º - O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal. [...]

Torna-se imperioso mencionar que, em decorrência do princípio da independência das instâncias, o julgamento da Câmara de Vereadores favorável ao prefeito não impede a responsabilização civil e/ou penal deste, no âmbito judicial.

A respeito dos Tribunais de Contas, em 30 de maio de 2007, o Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula Vinculante 3, com o seguinte teor:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

60 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Tal súmula se restringe ao inciso III do artigo 70 da CR/88, ou seja, aplica-se no caso de apreciação, por parte do Tribunal de Contas, de atos de admissão de pessoal e concessão de aposentadoria, reforma e pensões, sendo garantidos, no primeiro caso, o contraditório e a ampla defesa ao administrado, ainda que não seja parte no processo administrativo.

Por outro lado, é sabido que os Tribunais de Contas têm sido grandes aliados do Ministério Público no combate ao malbaratamento do dinheiro público. Não raro as investigações ministeriais são deflagradas exatamente a partir de comunicação de irregularidades oriundas daqueles órgãos.

2. ROTEIRO DE ATUAÇÃO

2.1. A partir do recebimento da documentação oriunda do TCE-MG, com notícia das irregularidades na prestação de contas, providenciar a instauração de inquérito civil, elencando na portaria inaugural as irregularidades apontadas pelo Tribunal de Contas como objeto da investigação, e os agentes públicos envolvidos como investigados. Nesta fase, é importante que seja avaliada a conveniência de se manterem todas as irregularidades como objeto de um único inquérito civil, evitando-se procedimentos com objetos de grande amplitude e, portanto, de difícil conclusão. Não raro se mostra mais produtivo o desmembramento em vários inquéritos civis.

2.2. Como diligência no bojo do inquérito civil, requisitar ao órgão público envolvido cópia dos documentos necessários (conforme item “3” abaixo) para comprovação das irregularidades, salvo se, em análise da documentação enviada, for verificado que os mesmos já se fazem presentes.

2.3. Carreada ao inquérito civil a documentação requisitada, os autos serão encaminhados para perícia contábil, a fim de confirmar ou não as irregularidades apontadas pelo TCE-MG, com o propósito de subsidiar o ajuizamento de ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa, caso não estejam prescritas as sanções da Lei nº 8.429/92, ou ajuizar ação civil pública de ressarcimento de danos, no caso de a prova pericial apontar danos ao erário, embora prescritas as sanções previstas no referido diploma legal (art. 37, § 5º, da CF/88).

3. RELAÇÃO DE DOCUMENTOS A SEREM REQUISITADOS PARA COMPROVAÇÃO DAS IRREGULARIDADES APONTADAS PELO TCE-MG

3.1. Recebimento de subsídios a maior por agentes políticos (prefeito, vice-prefeito, vereadores e presidente da câmara)

- Confira o Capítulo II – O sistema remuneratório dos agentes políticos no âmbito municipal (pág. 32).

3.2. Ausência do estágio de liquidação da despesa, ausência de comprovantes legais de despesas e/ou despesas sem recibos ou quitações

A liquidação é o estágio da despesa no qual se comprova que o credor cumpriu todas as obrigações constantes do empenho, incluídos todos os atos de verificação e conferência, principalmente a entrada do material ou a satisfatória prestação do serviço.

Não se manifestando o estágio de liquidação da despesa, presume-se a inadequada utilização de recursos públicos e, por conseguinte, o dano ao erário.

É certo também que, por lei, o agente público se vê obrigado a prestar contas de todos os seus atos por meio de hábil documentação (como nota fiscal e recibo). Na falta disso, conclui-se pela inadequada utilização de recursos públicos e, por conseguinte, o dano ao erário.

Já a ausência da formalização do estágio de quitação impede que seja confirmada a correta destinação dos recursos públicos.

Documentos que deverão ser requisitados:

- Cópias das notas de empenho e dos respectivos comprovantes de pagamento, notas de liquidação, notas fiscais, recibos, etc., que instruem todo o processo de pagamento.

Observação: Como prova da liquidação, devem ser aceitos para comprovação formal (não física) do fornecimento do produto ou do serviço somente documentos fiscais idôneos. Por documento idôneo entende-se a nota fiscal ou assemelhada cuja emissão foi devidamente autorizada pelo órgão fazendário competente (p. ex.: mercadorias/Fazenda Estadual, serviços/Fazenda Municipal).

É importante frisar que a nota de padaria, o recibo de papelaria e outros congêneres não servem para comprovar a realização da operação comercial.

3.3. Despesas de viagem sem a apresentação de comprovantes

- Confira o Capítulo II – O sistema remuneratório dos agentes políticos no âmbito municipal (pág. 32).

3.4. Despesas com subvenções sociais de forma irregular

Para a realização de despesas com subvenções sociais, são necessárias a autorização legislativa e a prestação de contas do recebedor aprovada pelos órgãos concedentes.

Documentos que deverão ser requisitados:

- Cópia da autorização legislativa.

- Cópia das notas de empenho e dos respectivos comprovantes de pagamento, notas de liquidação, notas fiscais, relatórios, recibos, etc., que instruem todo o processo de pagamento.

O mesmo entendimento sobre comprovantes formais do fornecimento dos produtos ou do serviço empregado no item 3.2 deve valer para o caso em tela.

3.5. Despesas realizadas sem licitação prévia

- Confira o Capítulo III – Licitações e contratos (pág. 37).

3.6. Despesas não afetas ao município

São despesas que, por não se enquadrarem na competência institucional do município, não poderiam ser realizadas

por este, a menos que fossem acobertadas por convênios e previstas no orçamento municipal em dotação própria.

Documentos que deverão ser requisitados:

- Cópia das notas de empenho e dos comprovantes das despesas (notas de liquidação, recibos, comprovantes de pagamento, relatórios).

- Cópia da autorização legislativa para celebração de convênio.

- Cópia do convênio que acobertou as despesas.

3.7. Despesas sem prévio empenho

No ato do empenho, fica deduzido do orçamento o valor da transação. Para o setor público é uma obrigação futura a assumir, e para o setor privado é uma garantia equivalente a um pedido comercial. O empenho, nos termos dos artigos 59 e 60 da Lei nº 4.320/64, deve anteceder à realização da despesa.

Documentos que deverão ser requisitados:

- Cópia das notas de empenho relativas às despesas, acompanhadas dos respectivos comprovantes (contratos, notas de liquidação, recibos, notas fiscais).

3.8. Divergência no balanço de receita e despesa

Documentos que deverão ser requisitados:

- Cópia ou original de todos os anexos da Lei nº 4.320.

- Cópia ou original do balanço patrimonial.

- Cópia ou original do balanço orçamentário.

- Cópia ou original do balanço financeiro.

- Cópia ou original do demonstrativo da dívida flutuante e fundada.

3.9. Divergência nas aplicações financeiras

Documentos que deverão ser requisitados:

- Cópia ou original de todos os extratos de rendimentos de aplicação financeira.

- Documento contábil comparativo da receita orçada com a receita arrecadada.

3.10. Créditos suplementares, especiais e adicionais

Documentos que deverão ser requisitados:

- Cópia ou original do balanço orçamentário.

- Cópia ou original do balanço financeiro.

- Cópia da lei orçamentária.

- Cópia da lei autorizativa dos créditos adicionais.

- Cópia do decreto de abertura dos créditos autorizados.

3.11. Aplicação do mínimo legal exigido no ensino

- Certidão da receita global auferida no exercício.

- Certidão do valor aplicado mês a mês no ensino.

4. IRREGULARIDADES QUE IMPORTAM PREJUÍZO AO ERÁRIO

As irregularidades citadas são aquelas destacadas normalmente nos processos de prestação de contas do Tribunal de Contas. Dentre elas, as listadas nos itens 3.1 a 3.6 (recebimento de subsídios a maior, ausência de estágio de liquidação, ausência de comprovantes legais de despesas, despesas sem recibos, despesas de viagem sem comprovantes, despesas com subvenção social de forma irregular, despesas sem licitação prévia e despesas não afetas ao município) importam prejuízo evidente aos cofres públicos, ensejando a reparação, ainda que prescritas as sanções por ato de improbidade administrativa.

As demais, por via de regra, podem caracterizar a prática de ato de improbidade administrativa tipificado no art. 11 da LIA, apesar de, por si sós, não gerarem dano ao erário.

5. QUESITAÇÃO

Após a colheita dos documentos necessários à comprovação das irregularidades apontadas pelo TCE-MG, os autos poderão ser remetidos à CEAT, para perícia.

Em relação às irregularidades apontadas nos itens 3.2 a 3.7 mencionados, sugere-se a seguinte quesitação:

1) Em que consistiram as irregularidades apontadas no anexo/item⁶¹ XXX do parecer do TCE-MG, relativas à prestação de contas do município XXXX, exercício XXX?

2) A partir da análise contábil da documentação carreada aos autos, tais irregularidades persistem? Em caso negativo, explique.

3) As notas de empenho referentes a tais despesas estão acompanhadas da documentação exigida? Em caso negativo, detalhar a documentação faltosa.

4) Tais despesas foram regularmente liquidadas? Em caso negativo, detalhar a irregularidade.

5) Das irregularidades detectadas extrai-se a ocorrência de dano ao erário? Em caso positivo, detalhar tal dano.

6) Quem foi o ordenador das despesas?

7) Demais considerações a critério dos peritos.

Quesitação sugerida na hipótese de pagamentos a maior para agentes políticos:

1) Ocorreram pagamentos de remuneração a (prefeito/vice-prefeito/presidente da Câmara/vereadores) do município de XXXX em montante superior ao legalmente devido, no exercício

⁶¹ Em regra, as irregularidades detectadas pelo TCE-MG vêm especificadas em anexos ou itens.

de XXX? Em caso positivo, explicitar as razões que justificaram a conclusão de que houve recebimento a maior, bem como apresentar quadro pertinente a cada agente político, demonstrando, mês a mês, o valor recebido, o valor que era devido e o valor da diferença recebida a maior (neste último caso, apresentar tanto o valor histórico quanto o atualizado).

Já quanto às irregularidades apontadas nos itens 3.8 a 3.10, sugere-se a seguinte quesitação:

- 1) Em que consistiram as irregularidades apontadas no anexo/item XXX do parecer do TCE-MG, relativas à prestação de contas do município XXXX, exercício XXX?
- 2) A partir da análise contábil da documentação carreada aos autos, tais irregularidades persistem? Em caso negativo, explique.
- 3) Das irregularidades detectadas extrai-se a ocorrência de dano ao erário? Em caso positivo, detalhar tal dano.
- 4) Demais considerações a critério dos peritos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2011.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **O Ministério Público no Neo-constitucionalismo**: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/63547731/MINISTERIO-PUBLICO-MANUAL-DE-ATUACAO-FUNCIONAL-GREGORIO-ASSAGRA>>. Acesso em: 19 set. 2014.

ANDER-EGG, Ezequiel. **Introducción a las técnicas de investigación social**: para trabajadores sociales. 7. ed. Buenos Aires: Humanitas, 1978.

BANCO MUNDIAL. *What is Governance?* Disponível em: <<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/COUNTRIES/MENAEXT/EXTMNAREGTOPGOVERNANCE/0,,-contentMDK:20513159~pagePK:34004173~piPK:34003707~theSitePK:497024,00.html>>. Acesso em: 6 out. 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 6 out. 2014.

_____. Presidência da República. Lei nº 8.078 – Código de Defesa do Consumidor, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 6 out. 2014.

_____. Presidência da República. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 6 out. 2014.

_____.; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby (Org.). **Vademecum de licitações e contratos**: legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices. 4. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BREI, Zani Andrade. Corrupção: dificuldades para definição e um consenso. In: **Revista de Administração Pública (RAP)**. Rio de Janeiro. 30 (I) 64-77. JAN./FEV. 1996. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/8128/6943>>. Acesso em: 6 out. 2014.

CEPIK, Marco. **Espionagem e Democracia**: Agilidade e Transparência como dilemas na Institucionalização de Serviços de Inteligência. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 28.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. até a EC nº 56/2007. Salvador: JusPodivum, 2008.

FUGAGNOLI, Maria Carolina Barros Carvalho. Da competência do Tribunal de Contas para julgar as contas do Prefeito ordenador de despesas: uma análise do artigo 71 incisos I e II da Constituição Federal, aplicado simetricamente no âmbito municipal. In: **Revista ESMAPE**, Recife, v. 12, n. 25, jan/jun 2007

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. Teoria e prática. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LÖFFLER, Elke. Governance: Die neue Generation von Staats- und Verwaltungsmodernisierung. In: **Verwaltung & Management**, v. 7, n. 4, p. 212-215, 2001.

MARTA, Taís Nader; CUCCI, Gisele Pascoal (Org.). **Estudos de direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público**: comentário à Lei de Improbidade Administrativa. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Remuneração dos Agentes Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Inquérito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 21. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Regime Jurídico do Ministério Público.** 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO JUNIOR, João Cancio de. **A função de controle dos atos da administração pública pelo Ministério Público.** Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica Ltda, 2001.

MINAS GERAIS. Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. **Manual de atuação funcional.** Belo Horizonte: CEAJ, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo:** parte introdutória, parte geral e parte especial. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Legitimidade e discricionariedade:** novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. A corrupção como desvio de recursos públicos (a agressão da corrupção aos direitos humanos). In: **Revista dos Tribunais.** São Paulo, nº 820, fevereiro de 2004, ano 93.

RODRIGUES, João Gaspar. **Ministério Público resolutivo: um novo perfil institucional.** Porto Alegre: SAFE, 2012.

SÃO PAULO. **Manual Técnico de Fiscalização. Obras Públicas e Serviços de Engenharia.** Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Disponível em: < http://www.jacoby.pro.br/ManualTecnicoFiscalizacaoObrasPublicaseServicosdeEngenhariaTCM_SP.pdf>. Acesso em: 6 out. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos Direitos Sociais num contexto de crise. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica.** Porto Alegre: 2004, nº 2, 121-168.

SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA-MJ. **Doutrina Nacional de Inteligência de Segurança Pública.** Ministério da Justiça. Brasil, 2009.

**TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA:
A POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO NO CAMPO DA TUTELA
DO PATRIMÔNIO PÚBLICO**

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Patrimônio público, em sentido estrito, pode ser entendido como o conjunto dos bens públicos, móveis e imóveis, de uso comum e de uso especial, pertencentes à administração.

Bens públicos de uso comum são as praças, vias, avenidas e outros logradouros e equipamentos públicos de livre acesso e utilização por qualquer cidadão.

Bens públicos de uso especial são aqueles bens e equipamentos cujo uso se destina exclusivamente à administração, necessários à satisfação do interesse público primário e secundário.

O interesse público primário é o verdadeiro interesse a que se destina a administração pública, pois engloba o interesse de toda a coletividade à luz do princípio de sua supremacia sobre o interesse privado.

Interesse público secundário é o interesse patrimonial do Estado como pessoa civil. Esse interesse se manifesta, por exemplo, quando o Estado processa um particular para obter ressarcimento pelos danos causados em um veículo oficial em virtude de acidente de trânsito.

Já o conceito de patrimônio público, em sentido amplo, pode ser definido como a prática de atos do Poder Público com base nos princípios constitucionais norteadores da administração pública, que podem classificar-se como explícitos (legalidade, publicidade, impessoalidade, eficiência e moralidade pública) ou implícitos (a exemplo dos primados do concurso público, da licitação pública, da probidade administrativa, etc.).

2. O TRATAMENTO DOS CONFLITOS NA ÁREA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Antes de adentrar diretamente no mérito do presente tópico, é possível estabelecer, para fins didáticos, duas modalidades de tratamento de conflitos na área do patrimônio público, em razão da voluntariedade da parte interessada: uma resistida ou contenciosa, e outra consensual.

Para o tratamento resistido ou contencioso, o Ministério Público terá à sua disposição os instrumentos do inquérito civil público, da ação civil pública, do procedimento investigativo criminal (PIC), do inquérito policial (a cargo da autoridade policial), a ação penal e a denúncia.

Já para o tratamento consensual, o Ministério Público dispõe do termo de ajustamento de conduta (TAC), do acordo homologado judicialmente e da recomendação.

Nosso trabalho se restringirá ao tratamento consensual dos conflitos e ao termo de ajustamento de conduta (TAC).

2.1. Fundamentos do tratamento consensual de conflitos na área de patrimônio público

Embora os interesses referentes ao patrimônio público tenham natureza de direito indisponível, diversos fundamentos jurídicos, até mesmo constitucionais, além

das circunstâncias próprias do caso concreto, autorizam a celebração de TAC nessa matéria. Isso atende, não menos, à ideia de mitigação do princípio da legalidade, já que a prevalência do Estado Constitucional de Direito impõe não apenas a efetividade das normas constitucionais em detrimento das normas infraconstitucionais contrárias à Constituição, mas também a proclamação dos direitos fundamentais como medida de justiça em nome da dignidade da pessoa humana, enquanto pedra fundamental das políticas públicas e harmonia do ordenamento jurídico como um todo, em detrimento da aplicação indiscriminada das leis.

O primeiro caso de TAC celebrado pelo Ministério Público ficou conhecido como “Passarinhada do Embu”, em que ajustou o parcelamento de certa penalidade imposta por uma ação civil pública ao então prefeito de Embu (SP). O prefeito havia promovido uma festa com oferecimento de churrasco feito com 5.000 passarinhos da fauna local (MAZZILLI, p. 357).

Para Hans Kelsen, norma jurídica é o sentido de dever ser obrigatório contido no ato de vontade. Contudo, o Direito é a ciência do dever ser, e o trabalho do operador do Direito consiste exatamente em fazer a perfeita adequação do caso concreto a todo o complexo sistema jurídico de um Estado.

Nesse sentido, inicialmente, se a própria administração, pelo princípio da autotutela, pode revogar ou reformar seus próprios atos, o Ministério Público pode propor à administração, mediante a celebração do TAC, a adoção de medidas no âmbito de suas competências para a adequação da conduta da administração à lei, em sentido amplo.

Ademais, a conciliação encontra embasamento legal na própria Constituição Federal (art. 98, I), ao estatuir que a União, o Distrito Federal e os Territórios e os Estados criarão os juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a **conciliação**, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau.

Por sua vez, a Lei Federal nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) prevê expressamente a possibilidade de celebração de TAC em seu art. 5º, § 6º. Esse dispositivo foi introduzido pelo Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Processo Civil, em seu art. 277, também prevê a audiência de conciliação a fim de obter a composição das partes, mesmo após a instauração do processo.

O art. 211 do ECA prevê igualmente a celebração de TAC, ao estabelecer que os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.

A nossa Procuradoria Especializada na Tutela dos Interesses Difusos também preconiza a resolução consensual dos conflitos na área de interesses difusos antes do ajuizamento das ações civis públicas. Com essa medida, o órgão judicial levará em conta que o Ministério Público aforou a ação civil pública como instância final para a resolução do conflito de interesses.

Por fim, deve-se registrar que a busca de resolutividade na atuação do Ministério Público foi expressamente enfatizada pelo Procurador-Geral da República, em seu discurso de posse à frente do Ministério Público Federal.

Rodrigo Janot, eminente Procurador-Geral da República, afirmou que o Ministério Público deve ser um órgão rigoroso, porém não inflexível, prometendo maior diálogo entre o Ministério Público e as demais instituições públicas brasileiras, afirmando que “a predisposição pelo diálogo não significa a renúncia à missão constitucional”. “Ser firme não é ser inflexível”, explicou, acrescentando que irá defender a “interação institucional, sem abandonar a defesa da ordem jurídica”.

Com efeito, a conciliação na área do patrimônio público encontra fundamento no princípio da harmonia entre os Poderes da República, o que deve fazer os órgãos de execução do Ministério Público intuir a celebração de acordos, diante das circunstâncias peculiares do caso concreto, em nome da boa convivência entre os Poderes.

Em síntese, podem ser arrolados os seguintes fundamentos principais como pressupostos do TAC na área do patrimônio público:

- a. A possibilidade de mitigação do princípio da legalidade;
- b. O princípio da autotutela da administração;
- c. O princípio constitucional da conciliação (art. 98, I);
- d. A Lei da Ação Civil Pública (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85);
- e. O Código do Processo Civil (art. 277 do CPC);
- f. A orientação da Procuradoria Especializada em Interesses Difusos;
- g. A orientação da Procuradoria-Geral da República.

2.2. O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC)

O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) está expressamente previsto no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85.

Sua natureza jurídica é a de um título executivo extrajudicial, que, podemos dizer, foi homologado pelo Ministério Público.

Sua finalidade é a solução consensual e extrajudicial de conflitos em matéria de patrimônio público e outros interesses difusos e coletivos, normalmente tendo por objeto obrigações de fazer ou não fazer, reparação de dano, medidas compensatórias, etc.

No âmbito do patrimônio público, somente o Ministério Público tem legitimidade para tomar (esse é o termo utilizado pelo art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85) o compromisso de ajustamento de conduta dos interessados.

São legitimados passivos para a celebração do TAC qualquer pessoa ou órgão, público ou privado, cuja adequação da conduta à lei esteja compreendida no campo de atuação do Ministério Público.

Por adequação da conduta à lei entende-se o compromisso a ser assumido pelo órgão público ou privado compromissário, fixado no instrumento do TAC por intermédio de cláusulas

e condições peculiares ao caso concreto, de harmonizar a prática dos atos da administração aos ditames constitucionais e infraconstitucionais pertinentes à matéria.

As vantagens do TAC se manifestam na alta resolutividade das questões submetidas ao crivo do Ministério Público, diante da celeridade, da prevenção do dolo para futuras medidas judiciais e da publicidade que deverá ser conferida ao ato.

2.3. O TAC como instrumento de tratamento consensual de conflitos na área do patrimônio público: requisitos

Conforme já foi dito, é cabível a celebração de TAC em matéria de patrimônio público, notadamente diante da possibilidade de se atingir a satisfação dos interesses públicos com maior celeridade, uma vez que a sistemática processual brasileira, burocrática, lenta e complexa, favorece a perpetuação de demandas por longos anos, tornando a medida judicial pretendida inócua quando cabível a solução consensual dos conflitos.

Além disso, a possibilidade de permanecer com a espada de Dâmocles sobre a cabeça por anos a fio causa inquietação e desconforto para ambas as partes, visto que sempre poderá ocorrer uma decisão desfavorável, quer ao interesse público, quer ao próprio interesse privado em jogo.

Nesse sentido, o órgão de execução deverá apreciar, como pressuposto para a celebração do TAC, se no caso concreto estão presentes alguns requisitos mínimos que autorizam a celebração do ajustamento de conduta acerca de fato referente ao patrimônio público.

Inicialmente, deverá ser comprovada nos autos do inquérito civil público a inexistência de indícios de dolo ou má-fé que possam ter acoimado os fatos objeto da investigação ou que constituam lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público. Feito isso, fica configurado o primeiro pressuposto autorizador da celebração do TAC.

Outro requisito que deve estar presente no caso concreto é a certeza de que o vício que eventualmente acoime o ato da administração ostenta a natureza de mera irregularidade. Com efeito, tratando-se de mera irregularidade, sem evidências de dano ao erário ou enriquecimento ilícito, estará pavimentado o caminho para a celebração do TAC.

Inúmeros precedentes do STF e STJ reforçam a tese de que improbidade administrativa não se confunde com atos de mera irregularidade.

A Suprema Corte brasileira, por exemplo, no julgamento do Agravo de Instrumento (AI 851463), enfatizou que, não havendo prejuízo ao erário nem enriquecimento ilícito, não se configura o ato em improbidade prevista no art. 9º da Lei nº 8.429/92. Para a corte máxima da Justiça pátria, o enquadramento no art. 11 da Lei nº 8.429/92 prescinde da demonstração de desonestidade e má-fé, não se enquadrando o ato como improbidade quando também pode ser corrigido por procedimento próprio da administração pública, como no caso de dois cargos de assessor jurídico em municípios vizinhos, em que ficou comprovada a contraprestação satisfatória do agente público.

Aliás, se a mera irregularidade pudesse enquadrar-se como ato de improbidade administrativa, todas as autoridades administrativas contra as quais se movesse mandado de segurança seriam consideradas, em tese, agentes ímprobos.

O Estado brasileiro compreende mais de 5.800 municípios, dos quais a grande maioria com menos de 10.000 mil habitantes. Muitos administradores desses municípios, no afã de satisfazer determinado interesse público, podem cometer alguma irregularidade ou contrariar algum dispositivo legal sem a intenção preordenada de afrontar o princípio da legalidade, revestindo de uma mera irregularidade o ato acoimado de vício, o que autoriza a celebração do TAC para adequação à lei e à Constituição Federal.

Outro elemento importante que deve ser analisado antes da celebração do TAC em matéria de patrimônio público é a comprovação de que a medida é a melhor solução para satisfazer o interesse público.

Essa análise deve ser feita em cotejo entre o resultado que se busca alcançar por meio da medida proposta no TAC e o que poderia ser obtido por meio da ação judicial, tendo-se em consideração o tempo que uma eventual ação judicial levaria para alcançar uma decisão irreversível.

Como sabemos, o sistema judicial compõe-se de inúmeras engrenagens e subsistemas; desse modo, a avaliação de que as medidas propostas no TAC são as mais indicadas para o caso concreto deve levar isso em consideração.

Outrossim, o caso concreto que constituirá o objeto da investigação e do TAC não pode configurar ato de improbidade administrativa.

O primeiro juízo de valor acerca do enquadramento de determinado fato como ato de improbidade administrativa é competência do próprio Promotor de Justiça natural. É ele a primeira autoridade pública que, diante das circunstâncias e evidências reunidas durante a instrução do inquérito civil público, determinará, ao final das investigações, se houve ou não ato de improbidade administrativa naquele caso especial.

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) dispõe até mesmo que o Juiz, a qualquer tempo, tendo verificado que não se trata de ato de improbidade administrativa, extinguirá a ação. Ora, se o Juiz pode fazer este juízo, o Promotor de Justiça também pode, e o controle final de seu entendimento será feito pelo Conselho Superior do Ministério Público.

O fato é que o Promotor de Justiça, cujo nome do próprio cargo induz a convicção firme de que o titular agirá sempre em prol da justiça, deverá fazer a valoração do ato como primeiro órgão de controle externo da administração que teve contato com o fato, afigurando-se inadequado o aforamento de uma ação civil pública quando se encontrarem evidências de que não houve dolo, má-fé, enriquecimento ilícito ou de qualquer outro elemento que possa configurar o ato de improbidade administrativa.

Ainda que se trate de improbidade administrativa, é cabível a celebração de TAC para fins de ressarcimento de eventuais danos causados ao erário, para anulação do ato jurídico que

ensejou o ato acoimado de irregularidade e outras medidas. Obviamente, as demais sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92, sobretudo por se tratarem de direito indisponível, deverão ser submetidas ao crivo do Judiciário por meio da competente ação civil pública.

Em síntese, os principais requisitos que devem ser observados antes da celebração de TAC na área de patrimônio público são:

- a. Resolutividade da atuação ministerial extrajudicial;
- b. Inexistência de indícios de dolo ou má-fé;
- c. Mera irregularidade do ato administrativo;
- d. Comprovação de que os compromissos assumidos no TAC são a melhor solução para o interesse público tutelado;
- e. Não se tratar de cominação ou substituição de sanções por improbidade administrativa;
- f. Possibilidade de recomposição dos danos eventualmente causados ao erário, sem prejuízo da ação competente para cominação das sanções legais por ato de improbidade administrativa.

2.4. TAC: cláusulas imprescindíveis

Além das cláusulas vinculadas diretamente ao mérito da questão que se pretende solucionar com a celebração do TAC, será necessário que nele constem algumas cláusulas imprescindíveis.

Inicialmente, é mister que haja cláusula que estabeleça o prazo para cumprimento dos compromissos assumidos, assim como, se for o caso, as quantidades e percentuais qualitativos do objeto central do TAC a ser celebrado.

Em segundo lugar, devem ser inseridas cláusulas acerca das sanções pelo eventual inadimplemento das obrigações pactuadas, podendo ser fixadas com base no inadimplemento do prazo ou na quantidade de itens descumpridos.

As sanções cominadas deverão ser cumulativas. Ademais, é necessário que seja fixado o critério financeiro (índice) de correção monetária e juros das penalidades cominadas.

O montante das penalidades há de ser destinado prioritariamente ao Fundo Especial do Ministério Público de Minas Gerais (FUNEMP), regulado pela LC nº 80/04.

Em terceiro lugar, é preciso que esteja prevista no TAC cláusula que estabeleça que o eventual pagamento das penalidades não exonerará o compromissário do cumprimento das obrigações principais, podendo ainda configurar ato de improbidade administrativa.

É indispensável também que haja cláusula segundo a qual, além do órgão público ou privado compromissário, o próprio agente público signatário fique sujeito a todas as cláusulas e condições do instrumento, respondendo por ato de improbidade administrativa em caso de descumprimento injustificado do compromisso.

O descumprimento injustificado do TAC pode ocorrer por circunstâncias alheias à vontade do agente, por fato do príncipe ou por qualquer outro motivo imprevisível que impeça o compromissário de adimplir todas as cláusulas e

condições estabelecidas no acordo.

Finalmente, deverá haver no TAC cláusula que preveja o ressarcimento do Ministério Público pelas eventuais despesas expendidas com a realização de perícia pelo CEAT, com base na certidão competente exarada pelo órgão técnico do Ministério Público.

Em síntese, são cláusulas imprescindíveis ao TAC, além daquelas associadas a seu objeto principal:

- a. Prazo e/ou quantidades;
- b. Sanções pecuniárias para o caso de inadimplemento;
- c. Correção monetária das penalidades;
- d. Obrigação de cumprir o compromisso principal, independentemente do pagamento das multas;
- e. Advertência de que o descumprimento injustificado pode acarretar responsabilidade por ato de improbidade administrativa;
- f. Ressarcimento das despesas decorrentes da perícia eventualmente realizada pelo CEAT;
- g. Destinação do montante das sanções pecuniárias ao FUNEMP (LC 80/04);
- h. Vinculação do agente público signatário do TAC a todas as suas cláusulas e condições.

2.5. TAC: oportunidade da transação

Assim como em qualquer área dos direitos difusos e coletivos, a celebração de TAC em matéria de patrimônio público pode ser efetuada durante a tramitação do inquérito civil público, da ação civil pública ou durante a própria execução da sentença.

Se o TAC for celebrado durante a ação civil pública ou durante a execução da sentença, é necessário submetê-lo à homologação judicial.

Eventualmente, as cláusulas pactuadas em um TAC podem ser repactuadas, caso as condições do acordo original, por circunstâncias alheias à vontade da administração ou do agente público, se tornem de difícil ou impossível cumprimento.

A título de ilustração, citemos o exemplo hipotético de um TAC celebrado para demissão de servidores de certo órgão público, admitidos sem concurso público. Durante o prazo fixado no ajuste, a administração decidiu extinguir o órgão administrativo envolvido (uma autarquia, por exemplo), mas a lei encontra-se em tramitação e não será possível cumprir o compromisso original de demitir os servidores públicos dentro do prazo fixado, sob pena de descontinuidade do serviço público. Neste caso, podem as multas ser executadas, e os prazos e outras condições do acordo repactuados.

Em síntese, o TAC pode ser celebrado nos seguintes momentos:

- a. Durante a tramitação do inquérito civil público;
- b. Durante a tramitação de ação civil pública;
- c. Durante a vigência do próprio TAC – repactuação em virtude de superveniência de fato imprevisível.

3. TAC: CASOS CONCRETOS NA ÁREA DE PATRIMÔNIO PÚBLICO

A título de ilustração, podemos citar os seguintes casos em que seria possível a celebração de TAC, desde que presentes os requisitos mínimos mencionados anteriormente.

3.1. Questões acerca de concurso público

São comuns irregularidades passíveis de correção pelo TAC em concursos públicos: cláusulas restritivas da competição, erros na correção das questões das provas e até mesmo suspeita de fraude.

A suspeita de fraude, quando se tratar de caso isolado, em que são identificados os possíveis autores da fraude (como vazamento de gabarito), pode ser corrigida por meio de TAC, sobretudo quando ficar comprovado que os demais candidatos agiram de boa-fé. Essa possibilidade de correção por TAC se justifica em razão de que um dos maiores fornecedores de vagas de trabalho no Brasil é a própria administração pública. Muitos candidatos dedicam a vida toda a obter uma vaga no serviço público, de modo que a anulação total do certame, por causa de uns poucos infratores, seria extremamente injusta.

Com o auxílio de investigações criminais, quebras de sigilo e outras diligências, pode-se comprovar concretamente que os fatos que acoimam o certame estão restritos aos infratores, de modo que a exclusão deles por meio de TAC, ou mesmo de recomendação, atenderá plenamente o interesse público.

3.2. Questões acerca de processos licitatórios

Outra área em que são comuns irregularidades que podem ser corrigidas por TAC é a área de licitação pública.

Essa correção se dará muitas vezes por meio da exclusão de cláusulas restritivas e/ou anulação das fases do certame acoimadas de vício.

Diferentemente, porém, do concurso público, a simples exclusão do licitante infrator não solucionará o problema, pois normalmente o número de licitantes é muito pequeno, sendo necessária a anulação da licitação pública inteira para a correção do erro.

3.3. Dispensa de servidores admitidos sem concurso público

Apesar da Súmula Vinculante Nº 13 do STF, que pacificou a questão do nepotismo no Brasil, ainda é comum servidores exercerem funções na administração pública sem que tenham se submetido ao critério democrático e republicano do concurso público previsto no art. 37, I e II, da Constituição Federal.

A possibilidade de solucionar o problema mediante TAC decorre, sobretudo, da circunstância de que essa situação de servidores sem concurso público, no caso concreto, atravessou diversas administrações, não sendo possível precisar exatamente quando começou a admissão de servidores sem concurso nesta ou naquela administração pública.

O TAC deverá fixar cláusulas que assegurem a continuidade do serviço público, razão pela qual nele não deve constar a demissão em massa de todos os servidores sem concurso.

Para tanto, é preciso fixar diversos marcos, normalmente no prazo total de 2 anos, para a demissão paulatina dos servidores em situação irregular. Assim, por exemplo, a cada 6 meses poderiam ser demitidos 25% dos servidores em situação irregular.

Entretanto, deve constar no mesmo TAC o prazo para a realização de concurso e a substituição proporcional dos servidores irregulares por candidatos devidamente aprovados em concurso público.

3.4. Verba de gabinete de parlamentares

A verba de gabinete parlamentar, em que pesem as discussões sobre sua legitimidade e constitucionalidade, permanece no ordenamento jurídico brasileiro de modo simétrico em todos os níveis do parlamento nacional.

Não obstante, mostra-se cabível o controle do Ministério Público das espécies de despesas que podem ser realizadas na rubrica dessas verbas, pois, conquanto previstas nos atos normativos que as regulam, eventualmente é possível que não estejam diretamente harmonizadas, em quantidade e qualidade, com a atividade parlamentar.

Nesses casos, após a comprovação de inocorrência de dolo ou má-fé ou de qualquer outro desvio, o TAC apresenta-se como instrumento conveniente para readequar as modalidades de despesas de gabinete que poderiam ser cobertas com a aludida verba de gabinete parlamentar.

A título de ilustração, eis algumas desconformidades com os princípios constitucionais da administração pública (art. 37, *caput*, da CF), quanto ao quesito da verba de gabinete parlamentar:

a. A quantidade de combustível financiado pela verba de gabinete deve ser adequada à dimensão territorial do município. Seria injustificável à luz da razoabilidade, por exemplo, gastar até 400 litros de combustível por mês, em comparação com o perímetro territorial do município.

b. O montante de despesas com telefonia celular, material gráfico, reparação de veículos, postagem nos correios, assinatura de periódicos, alimentação, etc., em desconformidade com o princípio da razoabilidade.

c. A não exigência de documentação fiscal idônea para comprovar as despesas, ou seja, o documento fiscal que possibilite o ressarcimento da despesa deve ser aquele devidamente autorizado pelo órgão tributário competente. Assim, se a despesa foi efetuada para a aquisição de um serviço, o documento fiscal idôneo, por via de regra, será a nota fiscal emitida pelo contribuinte municipal, desde que devidamente autorizada pela Secretaria Municipal da Fazenda competente. Se a despesa foi realizada para a aquisição de um produto ou mercadoria, o documento fiscal idôneo será a nota fiscal emitida pelo contribuinte de ICMS, devidamente autorizada pela Secretaria Estadual da Fazenda.

Portanto, a chamada “notinha de padaria”, “nota branca”, “recibo” ou assemelhados não valem para a comprovação de despesa; somente comprovará a despesa a nota fiscal devidamente autorizada pelo fisco competente.

3.5. Transporte coletivo e individual de passageiros

À luz da Constituição Federal (art. 175), incumbe ao Poder Público, na forma da lei, a prestação de serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre mediante licitação.

Por sua vez, a Lei Federal nº 8.987/95 foi introduzida no ordenamento jurídico para dispor sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal.

Em que pese já se terem passado vinte anos da vigência da Lei nº 8.987/95 e mais de vinte cinco anos da promulgação da Constituição Federal, ainda é muito frequente, principalmente no âmbito da administração municipal, a permanência de concessionários e/ou permissionários de serviço de transporte coletivo e individual de passageiros, sem terem sido submetidos ao devido processo licitatório, conforme determina o art. 175 da CF.

Nesses casos, convém a celebração de TAC para reparar completamente a irregularidade, sendo necessário, como já foi dito, cuidar que se comprove a eventual inocorrência de dolo ou má-fé.

Outro cuidado que se deve observar é a previsão de cláusula que fixe prazo razoável para a realização do procedimento licitatório e consequente substituição dos permissionários e/ou concessionários em situação irregular por aqueles devidamente aprovados no competente processo licitatório. Nesse caso, os serviços prestados pelos concessionários ou permissionários em situação irregular devem permanecer para atender ao princípio da continuidade do serviço público.

4. CONCLUSÃO

As idéias aqui enunciadas são meras propostas de atuação para o órgão de execução que está encarregado da tutela do patrimônio público; não possuem, pois, caráter vinculativo, em respeito ao princípio constitucional da independência funcional do membro do Ministério Público.

O maior apanágio de ocupar o honroso cargo de Promotor de Justiça é a competência que se traduz no poder-dever de decidir concretamente, e com base no princípio da livre convicção, qual é a medida mais adequada para enfrentar este ou aquele caso em que esteja presente o interesse difuso ou coletivo tutelado. Essa prerrogativa, com efeito, é indelegável e pertencente exclusivamente ao Promotor de Justiça natural (art. 5º, LIII, e art. 127 da CF).

Além disso, o Ministério Público, embora seja parte no exercício de suas atribuições, é parte especialíssima, cuja atuação se caracteriza pela isenção e pela justiça na defesa dos interesses difusos e coletivos em nome próprio, que tem o privilégio de atuar não como mero espectador, mas como protagonista na tutela do patrimônio público e de outros interesses difusos e coletivos, podendo agir de ofício ou por provocação e decidir, ao final, acerca da melhor solução para o atendimento do interesse público lesado ou ameaçado de lesão, enquanto cabe ao Conselho Superior do Ministério Público (CSMP) o controle administrativo final das decisões dos órgãos de execução.

Neste contexto, o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) constitui um importante instrumento de solução dos conflitos na área do patrimônio público e de outros interesses difusos e coletivos, não só pode como deve ser empregado pelo Curador do Patrimônio Público para alcançar uma atuação ministerial mais resolutiva no âmbito de suas atribuições, o que significa muito mais eficiente e eficaz para os anseios da sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 5 fev. 2015.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm> Acesso em: 5 fev. 2015.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em: 5 fev. 2015.

_____. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm> Acesso em: 5 fev. 2015.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm> Acesso em: 5 fev. 2015.

_____. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm> Acesso em: 5 fev. 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Res. CNMP nº 23, de 17 de setembro de 2007. Regulamenta os artigos 6º, inciso VII, e 7º, inciso I, da Lei Complementar nº 75/93 e os artigos 25, inciso IV, e 26, inciso I, da Lei nº 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do inquérito civil. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Normas/Resolucoes/resolucao_23_alterada_pela_59_10.pdf> Acesso em: 5 fev. 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.



Nota Jurídica n.º 22/2014

Nota Jurídica n.º 22/2014

Ementa: Direito Administrativo. Serviço de policiamento militar preventivo em eventos privados abertos ao público como medida de Segurança Pública. Atribuição da Polícia Militar. Imprescindibilidade de segurança privada como supletiva à da Polícia Militar. Requisito para expedição do alvará de liberação do evento.

1. RELATÓRIO

Trata-se de consulta na qual se solicita parecer sobre a possibilidade de a Polícia Militar realizar policiamento preventivo em eventos privados.

Em resposta à consulta, apresentamos as seguintes considerações.

2. FUNDAMENTAÇÃO

De indubitável certeza, o direito fundamental e universal à segurança é positivado desde 1776 com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que em seu artigo 2º assim dispôs:

Art.2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a **segurança** e a resistência à opressão.

Desde então, o direito à segurança esteve presente dentre os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à propriedade, à saúde, educação e tantos outros.

Sempre presente nos Textos Constitucionais Brasileiros, o direito à segurança pública está expresso na atual Carta Constitucional de maneira expressa em seu Preâmbulo e nos arts. 5º, 6º e art.144, como dever do Estado, direito do cidadão e de responsabilidade de todos.

Sendo dever do Estado, a segurança pública é serviço público essencial e sua atribuição, no atual Pacto Federativo, é de todos os entes estatais, havendo, no entanto, uma divisão bem delimitada e estanque dessas atribuições.

Assim é que o art.144 da CF/88, dentro do Capítulo III do Título V, intitulado “*Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas*”, dispõe que a segurança pública - dever do Estado e direito e responsabilidade de todos - será exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, estabelecendo a citada divisão de atribuição entre União, Estados e Municípios.

Importante ressaltar que a manutenção da ordem pública não é um fim em si mesma, através dela está se assegurando o direito à segurança pública, que nada mais é que o direito fundamental que os cidadãos e a sociedade possuem de se sentirem protegidos, interna e externamente, em decorrência das políticas públicas de segurança pública praticadas pelo Estado e de sua prestação adequada.

Nesse sentido, o serviço público à segurança pública é devido a todos os cidadãos indistintamente, ainda que

solicitada, por particular, para a preservação da ordem pública em evento privado, mas aberto ao público mediante o pagamento de ingressos e congêneres.

Tanto assim o é que o Supremo Tribunal Federal, em jurisprudência consolidada há mais de 20 anos, julgou inconstitucional diversas leis estaduais, oportunamente levadas à apreciação da Corte, que instituíram as chamadas “taxas de segurança pública”.

Referidas taxas foram instituídas, equivocadamente, como forma de pagamento pelos serviços prestados pelos Órgãos de Segurança Pública local, mormente quando acionados por particulares para a sua segurança ou de terceiros.

Nesse sentido, o STF considerou inconstitucional a criação da taxa, por ser a segurança pública um serviço *uti universi*, portanto, indivisível e não específico e podendo ser custeado apenas por recursos provenientes de impostos.

Vejamos o que diz alguns julgados:

EMENTA - Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art.2º e Tabela V, ambos da Lei 6.010, de 27 de dezembro de 1996, do Estado do Pará. Medida Liminar.

Em face do artigo 144, ‘caput’. Inciso V e parágrafo 5º, da Constituição, sendo a segurança pública, dever do Estado e direito de todos, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através, entre outras, da polícia militar, essa atividade do Estado só pode ser sustentada pelos impostos, e não por taxa, se for solicitada por particular para a sua segurança ou para a de terceiros, a título preventivo, ainda quando essa necessidade decorra de evento aberto ao público.

Ademais, o fato gerador da taxa em questão não caracteriza sequer taxa em razão do exercício do poder de polícia, mas taxa pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos efetivos e divisíveis, o que, em exame compatível com pedido liminar, não é admissível em se tratando de segurança pública.

Ocorrência do requisito da conveniência para a concessão da liminar. ¹ (grifamos)

EMENTA - Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Lei nº 13.084, de 29/12/2000, do Estado do Ceará. Instituição de taxa de serviços prestados por órgãos de Segurança Pública. 3.Atividade que somente pode ser sustentada por impostos. Precedentes. 4. Ação julgada procedente.²

Cabível trazer à colação parte do voto do Ministro Gilmar Mendes, relator da ADI 2424 -8, cuja ementa acima foi transcrita.

Em referido voto, o Eminentíssimo Ministro Relator assim dispôs:

Também em relação à modalidade de contra-prestação pelo exercício do poder de polícia, não há como preservar o modelo legislativo cearense. É que, como anota o parecer o parecer da Procuradoria-Geral da República, ‘não se pode conceber a instituição de taxa que tenha por fundamento o poder de polícia exercido por órgãos da Administração compreendidos na noção de segurança pública, reitere-se, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, [...]’

1 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.942 – Relator Ministro Moreira Alves – DJ 22/10/2002.

2 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2424-8 – Relator Ministro Gilmar Mendes – DJ 01/04/2004.

exercida a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e patrimônio, a teor do art.144, caput, do Estatuto Fundamental. (grifamos)

Ainda no mesmo sentido, os seguintes julgados do STF:

EMENTAS: 1. TRIBUTO. Taxa de Segurança Pública. É inconstitucional a taxa que tenha por fato gerador a prestação de serviço de segurança pública, ainda que requisitada por particular. Serviço Público indivisível e não específico. Agravo regimental improvido. Precedentes. Dado seu caráter *uti universi*, o serviço de segurança pública não é passível de ser remunerado mediante taxa, atividade que só pode ser sustentada pelos impostos.³

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVOS REGIMENTAIS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TAXA DE SEGURANÇA PÚBLICA. ADI ESTADUAL. LEI ESTADUAL 6.763/75, MODIFICADA PELA LEI ESTADUAL 12.425/96. POLÍCIA OSTENSIVA. EVENTOS. REUNIÃO OU AGLOMERAÇÃO DE PESSOAS. INCONSTITUCIONALIDADE. ADIs 1.942-MC/PA E 2.424/CE.

1. Impossibilidade de cobrança de taxa de segurança pública de eventos abertos ao público, ainda que tal serviço seja solicitado por particular para a sua segurança ou para a de terceiros. Visto que incumbe ao Estado prestá-la a toda a população, essa atividade somente pode ser sustentada por imposto. Precedentes. 2. Agravos regimentais a que se nega provimento. (grifamos)

Veja que a jurisprudência do STF transcrita é uníssona no entendimento da inconstitucionalidade de lei que institua a cobrança de taxa para a prestação de serviços de segurança pública quando requisitada por particular, seja para sua segurança, seja para a de terceiro, mesmo em eventos abertos ao público, tendo em vista, repita-se, tratar-se a segurança pública de serviço público devido pelo Estado e direito de todos os cidadãos.

Mutatis mutandis, se é inconstitucional a cobrança de taxa para a prestação dos serviços públicos em comento, quando requisitado por particular, é porque sua prestação é devida pelo Poder Público independentemente do pagamento, podendo incorrer em responsabilidade civil a omissão policial que por ventura venha causar danos aos administrados.

Assim, a polícia preventiva é uma “função ativa espontânea, que a Administração Pública delibera e executa a deliberação, independente de solicitação de quem quer que seja.”⁴ E o Estado tem de exercê-la, sob pena de faltar a seus deveres.

Nesse contexto, à Polícia Militar, um dos órgãos responsáveis pela proteção do direito fundamental à segurança pública, foi atribuída a função de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, nos termos do §5º do citado artigo 144 da CF/88.

Tendo, pois, por finalidade, a preservação da ordem pública, a Polícia Militar não apenas é responsável pela repressão ao crime, como também à sua prevenção, atuando no sentido de evitar que o delito ocorra.

O Decreto-Lei nº 667/69, que trata da reorganização da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros, tacitamente recepcionado pela CF/88, determina expressamente em seu art.3º, alínea “b” a atuação preventiva da Polícia Militar, vejamos:

Art. 3º - Instituídas para a manutenção da ordem pública e segurança interna nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, compete às Polícias Militares, no âmbito de suas respectivas jurisdições.

a) executar com exclusividade, ressalvas as missões peculiares das Forças Armadas, o policiamento ostensivo, fardado, planejado pela autoridade competente, a fim de assegurar o cumprimento da lei, a manutenção da ordem pública e o exercício dos poderes constituídos;

b) atuar de maneira preventiva, como força de dissuasão, em locais ou áreas específicas, onde se presume ser possível a perturbação da ordem;

Enquanto a alínea “a” prevê o policiamento ostensivo, pela sua presença e pela demonstração de força, com fins de, dentre outros, manutenção da ordem pública, a alínea “b” atribui à Polícia Militar a atuação preventiva, buscando também, através da dissuasão, a manutenção da ordem pública em locais ou áreas onde se presume uma possível perturbação dessa ordem.

Também prescreve a legislação acima citada que a execução do policiamento ostensivo - e por extensão também o policiamento preventivo - será planejado pela autoridade competente, qual seja, o Comandante da Polícia Militar em questão.

Portanto, ao Comandante da Polícia Militar de dada localidade, caberá o papel de gestor de sua unidade, estabelecendo estratégias de emprego eficiente dos seus recursos para alcançar os objetivos de uma boa administração policial, e, ao fim, a realização do objetivo para o qual existe a atividade policial que é a prestação do serviço de segurança pública.

Assim, quando a Polícia Militar desloca um efetivo de policiais para fins de atuação preventiva “em locais ou áreas onde se presume uma possível perturbação” da ordem pública, ainda que mencionado local seja privado, como eventos abertos ao público, Estádios de Futebol e etc, estará apenas cumprindo seu dever constitucional de mantenedor da ordem pública enquanto instrumento do Estado para a execução do serviço público de segurança pública.

Entender que tal prestação de serviço caracteriza dano ao patrimônio público e enseja locupletamento ilícito do particular e que, por isso, não deve ser realizada pela Polícia Militar, é fazer uma interpretação equivocada do Texto Constitucional, além de caracterizar uma atuação temerária ante a possibilidade da ocorrência de incidentes graves, cuja ocorrência poderia ser evitada caso o Estado ali estivesse empregando seu Poder de Polícia.

Não obstante a necessária presença da Polícia Militar em eventos privados abertos ao público - ainda que mediante pagamento de ingressos, etc -, a produtora de referido evento também é responsável pela segurança de seu público, em similitude ao disposto no art. 14 da Lei nº 10.671/2003, conhecido como Estatuto do Torcedor, que também atribui

3 AG.REG. no Recurso Extraordinário nº 536.639 – Relator Ministro Cezar Peluso.

4 MASSAGÃO, Mário. Curso de Direito Administrativo. Tomo I. São Paulo, Editora Max Limonad, 1959. p.52.

a responsabilidade pela segurança do torcedor de evento esportivo à entidade da prática desportiva detentora do mando de campo.

Art. 14. Sem prejuízo do disposto nos arts. 12 a 14 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, a responsabilidade pela segurança do torcedor em evento esportivo é da entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo e de seus dirigentes, que deverão:

I – solicitar ao Poder Público competente a presença de agentes públicos de segurança, devidamente identificados, responsáveis pela segurança dos torcedores dentro e fora dos estádios e demais locais de realização de eventos esportivos;

II - informar imediatamente após a decisão acerca da realização da partida, dentre outros, aos órgãos públicos de segurança, transporte e higiene, os dados necessários à segurança da partida, especialmente:

- a) o local;
- b) o horário de abertura do estádio;
- c) a capacidade de público do estádio; e
- d) a expectativa de público;

Também o artigo 17 do mencionado Estatuto do Torcedor prevê o direito à segurança do torcedor, devendo ser realizado plano de ação com a presença, inclusive, dos órgãos de segurança pública.

Art.17. É direito do torcedor a implementação de planos de ação referentes a segurança, transporte e contingências que possam ocorrer durante a realização de eventos esportivos. § 1º Os planos de ação de que trata o caput serão elaborados pela entidade responsável pela organização da competição, com a participação das entidades de prática desportiva que a disputarão e dos órgãos responsáveis pela segurança pública, transporte e demais contingências que possam ocorrer, das localidades em que se realizarão as partidas da competição.

Portanto, assim como nos eventos esportivos realizados em estádios de futebol, também nos eventos em propriedade particular, mas abertos ao público, o dever – poder do Estado de prestar segurança pública estará presente.

Não obstante a presença da Polícia Militar em eventos privados abertos ao público, como requisito para a liberação do alvará de funcionamento, a produtora do evento deverá contratar equipe de segurança particular em número compatível com o tamanho do evento. Ressaltando, porém, que a segurança particular é apenas supletiva e complementar à segurança prestada pelo Poder Público, nunca substituta dessa última.

Importante exemplo para trazer à baila do que pode ocorrer quando a Polícia Militar se exime de sua função de mantenedora da segurança pública, sob a alegação de que não o deve fazer em locais privados, foi o tumulto generalizado ocorrido em dezembro de 2013, entre torcedores de futebol em uma partida ocorrida no estádio da cidade de Joinville/SC.

Na ocasião, a Polícia Militar de Santa Catarina deliberou por efetuar a segurança pública preventiva apenas nos arredores do estádio de futebol, deixando a segurança interna do estádio sob a responsabilidade de segurança privada.

Referido acontecimento, ainda que não tenha ocorrido vítimas fatais, mostra o quanto a presença do Estado,

através de seu Poder de Polícia, pelo policiamento ostensivo e preventivo, é primordial e indispensável para a segurança e integridade dos cidadãos, seja em locais públicos, seja em locais privados abertos ao público.

3. CONCLUSÃO

A vista do exposto, o entendimento do CAO – Patrimônio Público é no sentido de que a segurança pública em eventos privados e abertos ao público, ainda que com o pagamento de ingresso, é competência da Polícia Militar, através de estratégias de segurança pública estabelecida pela própria PM.

Não obstante, como também é de responsabilidade do produtor do evento a segurança de seu público, ele também deverá contratar serviços de segurança privada em quantitativo adequado ao tamanho do evento como condição para a liberação do alvará de funcionamento.

Citando parte do artigo intitulado “A Questão da Segurança Pública nos Eventos Desportivos e a Responsabilidade do Estado”, escrito pelo Cel. PM ref. Wilson Odirley Valla em razão de tumulto generalizado ocorrido em Santa Catarina, conforme aqui já mencionado, “mesmo em se tratando de evento de natureza particular, o espetáculo passa a ser assunto de segurança pública a partir da reunião de milhares de pessoas que, de repente, atingem um ponto sem retorno, explodindo em comportamentos violentos. Isso, portanto, não é problema de alcance e nem atividade a ser exercida por segurança particular. Pensar de forma diferente é assumir, publicamente, a responsabilidade objetiva da culpa”.

Sendo essas as considerações para o momento, nos colocamos à disposição.

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2014.

Leonardo Duque Barbabela

Promotor de Justiça
Coordenador do CAOPP

Patrícia Rodrigues da Costa

Analista do Ministério Público



Nota jurídica nº 20/2014

Nota jurídica nº 20/2014

Ementa: Verba indenizatória - instituição - ato normativo adequado - despesas acobertadas - comprovação por documento fiscal idôneo - Vereador - impossibilidade de manutenção de gabinete fora da Câmara Municipal - aquisição de recursos para os gabinetes de modo global pelo Presidente da Casa Legislativa - fixação de limite orçamentário máximo para gastos dos gabinetes parlamentares.

1. RELATÓRIO

Trata-se de consulta na qual se solicitam informações acerca da legalidade do pagamento de verba indenizatória aos Vereadores para ressarcir despesas suportadas pelos parlamentares no exercício de suas atividades funcionais.

Em resposta à consulta, apresentamos as seguintes considerações.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Da previsão constitucional da verba indenizatória e do ato normativo adequado à sua instituição

Inicialmente, cabe diferenciar parcela remuneratória e parcela indenizatória. A primeira, por seu caráter retributivo e alimentar, associa-se à subsistência do agente e de seus dependentes, representando o valor recebido pela prestação de uma atividade ou serviço. Tem natureza contínua, regular. A segunda, de caráter meramente ressarcitório, visa compensar uma redução do patrimônio jurídico do agente sofrida em razão do exercício de funções próprias da posição pública ocupada. Tem natureza eventual, não regular.

Assim, enquanto a parcela remuneratória pressupõe relação direta com a realização de uma atividade, ou seja, é a contraprestação ao trabalho efetuado, a parcela indenizatória resgata os gastos eventualmente feitos pelo agente político no exercício de suas atribuições e em detrimento de seu patrimônio jurídico, os quais devem ser arcados pelo poder público e, como tal, devidamente ressarcíveis ao parlamentar.

A remuneração dos agentes políticos, em regra, dá-se por meio de subsídio, que é pago em parcela única, conforme dispõe o § 4º do art. 39 da Constituição da República:

Art. 39. [...]

§ 4º O membro de poder, o detentor de mandato eletivo, os ministros de Estado e os secretários estaduais e municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI. (redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

No entanto, há a possibilidade de pagamento de verba indenizatória em favor de parlamentares, em parcela destacada do subsídio único estabelecido pelo §4º do art. 39 da CR/88, a qual se destina a recompor despesas extraordinárias assumidas pelo agente político no exercício

de suas atividades parlamentares. A finalidade de sua instituição é ressarcir-lo de despesas excepcionais feitas em decorrência do exercício de função pública, sob pena de locupletamento ilícito do Estado frente ao agente público, nos termos do §11, do artigo 37, da CF, *verbis*:

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

[...]

§ 11. Não serão computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput deste artigo, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

O citado entendimento guarda consonância com o do Supremo Tribunal Federal, qual seja, que a referida verba “não tem conteúdo remuneratório, mas indenizatório, já que se destina a cobrir despesas do parlamentar em exercício com a administração de seu próprio gabinete” (RE 204143 - RN, Rel. Ministro Octávio Gallotti).

Gize-se que, nos termos da Consulta n. 725.867, do TCEMG, da relatoria do Conselheiro Eduardo Carone, ficou assentado que o recebimento de parcelas indenizatórias pelos agentes públicos remunerados por regime de subsídios somente será possível quando estes tenham que realizar despesas que não são típicas das funções que legitimam o referido subsídio, atividades excedentes e que demandam gastos extras, sempre que ocorrentes, pagos mediante prestação de contas. Tal interpretação é decorrência do princípio da moralidade - art. 37 - de modo que a Administração Pública não venha a locupletar-se ao exigir de agente político que custeie, com seu subsídio, despesa extra, decorrente de fatores que não foram considerados ao se estabelecer o denominado subsídio único.

A questão que se coloca é qual seria o ato normativo adequado para dispor sobre a verba indenizatória.

No que se refere ao sistema remuneratório dos agentes políticos municipais, o artigo 29, inciso VI, da Constituição da República, dispensou regramento específico:

[...] VI - subsídio dos Vereadores fixado por lei de iniciativa da Câmara Municipal, na razão de, no máximo, setenta e cinco por cento daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Estaduais, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 57, § 7º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda constitucional nº 19, de 1998)

Da análise das sucessivas emendas reformadoras do artigo 29, em especial nos incisos V e VI, verifica-se que a intenção do poder constituinte derivado foi a de suprimir a exigência de lei em sentido estrito como única norma apta a fixar os subsídios dos edis, autorizando, por conseguinte, a utilização de resolução ou decreto legislativo para o mesmo fim, desde que aprovados pelo Plenário da Casa Legislativa, e não apenas pelos membros da Mesa da Câmara Municipal.

Recente decisão do E. Tribunal de Justiça Mineiro corrobora esse entendimento:

CONSTITUCIONAL - APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CÂMARA MUNICIPAL DE VIÇOSA - SUBSÍDIOS DOS VEREADORES - FIXAÇÃO POR LEI OU RESOLUÇÃO - EMENDA

CONSTITUCIONAL Nº. 25/2000 - CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 29, INCISO VI) - NOVA REDAÇÃO - RESOLUÇÃO - POSSIBILIDADE - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº. 1.0625.08.077163-1/002 - ENTENDIMENTO DA CORTE SUPERIOR DESTE TJMG.

- “A EC 25/2000 deu nova redação ao inciso VI do artigo 29, da Constituição Federal, suprimindo, do seu texto, a exigência de lei para a fixação do subsídio de vereadores, pois entendimento outro impor-lhe-ia inocuidade, atributo que não condiz com a técnica legislativa. Não pode o intérprete, ante tamanha clareza, impor amarras à efetividade normativa, desvirtuando a cogência do seu comando. É, pois, legítima a fixação do subsídio dos vereadores pela Câmaras Municipais, mediante resolução (e não por lei de sua iniciativa)”. (Arg Inconstitucionalidade 1.0625.08.077163-1/002, Relator(a): Des.(a) Caetano Levi Lopes, Relator(a) para o acórdão: Des.(a) Nepomuceno Silva, CORTE SUPERIOR, julgamento em 10/03/2010, publicação da súmula em 30/07/2010)

- Recurso provido. (TJMG - Apelação Cível 1.0713.09.093818-2/001, Relator(a): Des.(a) Heloisa Combat, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/09/2013, publicação da súmula em 01/10/2013)

da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; (redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...]

XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

A separação dos poderes consubstancia princípio fundamental da organização do Estado Brasileiro. Como decorrência desse princípio, a Constituição da República estabelece que compete privativamente à respectiva Casa Legislativa dispor sobre matérias atinentes à sua organização e funcionamento.

Ora, o pagamento de verbas indenizatórias aos agentes políticos do Poder Legislativo insere-se, justamente, no âmbito da organização e do funcionamento do Parlamento, pois nada mais é do que o ressarcimento de dispêndios extraordinários realizados pelo agente político em razão de sua atuação parlamentar. Logo, a regulação da matéria compete privativamente à Casa Legislativa.

Os dispositivos constitucionais anteriormente citados possuem o objetivo de demarcar o campo específico de atuação privativa do Poder Legislativo. Embora existam algumas divergências sobre a matéria, impõe-se a sua aplicação por simetria aos Poderes Legislativos estaduais e municipais.

Em geral, os atos normativos utilizados para a materialização da competência privativa da Câmara Municipal são a Resolução e o Decreto Legislativo. Não há uma disciplina rígida a respeito de quando e como se utilizar de alguma daquelas espécies normativas.

Costuma-se diferenciá-los, sem qualquer rigor científico, em razão dos seus efeitos, atribuindo-se ao Decreto Legislativo a função de disciplinar matérias que produzam efeitos externos, e à Resolução, efeitos internos.

No âmbito municipal, percebe-se o uso indistinto do Decreto Legislativo e da Resolução, muitas vezes sendo utilizada esta última indiscriminadamente para todos os assuntos privativos da edilidade.

De qualquer modo, não há qualquer prejuízo, vez que inexistente hierarquia entre tais espécies normativas, havendo apenas âmbitos diversos de normatização. À Lei Orgânica do Município é que cabe minudenciar o uso de cada uma.

Hely Lopes Meirelles², sobre o conceito de Resolução, escreve:

Resolução é a deliberação do plenário sobre matéria de sua exclusiva competência e de interesse interno da Câmara, promulgada por seu presidente. Não é lei, nem simples ato administrativo: é deliberação político-administrativa. Obedece ao processo legislativo da elaboração das leis, mas não se sujeita a sanção e veto do Executivo. Presta-se à aprovação do regimento interno da Câmara; criação, transformação e extinção dos seus cargos e funções e

Registre-se que o Supremo Tribunal Federal também firmou entendimento no sentido da desnecessidade de lei em sentido estrito para fixar e majorar os subsídios dos vereadores¹.

Diante da necessidade de uniformização do entendimento acerca do instrumento normativo adequado para a fixação do subsídio aos agentes políticos, questão de ordem foi autuada sob o número 850.200 e distribuída à relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão. Na sessão de 16/11/2011, o Conselheiro Relator defendeu que, em relação à fixação e à disciplina do subsídio dos agentes políticos municipais, deverão ser observadas as seguintes regras: a) para os prefeitos, vice-prefeitos e secretários municipais, a fixação e a disciplina do subsídio dependem de lei em sentido formal, de iniciativa do Poder Legislativo, não se encontrando condicionadas à observância do princípio da anterioridade; e b) para os vereadores, a fixação e a disciplina do subsídio ocorrerão por Resolução, sendo admitida a utilização de lei em sentido formal, quando a Lei Orgânica do Município dispuser expressamente nesse sentido. Acrescentou o Relator que, em qualquer um desses casos (resolução ou lei), o princípio da anterioridade deverá ser observado.

Da mesma forma, no que toca à instituição de verba indenizatória para os agentes políticos do Poder Legislativo, a Constituição da República não definiu expressamente o instrumento normativo apropriado. Todavia, o Texto Constitucional prevê dispositivos que nos permite interpretar qual seria a espécie normativa adequada:

Entretais dispositivos, a Constituição da República estabelece que a disciplina da organização e do funcionamento das Casas Legislativas compete exclusivamente às mesmas:

Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados: [...]

IV — dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação

¹ Nesse sentido, confira-se STF, RE 763583, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 25/09/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 14/10/2013 PUBLIC 15/10/2013 e RE 611220, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 03/06/2011, publicado em DJe-119 DIVULG 21/06/2011 PUBLIC 22/06/2011.

² *In Direito Municipal Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 485.

fixação da respectiva remuneração; concessão de licença a vereador; organização dos serviços da Mesa e regência de outras atividades interna da Câmara.

Quando utilizada para disciplinar matérias afetas à competência privativa da Câmara Municipal, a Resolução perfaz-se em ato normativo primário. Em outras palavras, apesar de não ser lei em sentido estrito, a ela se equipara hierarquicamente, desde que restrita ao seu âmbito de normatização. A CF/88 autorizou à Câmara dos Deputados a dispor inclusive sobre a criação e extinção de seus cargos, matéria que exige, se não fosse a autorização constitucional, a edição de lei. Percebe-se, pois, que a Resolução do Plenário, em matéria atrelada à sua competência privativa, equipara-se à lei ordinária.

É preciso, contudo, não confundir a Resolução do Plenário com a Resolução da Mesa Diretora. Enquanto a primeira é ato legislativo, a segunda é ato administrativo. Mais uma vez, socorremo-nos dos préstimos da doutrina de Hely Lopes Meirelles³, *in verbis*:

[...]Não se confunda, entretanto, resolução do plenário, que é ato legislativo de caráter político-administrativo, sujeito ao processo legislativo para sua elaboração, com resolução da Mesa, que é mero ato administrativo de execução das funções deste órgão, e, como tal, restrito aos seus serviços e respectivo pessoal.

A Resolução emanada do Plenário da Câmara equipara-se, pois, à lei em sentido estrito, sendo afeta, contudo, a âmbito de normatização específico. A única diferença entre Resolução emanada do Plenário da Câmara e lei ordinária é que a primeira não está submetida à sanção ou veto do Prefeito Municipal. A intenção do constituinte ao criar espaços privativos de atuação normativa do Poder Legislativo é evitar crises institucionais desnecessárias, de modo a preservar a harmonia entre os “Poderes”.

Não obstante, afigura-se possível ao Município, por meio de sua Lei Orgânica e no exercício de sua autonomia, disciplinar o assunto de maneira diversa, exigindo, por exemplo, a edição de lei em sentido estrito para o regramento da matéria relativa a diárias pagas no âmbito do Poder Legislativo.

Em outras palavras, é possível a instituição e regulamentação de verbas indenizatórias por meio de Resolução do Plenário, podendo a Lei Orgânica do Município, contudo, dispor de maneira diversa (exigindo a edição de lei, por exemplo), pois compete a esta (Lei Orgânica) o estabelecimento, respeitadas as diretrizes constitucionais mínimas, da competência privativa da Câmara Municipal.

O TCEMG já se manifestou sobre a questão na Consulta nº 783497, como se observa do seguinte trecho do voto do Relator, Conselheiro Licurgo Mourão:

[...]Por derradeiro, afirmo que a criação e regulamentação da verba indenizatória deve se operar mediante resolução, tendo em vista que a esta espécie de ato normativo é reservado o espaço para regular, em regra, matéria afeta aos interesses internos do Poder legislativo. Contudo, pelo visto acima, as despesas originárias da matéria regulada pela resolução cobram, para sua legalidade, a previsão na lei orçamentária.

Firmada a premissa quanto à possibilidade de regulamentação de diárias no âmbito da Câmara Municipal por meio de Resolução do Plenário, cabe investigar se a atualização de valores poderia ser realizada por ato da Mesa Diretora.

A Resolução do Plenário que regulamentar as verbas indenizatórias, além de disciplinar as hipóteses cabíveis e procedimentos relativos à prestação de contas, deve prever a forma de atualização dos valores, podendo deixar tal ato a cargo da Mesa Diretora.

Caso seja silente a Resolução, é de se exigir ato normativo de igual hierarquia, ou seja, outra Resolução do Plenário, para a atualização dos valores fixados. Com efeito, sem expressa previsão, não se pode permitir a alteração de valores por ato hierarquicamente inferior.

A possibilidade de atualização de valores por ato da Mesa Diretora não permite inferir que haverá uma total liberdade nesse proceder. A fixação dos valores das verbas indenizatórias, bem assim as suas atualizações, encontram-se limitadas pelas despesas efetivamente geradas pelo exercício da atividade parlamentar e pelos princípios constitucionais da moralidade, razoabilidade e economicidade.

2.2. Da instituição da verba indenizatória pelo Congresso Nacional

No âmbito da Câmara dos Deputados, foi instituída pelo Ato da Mesa nº 43, de 21/5/2009, a Cota para o Exercício da Atividade Parlamentar (CEAP), verba de natureza indenizatória, destinada ao pagamento de despesas mensais, realizadas pelos Deputados Federais, relacionadas ao exercício da atividade parlamentar.

A referida Cota poderá atender às seguintes despesas: I) passagens aéreas; II) telefonia; III) serviços postais, vedada a aquisição de selos; IV) manutenção de escritórios de apoio à atividade parlamentar, compreendendo: a) locação de imóveis; b) condomínio; c) IPTU; d) serviços de energia elétrica, água e esgoto; e) locação de móveis e equipamentos; f) material de expediente e suprimentos de informática; g) acesso à Internet; h) assinatura de TV a cabo ou similar; e, i) locação ou aquisição de licença de uso de software; V) assinatura de publicações; VI) fornecimento de alimentação do parlamentar; VII) hospedagem, exceto do parlamentar no Distrito Federal; IX) combustíveis e lubrificantes, até o limite inacumulável de R\$ 4.500,00 mensais; X) serviços de segurança prestados por empresa especializada, até o limite inacumulável de R\$ 4.500,00 mensais; XI) contratação, para fins de apoio ao exercício do mandato parlamentar, de consultorias e trabalhos técnicos, permitidas pesquisas socioeconômicas; e, XII) divulgação da atividade parlamentar, exceto nos cento e oitenta dias anteriores à data das eleições de âmbito federal, estadual ou municipal.

No tocante ao inciso XII, urge destacar que o que é lícito ser objeto de divulgação, de publicidade, sob custeio público é a atividade parlamentar, que se configura numa atividade de prestação de contas ao cidadão-eleitor e uma estratégia para fomentar o controle social sobre a atividade legislativa do parlamento, e não, a atividade do parlamentar, para fins

3 Ibidem, p. 485.

de promoção pessoal, com viés político-eleitoral, vedada pelo §1º, do artigo 37, da Constituição Federal.

Nos mesmos moldes, no âmbito do Senado Federal, foi instituída pelo Ato da Comissão Diretora nº 3, de 2003, e regulamentada pelo Ato do Primeiro-Secretário nº 5, de 2014, a Cota para o Exercício da Atividade Parlamentar dos Senadores (CEAPS), verba de natureza indenizatória, destinada ao pagamento de despesas mensais, realizadas pelos Senadores da República, relacionadas ao exercício da função parlamentar.

O Ato também determina que a CEAPS se destina ao ressarcimento de despesas com aluguel de imóvel destinado à instalação de escritório de apoio à atividade parlamentar, compreendendo a taxa de condomínio, contas de água, celular, telefone fixo, acesso à Internet, assinatura de TV a cabo, energia, serviço de vigilância patrimonial e tributos do imóvel alugado.

Além disso, a verba pode ser utilizada para aluguel de veículos de transporte para locomoção dentro do estado de origem; hospedagem; alimentação do parlamentar e de servidores comissionados e efetivos lotados em seu gabinete; combustíveis e lubrificantes; contratação de consultorias e outros serviços de apoio ao exercício do mandato; serviços de segurança; divulgação da atividade parlamentar fora do período eleitoral; e passagens áreas, aquáticas e terrestres nacionais para o parlamentar ou servidores lotados em seu gabinete.

O procedimento para o ressarcimento é feito por meio de requerimento no qual o parlamentar declara que o material foi recebido ou o serviço, prestado; que o objeto do gasto obedece aos limites estabelecidos na legislação; e que a documentação apresentada é autêntica e legítima, o qual deverá vir acompanhado da nota fiscal ou recibo original em seu nome.

2.3. Da instituição da verba indenizatória pela Assembléia Legislativa de Minas Gerais

A observância do estabelecido na Constituição Federal decorre do princípio da simetria, entendido como aquele que identifica as normas da Carta Maior que podem ou devem ser reproduzidas perante as Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas Municipais, visando à harmonização do modelo Federativo Brasileiro:

Os princípios são de valor jurídico superior ao das meras regras e preceitos, notadamente porque os informam e os essencializam. Princípios são, na dicção de Reale, verdades fundantes do sistema jurídico. O Brasil é, na dicção do art. 1º da sua Constituição, uma República Federativa, vale dizer, estruturada juridicamente sob a forma de federação. E, por isso, da interpretação lógico-sistemática do texto da Lei Magna emerge o princípio da simetria como o centro, próprio da ordem federativa. Os institutos jurídicos figurados constitucionalmente para o Poder Central devem ser simetricamente adotados pelos Estados-Membros e pelos Municípios. (TJMG - ADIn nº 1.0000.05.417841-3/000 - Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira).

Nesse contexto, a Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais disciplinou o pagamento da verba indenizatória

em razão de atividade inerente ao exercício do mandato parlamentar através da Deliberação 2446, de 15/06/2009, cujo artigo 3º prevê quais as despesas que podem ser indenizadas, *verbis*:

Art. 3º – São indenizáveis, em razão de atividade inerente ao exercício do mandato parlamentar, os seguintes grupos de despesas:

I – até o limite inacumulável de 25% (vinte e cinco por cento) da verba indenizatória mensal:

- a) locação de imóvel e despesas a ele concernentes, no caso de escritório de representação político-parlamentar situado fora das instalações da Assembleia Legislativa, incluindo as ordinárias de condomínio, Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU –, água, energia elétrica, limpeza, conservação, higienização, sistema de segurança e as de telefonia fixa e móvel;
- b) combustível e lubrificante com veículos terrestres;
- c) manutenção e despesas gerais com veículos terrestres;
- d) locação e fretamento de veículos (dispositivo revogado);
- e) serviços técnicos profissionais de consultoria, assessoria e pesquisa;
- f) material de expediente, despesas gerais com informática e locação de móveis e equipamentos para o escritório de representação político-parlamentar;
- g) passagens, hospedagem e alimentação, referente a despesas realizadas no território do Estado de Minas Gerais ou em Brasília;
- h) assinatura de publicações, periódicos e “clippings”;
- i) promoção e participação em eventos;

II – até seis vezes o limite de 50% (cinquenta por cento) da verba indenizatória mensal dentro de cada semestre do ano civil, a divulgação da atividade parlamentar;

III – até o limite de 35% (trinta e cinco por cento) da verba indenizatória mensal, locação e fretamento de veículos.

§ 1º - A locação de bens imóveis, móveis e equipamentos não poderá ser realizada na modalidade de “leasing”.

§ 2º - Para fins do disposto na alínea “b” do inciso I do “caput” deste artigo, o Deputado poderá empregar veículo de sua propriedade ou utilizado em razão do exercício da atividade parlamentar.

§ 3º - Para a indenização das despesas a que se referem a alínea “c” do inciso I e o inciso III do “caput” deste artigo, deverá constar o número da placa do automóvel no documento de pagamento ou, na ausência dessa informação, declaração do emitente do documento, em papel timbrado, observando-se:

I – para fins da alínea “c” do inciso I do “caput” deste artigo, o limite de dois veículos de propriedade do Deputado, vedada a indenização de despesa com o Imposto sobre a Propriedade de Veículo Automotor – IPVA –, taxas e seguros obrigatório e privado;

II – para fins do inciso III do “caput” deste artigo, o limite de dois veículos para locação.

§ 4º - Para a indenização de despesas com telefonia móvel, será observado o limite de dois aparelhos em nome do Deputado.

Como se vê, a norma especifica quais os gastos estão compreendidos na verba indenizatória, interrompendo-se o seu pagamento quando cessar a situação que deu ensejo à indenização.

O Deputado prestará contas dos gastos realizados atestando quais as despesas foram realizadas em razão da atividade parlamentar, se o serviço foi pretado ou o bem foi recebido e os preços estão de acordo com os praticados no mercado, bem como assumirá inteira responsabilidade pela

veracidade das informações prestadas e pela autenticidade da documentação apresentada.

Para a comprovação das despesas realizadas, a nota fiscal ou documento equivalente de quitação deverá ser apresentado no original, em primeira via, isento de rasura, datado e emitido em nome do Deputado, discriminando os serviços prestados ou os materiais fornecidos, e, ainda, com o nome, endereço completo e o CPF do beneficiário do pagamento, no caso de recibo.

2.4. Da instituição da verba indenizatória pelo Poder Legislativo Municipal

A previsão constitucional para o pagamento de verba indenizatória alcança todos aqueles que ocupam cargo, emprego ou função pública no Poder Legislativo Municipal, como se depreende do artigo 37, XI c.c com o seu §11º, incluindo-se, dessa forma, os Vereadores.

A autorização para a criação de figura própria de parcela indenizatória também decorre da autonomia administrativa, financeira, política e legislativa da Câmara municipal, quando esteja demonstrada a necessidade da utilização de tais recursos pelos vereadores no efetivo exercício da atividade parlamentar e respeitados os preceitos constitucional e infra-constitucionais pertinentes.

Sobre a questão, o Conselheiro Eduardo Carone, do TCEMG, ao relatar a Consulta nº 725.867, aprovada por unanimidade na sessão do dia 26/03/08, assim se manifestou:

A possibilidade de indenização alcança a todos [agentes políticos] que são estipendiados mediante subsídio único, e que tenham de realizar despesas que não são típicas das funções que legitimam o referido subsídio, atividades excedentes e que demandam gastos extras, sempre que ocorrentes, pagos mediante prestação de contas.

Dessa forma, pode ser paga, se necessário for, a todos os vereadores, não se restringindo apenas àqueles que compõem mesas diretoras dos órgãos legiferantes municipais.

A Câmara Municipal deve observar que a instituição de verba indenizatória, como a criação de qualquer tipo de despesa pública, deve ser pautada nos princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade, da razoabilidade, da economicidade no trato da coisa pública, e, fundamentalmente, no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Certo é que a instituição da aludida parcela pela Câmara de Vereadores se destina ao ressarcimento de gastos dos gabinetes dos parlamentares. O seguinte excerto do TCEMG é elucidativo:

Parcela indenizatória. Gastos inerentes ao gabinete. Versa a presente consulta sobre a permissibilidade de a Câmara Municipal criar verba indenizatória para cobrir gastos inerentes ao gabinete parlamentar, tais como: despesas com combustível, manutenção geral de veículo oficial, divulgação de atividade parlamentar, serviços reprográficos, material de escritório e suprimentos de

informática. [...] respondo afirmativamente à consulta formulada, pois o escopo da questionada verba indenizatória é o de cobrir despesas com a administração do gabinete do parlamentar. Vale dizer: a citada verba, como já decidiu a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (RE nº 204143/RN), é para o gabinete e não para o vereador. (Consulta n. 654925. Rel. Cons. Moura e Castro. Sessão do dia 12/12/2001).

É cediço que o custeio da verba indenizatória se dará à conta de receitas orçamentariamente destinadas ao gabinete, ficando vedado que qualquer desembolso de dinheiro, a título de indenização, que venha a compor a folha de pagamento dos vereadores, seja acobertado por dotação estranha àquela reservada pelo orçamento ao gabinete. Acerca desta questão, é elucidativo reportar à Consulta nº 654.096, apresentada em Sessão do dia 19/06/02, também relatada pelo Conselheiro Eduardo Carone, em que se consignou o seguinte:

Tratando-se a referida verba de uma fonte de custeio de despesas do gabinete, a mesma não faz parte da remuneração do vereador como parcela que a integra. Refere-se a custeio de despesas do Gabinete e não da pessoa do Vereador. Nesta hipótese, o recurso não é entregue ao agente político como remuneração, mas é objeto de movimentação orçamentária, pelo ordenador da despesa, que prestará, ao término do prazo estabelecido, contas da destinação dada à verba, com a comprovação dos gastos feitos. Sendo, pois, tal verba autorizada em lei e previamente empenhada, dirigida ao ordenador da despesa, que dela prestará contas, entendendo devida a fixação da mesma no curso da legislatura, uma vez que não feriria a regra constitucional da anterioridade.

A verba indenizatória não deve ser paga indiscriminadamente, mas para custear aquelas despesas próprias ao funcionamento do gabinete do Vereador, mediante apresentação dos comprovantes fiscais dos gastos efetuados pelos parlamentares, para que o órgão competente promova as verificações e conferências para o seu regular processamento.

Daí se vislumbra a natureza indenizatória da aludida verba, vez que ela é paga somente após a apresentação e comprovação dos gastos realizados pelos parlamentares, o que deve ser feito por meio de documentos fiscais idôneos, devidamente autorizados pelo órgão de controle tributário competente.

A necessidade de comprovação dos gastos por meio da apresentação de documentos hábeis e idôneos foi corroborada pelo TCEMG, na Consulta nº 699083, Relator: Cons. Simão Pedro, publicada na Revista do TCEMG V. 61, N. 4, OUT/ DEZ 2006.

Tal exigência também atende ao Princípio da Transparência, permitindo à sociedade conhecer e controlar os gastos decorrentes do exercício da atividade parlamentar.

A par de ter que se sujeitar à regular e efetiva prestação de contas, não se pode perder de vista que o pagamento da verba indenizatória – assim como qualquer despesa pública – está condicionada à pré-existência de específica dotação orçamentária. Sem a inclusão na Lei orçamentária vigente, as verbas indenizatórias não poderão ser processadas no exercício financeiro em curso.

Urge reiterar que as indenizações somente devem ser concedidas para o ressarcimento de despesas efetuadas pelos Vereadores em virtude do exercício do cargo. Não existe qualquer antecipação, sendo que o parlamentar que não utiliza a verba não tem o seu subsídio acrescido do valor correspondente ao que teria direito acaso utilizasse os recursos destinados a esse título.

Verifica-se, pois, ser incabível e ilegal a concessão de indenizações sem a ocorrência de uma situação que requeira o dispêndio de recursos financeiros pelos Vereadores e a necessidade da recomposição desses gastos.

Esse entendimento já foi sufragado pelo TCEMG, por meio da Consulta n. 734.298, formulada pelo Presidente da Câmara Municipal de Itapagipe, relatada pelo Conselheiro Eduardo Carone Costa:

Ementa: Gastos de caráter indenizatório. Registre-se que se trata de valores efetuados extraordinariamente a título de compensação de despesas excepcionais. Despesas não inseridas na composição dos subsídios nem dos vencimentos mensais devidos aos agentes públicos, em decorrência do exercício permanente da função pública. Concessão de parcelas indenizatórias depende da ocorrência de evento devidamente comprovado. Princípio da legalidade formal. Imposição da exigência de lei proveniente do processo legislativo, destinada à limitação dos requisitos necessários à concessão da verba indenizatória. Pagamento de verbas indenizatórias aos membros do Poder Legislativo municipal depende de: a) lei instituindo o pagamento da verba e respectivas condições para o recebimento; b) existência de dotação orçamentária própria; c) regular prestação de contas acompanhada dos comprovantes legais, nos casos de alimentação, hospedagem e combustível. Necessidade de realização de empenho prévio. (Tribunal Pleno - Sessão do dia 22/08/2007)

Espelhando-se nas Casas Legislativas Federais e Estaduais, inúmeras Câmaras Municipais vem editando normas locais instituidoras de verbas indenizatórias do exercício parlamentar.

Entretanto, ainda que todos os membros do Poder Legislativo, independentemente do ente federativo a que pertencem, possuam as funções típicas de legislar e de fiscalizar em comum, o mandato dos vereadores se distingue do de senadores, deputados federais e deputados estaduais, notadamente na circunscrição territorial onde desempenham suas atividades, o que justifica a diferenciação do tratamento conferido a algumas despesas relativas ao exercício das atividades parlamentares.

Pelo fato de residir no mesmo local de seu eleitorado, o Vereador não está sujeito às despesas de locomoção, hospedagem, alimentação, entre outras, como os demais parlamentares, cujo colégio eleitoral se encontra espalhado por todo o Estado.

Sobre tal entendimento, vale transcrever excerto do Manual Básico de Remuneração dos Agentes Políticos Municipais do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

[...] No entanto, o exercício da vereança difere do exercício dos mandatos legislativos estaduais, posto que o Vereador reside no mesmo local de seu eleitorado; não está sujeito a despesas de locomoção e acomodação, entre outras inerentes às atividades dos Deputados.

Nesse mesmo sentido, manifestou-se o Tribunal de Contas do Estado de Rondônia na Consulta n. 1.302/2010:

[...] os vereadores, ao contrário do que ocorre com os deputados federais, estaduais e senadores, residem na comunidade com proximidade do eleitorado, desta feita não estarão sujeitos a realizar grandes deslocamentos, o que ensejaria despesas com hospedagem e alimentação, despesas estas, que devem ser custeadas por diárias.

Nessa esteira, também já definiu o TCEMG que não há autorização legal para vincular o valor da verba indenizatória do Poder Legislativo Municipal àquele pago aos parlamentares estaduais:

O valor da verba indenizatória deve estar adstrito ao que for previsto no orçamento municipal, observada a arrecadação municipal e os limites das despesas impostos pela legislação aplicável, que não guardam relação com a receita tributária estadual.

Cumpra lembrar que as Câmaras Municipais têm peculiaridades administrativas diferentes dos Parlamentos Estaduais e Federais. Estes, necessariamente, terão que manter escritórios em suas bases políticas, o que torna razoável a figura da verba indenizatória para cobrir despesas com a aquisição de recursos materiais a serem realizadas diretamente pelo próprio gabinete parlamentar fora da sede do Parlamento a que está vinculado.

Ao contrário, nos Parlamentos Municipais, afigura-se incabível a manutenção, pelos vereadores, de escritórios políticos fora da sede do Legislativo em que atua, haja vista que o exercício do mandato legislativo se restringe aos limites territoriais do município.

Outrossim, na hipótese de a Câmara Municipal não possuir gabinetes para todos os vereadores, poderá o órgão alugar um imóvel para abrigá-los. Nesse caso, a licitação é dispensável, desde que atendidos os requisitos previstos no artigo 24, X, da Lei 8666/93, *verbis*:

Art. 24. É dispensável a licitação:

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Nessa hipótese, as despesas dos gabinetes, tais como materiais de escritório, telefonia, dentre outras, devem ser realizadas pelo Presidente da Câmara Municipal, a quem compete suprir essas necessidades, de maneira global, e não delegar tal incumbência aos vereadores.

A iniciativa de descentralização administrativo-financeira dos gastos, através do repasse ao gabinete do vereador ou a ele próprio de valores para a manutenção do gabinete para o ressarcimento de despesas realizadas no exercício da atividade parlamentar, implicaria na transformação anômala de cada gabinete em uma unidade orçamentária autônoma. Da mesma forma, converteria cada parlamentar em um novo ordenador de despesas, desfigurando o seu papel no legislativo, em uma ingerência clara às competências privativas da Presidência da Câmara.

Sobre a questão, Hely Lopes Meirelles ensina:

A administração financeira, a contabilidade e a elaboração e execução do orçamento da Câmara, que irá integrar o do Município, são de responsabilidade do presidente. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 15ª ed. Editora Malheiros, p. 641)

Sabe-se que as atribuições cometidas aos Vereadores são, essencialmente, legislativas, embora exerçam, também, funções de controle e fiscalização de determinados atos do Executivo e de julgamento de infrações político-administrativas do Prefeito e de seus pares.

É cediço também que o ordenador de despesas é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultem emissão de empenhos e autorização de pagamento.

Nesse ponto, afiguram-se esclarecedores os ensinamentos de José Nilo de Castro:

O ordenador de despesas é a autoridade competente (Prefeito, Presidente da Câmara Municipal, Diretores de Autarquias e Fundações Municipais), que determina, expressa e formalmente, seja paga a despesa empenhada, consubstanciando-se, com a ordem de pagamento, a última fase do estágio da despesa. (CASTRO, José Nilo. Direito Municipal Positivo. Editora del Rey, 2006).

Resta, assim, inconcebível admitir-se, que o vereador possa, inobservando competência privativa do Presidente da Câmara, transformar-se em ordenador de despesas.

Nesse diapasão, o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia – TCM/BA, no Parecer Normativo nº 09/2005, sustenta que:

Faz-se mister registrar que este TCM não se posiciona contrariamente a que os Edis possam reunir as condições necessárias ao desempenho, na sua plenitude, das suas missões constitucionais. O QUE SE QUESTIONA É O FATO DOS MESMOS RECEBEREM, MENSAL E HABITUALMENTE, DETERMINADA QUANTIA, PREVIAMENTE DEFINIDA, PARA O FIM DE REALIZAREM DESPESAS DE CUSTEIO, PRIVATIVAS DO PRESIDENTE DO LEGISLATIVO, A QUEM COMPETE, AI SIM, ORDENAR AS DESPESAS IMPRESCINDÍVEIS AO FUNCIONAMENTO DO PODER DESDE QUE PREVISTAS, EXPRESSAMENTE, NA DOTAÇÃO DESTINADA À CÂMARA MUNICIPAL.

De toda sorte, é vedado à Câmara Municipal estipular, a favor de gabinete ou de vereador tomado isoladamente, parcela permanente a título de verba indenizatória, sob pena de convolá-la em parcela remuneratória e, dessa forma, configurar acréscimo inconstitucional ao subsídio mensal fixado. Esse foi o entendimento firmado pelo TCEMG, na Consulta nº 735.413, relatada pelo Conselheiro Antônio Carlos Andrada.

O TCEMG, em resposta à consulta nº. 643.657, formulada pelo Presidente da Câmara Municipal de Carandaí, definiu:

Desta forma, entende-se que não é permitido à Câmara Municipal estender para o domínio do gabinete do Vereador a gestão dos recursos necessários à sua manutenção, nem conferir a esse gabinete a natureza de repartição administrativa com autonomia financeira para a execução

de despesas, tais como concessão de diárias a servidor ou pagamento decorrente de contratação de assessores.

Por fim, vale ainda a transcrição de trecho do prejulgado nº 11 do Tribunal de Contas do Estado de Roraima:

[...] É sugerido ao Presidente do Legislativo Municipal que insira na proposta orçamentária a que tem direito a previsão dos recursos necessários ao pleno funcionamento dos gabinetes dos Vereadores, cuja execução compete extensivamente ao órgão legislativo. Fundamentação Legal: Emendas Constitucionais nº 019/98 e 025/00; Art. 1º, inciso XI e art. 252, IV do RI – TCE/RR. (TCE/RR, Decisão nº 023/00, Processo nº 0238/99 – Consulta, Sessão Ordinária de 21 de junho de 2000)

Entre os fundamentos básicos que caracterizam a natureza indenizatória de tais verbas está exatamente a sua eventualidade. A transmutação da vantagem de eventual para habitual, caracterizaria uma forma irregular de remuneração indireta, o que é manifestamente vedado norma constitucional.

Esse foi o entendimento firmado pelo TCEMG, na Consulta nº 735.413, relatada pelo Conselheiro Antônio Carlos Andrada:

[...] De toda sorte, é vedado à Câmara Municipal estipular, a favor de gabinete ou de vereador tomado isoladamente, parcela permanente a título de verba indenizatória, sob pena de convolá-la em parcela remuneratória e, dessa forma, configurar acréscimo inconstitucional ao subsídio mensal fixado.

Por isso, não deve haver entrega regular e mensal dos valores ao Vereador. A movimentação financeira de tais recursos, quando efetivamente necessários ao exercício parlamentar, deve obedecer às normas pertinentes à gestão orçamentária e financeira da administração, sendo movimentada pela tesouraria da Casa Legislativa (ou órgão correspondente), obedecendo-se os estágios normais da despesa pública e precedido de procedimento licitatório.

Os valores continuam geridos pelo agente ordenador – e não pelo vereador –, competindo a ele a responsabilidade pelo controle e a fiscalização das despesas efetuadas, verificando e comprovando a real necessidade pública da realização dos gastos, tudo em observância às regras de responsabilidade fiscal e orçamentária.

Desse modo, com base no entendimento dos Tribunais de Contas pátrios, bem como nos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, é imperioso, no caso de Câmaras Municipais, a aquisição de recursos para os gabinetes de modo global pela própria Administração central do órgão.

O seguinte excerto do parecer do Relator da Consulta nº 643.657, do TCEMG, retrata esse entendimento:

A receita da Câmara, consistente nos duodécimos repassados pela Prefeitura, deverá ser mantida centralizada escrituralmente numa única tesouraria, em respeito ao princípio da unidade de caixa, centralizando-se também, na tesouraria ou pagadoria, o regime ou a forma de aplicação desses recursos. Ressalte-se que o regime descentralizado de aplicação

de recursos poderá, em alguns casos, comprovar-se anti-econômico e atentatório ao princípio constitucional da economicidade, sabendo que a centralização do regime de compras constitui fator de redução de custos, possibilita a instituição do regime de registro de preços previsto em lei e racionaliza os procedimentos burocráticos, gerando economia de serviços, sem falar que afasta os vícios dos fracionamentos de despesas, dentre outros freqüentemente detectados pelos órgãos de controle interno e externo ” (TCE/MG, Consulta nº 643.657, Rel. Cons. Murta Lages, DJ 05.12.2001) (destacamos)

Ora, as despesas com gasolina, material de expediente, cópias reprográficas, telefone, entre outras, são despesas de natureza corrente, destinadas ao custeio geral da atividade pública e, como tal, devem ser programadas dentro do plano orçamentário da Câmara como um todo, de forma mais econômica e transparente.

No caso de eventual e extraordinária necessidade de aquisição de algum bem ou serviço que fuja ao planejamento efetuado, podem ser utilizados instrumentos próprios na legislação vigente aptos a permitir a realização excepcional de despesas sem a regular realização do procedimento licitatório (arts. 24 e 25, Lei nº 8.666/93 – dispensa e inexigibilidade) ou que não possam se sujeitar ao processo normal de aplicação (art. 68, lei nº 4.320/64 – regime de adiantamento/suprimento de fundos).

O que não se pode admitir é a transformação da excepcionalidade em regra. A partir do momento em que uma despesa passa a ser habitual e regular, passa também a ser previsível. Assim sendo, deve ser incluída no planejamento orçamentário, evitando-se a excepcionalidade de procedimento que não raramente se apresenta anti-econômica ao erário e violadora do princípio da eficiência administrativa.

As verbas de natureza indenizatória, caso instituídas, devem ser tidas tão somente como uma fixação de um limite mensal máximo a ser utilizado pelos gabinetes relativamente aos itens de bens e serviços que serão indenizados pela aludida verba indenizatória, e não cumulativo, para a realização de tais despesas por cada parlamentar.

A estipulação de uma quota mensal por vereador não significa a vinculação do *quantum* a ele, a propriedade sobre o valor reservado. O dinheiro é público. A *res* é pública. Daí a impossibilidade da sua cumulatividade em uma espécie de “conta corrente” própria do edil. A parcela é indenizatória, e não, remuneratória.

O que pode existir, de fato, é a previsão de um limite orçamentário máximo para gastos mensais daquela natureza que, caso não utilizados pelo Vereador, permanecem na conta única do orçamento, e não vinculados a uma conta específica do edil.

Sabe-se que a geração de despesa obrigatória de caráter continuado deve vir acompanhada de estimativa trienal do impacto orçamentário-financeiro do novo gasto, demonstração da origem dos recursos para o seu custeio, comprovação da não afetação das metas fiscais, apresentação de medidas de compensação financeira (aumento da arrecadação ou corte de despesas) para

os períodos seguintes, enfim, deve observar os ditames previstos tanto na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000) quanto na Lei Geral do Direito Financeiro (Lei nº 4.320/64).

A inobservância a esses preceitos além de inquinar a despesa de vício de origem, sendo considerada não autorizada, irregular e lesiva ao patrimônio, tipifica a conduta como crime contra as finanças públicas (art. 359-D, CP), podendo ainda caracterizar ato de improbidade administrativa, cujas cominações constitucionalmente previstas são a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível (art. 37, § 4º, CF).

Assim, deve o agente público ordenador de despesas ter a consciência clara da responsabilidade por ele assumida, agindo com cautela na criação de novos gastos e pautando sempre a sua atuação nos princípios basilares da administração pública como a legalidade, moralidade, impessoalidade, razoabilidade, economicidade e supremacia do interesse público.

Portanto, afigura-se cabível a instituição de parcelas indenizatórias para o ressarcimento de gastos realizados pela edilidade comprovadamente no exercício da atividade parlamentar. O que se reprova é que a instituição de tais parcelas desvirtue o papel do vereador no exercício do seu *munus*, bem como represente ofensa aos princípios básicos da administração pública e às regras pertinentes à responsabilidade da gestão fiscal do orçamento.

3. CONCLUSÃO

a) A remuneração dos agentes políticos, em regra, dá-se por meio de subsídio, que é pago em parcela única, havendo a possibilidade de pagamento de verba indenizatória em favor de parlamentares, em parcela destacada do subsídio único estabelecido pelo §4º do art. 39 da CR/88, cuja finalidade não deve ser a remuneração do parlamentar, mas a recomposição de despesas extraordinárias assumidas pelo agente político no exercício de suas atividades parlamentares.

b) O pagamento de verbas indenizatórias aos agentes políticos do Poder Legislativo insere-se no âmbito da organização e do funcionamento do Parlamento e, assim, a sua regulação, compete privativamente à Casa Legislativa, conforme estabelecido pelos artigos 51, inciso IV, e 52, inciso XIII, da Constituição Federal. Tais dispositivos possuem o objetivo de demarcar o campo específico de atuação privativa do Poder Legislativo e, por simetria, impõe-se a sua aplicação aos Poderes Legislativos estaduais e municipais.

c) No âmbito municipal, os atos normativos utilizados para a materialização da competência privativa da Câmara Municipal, em geral, são a Resolução e o Decreto Legislativo, cabendo à Lei Orgânica do Município minudenciar o uso de cada um.

d) A Resolução emanada do Plenário da Câmara Municipal equipara-se à lei em sentido estrito, sendo afeta, contudo, a âmbito de normatização específico, distinguindo-se da lei ordinária por não estar submetida à sanção ou veto do Prefeito Municipal

e) É possível a instituição e regulamentação de verbas indenizatórias por meio de Resolução do Plenário, podendo a Lei Orgânica do Município, contudo, dispor de maneira diversa (exigindo a edição de lei, por exemplo), pois compete a esta (Lei Orgânica) o estabelecimento, respeitadas as diretrizes constitucionais mínimas, da competência privativa da Câmara Municipal.

f) O custeio da verba indenizatória se dará à conta de receitas orçamentariamente predestinadas ao gabinete, ficando vedado que qualquer pagamento a título de indenização aos Vereadores seja acobertado por dotação estranha àquela reservada pelo orçamento ao gabinete.

g) A verba indenizatória é paga somente após a apresentação e comprovação dos gastos realizados pelos parlamentares, o que deve ser feito por meio de documentos fiscais idôneos, devidamente autorizados pelo órgão de controle tributário competente.

h) As Câmaras Municipais tem peculiaridades administrativas diferentes dos Parlamentos Estaduais e Federais. Estes, necessariamente, terão que manter escritórios em suas bases políticas, o que torna razoável a figura da verba indenizatória para cobrir despesas com a aquisição de recursos materiais a serem realizadas diretamente pelo próprio gabinete parlamentar. Ao contrário, pelo fato de residir no mesmo local de seu eleitorado, o Vereador não está sujeito às despesas de locomoção, hospedagem, alimentação, entre outras, como os demais parlamentares, cujo colégio eleitoral se encontra espalhado por todo o Estado.

i) A manutenção, pelos Vereadores, de escritórios políticos fora da sede do Legislativo em que atua afigura-se incabível, haja vista que o exercício do mandato legislativo se restringe aos limites do município. Assim sendo, no caso concreto, a instituição de verba indenizatória pela Câmara Municipal de Ituiutaba, por meio da Resolução 936, de 07/02/2007, não se justifica, haja vista que tal parcela se destina a cobrir despesas mensais com o Vereador e seu gabinete parlamentar, quando instalado fora das instalações da Câmara Municipal.

j) Não é permitido à Câmara Municipal estender para o domínio do gabinete do Vereador a gestão dos recursos necessários à sua manutenção, nem conferir a esse gabinete a natureza de repartição administrativa com autonomia financeira para a execução de despesas, pois, se assim fosse, haveria a transformação anômala de cada gabinete em uma unidade orçamentária autônoma e converter-se-ia cada parlamentar em um novo ordenador de despesas, desfigurando o seu papel no legislativo, em uma ingerência clara às competências privativas do Presidente da Câmara, a quem compete inserir na proposta orçamentária a previsão dos recursos necessários ao pleno funcionamento dos gabinetes dos Vereadores.

k) É vedado à Câmara Municipal estipular, a favor de gabinete ou de vereador tomado isoladamente, parcela permanente a título de verba indenizatória, sob pena de convolá-la em parcela remuneratória e, dessa forma, configurar acréscimo inconstitucional ao subsídio mensal fixado.

l) Com base no entendimento dos Tribunais de Contas pátrios, bem como nos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, o correto, no caso de Câmaras Municipais, é a aquisição de recursos para os gabinetes de modo global pela própria Administração central do órgão. Assim, as despesas com gasolina, material de expediente, cópias reprográficas, telefone, entre outras, em sendo despesas de natureza corrente, destinadas ao custeio geral da atividade pública, devem obedecer às normas pertinentes à gestão orçamentária e financeira da administração, sendo movimentada pela tesouraria da Casa Legislativa (ou órgão correspondente), obedecendo-se aos estágios normais da despesa pública e precedido de procedimento licitatório.

m) No caso de ser necessária eventual e extraordinária aquisição de algum bem ou serviço que fuja ao planejamento efetuado, podem ser utilizados instrumentos próprios na legislação vigente que permitem a realização excepcional de despesas sem a regular realização do procedimento licitatório (arts. 24 e 25, Lei nº 8.666/93 – dispensa e inexigibilidade) ou que não possam se sujeitar ao processo normal de aplicação (art. 68, lei nº 4.320/64 – regime de adiantamento/suprimento de fundos).

n) As verbas de natureza indenizatória, caso instituídas, devem ser tidas tão somente como uma fixação de um limite mensal máximo a ser utilizado pelos gabinetes relativamente aos itens de bens e serviços que serão indenizados pela aludida verba indenizatória, e não cumulativo, para a realização de tais despesas por cada parlamentar.

o) O que pode existir, de fato, é a previsão de um limite orçamentário máximo para gastos mensais daquela natureza que, caso não utilizados pelo Vereador, permanecem na conta única do orçamento, e não vinculados a uma conta específica do edil.

Portanto, pelo exposto, conclui-se ser cabível a instituição de parcelas indenizatórias para o ressarcimento de gastos realizados pela edilidade comprovadamente no exercício da atividade parlamentar, devendo o agente público ordenador de despesas pautar a sua atuação nos princípios basilares da Administração Pública e respeitar as regras pertinentes à responsabilidade da gestão fiscal do orçamento.

Na oportunidade, colocamo-nos à disposição para eventuais esclarecimentos.

Belo Horizonte, 07 de novembro de 2014.

Leonardo Duque Barbabela

Promotor de Justiça
Coordenador do CAOPP

Marina Wehbe Budaruiche De Moraes

Analista do MP



Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar, bairro Santo Agostinho
Belo Horizonte/MG - CEP 30.170-916
www.mpmg.mp.br - dipe@mpmg.mp.br